N. 2198

GACETA JUDICIAL

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO LXXXVIII

BOGOTA

"TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA"

1958

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

SALA PLENA

Dr. ROBERTO GOENAGA, Presidente.
Dr. JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ, Vicepresidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. ALFREDO COCK ARANGO, Presidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario.

Magistrados: Doctores ALFREDO COCK ARANGO
IGNACIO ESCALLON.
JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ.
ARMANDO LATORRE RIZO.
ARTURO C. POSADA.
ARTURO VALENCIA ZEA.

SALA DE CASACION PENAL

Dr. RICARDO JORDAN JIMENEZ, Presidente.
Dr. PIOQUINTO LEON L., Secretario.

Magistrados: Doctores ANTONIO VICENTE ARENAS.
GABRIEL CARREÑO MALLARINO.
BENJAMIN IRAGORRI DIEZ.
RICARDO JORDAN JIMENEZ.
LUIS EDUARDO MEJIA J.
PEDRO PACHECO OSORIO.

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. LUIS ALBERTO BRAVO, Presidente.
Dr. VICENTE MEJIA OSORIO, Secretario.

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

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. HECTOR MARTINEZ GUERRA, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.

Magistrados: Doctores ROBERTO GOENAGA.
HECTOR MARTINEZ GUERRA.
JORGE SANABRIA.
SAMUEL DE SOLA RONCALLO.

RELATOR: Dr. ALBERTO MALO BAÑOS.

Junio de 1963.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXVIII - BOGOTA, COLOMBIA, JUNIO DE 1958 Número 2198

S A L A P L E N A

VISITA DEL SR. MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES DEL BRASIL Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

República de Colombia—Ministerio de Relaciones Exteriores — Nº P. 1148.

Bogotá, junio 10 de 1958

Señor Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia. -E. S. D.

Señor Presidente:

Quiero expresar a usted y por su alto conducto a los señores Magistrados el profundo agradecimiento de esta Cancillería, por la importante colaboración prestada por la H. Corte Suprema de Justicia, con motivo de la visita a esta ciudad de Su Excelencia el señor José Carlos de Macedo Soares, Ministro de Relaciones Exteriores del Brasil.

La recepción que tuvo lugar en los salones de esa Corporación constituyó uno de los actos más solemnes del programa organizado en honor del ilustre visitante.

Del señor Presidente muy atentamente.

El Director General del Protocolo,

Fernando Gaitán de Narváez

COMPROMETE EL DECORO DE LA JUSTICIA EL JUZGADOR QUE DICE NO REFORMA NI REVOCA SUS DECISIONES Y LUEGO SOMETE AL ANALISIS DE SUS AMIGOS O CONTERTULIOS — EN SITIOS DE DIVERSION — LA ACTITUD QUE ASUMIRA FRENTE A LAS PARTES. — ES INCORRECTO Y LESIONA EL BUEN NOMBRE DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EL PROCEDIMIENTO DEL MAGISTRADO QUE OBTIENE DINERO EN PRESTAMO DE UN SUBALTERNO DE JUZGADO. — ES UNA FALTA GRAVE, POR OMISION DE UN DEBER LEGAL, LA REVELACION DE UN COHECHO NO DENUNCIADO POR UN MAGISTRADO, SIN CONSIDERAR LA ENTIDAD PENAL QUE PUDIERA COMPORTAR. — A QUIEN CORRESPONDE LA IMPOSICION DE SANCIONES DISCIPLINARIAS A MAGISTRADOS Y JUECES (DECRETO 3665 DE 1950), POR FALTAS COMETIDAS EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

1.—Resulta carente de mesura la actuación de un Magistrado, empeñado en comentarios sobre sus actividades; denuncia un temperamento extraña a la excelsa misión del juzgador, que debe ser espejo de ecuanimidad, reservado ante las interpelaciones sobre los procesos que tiene a su estudio, renuente cuando se le pregunte sobre su posición moral en procesos en los cuales conoce. Compromete el decoro de la justicia el juzgador que dice no reforma ni revoca sus decisiones y luego somete al análisis de sus amigos o contertulios —en sitios de diversión— la actitud que asumirá frente a las partes (declararse o no impedido para conocer en determinado proceso). Con este comportamiento se expone a que las partes duden de su imparcialidad, promuevan la recusación, en fin, se quebranta la confianza en la administración de justicia, bien jurídico que las leyes tutelan y la sociedad colombiana guarece para una vida regida por el derecho.

2.—Es incorrecto el procedimiento del Magistrado que obtiene dinero en préstamo de un Secretario de Juzgado, por tener estos la calidad de empleados subalternos de los Jueces a quienes el Magistrado contribuyó a nombrar con su voto. Tal hecho lesiona el buen nombre de la administración de justicia; crea compromisos entre el Magistrado y el empleado subalterno de la justicia, a quien no debe tener como su acreedor, especialmente para diversiones.

3.—Todo funcionario o empleado público está en el deber de denunciar las infracciones de que tenga conocimiento (artículo 10 C. de P. P.), principio que rige también para "toda habitante del territorio colombiano mayor de veintiún años, con las excepciones" que establecen la Constitución y la Ley.

La revelación de un cohecho, no denunciado por un Magistrado, sin considerar la entidad penal que pudiera comportar, es falta grave, por omisión de un deber legal. Queda comprendida, para los efectos del artículo 2º del Decreto 3665 de 1950 como "otros hechos análogos enumerados, que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia", que dan lugar a imposición de sanciones disciplinarias "sin perjuicio de la correspondiente acción penal".

Y es claro, porque la Corte no ejerce un acto jurisdiccional al imponer las sanciones disciplinarias; no enjuicia una responsabilidad penal; aprecia faltas que, por su naturaleza, lesionan el decoro de la administración de justicia. Por tanto, se trata de una vigilancia judicial ejercida por las Corporaciones Judiciales sobre Magistrados y Jueces.

4.—La estimación de la naturaleza de las actitudes y conducta asumidas por un Magistrado, que afectan seriamente el decoro de la función de administrar justicia, corresponde al superior llamado a calificarlas para imponer una de las sanciones disciplinarias tendientes "al mejoramiento de la administración de justicia", como reza el preámbulo del Decreto 3665 de 1950.

Aquel contiene en su artículo 2º la enunciación de hechos que dan asidero a la imposición de sanciones disciplinarias, sin perjuicio de la correspondiente acción penal, cuando a ella hubiere lugar. Sin el rigorismo y técnica que la ley penal emplea para tipificar las acciones delictuosas, concede a la justa apreciación del superior estimar otros hechos que, "por su naturaleza, sean incompatibles con la dignidad de administrar justicia".

Si el Magistrado cometió faltas que comprometen en forma manifiesta la dignidad de su función, debe aplicársele una de las sanciones disciplinarias (artículo 3º), graduada en forma que armonice con la naturaleza de ellas y los altos fines de vigilancia de la Rama Jurisdiccional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, seis de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Benjamín Iragorri Díez)

Por el procedimiento especial establecido en el Decreto 3665 de 1950, corresponde a la Corte resolver si es el caso de sancionar disciplinariamente al Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en la Sala Civil, doctor **Carlos Alberto Olano**, cuyo carácter aparece debidamente acreditado.

HECHOS

a) El doctor Luis Enrique Borrero, abogado que ejerce en Cali, presentó ante el Presidente del Tribunal Superior (23 de septiembre de 1957), querella contra el Magistrado de aquella Corporación, doctor Carlos Alberto Olano, previas algunas críticas jurídicas sobre sus actuaciones en determinado proceso civil, que no interesa exponer.

b) El cargo central de acusación radica en que el Magistrado doctor Olano, al tener conocimiento de que el abogado Jorge Enrique Velasco le confirió poder al querellante Luis Enrique Borrero para que lo representara dentro de un juicio, "no tuvo inconveniente en dar a conocer en el recinto de una tienda o cantina muchas cosas que debió callar". Concretamente, durante la noche del viernes 20 de septiembre de 1957, ante los señores Aníbal Llano, Secretario del Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali, Leonardo Lozano, Oficial Mayor del Juzgado 1º Superior de la misma ciudad y Guillermo Echavarría, Oficial Escribiente del Juzgado 3º Civil, después de solicitar un préstamo de dinero al dueño de la cantina, ingresó al círculo de aquellos amigos, entabló conversación sobre el juicio de marras; les anunció que no se declararía impedido ni revocaría la providencia, como en efecto sucedió. Afírmase que semejante proceder equivale al anuncio del Magistrado Olano sobre la forma como resolvería el problema sometido a su estudio. Y agrega el acusador: "Hasta el momento no ha rendido el informe pedido por la Sala Dual sobre la causal de impedimento".

c) La queja se acompañó de las declaraciones extra-juicio rendidas por los señores Aníbal Llano V., Guillermo Echavarría y Leonardo Lozano, recibidas a petición del querellante ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali, que el Magistrado sustanciador ordenó fueran ratificadas. Así se hizo (fs. 52 a 54). Al presentarse, el señor Presidente del Tribunal de Cali convocó a los señores Magistrados. En acuerdo número 26 de 24 de septiembre de 1957 (fs. 33 v. a 36) se hizo debate acerca del mérito de la acusación. El señor Presidente dijo: "Quise aprovechar la presentación de esta queja en donde se formulan cargos al Magistrado doctor Olano para que el Tribunal en pleno resuelva sobre el particular y para que el Magistrado acusado manifieste lo que a bien tenga en relación con este asunto". Aquel Magistrado hizo uso de la palabra para presentar los descargos. El acta dice: "Después de oír las diferentes opiniones de algunos Magistrados, entre ellos los doctores Andrade Montaño, Moreno Mosquera y Romero Soto, quienes estuvieron de acuerdo en que los cargos formulados carecían de fundamento serio... opinaron que debía enviarse el asunto a la Honorable Corte para que esta resolviera lo que a bien tuviera". Y así lo decretó el Tribunal, pues trátase de la dinámica del Decreto 3665 que atribuye a esta Corporación el conocimiento de las sanciones disciplinarias (artículos 4º y 10, inciso 1º). De manera que el debate del Tribunal sobre la eficacia de la querella, era improcedente. Tampoco puede aceptarse como modo legal para que el Magistrado acusado responda de los cargos, pues el procedimiento hállase claramente determinado: El superior "hará conocer por escrito al inferior los actos u omisiones que se le atribuyan como causales de sanción disciplinaria, así como las pruebas corres-

pondientes cuando ellas existieren" (artículo 5º ibidem).

d) El Magistrado doctor Olano respondió el traslado de la querella (fs. 47), además, presentó las siguientes pruebas: 1ª Copia de un auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal de Cali, en favor de aquel, referente al delito de peculado y a su ejercicio como Juez de Menores del Valle. Allí se ordena: "...por no ser competente (el Tribunal) para continuar conociendo de este negocio en lo que se refiere al cargo por el posible ilícito de ABUSO DE CONFIANZA que hubiera podido cometer el inculpado...., pase a los Jueces competentes que son los Superiores de este Distrito Judicial (Repartimiento) para que, avocado su conocimiento decidan, en cuanto a ese cargo, lo que en derecho concierna"; 2ª Certificación del Magistrado doctor Rafael Zúñiga Z., sobre los asuntos en que el Magistrado doctor Olano se ha declarado impedido por "enemistad manifiesta con el abogado doctor Luis Enrique Borrero"; 3ª Copia del Acuerdo número 26 del Tribunal de Cali, a que se hizo referencia en el punto c). 4ª Concepto del Fiscal del Tribunal Superior de Cali solicitando de esta Corporación sobreseimiento definitivo en favor del doctor Carlos Alberto Olano, por peculado, en su carácter de ex-Juez de Menores del Departamento del Valle del Cauca.

Mérito de la querella

Los testigos Llano V., Echavarría y Lozano —todos ellos son empleados subalternos del Organo Jurisdiccional en Cali— refirieron que el Magistrado doctor Carlos Alberto Olano prestó dinero a Llano V., en el establecimiento denominado Santa Librada (sesenta pesos). Luego entró en explicaciones sobre consejas que circulan en Cali, relacionadas con su honorabilidad como Magistrado: se refirió a tesis jurídicas sostenidas en sus decisiones; a la fianza que exigió en determinado proceso para asegurar el pago de mejoras; los interlocutores discutieron la legalidad de tal medida, y entonces el doctor Olano dijoles: "pues fijé esa fianza así como les digo y esa providencia no la revoco, ni la reformo por nada. Allí le sustituyeron el poder a dos enemigos míos, a los únicos enemigos que tengo, a los abogados Salazar Salamanca y a Luis Enrique Borrero...". "Yo me les he declarado impedido en todos los negocios, pero en este negocio no me les declaro impedido. Voy a acabar con esa vagabunderia que los abogados escogen Magistrados a su amaño. Lo que es la providencia que dicté en el negocio de Oriente no la aclaro, no la reformo ni la revoco, y tampoco me declaro impedido. Voy a acabar con eso de que si no les gusta un Magistrado por el fallo que dicte, entonces buscan la manera de que pase el negocio a otro Magistrado; cuando no les gusta Lucio, le dan poder a Marino Rengifo o a uno de sus múltiples enemigos, para que el negocio pase a mis manos; lo que es ahora voy a acabar con ese sistema, estoy dictando el auto y es una pieza como para publicarla, les voy a demostrar que no me he declarado impedido porque esas sustituciones se hicieron a última hora". Los contertulios aconsejan al doctor Olano que es mejor se declare impedido, a fin de evitar que las gentes de Cali afirmen su interés en el negocio del Ingenio "Oriente". Entonces el Magistrado habla en tono de chanza sobre los cien mil pesos que se dice ha recibido; no le importa el juicio de las gentes y agrega que no reforma ni revoca el auto, y no se declarará impedido, "porque los poderes de sustitución habían sido presentados una vez dictada la providencia".

Hasta aquí, resulta carente de mesura la actuación del doctor Olano, empeñado en comentarios sobre sus actividades; denuncia un temperamento extraño a la excelsa misión del juzgador, que debe ser espejo de ecuanimidad, reservado ante las interpelaciones sobre los procesos que tiene a su estudio, renuente cuando se le pregunta sobre su posición moral en procesos de los cuales conoce. Compromete el decoro de la justicia el juzgador que dice no reforma ni revoca sus decisiones y luego somete al análisis de sus amigos o contertulios —en sitios de diversión— la actitud que asumirá frente a las partes (declararse como impedido para conocer en determinado proceso). Con este comportamiento se expone a que las partes duden de su imparcialidad, produzcan la recusación, en fin, se quebranta la confianza en la administración de justicia, bien jurídico que las leyes tutelan y la sociedad colombiana guarece para una vida regida por el derecho.

Aníbal Llano V., quien por la época de los hechos denunciados desempeñaba el cargo de Secretario del Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali, prestó al Magistrado Olano, por excitación de este, sesenta pesos. El hecho ocurrió en presencia de dos empleados más del órgano jurisdiccional de Cali. Entiende la Corte que es incorrecto el procedimiento; lesiona el buen nombre de la administración de justicia; crea compromisos entre el Magistrado y un empleado subalter-

no de la justicia, que el doctor Olano no debe tener como su acreedor, para diversiones.

Pero aquel Magistrado no solamente cometió las faltas que se dejan examinadas. En efecto, los testigos presentan otro hecho de notoria gravedad:

Dijo ante ellos: "que no le había querido recibir cincuenta mil pesos al doctor Carlos Luna Tello apoderado de Heliodoro Villegas, los que había ofrecido para dictar el primer auto". Le preguntan por qué no reaccionó ante semejante propuesta, y entonces afirma cómo la costumbre es hacerla con disimulo, "de manera que uno no pueda decir nada" (Llano V.). O en términos análogos: "No hombre ellos saben cómo hacen las propuestas... no le dicen a uno directamente sino que ellos tienen sus medios para no comprometerse" (Echavarría); "...la propuesta no la hacían directamente, que ellos tenían sus métodos para eso" (Lozano).

—o—

No puede entrar la Corte a determinar la naturaleza penal del hecho a que se refieren los testigos, pero considera:

Todo funcionario o empleado público está en el deber de denunciar las infracciones de que tenga conocimiento (artículo 10 C. P. P.), principio que rige también para "todo habitante del territorio colombiano mayor de veintiún años, con las excepciones" que establecen la Constitución y la Ley.

La revelación de un cohecho, no denunciado por el Magistrado doctor Olano, sin considerar la entidad penal que pudiera comportar —cuestión que ha de investigarse independientemente— es una falta grave, por omisión de un deber legal. Queda comprendida, para los efectos del artículo 2º del Decreto 3665 como "otros hechos análogos enumerados, que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia", que dan lugar a imposición de sanciones disciplinarias "sin perjuicio de la correspondiente acción penal".

Y es claro, porque la Corte no ejerce un acto jurisdiccional al imponer las sanciones disciplinarias; no enjuicia una responsabilidad penal; aprecia faltas que, por su naturaleza, lesionan el decoro de la administración de justicia. Por tanto, se trata de una vigilancia judicial ejercida por las Corporaciones Judiciales sobre Magistrados y Jueces.

El doctor Olano se limita a decir que el querellante es su enemigo. Lo pretende demostrar con la denuncia que este presentó contra aquel, a raíz de su retiro como Juez de Menores del Valle del Cauca; que carecen de valor probatorio "los testimonios ad-hoc recibidos" a petición de su enemigo capital; que el Acuerdo del Tribunal de Cali en donde se debatió la queja, desvirtúa la acusación.

La contestación a los cargos (fs. 47) no logra desvirtuar el grado de persuasión racional que la Corte se ha formado acerca de las faltas imputables al Magistrado doctor Olano. En efecto, aceptando que el querellante doctor Borrero sea enemigo de aquél —hecho que se infiere de los impedimentos atestados a folios 32 v.— no es posible entender ánimo torticero o proclive en los declarantes. Aníbal Llano V. es Secretario del Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali; Guillermo Echavarría y Leonardo Lozano, son, respectivamente, empleados de los Juzgados 3º Civil del Circuito y 1º Superior de la misma ciudad. De manera que tienen la calidad de empleados subalternos de Jueces a quienes el Magistrado doctor Olano debió contribuir a nombrar con su voto. Llano V. es quien le prestó dinero; Echavarría dijo "que solo tenía dos cheques del poder judicial", es decir, también manifestó su amistosa intención de servir al Magistrado doctor Olano. Han relatado lo sucedido en el establecimiento "Santa Librada", sinceramente, coincidiendo en los hechos esenciales ocurridos dentro de reunión de amigos que dialogaron acerca de las actividades judiciales de quien ingresó para aceptar amplia conversación sobre aspectos concretos de aquellas. Así, pues, teniendo en cuenta las condiciones personales y sociales de los testigos, su falta de interés en contrariar la verdad, no puede aceptarse el calificativo que hace el Magistrado doctor Olano de "testimonios ad-hoc recibidos a petición de mi enemigo capital". Luego agrega que la copia auténtica del Acuerdo número 36 del Tribunal de Cali, desvirtúa el valor probatorio de aquellos. No es aceptable el argumento defensivo. El debate sobre la querella, realizado por la Corporación de que forma parte el doctor Olano, es improcedente para la Corte que únicamente puede atender a las voces del Decreto 3665 (artículo 59): "...el inferior contestará haciendo sus descargos y acompañando las pruebas en que los fundamente". Y como el doctor Olano no ha demostrado que los testigos faltaron a la verdad, en sus relaciones se funda la Corte, considerando las normas sobre críticas del testimonio.

DECISION

Las actitudes y conducta asumidas por el Magistrado Olano afectan seriamente el decoro de la función de administrar justicia. La estimación de su naturaleza corresponde al superior llamado a calificarlas para imponer una de las sanciones disciplinarias tendientes "al mejoramiento de la administración de justicia", como reza el preámbulo del Decreto 3665.

Aquel contiene en su artículo 2º la enunciación de hechos que dan asidero a la imposición de sanciones disciplinarias, sin perjuicio de la correspondiente acción penal, cuando a ella hubiere lugar. Sin el rigorismo y técnica que la ley penal emplea para tipificar las acciones delictuosas, concede a la justa apreciación del superior estimar otros hechos que, "por su naturaleza, sean incompatibles con la dignidad de administrar justicia".

Si el Magistrado doctor Carlos Alberto Olano cometió las faltas examinadas anteriormente, que comprometen en forma manifiesta la dignidad de su función, debe aplicársele una de las sanciones disciplinarias (artículo 3º), graduada en forma que armonice con la naturaleza de ellas y los altos fines de vigilancia de la Rama Jurisdiccional.

Por lo expuesto, la Corte Suprema --Sala Plena-- RESUELVE:

Primero.—Impónese al Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctor Carlos Alberto Olano, la suspensión del cargo por el término de quince (15) días.

Segundo.—Ordénase la investigación de los posibles delitos de cohecho y encubrimiento, contra el abogado Carlos Luna Tello y el Magistrado doctor Olano, respectivamente, para lo cual se sacarán copias de la presente actuación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y comuníquese al Departamento de Vigilancia Judicial.

Roberto Guenaga — Antonio Vicente Arenas—Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino, Alfredo Cock Arango—Samuel de Sola Roncallo, Roberto de Zubiría—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Benjamín Iragorri Díez—Ricardo Jordán Jiménez—Armando Latorre Rizo—Héctor Martínez Guerra—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Luis Fernando Paredes—Arturo C. Posada — Jorge Santofimio—Arturo Valencia Zea—Jorge Vélez García — Jorge Soto Soto, Secretario.

SE INHIBE LA CORTE DE CONOCER, POR CARECER DE COMPETENCIA, DE LA DEMANDA SOBRE NULIDAD DE LOS DECRETOS EJECUTIVOS (NUMEROS 2392 DE 1957, 0012 Y 0119 DE 1958), POR LOS CUALES EL GOBIERNO NACIONAL NOMBRO CONSEJEROS DE ESTADO EN INTERINIDAD. — DISTINCION ENTRE LOS TERMINOS "ELECCION" Y "NOMBRAMIENTO"

Según el artículo 189 de la Ley 167 de 1941 (C. C. A.), "el Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios contra LAS ELECCIONES de Presidente de la República, Senadores y Representantes a la Cámara. E igualmente conoce de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones O NOMBRAMIENTOS hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, EL GOBIERNO o POR CUALQUIERA AUTORIDAD, FUNCIONARIO o corporación del orden nacional". (Los subrayados son de la Sala). Y según el artículo 190 ibidem "la Corte Suprema de Justicia conoce en Sala Plena y en una sola instancia de las demandas relativas A LA ELECCION de Designados a la Presidencia de la República, DE CONSEJEROS DE ESTADO y de Magistrados de los Tribunales Administrativos". (Los subrayados de este artículo también son de la Sala). Es decir, el legislador de 1941, al dictar las normas transcritas, hizo clara distinción entre los términos ELECCION y NOMBRAMIENTO, los que no deben confundirse en su verdadera acepción gramatical, con la sola finalidad de pretender atribuirle a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de una acción que corresponde privativamente, según la Ley, al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el caso de autos al Consejo de Estado. Según el diccionario de la Academia de la Lengua, "ELECCION implica acción y efecto de elegir, deliberación y libertad para obrar, como, por ejemplo, el nombramiento de una persona, que regularmente se hace por votos, para algún cargo, comisión, etc." Y "nombrar" es "elegir" o señalar a uno para un cargo, empleo u otra cosa", siendo "nombramiento", por tanto, "la acción y efecto de nombrar". De ahí porqué el artículo 190 citado, únicamente dé competencia a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento de las demandas relativas A LA ELECCION de los empleados que ella cita, esto es, de las personas que deben ser nombradas por medio de votos dados por los miembros de cuerpos deliberantes, y el artículo 189 extienda al Consejo de Estado esa competencia, no solo para conocer de las demandas que se refieren a elecciones verificadas por cuerpos deliberantes sino a NOMBRAMIENTOS hechos por el Gobierno, como los de Consejeros de Estado, en defecto de las Cámaras Legislativas.

Lo expuesto encuentra apoyo en los mandatos de los artículos 62 y 67 de la Ley 167 de 1941, que respectivamente dicen:

"Artículo 62. — Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores Capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.

"Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

"Artículo 67.—La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.

"La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho".

Cuando las pretensiones de la demanda se dirigen concretamente a obtener la nulidad

de los Decretos Ejecutivos por los cuales el Gobierno Nacional nombró Consejeros de Estado en interinidad —Decretos que constituyen normas de carácter administrativo— por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad, y el restablecimiento del derecho en el cual se cree lesionado el demandante, para la Sala Plena es incontrovertible —a tenor de las disposiciones legales comentadas— su incompetencia para conocer de ella, porque es al Consejo de Estado y no a la Corte, a quien la ley atribuye competencia privativa para conocer de la acción de plena jurisdicción, como claramente se deduce de las disposiciones transcritas, en armonía con el artículo 34, numeral 10º, de la Ley 167 de 1941, y el artículo 11º del Decreto Legislativo 4120 de 1949.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, junio once de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria)

El doctor Rafael Marriaga, por medio de apoderado y en memorial dirigido a la Corte Plena, solicita:

"a) La nulidad de los Decretos Ejecutivos números 2392 de 1957, noviembre 30; 0012 de 1958, enero 10, y 0119 de 1958, enero 24, e igualmente contra el oficio número 1424, de fecha 21 de enero de 1958, suscrito por el Ministro de Justicia, y dirigido al señor Presidente del Consejo de Estado; esto es de los actos administrativos antes referidos, y en cuanto y por cuanto ellos causaron la desinvestidura del doctor Rafael Marriaga en el cargo de Consejero de Estado; la nulidad de los nombramientos o del nombramiento allí efectuados y que fueren conducentes declarar nulos COMO MEDIO para el establecimiento del derecho violado, es decir, su restitución en tal empleo, que con TITULARIDAD SUFICIENTE venía desempeñando, y el pago de los sueldos y demás expensas por él dejadas de percibir, hasta cuando aquel hecho —el reintegro— se realice;

"b) O los solos sueldos y expensas, si cuando la sentencia que deba finalizar este proceso ya estuvieren reemplazados constitucionalmente también los Consejeros designados por los actos administrativos acusados y hasta la fecha en que el Magistrado que sea elegido en la forma prevista por la Carta Política reemplace a su vez al Consejero que desposeyó al doctor Marriaga, mediante la posesión, en debida forma, del cargo.

"c) Los perjuicios morales —objetivados y no objetivables— sufridos por el doctor Marriaga por causa y con ocasión de los actos demandados; y

"d) Finalmente, la declaración jurisdiccional de que dicho lapso se considera ininterrumpido para todos los efectos legales, tales como para prestaciones sociales".

Como disposiciones violadas por los actos acusados cita el demandante los artículos 130 y 160 de la Constitución Nacional; 8 de la Ley 167 de 1941; 68, numeral 11, y 249 del Código de Régimen Político y Municipal, y como comprobantes acompaña copias debidamente autenticadas de los Decretos Ejecutivos que demanda.

Expresa que la competencia de la Corte Suprema en Sala Plena para conocer de esta demanda surge del artículo 190 de la Ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso Administrativo), que reza:

"La Corte Suprema de Justicia conoce en Sala Plena y en una sola instancia de las demandas relativas a la elección de Designados a la Presidencia de la República, DE CONSEJEROS DE ESTADO y de Magistrados de los Tribunales Administrativos".

Y, por último, dice:

"Yo considero que la disposición transcrita se refiere exclusivamente a la acción ELECTORAL establecida en el Capítulo XX de la referido Ley —la cue es pública— y no a la de PLENA JURISDICCION, consagrada por vía general en los artículos 67 y 68 ibidem— que solo compete al perjudicado por un acto administrativo y para el restablecimiento del derecho que se le haya violado, cual es la situación de esta demanda. Mas mi poderdante quiere presentar su caso también ante la Corte Suprema de Justicia en previsión de que el Consejo de Estado, donde cursa actualmente otra demanda análoga, se declare incompetente para conocerlo, no obstante lo preceptuado en el artículo 34, numeral 10, del C. C. A. en armonía con el artículo undécimo del Decreto Legislativo 4120 de 1949".

Del contexto de la demanda anterior se desprende en forma ostensible la incompetencia de la Corte Suprema en Sala Plena para conocer de la acción propuesta, y un somero examen de los artículos 189 y 190 de la Ley 167 de 1941 (C. C. A.), en armonía con los artículos 62 y 67 de la misma Ley, llevan a la Sala a aquella conclusión. En efecto, según el artículo 189, "el Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Pre-

sidente de la República, Senadores y Representantes a la Cámara. E igualmente conoce de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o **nombramientos** hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o **por cualquiera autoridad, funcionario** o corporación del orden nacional". (Los subrayados son de la Sala). Y según el artículo 190 "la Corte Suprema de Justicia conoce en Sala Plena y en una sola instancia de las demandas relativas a la elección de Designados a la Presidencia de la República, de Consejeros de Estado y de Magistrados de los Tribunales Administrativos". (Los subrayados de este artículo también son de la Sala). Es decir, el legislador de 1941, al dictar las normas transcritas, hizo clara distinción entre los términos **elección y nombramiento**, los que el demandante confunde en su verdadera acepción gramatical, con la sola finalidad de pretender atribuirle a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de una acción que corresponde privativamente, según la ley, al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el caso de autos al Consejo de Estado. Según el diccionario de la Academia de la Lengua, "elección" implica acción y efecto de elegir, deliberación y libertad para obrar, como, por ejemplo, el nombramiento de una persona, que regularmente se hace por votos, para algún cargo, comisión, etc.". Y "nombrar" es "elegir o señalar a uno para un cargo, empleo u otra cosa", siendo "nombramiento", por tanto, "la acción y efecto de nombrar". De ahí porqué el artículo 190 citado únicamente dé competencia a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento de las demandas relativas a la elección de los empleados que ella cita, esto es, de las personas que deben ser nombradas por medio de votos dados por los miembros de cuerpos deliberantes, y el artículo 189 extienda al Consejo de Estado esa competencia, no solo para conocer de las demandas que se refieren a elecciones verificadas por cuerpos deliberantes sino a **nombramientos** hechos por el Gobierno, como los de Consejeros de Estado, en defecto de las Cámaras Legislativas.

Lo expuesto encuentra apoyo en los mandatos de los artículos 62 y 67 de la Ley 167 de 1941, que respectivamente dicen:

"Artículo 62. Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores Capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad".

"Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

"Artículo 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.

"La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho".

Siendo pues, evidente que las pretensiones del demandante se dirigen concretamente a obtener la nulidad de los Decretos Ejecutivos por los cuales el Gobierno Nacional nombró Consejeros de Estado en interinidad —Decretos que constituyen normas de carácter administrativo— por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad, y el restablecimiento del derecho en el cual se cree lesionado aquél, para la Sala Plena es incontrovertible —al tenor de las disposiciones legales comentadas— su incompetencia para conocer de la demanda propuesta por el ex-Consejero de Estado, doctor Rafael Marriaga, porque es al Consejo de Estado y no a la Corte, a quien la ley atribuye competencia privativa para conocer de la acción de plena jurisdicción, como claramente se deduce de las disposiciones transcritas, en armonía con el artículo 34, numeral 10º, de la Ley 167 de 1941, y el artículo undécimo del Decreto Legislativo 4120 de 1949. Así lo reconoce el apoderado del demandante cuando en su libelo dice:

"...Mas mi poderdante quiere presentar su caso también ante la Corte Suprema de Justicia en previsión de que el Consejo de Estado, donde cursa actualmente otra demanda análoga, se declare incompetente para conocerlo, no obstante lo preceptuado en el artículo 34, numeral 10º del C. C. A., en armonía con el artículo undécimo del Decreto Legislativo 4120 de 1949".

Por las consideraciones expuestas, la Sala Ple-

na de la Corte Suprema de Justicia, se INHIBE de conocer de la referida demanda.

Notifíquese, e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Roberto Goenaga, Presidente. — Alfredo Cock Arango—Antonio Vicente Arenas — Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino — Samuel de Sola Roncallo — Roberto de Zubiría—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Benjamín Iragorri Díez—Ricardo Jordán Jiménez — Armando Latorre Rizo — Héctor Martínez Guerra — Luis Eduardo Mejía J. — Pedro Pacheco Osorio—Luis Fernando Paredes—Arturo C. Posada—Jorge Sanabria—Arturo Valenzia Zea—Jorge Vélez García. El Secretario, Jorge Soto Soto.

LA CORTE CARECE DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA VIABILIDAD DE LOS DECRETOS EJECUTIVOS POR MEDIO DE LOS CUALES SE DESIGNAN CONSEJEROS DE ESTADO EN INTERINIDAD

El artículo 136 de la Constitución Nacional dio a las Cámaras Legislativas la facultad de hacer "LA ELECCION DE CONSEJEROS DE ESTADO... de ternas formadas por el Presidente de la República". Y añade el mismo precepto: "Corresponde al Gobierno la designación de Consejeros interinos".

La norma constitucional transcrita, considera, como es obvio, elección de Consejeros Principales y Suplentes, la que efectúan las Cámaras Legislativas de las ternas formadas por el Presidente de la República, y como designación o nombramiento la que el Gobierno hace de Consejeros interinos.

El artículo 190 de la Ley 167 de 1941 dio a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer "en Sala Plena y en una sola instancia" de las demandas relativas a la elección de Designados a la Presidencia de la República, de Consejeros de Estado y de Magistrados de los Tribunales Administrativos. Relacionando este precepto con el artículo 136 de la Carta Fundamental, se concluye que la competencia que tiene la Corte en Sala Plena se refiere exclusivamente a las demandas de la elección que hagan las Cámaras Legislativas de Consejeros de Estado principales y suplentes, y no a la designación que efectúe el Gobierno de Consejeros interinos. Bien sabido es que las normas sobre competencia y jurisdicción son de carácter restrictivo, y que, por lo mismo, no pueden extenderse a casos o situaciones no contempladas en las leyes que la otorgan.

En cambio, el artículo 189 de la Ley 167 de 1941 sí confiere competencia al Consejo de Estado para conocer "PRIVATIVAMENTE" (subraya la Corte) y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, Senadores y Representantes a la Cámara; y extiende esta competencia a "los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquier autoridad, funcionario o corporación del orden nacional". De lo pertinente al caso, se tiene que es jurisdicción privativa del Consejo de Estado conocer de los juicios que se susciten con motivo de la elección o nombramiento hechos por el Gobierno.

Por manera que sí, de lo expuesto, resulta que la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena solo puede conocer de las demandas relativas a la elección de Consejeros de Estado, hechas, claro está, por las Cámaras Legislativas, y si el Consejo de Estado la tiene privativa para conocer de las elecciones o nombramientos hechos por el Ejecutivo, es manifiesta la incompetencia de la Corte en Sala Plena para aprehender el conocimiento de la demanda que se instaure tendiente a obtener la nulidad de los decretos y demás actos administrativos mediante los cuales se nombraron Consejeros de Estado en interinidad por el Gobierno Nacional.

De otra parte, el artículo 190 de la Ley 167 de 1941 consagra la acción electoral exclusivamente encaminada a obtener la nulidad o invalidez de la elección de Consejeros de Estado, la cual es de carácter público, tan tanto que la aquí ejercida es la de plena jurisdicción que se encamina no solamente a declarar la nulidad de los decretos y oficio que forman el acto administrativo mediante el cual el Gobierno Nacional nombró Consejero de Estado, en interinidad, en reemplazo del demandante, sino también a que se decrete su restitución en el empleo, se ordene el pago de los sueldos dejados de percibir por él hasta cuando el reintegro se realice, y los perjuicios morales sufridos por el mismo. Esta acción, que solo la tiene el perjudicado con el acto administrativo, compete a la jurisdicción contencioso administrativa de conformidad con los artículos

34, 62, 67, 33 y 35 de la citada ley 167 de 1941.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, junio diez y seis de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

El doctor Ricardo Gutiérrez Mejía, por medio de apoderado debidamente constituído, ha presentado demanda, en la cual solicita:

"a) La nulidad de los decretos ejecutivos 2392, 0012 y 0119, y de la Nota 1424, esto es de los actos administrativos antes referidos, en cuanto y por cuanto ellos causaron la desinvestidura del doctor Ricardo Gutiérrez Mejía en el cargo de Consejero de Estado; la nulidad de los nombramientos o del nombramiento allí efectuados y que fueren conducentes declarar nulos COMO MEDIO para el restablecimiento del derecho violado, es decir su restitución en tal empleo, que con TITULARIDAD SUFICIENTE venía desempeñando; y el pago de los sueldos y demás expensas por él dejadas de percibir, hasta cuando aquel hecho —el reintegro— se realice;

"b) O los sueldos y expensas, si cuando la sentencia que deba finalizar este proceso ya estuvieren reemplazados constitucionalmente también los Consejeros designados por los actos administrativos acusados y hasta la fecha en que el Magistrado que sea elegido en propiedad y en la forma prevista por la Carta Política reemplace a su vez al Consejero que desposeyó al doctor Gutiérrez Mejía, mediante la posesión, en debida forma, del cargo;

"c) Los perjuicios morales —objetivados y no objetivados— sufridos por el doctor Gutiérrez Mejía por causa y con ocasión de los actos demandados;

"d) Finalmente, la declaración jurisdiccional de que dicho lapso —el contemplado en los supuestos anteriores— se considera ininterrumpido para todos los efectos legales, tales como para prestaciones sociales".

Los hechos en que se funda la demanda son:

"Primero.—Por decreto ejecutivo 2379, del 21 de septiembre de 1956, el Gobierno de ese entonces haciendo uso de la facultad legítima que le otorga la Constitución Política de la República en su artículo 136 y en otras disposiciones legales, nombró a mi poderdante Consejero de Estado, en interinidad, para llenar la falta absoluta producida por la renuncia aceptada que presentó el doctor Abelardo Gómez Naranjo, quien desempeñaba este cargo.

"Segundo.—En la misma fecha mi poderdante tomó posesión de tal empleo ante el señor Presidente de la República y continuó desempeñándolo hasta el día 30 de enero pasado, en el que inconstitucionalmente fue desplazado por los referidos actos administrativos al designarse al doctor Ignacio Gómez Posse.

"Tercero.—El doctor Gutiérrez Mejía devengaba un sueldo de TRES MIL PESOS ($ 3.000.00) mensuales y las expensas y prestaciones sociales anexas al cargo".

Cita como disposiciones violadas por los actos acusados los artículos 136 y 160 de la Constitución Nacional, 8º de la ley 167 de 1941, numeral 11, 246 del Código de Régimen Político y Municipal.

Acompaña al libelo copia de los Decretos y del Oficio cuya nulidad demanda.

La competencia de la Corte en Sala Plena para conocer de esta demanda, la deriva del artículo 167 del Código Contencioso Administrativo que dice: "La Corte Suprema de Justicia conoce en Sala Plena y en una sola instancia de las demandas relativas a la elección de Designados a la Presidencia de la República, de CONSEJEROS DE ESTADO y de Magistrados de los Tribunales Administrativos".

Pero sobre este punto agrega el demandante: "Yo considero que la disposición transcrita se refiere exclusivamente a la acción electoral establecida en el Capítulo XX de la referida ley —la que es pública— y no a la de PLENA JURISDICCION, consagrada por vía general en los artículos 67 y 68 ibidem que solo compete al perjudicado por un acto administrativo y para el restablecimiento del derecho que se haya violado, cual es la situación de esta demanda. Mas mi poderdante quiere presentar su caso también ante la Corte Suprema de Justicia en previsión de que el Consejo de Estado, donde cursa actualmente otra demanda análoga, se declare incompetente para conocerlo".

Se considera:

El artículo 136 de la Constitución Nacional dio a las Cámaras Legislativas la facultad de hacer "LA ELECCION DE CONSEJEROS DE ESTADO... de ternas formadas por el Presidente de la República". Y añade el mismo precepto: "Corresponde al Gobierno la designación de Consejeros interinos".

La norma constitucional transcrita, considera como es obvio, elección de Consejeros principales y suplentes, la que efectúan las Cámaras Legislativas de las ternas formadas por el Presidente de la República, y como designación o nombramiento la que el Gobierno hace de Consejeros interinos.

El artículo 190 de la ley 167 de 1941 dio a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer "en Sala Plena y en una sola instancia" de las demandas relativas a la elección de designados a la Presidencia de la República, de Consejeros de Estado y de Magistrados de los Tribunales Administrativos. Relacionando este precepto con el artículo 136 de la Carta Fundamental, se concluye que la competencia que tiene la Corte en Sala Plena se refiere exclusivamente a las demandas de la elección que hagan las Cámaras Legislativas de Consejeros de Estado principales y suplentes, y no a la designación que efectúe el Gobierno de Consejeros interinos. Bien sabido es que las normas sobre competencia y jurisdicción son de carácter restrictivo, y que, por lo mismo, no pueden extenderse a casos o situaciones no contempladas en las leyes que la otorgan.

En cambio, el artículo 189 de la ley 167 de 1941 sí confiere competencia al Consejo de Estado para conocer **"privativamente"** (subraya la Corte) y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, Senadores y Representantes a la Cámara; y extiende esta competencia a "los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquier autoridad, funcionario o corporación del orden nacional". De lo pertinente al caso, se tiene que es jurisdicción privativa del Consejo de Estado conocer de los juicios que se susciten con motivo de la elección o nombramiento hechos por el Gobierno.

Por manera que si, de lo expuesto, resulta que la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena solo puede conocer de las demandas relativas a la elección de Consejeros de Estado, hechas, claro está, por las Cámaras Legislativas, y si el Consejo de Estado la tiene privativa para conocer de las elecciones o nombramientos hechos por el Ejecutivo es manifiesta la incompetencia de la Corte en Sala Plena para aprehender el conocimiento de la demanda instaurada por el doctor Ricardo Gutiérrez Mejía por la que pretende que se declare la nulidad de los decretos y demás actos administrativos mediante los cuales se nombró como Consejero de Estado en interinidad por el Gobierno Nacional al doctor Ignacio Gómez Posse en reemplazo del demandante.

De otra parte, como lo repite el libelo, el artículo 190 de la ley 167 de 1941 consagra la acción electoral exclusivamente encaminada a obtener la nulidad o invalidez de la elección de Consejeros de Estado, la cual es de carácter público. En tanto que la aquí ejercitada es la de plena jurisdicción que se encamina no solamente a declarar la nulidad de los decretos y oficio que forman el acto administrativo mediante el cual se reemplazó al demandante, sino también a que se decrete su restitución en el empleo, se ordene el pago de los sueldos dejados de percibir por él hasta cuando el reintegro se realice, y los perjuicios morales sufridos por el doctor Gutiérrez Mejía. Esta acción, que solo la tiene el perjudicado con el acto administrativo, compete a la jurisdicción contencioso administrativa de conformidad con los artículos 34, 62, 67, 83 y 85 de la citada ley 167 de 1941.

Apareciendo manifiesta la competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de plena jurisdicción presentada por el doctor Gutiérrez Mejía ante la Corte Suprema de Justicia, ésta debe inhibirse para conocer de ella.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, se abstiene de conocer de esta demanda.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Roberto Goenaga — Antonio Vicente Arenas.— Luis Alberto Bravo — Gabriel Carreño Mallarino. Alfredo Cock Arango—Samuel de Sola Roncallo. Roberto de Zubiría—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez — Benjamín Iragorri Díez Ricardo Jordán Jiménez — Armando Latorre Rizo. Héctor Martínez Guerra — Luis Eduardo Mejía. Pedro Pacheco Osorio—Luis F. Paredes—Arturo C. Posada—Jorge Sanabria—Arturo Valencia Zea. Jorge Véiez García—Jorge Soto Soto, Secretario.

SE RATIFICA LA DOCTRINA REFERENTE A QUE LA CORTE CARECE DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA DEMANDA SOBRE NULIDAD DE LOS DECRETOS EJECUTIVOS (Nos. 2392 DE 1957, 0012 Y 0119 DE 1958), POR LOS CUALES EL GOBIERNO NACIONAL NOMBRO CONSEJEROS DE ESTADO EN INTERINIDAD

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea)

El doctor **Ildefonso Méndez**, por medio de apoderado y en memorial dirigido a la Corte Plena, solicita:

"a) La nulidad de los Decretos Ejecutivos 2392, 0012 y 0119, y de la Nota 1424, esto es de los actos administrativos antes referidos, en cuanto y por cuanto ellos causaron la desinvestidura del doctor Ildefonso Méndez en el cargo de Consejero de Estado; la nulidad de los nombramientos allí efectuados y que fueren conducentes declarar nulos COMO MEDIO para el restablecimiento del derecho violado, es decir su restitución en tal empleo, que con TITULARIDAD SUFICIENTE venía desempeñando; y el pago de los sueldos y demás expensas por él dejadas de percibir, hasta cuando aquel hecho —el reintegro— se realice;

"b) O los solos sueldos y expensas, si cuando la sentencia que deba finalizar este proceso ya estuvieren reemplazados constitucionalmente también los Consejeros de Estado designados por los actos administrativos acusados y hasta la fecha en que el Magistrado que sea elegido en la forma prevista por la Carta Política reemplace a su vez al Consejero que desposeyó al doctor Méndez, mediante la posesión, en debida forma, del cargo;

"c) Los perjuicios morales —objetivados y no objetivables— sufridos por el doctor Méndez por causa y con ocasión de los actos demandados; y

"d) Finalmente, la declaración jurisdiccional de que dicho lapso —el contemplado en los supuestos anteriores— se considera ininterrumpido para todos los efectos legales, tales como para prestaciones sociales".

Como disposiciones violadas por los actos acusados cita el demandante los artículos 136 y 160 de la Constitución Nacional; 8 de la Ley 167 de 1941; 68, numeral 11, y 249 del Código de Régimen Político y Municipal, y como comprobantes acompaña copias debidamente autenticadas de los Decretos Ejecutivos que demanda.

Expresa que la competencia de la Corte Suprema en Sala Plena para conocer de esta demanda surge del artículo 190 de la Ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso Administrativo), que reza:

"La Corte Suprema de Justicia conoce en Sala Plena y en una sola instancia de las demandas relativas a la elección de Designados a la Presidencia de la República, DE CONSEJEROS DE ESTADO y de Magistrados de los Tribunales Administrativos".

Y por último dice:

"Yo considero que la disposición transcrita se refiere exclusivamente a la acción ELECTORAL establecida en el Capítulo XIX de la referida ley —la que es pública— y no a la de PLENA JURISDICCION, consagrada por vía general en los artículos 67 y 68 ibidem —que solo compete al perjudicado por un acto administrativo y para el restablecimiento del derecho que se le haya violado, cual es la situación de esta demanda. Mas mi poderdante quiere presentar su caso también ante la Corte Suprema de Justicia en previsión de que el Consejo de Estado, donde cursa actualmente otra demanda análoga, se declare incompetente para conocerlo".

Del contexto de la demanda anterior se desprende en forma ostensible la incompetencia de la Sala Plena de la Corte Suprema para conocer de la acción propuesta, y un somero examen de los artículos 189 y 190 de la Ley 167 de 1941 (C. C. A.), en armonía con los artículos 62 y 67 de la misma Ley, llevan a la Sala a aquella conclusión. En efecto, según el artículo 189, "El Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, Senadores y Representantes a la Cámara. E igualmente conoce de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquiera autoridad, funcionario, o

corporación del orden nacional. Y según el artículo 190 "La Corte Suprema de Justicia conoce en Sala Plena y en una sola instancia de las demandas relativas a la elección de Designados a la Presidencia de la República, de Consejeros de Estado y de Magistrados de los Tribunales Administrativos". Es decir, el legislador de 1941, al dictar las normas transcritas, hizo clara distinción entre los términos **elección** y **nombramiento**, términos que el demandante confunde en su verdadera acepción gramatical, con la sola finalidad de pretender atribuirle a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de una acción que corresponde privativamente, según la ley, al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el caso de autos al Consejo de Estado. Según el diccionario de la Academia de la Lengua, "elección implica 'acción y efecto de elegir, deliberación y libertad para obrar, como, por ejemplo, el nombramiento de una persona, que regularmente se hace por votos, para algún cargo, comisión, etc." Y "nombrar" es "elegir o señalar a uno para un cargo, empleo u otra cosa", siendo "nombramiento", por tanto, "la acción y efecto de nombrar". De ahí por qué el artículo 190 citado únicamente dé competencia a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento de las demandas relativas a la **elección** de los empleados que ella cita, esto es, de las personas que deben ser nombradas por medio de votos dados por los miembros de cuerpos deliberantes, y el artículo 189 extienda al Consejo de Estado dicha competencia, no solo para conocer de las demandas que se refieran a elecciones verificadas por cuerpos deliberantes sino a **nombramientos** hechos por el Gobierno, como los de Consejeros de Estado, en defecto de las Cámaras Legislativas.

Lo expuesto encuentra apoyo en los mandatos de los artículos 62 y 67 de la Ley 167 de 1941, que respectivamente dicen:

"Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores Capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad".

"Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

"La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.

"La misma acción tendrá todo aquél que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho".

Siendo, pues, evidente que las pretensiones del demandante se dirigen concretamente a obtener la nulidad de los Decretos Ejecutivos por los cuales el Gobierno Nacional nombró Consejeros de Estado en interinidad —Decretos que constituyen normas de carácter administrativo— por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad, el restablecimiento del derecho en el cual se cree lesionado aquél, para la Sala Plena es incontrovertible —al tenor de las disposiciones legales comentadas— su incompetencia para conocer de la demanda propuesta por el exConsejero de Estado, doctor Ildefonso Méndez.

Por las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se inhibe de conocer de la referida demanda.

Notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Roberto Goenaga, Presidente.—Antonio Vicente Arenas.—Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino—Alfredo Cock Arango—Samuel de Sola Roncallo—Roberto de Zubiría—Ignacio Escallón, José Hernández Arbeláez — Benjamín Iragorri Díez—Ricardo Jordán Jiménez — Armando Latorre Rizo—Héctor Martínez Guerra—Luis Eduardo Mejía J.—Pedro Pacheco Osorio. — Luis Fernando Paredes Arturo C. Posada Jorge Sanabria—Arturo Valencia Zea — Jorge Vélez García. Jorge Soto Soto, Secretario.

LEY 43 DE 1945, POR LA CUAL SE ESTABLECE EL ESCALAFON NACIONAL DE ENSEÑANZA SECUNDARIA, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL, EN SU ART. 7º, EN CUANTO DICE QUE PARA SER RECTOR O VICERRECTOR DE INSTITUTOS OFICIALES, SE REQUERIRA PERTENECER A LA PRIMERA CATEGORIA DEL ESCALAFON. — SE DECLARA QUE ES INEXEQUIBLE EL APARTE ACUSADO. — EMPLEADOS Y AGENTES. — CLASIFICACION

1.—Si es evidente que el Jefe del Estado tiene facultad plena para nombrar y remover libremente a sus agentes, se observa también que ninguna ley puede cortarle esa libertad constitucional que le otorga el numeral 5º, inciso 2º del artículo 120 del Estatuto.

Si esto no fuere así, se entendería que el Presidente de la República, para nombrar un Rector o un Vicerrector de cualquier instituto oficial, quedaría obligado a designar a determinadas personas, limitadísimas, y solo a aquellas que se encuentran escalafonadas en primera categoría, quedándole prohibido llenar esas plazas con individuos que, en vía de ejemplo, reúnan mayores y mejores capacidades y condiciones, lo que no es difícil suponer, en vista de la variable reglamentación de los estudios secundarios que se introduzca en el país, con buena voluntad, sin duda, pero también sin firmeza ni duración, en línea general, cada vez que se produce una crisis de Gabinete y entra a figurar un nuevo Ministro del Ramo. Corrobora la anterior afirmación el hecho de que hoy se ventila la posibilidad de transformar el Ministerio de Educación en un departamento administrativo.

Si se le merman al Presidente de la República las facultades contenidas en los numerales 5º, inciso 2º, y 13 del artículo 120 de la Constitución, como son las de nombrar y remover libremente a sus agentes y de dirigir, reglamentar e inspeccionar la educación nacional, como lo pretende el artículo acusado, obligando al Jefe del Estado a nombrar a determinadas personas para los cargos de Rector o Vicerrector de los institutos oficiales, a quienes no podría remover, en caso de rebeldía o disconformidad, queda destruída por completo la independencia del Presidente para dirigir la instrucción pública la que ejercerían a su arbitrio los Rectores o Vicerrectores en sus respectivos establecimientos educacionales. En iguales circunstancias quedarían los Gobernadores y los Alcaldes, respecto de los Rectores y Vicerrectores de su dependencia.

2.—La clasificación de los empleados públicos, para determinar si un Rector o Vicerrector de un Instituto oficial es "agente" del Presidente de la República o simplemente "empleado", quedó claramente establecida por la Corte, en la sentencia de fecha 15 de julio de 1940, que se repite: "Los artículos 52, 69 y 115 de la Constitución Nacional distinguen entre empleado, grupo genérico atendido por el Congreso en la Ley 165 de 1938, no tocados en ésta y consiguientemente conservados en el pie de libre nombramiento y remoción que para este grupo singular establece aquel en el precepto que hoy es el artículo 115 de la Codificación Constitucional. El agente lleva como tal, dentro de los linderos de cada caso, una representación de su superior, que en general es quien lo nombra o designa. Ella será más o menos amplia: pero siempre, por reducida que sea, la hay. El empleado simplemente tal, no la tiene. Puede suceder que en ocasiones se la confiera; ello querrá decir que entonces pasa de mero empleado a agente en lo atañedero a la representación de que accidentalmente se le ha investido". (GACETA JUDICIAL número 1.957, pág. 473, de 15 de julio de 1940. Sala Plena).

El doctor Eusorgio Sarria, sobre el particular trae en su obra las siguientes afirmaciones: Duguit establece la distinción entre agentes y gobernantes así: Estos detentan la mayor fuerza. Los agentes, por el contrario, no detentan, por sí mismos, una fuerza propia. Son agentes instituídos para cumplir cierta función, que los gobernantes determi-

nan por sí o de acuerdo con la regla general. Poseen los agentes una jerarquía, establecida legalmente y que gradúa la competencia respectiva de cada agente, bajo la autoridad superior de los gobernantes. La limitación de competencia y las reglas de esta jerarquía constituyen precisas garantías contra la arbitrariedad, en beneficio de los particulares. Y más adelante agrega que los conceptos fundamentales de Jeze sobre la materia, pueden resumirse así: "...b) Las personas adscritas al servicio público forman dos categorías: GOBERNANTES y AGENTES. c) Los GOBERNANTES se distinguen de los AGENTES, por la mayor fuerza social y política que aquellos poseen. d) Los AGENTES se caracterizan por su dependencia de los gobernantes...". "La jurisprudencia de la Corte Suprema, continúa exponiendo el autor, ha sentado el principio de que la facultad de libre remoción se refiere solo a los 'agentes' del presidente y no a los demás 'empleados' de los servicios públicos. Por eso pudo concluir que la ley orgánica de la carrera administrativa era constitucional, dejaba intacta la prerrogativa presidencial al disponer la 'inamovilidad' y el 'ascenso' obligatorio del empleado". (Sarria, Derecho Administrativo, Ed. Temis, 1957, págs. 118, 121 y 139). Tal fue, observa la Corte, la intención de la voluntad popular manifestada en el Plebiscito de diciembre último, con el fin de acabar con las pasiones políticas por medio de la carrera administrativa, a la que llegarán, en esta forma, y por categorías, los más idóneos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, veinte de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

El ciudadano Efraím Tovar Moze, vecino de esta ciudad, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional y de conformidad, igualmente, con lo ordenado por la Ley 96 de 1936, acusó como inconstitucional la parte que subraya del artículo 7º de la Ley 43 de 1945, por la cual se establece el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, que dice: "Artículo 7º—Para ser profesor de los establecimientos oficiales, será indispensable estar inscrito en el Escalafón. Para ser (subraya) Director o Subdirector de las Secciones de Becas, Enseñanza Secundaria, Normalista o Industrial del Ministerio de Educación, Inspector Nacional de los mismos ramos de la enseñanza, Rector o Vicerrector de institutos oficiales, se requerirá pertenecer a la primera categoría del Escalafón. (Subraya).

En síntesis, la disposición acusada de dicho artículo significa que para ser Rector o Vicerrector de institutos oficiales, se requerirá pertenecer a la primera categoría del Escalafón.

El actor acompañó a la demanda el número 26.014 del **Diario Oficial** de 19 de diciembre de 1945, debidamente autenticado, en el que corre publicada la Ley 43 de ese mismo año.

El demandante considera infringidos los siguientes textos:

"a) Numeral 3º, inciso 2º del artículo 120 de la Carta, que dice: '3º—En todo caso, el Presidente tiene facultad de nombrar y remover libremente sus agentes'.

"b) Numeral 13 del artículo 120 de la Carta, que dice: '13—Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional'.

"Sobra decir que el artículo 120 de la Carta indica lo que le corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa.

Razones sobre violación

Las razones sobre violación de los textos constitucionales citados, la sustenta el actor en la siguiente manera, que se resume:

Los Rectores y Vicerrectores (Directores y Subdirectores) de los institutos oficiales de segunda enseñanza son agentes del Presidente de la República, quien debe conservar la facultad constitucional de nombrarlos y removerlos libremente, y por consiguiente la disposición acusada le coarta esa libertad al impedirle que nombre a personas no incluidas en la primera categoría del Escalafón. Ninguna ley sobre el particular, continúa explicando el demandante, debe oponerse a esa facultad constitucional de que goza el Jefe del Estado. Con mayor razón si se tiene en cuenta que tales empleados son "**simples empleados administrativos** y por eso no hay razón de que se encuentren amparados por el Escalafón Secundario que es un estatuto legal únicamente destinado a proteger a los profesores **que ejercen** la docencia (subraya **el** autor)". Agrega que la Corte, en sentencia de 13 de julio de 1940 considera que **los agentes del Presidente no fueron tocados por la ley**

de la carrera administrativa (subraya); ley que excluye tácitamente a los Rectores y Vicerrectores (Directores y Subdirectores) de la lista de los agentes del Presidente, puesto que la Corte, en la sentencia sobredicha, trae la siguiente definición: "El agente lleva como tal, dentro de los lindes de cada caso, la representación de su superior, que en general es quien lo nombra o designa. Ella será más o menos amplia, pero por reducida que sea, la hay". Continúa manifestando el demandante que "el Director o Subdirector (Rector o Vicerrector) de un plantel de educación secundaria, oficial" lleva la representación del Presidente, pues hace sus veces, como el Gobernador o el Alcalde, que según la Carta son agentes por cuanto hacen las veces de Presidente. (Subraya).

Y concluye, para sustentar sus razones de violación de la Constitución, que al Presidente le corresponde reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública y que mal podría llenar a cabalidad esas funciones si se le limita la facultad para nombrar esos agentes.

Concepto del Procurador

Al contestar el traslado del libelo el señor Procurador General de la Nación, en breve escrito, funda su concepto favorable a las pretensiones de la demanda, estimando que al requerir la ley la condición de pertenecer a la primera categoría del Escalafón para ser Rector o Vicerrector de institutos oficiales, se viola el artículo 120 de la Carta en sus numerales 5º, inciso 2º, y 13, porque el Presidente de la República tiene la exclusiva facultad de nombrar y remover libremente sus agentes. Para sostener su concepto, el señor Procurador, se expresa así: "La H. Corte clasificó el punto e hizo las distinciones entre 'agentes' y empleado en la sentencia de quince de julio de mil novecientos cuarenta", agregando que típicamente el Rector y Vicerrector de un instituto educacional lleva la representación de su superior, quien lo nombra, y que si el Presidente no conserva su plena libertad para tales designaciones, mal podría 'dirigir' la instrucción pública, porque 'dirigir' es 'gobernar', 'regir'."

Cumplidos los requisitos previos para esta clase de acciones, la Corte, para decidir, hace las siguientes

Consideraciones:

Si es evidente, como lo anota el señor Procurador General de la Nación, que el Jefe del Estado tiene facultad plena para nombrar y remover libremente a sus agentes, se observa también que ninguna ley puede coartarle esa libertad constitucional que le otorga el numeral 5º, inciso 2º del artículo 120 del Estatuto.

Si esto no fuere así, se entendería que el Presidente de la República, para nombrar un Rector o un Vicerrector de cualquier instituto oficial, quedaría obligado a designar a determinadas personas, limitadísimas, y solo a aquellas que se encuentren escalafonadas en primera categoría, quedándole prohibido llenar esas plazas con individuos que, en vía de ejemplo, reúnan mayores y mejores capacidades y condiciones, lo que no es difícil suponer, en vista de la variable reglamentación de los estudios secundarios que se introduce en el país, con buena voluntad, sin duda, pero también sin firmeza ni duración, en línea general, cada vez que se produce una crisis de Gabinete y entra a funcionar un nuevo Ministro del Ramo. Corrobora la anterior afirmación el hecho de que hoy se ventila la posibilidad de transformar el Ministerio de Educación Nacional en un departamento administrativo.

La clasificación de los empleados públicos, para determinar si un Rector o Vicerrector de un instituto oficial es "agente" del Presidente de la República o simplemente "empleado", quedó claramente establecido por la Corte, como lo anota el señor Procurador, en la sentencia de fecha 15 de julio de 1940, que se repite: "Los artículos 62, 69 y 115 de la Constitución Nacional distinguen entre empleados, grupo genérico atendido por el Congreso en la Ley 165 de 1938, no tocados en ésta y consiguientemente conservados en el pie de libre nombramiento y remoción que para este grupo singular establece aquel en el precepto que hoy es el artículo 115 de la Codificación Constitucional. El agente lleva como tal, dentro de los lindes de cada caso, una representación de su superior, que en general es quien lo nombra o designa. Ella será más o menos amplia; pero siempre, por reducida que sea, la hay. El empleado simplemente tal, no la tiene. Puede suceder que en ocasiones se la confiera; ello querrá decir que entonces pasa de mero empleado a agente en lo atañedero a la representación de que accidentalmente se le ha investido". (GACETA JUDICIAL número 1.957, pág. 473; de 15 de julio de 1940. Sala Plena).

El doctor Eustorgio Sarria, sobre el particular trae en su obra las siguientes afirmaciones: Duguit establece la distinción entre agentes y gober-

nantes así: Estos detentan la mayor fuerza. Los agentes, por el contrario, no detentan, por sí mismos, una fuerza propia. Son agentes instituídos para cumplir cierta función, que los gobernantes determinan por sí o de acuerdo con la regla general. Poseen los agentes una jerarquía, establecida legalmente y que gradúa la competencia respectiva de cada agente, bajo la autoridad superior de los gobernantes. La limitación de competencia y las reglas de esta jerarquía constituyen precisas garantías contra la arbitrariedad, en beneficio de los particulares. Y más adelante agrega que los conceptos fundamentales de Jeze sobre la materia, pueden resumirse así: "...b) Las personas adscritas al servicio público forman dos categorías: **gobernantes** y **agentes**. c) Los **gobernantes** se distinguen de los **agentes**, por la mayor fuerza social y política que aquellos poseen. d) Los **agentes** se caracterizan por su dependencia de los gobernantes...". "La jurisprudencia de la Corte Suprema, continúa exponiendo el autor, ha sentado el principio de que la facultad de libre remoción se refiere solo a los 'agentes' del presidente y no a los demás 'empleados' de los servicios públicos. Por eso pudo concluir que la ley orgánica de la carrera administrativa era constitucional, dejaba intacta la prerrogativa presidencial al disponer la 'inamovilidad' y el ascenso obligatorio del empleado". (Sarria, Derecho Administrativo, Ed. Temis 1,957, págs. 118, 121 y 139). Tal fue, observa la Corte, la intención de la voluntad popular manifestada en el Plebiscito de diciembre último, con el fin de acabar con las pasiones políticas por medio de la carrera administrativa, a la que llegarán, en esta forma, y por categorías, los más idóneos.

Si se le merman al Presidente de la República las facultades contenidas en los numerales 5º, inciso 2º, y 13 del artículo 120 de la Constitución, como son las de nombrar y remover libremente a sus agentes y de dirigir, reglamentar e inspeccionar la educación nacional, como lo pretende el artículo acusado, obligando al Jefe del Estado a nombrar a determinadas personas para los cargos de Rector o Vicerrector de los institutos oficiales, a quienes no podría remover, en caso de rebeldía o discrepancia, queda destruída por completo la independencia del Presidente para dirigir la instrucción pública la que ejercerían a su arbitrio los Rectores o Vicerrectores en sus respectivos establecimientos educacionales. En iguales circunstancias quedarían los Gobernadores y los Alcaldes, respecto de los Rectores y Vicerrectores de su dependencia.

DECISION:

A virtud de las razones sobredichas, debe declararse que el artículo acusado peca contra los preceptos del Estatuto.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 214 de la Constitución Nacional, oído el señor Procurador General de la Nación y de acuerdo con él, DECLARA que es inexequible el artículo 7º de la Ley 43 de 1945, sobre Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, en cuanto dice:

"...Rector o Vicerrector de institutos oficiales...".

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y dése cuenta al señor Ministro de Educación Nacional.

Roberto Goenaga — Antonio Vicente Arenas—Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino. Alfredo Cock Arango—Samuel de Sola Roncallo. Roberto de Zubiría—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Benjamín Iragorri Díez—Ricardo Jordán Jiménez—Armando Latorre Rizo—Héctor Martínez Guerra—Luis Eduardo Mejía J.—Pedro Pacheco Osorio — Luis Fernando Paredes—Jorge Sanabria — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Vélez García — Ricardo Ramírez L., Of. Mayor.

SALA DE CASACION CIVIL

SOCIEDAD ORDINARIA DE MINAS. — QUIENES DEBEN INTERVENIR EN EL JUICIO EN QUE SE DEBATA SOBRE LA TERMINACION DEL CONTRATO

La relación contractual en una comunidad de bienes, si es eso lo que existe sobre las minas, cuando tiene por objeto actividades que recaen sobre toda la cosa o que comprometen la totalidad de la cosa, afecta naturalmente a todos los comuneros. Sin embargo tratándose de minas el Código de la materia (art. 231 C. de M.) autoriza a los copartícipes para explotarla, cuando la Sociedad ordinaria no lo hace, pero la relación contractual creada por todos los socios o comuneros establece un vínculo conjunto (conjantim vinculum) que no puede ser roto a voluntad de ninguna de las partes y que se refleja en la acción; o sea, que siendo parte determinada persona en el contrato, no puede prescindirse de ella o de quienes representen sus derechos, calidad que debe ser acreditada, para ponerle fin al contrato o solicitar su terminación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

HISTORIA DEL PLEITO:

Las señoras Elvira Maldonado, Rosa Maldonado viuda de Acosta, Josefina Maldonado, Matilde Maldonado, María del Carmen Maldonado, Lucila Maldonado viuda de Bueno, Teresa Bernal de Maldonado, Carmen Pinzón viuda de Maldonado y el señor Carlos S. Maldonado celebraron con el señor Tomás Penagos un contrato de Sociedad para la explotación de carbón situado en la propiedad denominada "El Coclí", Municipio de Suesca, en virtud del cual el señor Penagos se obligó a ejecutar los trabajos de apertura de socavones, hasta encontrar las vetas explotables de carbón, por su cuenta. Encontrada la veta los gastos de explotación debían dividirse por partes iguales entre los Maldonado y Penagos.

El 25 de agosto de 1939 fue firmado un documento por los miembros de la familia Maldonado en que se hizo constar un contrato relacionado con la explotación de la mina por el mismo señor Penagos. (Folios 3 a 5 del cuaderno número 2).

El 30 de junio de 1946 falleció la señora Carmen Pinzón de Maldonado tronco de la mencionada familia y entonces los otros miembros de ella que figuran como demandantes en este juicio celebraron contrato verbal con Penagos para la explotación de carbón en los túneles o socavones denominados "El Triunfo", o "Ancianato" y "Maracaibo", por medio del cual el contratista tomó a su cargo los desembolsos necesarios para abrir los socavones hasta encontrar la veta de carbón y romper igualmente por su cuenta lumbreras para la ventilación de la mina. En virtud de este contrato verbal, las partes se dividirán por mitad los gastos de explotación y de la misma manera por partes iguales las utilidades de la misma. Se fijó un término de cinco años para la duración del contrato, cumplidos los cuales el contratista Penagos devolvería a los dueños los túneles en el estado en que se encontraran y la familia Maldonado pagaría a Penagos la mitad del valor de la herramienta, decauville etc., existentes al término del contrato.

Las partes se manifestaron de acuerdo en lo tocante a la existencia y términos del contrato verbal, salvo en cuanto a la duración, pues el señor Penagos sostiene que no se le fijó plazo y que su ejercicio debía continuar en forma indefinida.

El señor Juez del conocimiento que es el del Circuito de Zipaquirá sentenció favorablemente a los demandantes en fallo de 28 de noviembre de 1955, y el Tribunal en sentencia de 12 de marzo de 1956 revocó la providencia de primer grado y en su lugar declaró que "no es el caso de fallar en el fondo el presente negocio por no estar

demostrado el presupuesto procesal de demanda en forma".

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de Casación, que fue admitido y tramitado en forma legal. Tanto el recurrente como el opositor hicieron uso del traslado.

DEMANDA DE CASACION:

Fue presentada en fecha 2 de agosto de 1955 y en ella se invoca como causal de casación: "Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea", acusación que concreta el recurrente en tres puntos 1, 2 y 3 que se estudiarán por su orden;

PRIMER CARGO

"La infracción directa tiene lugar cuando se aplica la norma a un hecho inexistente, aplicó la norma a los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del Código Judicial al caso del pleito, considerando que la demanda se fundaba en el hecho primordial de que la señora Carmen Pinzón o Parra había intervenido en los contratos de sociedad o de comunidad, cuando la realidad jurídica, según lo expresado antes, tanto en relación con la demanda como con las pruebas, demuestra todo lo contrario; y por consiguiente, este error llevó al Tribunal a considerar la falta de unos de los presupuestos procesales, cuando en realidad todos los intervinientes en el contrato de sociedad fueron demandantes y no quedó uno que no interviniera en la litis".

SE CONSIDERA:

El Tribunal estima que no es posible decidir sobre la disolución de la Sociedad que considera existente entre los Maldonados y Penagos por no ser parte en el juicio la señora Carmen Pinzón de Maldonado, ni quienes representen sus derechos, pues existe conexidad jurídica con ella o con tales sucesores como partes en la Sociedad que se trata de disolver y liquidar.

No cabe duda que doña Carmen Pinzón de Maldonado, tronco de la familia Maldonado, demandante, no fue parte en el contrato celebrado entre éstos y el señor Penagos, contrato que se hizo constar en el documento privado que lleva fecha 25 de agosto de 1939 y que corre a folios 3 y 5 del cuaderno 2 de este expediente, contrato cuya duración se fijó en tres años, pues la firma de dicha señora no aparece al pié del documento que solamente está suscrito por Penagos y por la señora Teresa Bernal de Maldonado.

Según los hechos fundamentales de la demanda, "el señor Tomás Penagos celebró con los demandantes y también con la señora Carmen Pinzón viuda de Maldonado un contrato para la explotación de la mina "El Cochí"....."

En el hecho 3. de la misma demanda se refieren los actores a un contrato verbal entre éstos y Penagos para la explotación de la mina y en el 2. hablan de que recibió de aquéllos la expresada finca y al efecto principió a explotar en el año de 1937"

Por su parte el demandado al contestar la posición primera (folios 2 del cuaderno 1. vuelto) dice: "En el año treinta y siete hice un negocio con la viuda Carmen P. viuda de Maldonado y los herederos contrato de Compañía para explotar las minas o centros de carbón existentes en el citado lote, esta compañía se llevó a cabo hasta el año de mil novecientos cuarenta y dos y de ahí para acá, hicimos una Sociedad de hecho con la señora ya citada y los herederos, Lucila Maldonado viuda de Bueno, Rosa María Maldonado viuda de Acosta, Teresa Bernal de Maldonado, Elvira Maldonado, Carmen Maldonado, Matilde Maldonado y Carlos S. Maldonado, esta Sociedad se hizo por tiempo indefinido".

Resulta, por consiguiente, probado que hubo una especie de contrato explotación del cual no se fijó constancia escrita, pero que conforme a la confesión de Penagos terminó en 1942. Según esa misma confesión en ese contrato fue parte la señora Pinzón viuda de Maldonado.

También aparece de la misma confesión que en ese año de 1942 se celebró un nuevo contrato también verbal que el absolvente denomina "Sociedad de hecho", en el cual fue parte igualmente la mencionada señora Pinzón de Maldonado.

En resumen: el contrato verbal de 1939 terminó de todas maneras y no se trata de él en la acción que se entabló; pero en caso de que se trate de él (el contrato de 1939) no surte efectos en este pleito por haberlo firmado solamente una de las interesadas y en el supuesto de que tenga algún valor, sólo puede crear derechos y obligaciones a favor de quienes firmaron el documento, de modo que en el supuesto esos derechos y obligaciones hubieran tenido existencia, fenecieron por el cumplimiento del plazo, que se fijó en tres años en el respectivo documento. En consecuencia, la demanda sólo puede versar sobre el contrato que el confesante llama "Sociedad de hecho" y que según dice él fue celebrado con la

intervención de la señora Pinzón de Maldonado, en el año de 1942.

Si como parece desprenderse de la demanda, la acción se dirige contra el señor Penagos para hacer efectivo un contrato existente, o mejor para ponerle fin, y en ella se habla de que ese contrato fue celebrado por todos los demandantes y por la señora Pinzón de Maldonado, hay que deducir que ella se refiere al llamado, "Sociedad de hecho" por el demandado en sus posiciones y que dice él fue acordado con los que demandan y también con la señora Pinzón de Maldonado.

Pero aun suponiendo que la acción tenga que ver directamente con el contrato de 1937 y que éste se halle vigente como parece desprenderse de la expresión de los demandantes en la demanda: "Hace muchos años" es claro que también tendría que aparecer como demandante la señora Pinzón de M., puesto que en el encabezamiento de la demanda se dice expresamente que dicha señora hizo parte o fue parte en la celebración del contrato que ocasiona el litigio.

En realidad la demanda contiene notorias contradicciones, porque particularmente se refiere directamente al documento firmado el 25 de agosto de 1939 y ya se dijo que ese contrato no tuvo existencia jurídica respecto de personas distintas de la señora Teresa de Maldonado y el señor Penagos, que fueron los que la firmaron y que por lo tanto serían solamente ésta y con relación a los derechos que represente en las minas por una parte y el señor Penagos por la otra, quienes tendrían acción judicial fundada en él.

La relación contractual en una comunidad de bienes, si es eso lo que existe sobre las minas, cuando tiene por objeto actividades que recaen sobre toda la cosa, como en el caso de que se trata o que comprometen la totalidad de la cosa, afecta naturalmente a todos los comuneros. Sin embargo tratándose de minas el Código de la materia (artículo 281 C. de M.) autoriza a los copartícipes para explotarla, cuando la Sociedad ordinaria no lo hace y considera la Corte que tal disposición es operante en el caso que se estudia, pero la relación contractual creada por todos los socios o comuneros establece un vínculo conjunto (conjunctim vinculum) que no puede ser roto a voluntad de ninguna de las partes y que se refleja en la acción; o sea, que siendo parte la señora Pinzón de Maldonado en el contrato llamado de "Sociedad de hecho" con Penagos, no puede prescindirse de ella o de quienes representen sus derechos, calidad que debe ser acreditada, para ponerle fin al contrato o solicitar su terminación.

Se rechaza el cargo.

SEGUNDO CARGO

"El segundo cargo —dice el demandante en casación— o sea la aplicación indebida de la Ley ocurre cuando, aun entendida rectamente una disposición o un principio legal, se le aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal disposición o principio o se le hace producir efectos distintos de los contemplados en la norma".

Después de algunas consideraciones manifiesta que el Tribunal cometió el error de haber examinado las cosas en conjunto, lo que lo llevó a valorarlas indebidamente.

Sobre este tema continúa el recurrente pero no indica en qué consistieron los errores, ni si son de hecho o de derecho, ni establece que de ellos haya resultado la violación de disposiciones sustantivas, ni cita ninguna norma legal.

Se trata, pues, de una acusación inocua y por tanto se rechaza.

TERCER CARGO:

Dice el recurrente: "El tercer caso, o sea la interpretación errónea, lo produce la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal considerado en sí mismo, esto es, independientemente de la cuestión del hecho que se trata de regular.

"Equivocadamente aplicó el Tribunal al caso del pleito los artículos citados y además los señalados en los números 333 y 788 del Código Judicial para llegar a la conclusión de la inhibición jurisdiccional para pronunciar sobre el fondo de la cuestión.

"Todos estos errores de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, llevó al Tribunal a no dar aplicación entre las partes militantes en el juicio a las normas de los artículos 2.079, 2.083, 2.134, 2.135 y 2.141 del Código Civil".

Da luego el recurrente la definición legal de sociedad (artículo 2.079 del Código Civil), manifiesta que la Sociedad o Compañía quedó formada entre las partes, con calidad de sociedad de hecho, que fijaron en cinco años su duración y que habiendo expirado el plazo procede la acción de disolución.

Alega que este contrato de Sociedad quedó formado entre Elvira Maldonado, Rosa Maldonado de Acosta, Josefa Maldonado, Matilde Maldonado, María del Carmen Maldonado, Lucila Mal-

donado viuda de Bueno, Teresa B. de Maldonado y Carlos S. Maldonado por una parte con Tomás Penagos por la otra.

En esta relación omite como participante en la Sociedad de hecho a Carmen Pinzón viuda de Maldonado, pero ocurre que en la demanda se dice:

"Hecho 1. Desde hace muchos años el señor Tomás Penagos celebró con los demandantes y también con la señora Carmen Pinzón viuda de Maldonado un contrato para la explotación del carbón en una mina denominada "El Coclf" ubicada en jurisdicción de Suesca y alinderada así:. . . . . ."

Y es precisamente porque no aparece figurando ésta contratante en el juicio, bien en calidad de demandante, bien por haberse hecho parte o por habérsele citado, o los representantes de la sucesión de la misma, ya que consta su muerte, por lo que no hay bases para proferir fallo de fondo como declaró el Tribunal. No se ha probado 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 dictada en el juicio de Elvira Maldonado y otros contra Tomás Penagos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de marzo de 1957 y condena en costas a la parte recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

NO ES OPERANTE LA CAUSAL 2ª DE CASACION CUANDO EN ACCION REIVINDICATORIA, SE PIDE LIBRAR CONDENA CONTRA EL DEMANDADO COMO POSEEDOR DE MALA FE Y EL SENTENCIADOR LO CONDENA COMO POSEEDOR DE BUENA FE

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

El señor Julio C. Enríquez Oviedo, demandó en juicio ordinario a los señores Euclides Burbano y Rubén Riascos para que se declare: "1. Que el inmueble denominado "El Pital" parte integrante de la hacienda PISANDA, es hoy de propiedad del demandante; 2. Que consecuencialmente los demandados, ejecutoriado que sea el fallo que esto disponga, deben restituírlo junto con sus frutos naturales y civiles producidos o que hubiese producido con mediana inteligencia y actividad, o su valor, que dentro de este juicio se demuestre, o para liquidarse posteriormente al demandante por esos mismos linderos; 3. Que por medio de oficio dirigido al señor Registrador de Instrumentos Públicos y privados de este Circuito (de Samaniego), se ordene la cancelación de la escritura pública número 2.217 de 27 de noviembre de 1953, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Pasto".

Los hechos fundamentales consisten en lo esencial en que el demandante compró por escritura pública 950 de 14 de julio de 1953, Notaría de Pasto el inmueble "El Pital", de los señores José Dolores Enríquez, que a su vez lo hubo de César Manuel Enríquez, habiendo ambos Enríquez poseído en mayor extensión, o sea la Hacienda "Pisanda" con cultivos de diversas clases, pastaje de animales etc. por más de veinte años.

Que el demandante Riascos posee actualmente en forma violenta el inmueble "Pital" y en consecuencia es poseedor de mala fe, mediante escritura 2.217 de 27 de noviembre de la Notaría Segunda de Pasto y entrega material que le hizo Euclides Burbano a quien a su vez le hizo entrega material conjuntamente con Otoniel Montenegro P. el Alcalde del Municipio de "Los Andes" Carlos Guerrero G. el 26 de abril de 1954, de donde resulta la posesión viciosa.

Los demandados se opusieron y siguió el trámite.

El señor Juez del Circuito de Samaniego (Promiscuo) sentenció el 12 de junio de 1956 negando las súplicas de la demanda.

El Tribunal revocó en providencia del 20 de noviembre siguiente e hizo todas las declaraciones solicitadas.

CASACION:

Los demandados interpusieron recurso extraordinario de casación que fue otorgado por el Tribunal y que ha sido tramitado hasta llegar al estado de fallo.

El demandante en casación dice que la escritura 264 título básico del derecho que reclama el reivindicante sólo contiene la venta de acciones y derechos en una cosa común la finca "PISANDA" y que la escritura de base de la parte demandada se refiere igualmente a acciones y derechos (las 86 de 1912, 119 de 1932 y 169 de 1933) de donde deduce que erró el Tribunal al dar preeminencia a los títulos del demandante que se originan en una fuente igual (acciones y derechos en una cosa común) cuando las de los demandados superan en antigüedad, de donde concluye que el Tribunal violó los artículos 673, 704, 741, y 745 del Código Civil. También señala como violados por esta apreciación los artículos 762 ibidem y 635 del Código Judicial.

Agrega el recurrente que hay error de hecho en la apreciación de la escritura 264 al estimarla como venta de cuerpo cierto pues sus términos son claros: "César Manuel Enríquez vende a José Dolores del mismo apellido: "todas las acciones, derechos y posesiones que de su propiedad posee en la hacienda de "PISANDA" adicionada ésta manifestando así" la confesión de que "las acciones derechos y posesiones las adquirió por documentos privados".

También acusa la sentencia por error de derecho al aceptar, con violación del artículo 635 del

Código Judicial, 946 y 950 del Código Civil, títulos exhibidos, lo que refuerza alegando la circunstancia de que no se trajo a los autos el Certificado del Registrador de I. P.

Dice que en caso de que realmente la escritura 264 no estuviera circunscrita a la venta de acciones y derechos, sino que fuera aceptable la doctrina del Tribunal de que se refiere a un cuerpo cierto, también habría violación de la ley por haber aceptado ese título en la forma en que está concebido como traslaticio de dominio sobre la finca, "con violación"—dice el recurrente— de los artículos 749, 756, 740, 741, 752".

Agrega que el señor César Enríquez tuvo que ser condenado judicialmente a entregarle a José Dolores Enríquez en 1941 la finca como consta en el expediente y respecto de lo cual —manifiesta el demandante en casación— "no se preocupó el Tribunal de apreciar la correspondiente prueba".

Finalmente, como elemento probatorio del error manifiesto del fallador en la apreciación de la prueba se refiere el recurrente a las declaraciones de varios testigos que analiza y concluye: "De cuya apreciación incurrió en errores de hecho de los cuales resulta igualmente violación de las disposiciones analizadas".

La demanda de casación tiene fecha 8 de julio de 1957 y la contestación del opositor el 31 de los mismos.

Los cargos que formula el primero son:

1. El del numeral 2 del artículo 520 del Código Judicial "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Sobre este tema se extiende el demandante en prolija alegación respecto de los títulos; habla de errores de hecho y de otras formas de acusación, pero no hace el menor esfuerzo para demostrar la existencia de la incongruencia acusada.

Al comparar la demanda con la sentencia se advierte que el fallador no hizo otra cosa que acoger las súplicas de la demanda librando la acción de dominio con sus alchadas, salvo en lo que respecta a la calificación de la posición de los demandados o del demandado Riasco en relación con las prestaciones mutuas, pues lo califica de poseedor de buena fé, cuando el demandante pidé que se le califique y condene como poseedor de mala fé; y esta diferencia entre las peticiones de la demanda y la sentencia no constituye ni tiene que ver con la causal invocada que seguramente no fue la intención del demandante invocar en este asunto.

Por tanto se rechaza el cargo.

2. "Dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, acuso la sentencia de procedencia y fecha indicadas de ser violatorias de las disposiciones que citaré por apreciación errónea y falta de apreciación de las pruebas que analizaré aquí".

Dice el recurrente: "La Corte ha sostenido que "cuando los títulos exhibidos emanan de distinto origen, sin que conste cuál ha adquirido la cosa del verdadero dueño debe considerarse a ambos en igual situación jurídica del dominio de la finca y por lo tanto se impone en este caso la aplicación del principio **"in pari causa melior est causa possidentes"** y, agrega: "Además no es suficiente que el reivindicante, presente una escritura pública registrada "es necesario en tal caso que la venta haya procedido del verdadero dueño de la finca". Es todavía más enfática cuando sostiene que no basta que el reivindicador presente un título "Todo Juez debe considerar al propio tiempo los títulos y demás pruebas en que se apoya la demanda".

SE CONSIDERA:

Del examen de la escritura 264 por parte de la Corte ésta llega a la convicción de que por medio de ella se transfirió por César Manuel Enríquez a José Dolores Enríquez un cuerpo cierto, una finca determinada por linderos, llamada "Pisanda" en el Distrito de Los Andes incluyendo la casa, los semovientes" sin reservarse parte alguna —dice el vendedor— de la propiedad inmueble", no obstante que aparentemente por la terminología empleada por el Notario pueda dar la impresión de que vendió acciones y derechos en una comunidad territorial del nombre mencionado.

Después de la alinderación de la finca "Pisanda", se hace una descripción de las secciones que comprende la mencionada finca", una de las cuales es el lote "'Pital", que se describe en forma precisa y clara por linderos definidos.

Este lote con calidad de cuerpo cierto, fue el que vendió el comprador Enríquez (José Dolores) al demandante Oviedo por escritura pública 950 de 14 de julio de 1935, Notaría Primera de Pasto por linderos que coinciden con los señalados al mismo lote en la escritura 264.

Estas escrituras aparecen en el expediente porque fueron acompañadas en forma regular a la demanda y tiene la constancia del registro una y otra.

Establecido esto, es el caso de considerar los títulos de la parte demandada.

Por escritura número 84 de 23 de junio de 1945, Otoniel Montenegro le vendió a Euclides Burbano las cuotas acciones y derechos que le corresponden en la hacienda "Pisanda" que está deslindada generalmente, pero no se hace determinación alguna sobre el lote "Pital" o sobre un cuerpo cierto determinado. Es típicamente la venta de cuota en comunidad.

Por instrumentos 169 en 22 de septiembre de 1932 de la Notaría de El Tambo y 119 de 4 de junio de 1933 adquirió Burbano también derechos de cuota de carácter herencial unos y de carácter indeterminado otros en la misma hacienda "Pisanda", y cosa idéntica ocurre en el de 1912 (número 86. Notaría de Ancuyá).

El 27 de noviembre de 1953, Burbano hizo escritura a Rubén Riascos ante el Notario Segundo de Pasto del lote "El Pital", considerado ya como cuerpo cierto y por linderos que corresponden con los del título de Julio Enríquez Oviedo.

Todos instrumentos aparecen con la constancia del Registro.

En este pleito lo que se impone es una confrontación de Títulos para determinar su valor respectivo.

En la litis litigata tenía que prevalecer la titulación de mejor calidad, prevalencia que estableció el Tribunal en el fallo acusado.

Respecto de la apreciación de la prueba por el Tribunal no puede acusarse error de hecho ni mucho menos error de derecho dentro del concepto jurisprudencial de estas calidades.

Por tanto se rechaza el cargo.

3. En dos Capítulos a los que les da la misma designación de Cargo tercero acusa el recurrente el fallo en la siguiente forma:

"Dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial acuso la sentencia de fecha y procedencia indicadas, de ser violatoria de las disposiciones por apreciación errónea de las pruebas que aquí comento y falta de apreciación de otras".

Las pruebas a que se refiere el recurrente son las escrituras citadas en el Capítulo anterior por la Corte y en cuanto a las disposiciones que dice haber sido aplicadas indebidamente los artículos 740 y 752 del Código Civil, 653 del Código Judicil, 946 y 950 Código Civil y 762 ibídem; y por falta de aplicación a los artículos 778 Código Civil 784 y 765 ibídem, 766 y 768 y muy especialmente al 2.322 de la misma obra.

El recurrente hace un nuevo examen de las escrituras y examinadas por la Corte y de las declaraciones de testigos, en cuya apreciación el Tribunal goza de autonomía, para deducir los errores y violaciones que acusa, pero ya se ha dicho que en el actual litigio de lo que se trata es de una comparación de títulos en la cual la ventaja favorece al demandante, no por razón de la naturaleza de esos títulos y de su contenido sino por la duración de la posesión antes del despojo hecho por el Alcalde de Los Andes el 26 de abril de 1945, posesión que en relación con el cuerpo cierto "El Pital" dura desde el 7 de noviembre de 1934, fecha del registro de la escritura 264

Las apreciaciones del recurrente en este punto doble que él llama TERCER CARGO fueron tomadas en cuenta al estudiar el Cargo Segundo y por lo tanto no hay lugar a nuevas consideraciones.

Por tanto se rechaza esta acusación.

Debe advertirse que el Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en cuya ausencia funda una de sus acusaciones el recurrente se encuentra a folios 51 del cuaderno 2. y que cada uno de los títulos, exhibidos que fueron presentados con la demanda, tiene la constancia del registro en forma regular.

Conviene anotar igualmente que la Corte tomó en consideración el memorial de oposición, así como todos los otros elementos del proceso para este fallo.

Por tanto, 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 materia del recurso, dictada en el juicio ordinario de Julio C. Enríquez Oviedo contra Euclides Burbano y Rubén Riascos el 20 de noviembre de 1956 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rico — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

REIVINDICACION DE UN INMUEBLE PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL. — COSA JUZGADA

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

El juicio que se acaba de mencionar se originó por demanda presentada por el señor David Castro en su carácter de cónyuge sobreviviente ante el Juez Segundo del Circuito de Cúcuta en la cual pide para la Sociedad conyugal formada entre él y su esposa Ernestina Cogollo de Castro, la reivindicación de un bien raíz, demanda que enderezó contra Ana Josefa Girón de Cogollo, María Cogollo de Carrasquero y Salomé de Cogollo que dice son poseedoras del inmueble que reivindica.

Además de la restitución del bien, solicita el actor restitución de frutos naturales y civiles percibidos o que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y actividad por el dueño, considerando a las poseedoras de mala fé. También pidió la cancelación de las inscripciones existentes en la Oficina de Registro de Cúcuta a favor de las demandadas, y condenación en costas.

En una serie de súplicas subsidiarias, pidió Castro se hicieran las mismas declaratorias en su favor como "cónyuge sobreviviente de la Sociedad conyugal que tuvo con la señora Ernestina Cogollo de Castro, reduciendo su interés económico a la mitad de la casa de que trata el juicio".

El Juez de instancia decretó la restitución del inmueble, previa declaratoria del dominio en favor de la Sociedad conyugal mencionada, disuelta y aun ilíquida. Igualmente ordenó las prestaciones sobre frutos, considerando a las demandadas como poseedoras de buena fé e hizo las declaraciones consecuenciales sobre cancelación de Registros, condenando en costas a la parte vencida.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en sentencia que lleva fecha 15 de febrero de 1956, modificó el fallo del a quo, que dejó estructurada en la siguiente forma:

"1. Pertenece a la Sociedad conyugal disuelta e ilíquida, formada por los esposos David Castro y Ernestina Cogollo, el siguiente inmueble: "Una casa situada en la avenida sexta o "Avenida Sexta de Bolívar" de la ciudad de Cúcuta jurisdicción del Municipio del mismo nombre, construída de bahareques y tejas, con su correspondiente solar y terrenos y un alcantarillado propio que se conecta con la cloaca de la Avenida Sexta, demarcada así: "Por el Norte con casa de Isabel Eumelia y Petra Elena Polanco; oriente con la avenida sexta de Cúcuta; sur con propiedad de Francisco Díaz H. que fue antes de Olav C. Eikland; occidente con el solar de la misma casa de Isabel Eumelia y Petra Elena Polanco". El inmueble está poseído así: Una mitad por la demandada Josefa Girón de Cogollo y María Cogollo de Carrasquero; y la otra mitad por Salomé Castro de Cogollo.

"2. Las demandadas Josefa Girón de Cogollo, Salomé Castro de Cogollo y María Cogollo de Carrasquero, deben restituir a la Sociedad conyugal Castro Cogollo disuelta e iliquida, representada por el demandante, la propiedad del inmueble que poseen, en la forma demandada, o sea la mitad por Salomé Castro de Cogollo y la otra mitad por Josefa Girón de Cogollo y María Cogollo de Carrasquero, como nuda propietaria y usufructuaria respectivamente. En la restitución se comprende la antigua casa demolida, como parte integrada del bien reivindicado, por su valor, en el momento en que se efectuó su demolición por los poseedores, y los frutos civiles y naturales percibidos por las demandadas, después de la contestación de la demanda. El reivindicador puede optar por hacer suyas las edificaciones, abonando a las poseedoras su precio, en la forma establecida en el numeral 3. artículo 966 del Código Civil u obligarlas a pagarle su justo precio del terreno con los intereses durante el tiempo que lo tuvieron en su poder, conforme al artículo 739 del C. C. (sic) La restitución debe efectuarse a los diez días a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

"3. Ofíciese al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cúcuta para que proceda a cancelar las inscripciones que sobre el inmueble que se reivindica tiene Josefa Girón de

Cogollo, Salomé Castro de Cogollo y María Cogollo de Carrasquero.

"4. Se condena en costas a todas las demandadas por igual, en la primera instancia y en las de esta instancia".

Contra el fallo anterior interpusieron recurso de casación por medio de apoderado las demandadas, y el Tribunal lo concedió, previo un auto de aclaración de la sentencia solicitada por la misma parte. También recurrió el actor en casación.

El recurso se ha tramitado en la forma establecida por la Ley y entra la Corte a decidir sobre el mérito de los cargos hechos en la demanda de casación que lleva fecha 8 de febrero de 1957 y acerca de las razones invocadas por la parte opositora, que fueron expuestas en su memorial de 1º de marzo del mismo año.

Debe advertirse que el recurso interpuesto por David Castro se declaró desierto por auto de 30 de noviembre de 1956, debido a que no lo fundó en tiempo oportuno y fue condenado en costas.

CAUSAL DE CASACION:

Dice el demandante: "Acuso el fallo recurrido por la primera causal del artículo 520 del Código Judicial, esto es por violación de la ley sustantiva y para ello me fundo en lo siguiente:

"MOTIVO

"Violación directa del artículo 474 del Código Judicial, disposición sustantiva que gobierna el ámbito de la cosa juzgada, por falta de aplicación al caso del pleito.

"En efecto, conforme a la disposición invocada tres son los requisitos para que una sentencia produzca cosa juzgada en un nuevo juicio: identidad de objeto **eadem res**; identidad de razón o causa **eadem res petendi**; e identidad de personas **eadam condictio personarum**". Las explana técnicamente.

Luégo agrega:

"El Tribunal dice que en el primer juicio David Castro obró en nombre propio, y nó como en el presente con carácter de cónyuge sobreviviente. El Tribunal con esta afirmación se atuvo únicamente a las palabras, para no atender al alcance jurídico de la demanda en sí. En la primera demanda el demandante también se presentó en calidad de cónyuge sobreviviente. Esa calidad fue la base que sirvió de fundamento para pedir que se decretara la disolución de la sociedad conyugal y las restituciones consecuenciales. El que en la demanda del primer pleito no diga expresamente que obra "en nombre de la Sociedad Conyugal" y sí en la segunda demanda, nada significa. Lo importante es la posición jurídica que en esa primera demanda adoptó el demandante, de cónyuge sobreviviente partícipe de la sociedad conyugal y por ende de la casa. Esa posición encarna en el hecho una manifestación implícita de obrar en beneficio de la sociedad conyugal. En la primera demanda como en la segunda el demandante obra en nombre propio, pero invocado en las peticiones y en los hechos de una y otra existencia de la sociedad conyugal disuelta. Es a través de ésta Sociedad que una y otra acción plantea el derecho de propiedad y la obligación de restituír la casa. De consiguiente, concurre el requisito de la identidad jurídica y aun de la física de la persona del demandante. David Castro es el mismo que como cónyuge sobreviviente de Ernestina Cogollo y diciéndose copartícipe de la respectiva Sociedad conyugal, demanda en los dos juicios la restitución de la casa contra la misma parte jurídica demandada. (sic). La identidad de la persona demandante es pues clara, ya que la calidad en que demanda en los dos pleitos tiene una exacta coincidencia".

"Otra cosa sería si David Castro en el primer pleito hubiera demandado alegando un derecho de dominio directo sobre la cosa, prescindiendo de invocar la sociedad conyugal. Entonces sí, la calidad jurídica aunque se hubiera presentado, sería distinta en el nuevo pleito

Con relación a la cosa, el recurrente afirma la identidad en ambos litigios, "cosa que es manifiesta" —dice y respecto a la causa petendi declara: "En el presente pleito, la razón de ser de la controverisa es idéntica: la cuestión de la real existencia del matrimonio de David Castro; la formación por ende de la sociedad conyugal; el hecho de que la casa pertenece a la sociedad conyugal por haberla adquirido Ernestina Cogollo; el reconocimiento de que el demandante tiene participación en la casa como partícipe de la sociedad; y la obligación de las demandadas de restituír la casa".

Agrega que el hecho de que en una y otra demanda se empleen palabras distintas no cambia la esencia de la **causa petendi.**

SE CONSIDERA:

El 15 de noviembre de 1943, demandó el señor David Castro a la señora María Cogollo de Carrasquero y a la señorita Cora Cogollo para obtener las siguientes declaraciones: "I. Que se de-

crete la disolución de la Sociedad conyugal entre mi poderdante y su legítima esposa señora Ernestina Cogollo de Castro, fallecida en Bogotá el día 30 de junio de 1941: II. Que como consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal existente entre don David Castro y la señora Ernestina Cogollo de Castro se adjudiquen a mi representado los gananciales que le corresponden en la sociedad conyugal que tuvo con su legítima esposa Ernestina Cogollo de Castro, gananciales que están enumerados en los hechos 3. y 4. de esta demanda; III. Que se declare que el señor don David Castro en su condición de esposo legítimo de la señora Ernestina Cogollo de Castro y en su carácter de cónyuge sobreviviente de la misma señora es su heredero y en consecuencia concurre con la señora María Cogollo de Carrasquero y señorita Cora Cogollo a heredar los bienes de la difunta Ernestina Cogollo de Castro. IV. Que como consecuencia de la anterior declaración se adjudiquen a don David Castro los bienes que le corresponden en la herencia de la señora Ernestina Cogollo de Castro; estos bienes son: la mitad de los gananciales que le corresponden a Ernestina Cogollo de Castro y los bienes propios de la causante enumerados en el hecho 7. de esta demanda. También pido que se adjudiquen los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia. V. Que la señora María Cogollo de Carrasquero y señorita Cora Cogollo sean condenadas a restituir al señor don David Castro, dentro del término que usted se servirá señalar, los siguientes bienes a saber: (aquí se enumeran los bienes en cuestión). VI Que se condene a las demandadas María Cogollo de Carrasquero y Cora Cogollo a pagar a David Castro los frutos naturales y civiles que hayan percibido o hayan dejado de percibir provenientes de los bienes enumerados en la petición anterior, desde el día 30 de junio de 1941 hasta el día en que se verifique la entrega de esos bienes. VII. Que se declare que la partición y adjudicación hechas en el juicio de la señora Ernestina Cogollo, seguido por María Cogollo de Carrasquero y Cora Cogollo ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, protocolizado en la Notaría segunda de este Circuito por escritura 989 de 30 de septiembre de 1942, no perjudican a David Castro, y que carecen de todo efecto y valor las adjudicaciones hechas en las demandadas María Cogollo de Carrasquero y Cora Cogollo, en cuanto tales adjudicaciones sobrepasan la cuota que a las demandadas correspondía o corresponden en la herencia de la señora Ernestina Cogollo de Castro. VIII. Que se ordene al señor Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Cúcuta la cancelación de las hijuelas de adjudicación de la señora María Cogollo de Carrasquero y Cora Cogollo a que se refiere la escritura pública número 989 de 30 de septiembre de 1942 de la Notaría segunda de este Circuito, en la parte en que tales hijuelas de adjudicación queden modificadas por la sentencia que se dicte. IX. Que se condene en costas a las demandadas.

En su estructura general se trata de una demanda de petición de herencia, precedida de súplicas relacionadas con disolución de la Sociedad conyugal y adjudicación de gananciales a título de herencia.

La demanda en el presente juicio tiene un objeto completamente diferente, pues ella se endereza, como puede verse de la transcripción que se hace a continuación, a reivindicar un bien raíz para la Sociedad conyugal y la sucesión ilíquida del mismo con Ernestina Cogollo de Castro; rezan así los postulados de la demanda:

"1. Que pertenece a la Sociedad conyugal disuelta e ilíquida, de David Castro y Ernestina Cogollo de Castro, el siguiente inmueble poseído hoy por los demandados en la forma que se expresará adelante (Sigue la descripción del inmueble y la forma como lo poseen las demandadas)

"2. Que las demandadas deben respectivamente restituir a la Sociedad conyugal ilíquida de David Castro y Ernestina Cogollo las mitades del inmueble que se reivindica y que poseen también respectivamente, en la forma antes expresada y por los linderos y bajo las especificaciones señaladas en la petición primera de esta demanda, restitución que harán dentro del término que el señor Juez se servirá señalar y con las agregaciones y frutos que corresponde conforme a lo preceptuado por el artículo 964 y concordantes del Código Civil.

"3. Que para la regulación de las prestaciones a que quedan obligados los demandados por el despacho favorable de las peticiones anteriores, la demandada María Cogollo de Carrasquero debe considerarse como poseedora de mala fé.

"4. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores deben cancelarse la inscripción e inscripciones que actualmente existen en la Oficina de Registro de Cúcuta a favor de las demandadas, según las especificaciones hechas en la petición primera de esta demanda.

"5. Que las costas del juicio son a cargo del demandado.

En peticiones subsidiarias pide CASTRO para

sí, en su calidad de cónyuge sobreviviente de Ernestina Cogollo, pero como heredero de ésta.

De la comparación de las dos demandas resulta el hecho incontrovertible de que falta por lo menos uno de los elementos que configuran la cosa juzgada: la identidad de acción, aunque puede agregarse que falta igualmente la identidad de personas, pues si bien las demandadas son las mismas, no ocurre igual cosa con el demandante, que no es en la acción principal DAVID CASTRO, sino la Sociedad conyugal disuelta pero aun ilíquida de éste con su difunta esposa.

Tampoco las peticiones subsidiarias de la nueva demanda son idénticas a las de la antigua, pues en éstas pide como heredero y en aquélla como cónyuge supérstite. Esta observación tiene por objeto una mayor ilustración del tema, pues el Tribunal en la sentencia acusada acogió las peticiones principales e hizo caso omiso de las subsidiarias.

No existe, pues, cosa juzgada ni era el caso de declararla.

Por tanto, se rechaza el cargo.

Considera la Corte que la observación del recurrente en lo tocante "a la personería" del actor en el primer pleito, declarada en forma de excepción en fallo que fue confirmado por el Tribunal de Pamplona, no es válida como elemento bastante para fundar la cosa juzgada, no solamente porque el fundamento de la declaratoria de la excepción fue en el hecho la nó presentación del Acta matrimonial de Castro con la señora Cogollo para acreditar su capacidad procesal en el citado juicio, lo que sí hizo en el segundo, sino porque el motivo indicado dejó abierto el camino para una nueva acción, cosa que no pudiera ocurrir si el Juez hubiera absuelto por falta de legitimatio ad causam negando las peticiones de la demanda.

Por tanto, 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 materia del recurso y condena en costas al recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

EN CASACION NO ES PROCEDENTE ENDEREZAR LA ACUSACION CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO, AUNQUE EL TRIBUNAL LA HAYA CONFIRMADO SIN MODIFICACION. — PRUEBA DEL ESTADO CIVIL. — LEGITIMATIO AD CAUSAM

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

ANTECEDENTES:

Los señores Luis Angel y Tulio Enrique Pérez instauraron, ante el Juez Primero del Circuito de Tuluá, demanda para obtener que fueran declarados hijos naturales de Primitivo González y que como consecuencia tienen derecho a recoger la herencia de dicho González Rojas en concurrencia con el cónyuge supérstite y los hijos legítimos del mismo. Piden igualmente restitución de los bienes herenciales que les corresponden o debe corresponderles en la calidad indicada, con prestaciones, considerando a dichos hijos legítimos y al cónyuge como ocupantes de mala fé.

Los fundamentos de la acción consisten en relaciones sexuales estables entre Primitivo González y Trinidad Pérez Campo, de las cuales nacieron los demandantes y posesión de estado por haber el citado González atendido a la crianza, vestuario y sostenimiento de los actores desde su nacimiento y haberlos presentado ante sus parientes, amigos y relacionados como hijos suyos. Aduce también la circunstancia de que Trinidad Pérez Campo fue seducida con palabra de matrimonio por González.

Los Pérez Campo enderezaron la acción contra la sucesión intestada e ilíquida de Primitivo González, representada por la señora Mercedes Aguilera viuda de González, como cónyuge sobreviviente y por Amparo, Margarita y José Antonio González A. como hijos legítimos del causante.

El Juez de instancia, en sentencia que lleva fecha 19 de junio de 1956, absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, fallo que fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en providencia de 15 de julio de 1957, contra la cual se alzaron en casación los Pérez Campo.

Otorgado, admitido y tramitado el recurso en forma legal pasa la Corte a decidirlo

CARGOS CONTRA LA SENTENCIA RECURRIDA

Son dos:

El primero consiste en que "el Juez Primero del Circuito de Tuluá violó la ley sustantiva por interpretación errónea incurriendo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial; y el segundo en que "el Tribunal sentenciador, al aceptar en su sentencia confirmatoria, la falta de un presupuesto procesal por ser ilegítima la personería en la parte demandada, ha debido aplicar el artículo 448 del Código Judicial y decretar la nulidad de la actuación desde el auto admisorio de la demanda y nó proferir la sentencia que es materia del recurso, pues la falta de tal presupuesto hace imposible el nacimiento del juicio a la vida jurídica".

El recurrente funda su acusación en que el Juez absolvió porque se trató de comprobar el matrimonio de González con certificado eclesiástico, siendo así que la Ley exige el Notarial y en todo caso el del funcionario encargado del Registro del Estado Civil (Artículos 18 y 19, Ley 92/38) y que habiendo confesado al contestar la demanda la señora Aguilera su calidad de esposa y madre y haber hecho esta misma afirmación en varios pasos del proceso, existe la prueba de confesión de la calidad que acredita respecto de ella y de sus hijos la legitimación para ser demandados.

En realidad no sólo falta el certificado del Registrador del Estado Civil en relación con el matrimonio, sino respecto de la muerte del señor González y del nacimiento de sus hijos nacidos en el matrimonio.

SE CONSIDERA:

La sentencia acusada es la del Tribunal o al menos a ella tiene que referirse la casación.

pero el recurrente ataca la del Juez de instancia y para nada se preocupa de la del Tribunal en este cargo. Podría decirse que como esta Corporación confirmó aquélla sin modificaciones la hizo suya y estableció identidad entre ambos fallos, pero tan generosa interpretación no es ni puede ser aceptable.

Pero además, cuando la Ley establece una particular forma de prueba en relación con determinados hechos o situaciones de derecho, no puede ser reemplazada por otra. La Ley 92 de 1938 estableció que el estado civil se prueba con los Certificados que expide el Registrador o funcionario encargado del Registro del Estado Civil, luego la confesión, aun obtenida en la forma más nítida, verbigracia en posiciones, es inepta. Si fuere aceptable la tesis del recurrente sería mejor aceptar las partidas eclesiásticas a las cuales la disposición citada le dá el carácter de prueba subsidiaria, naturalmente acreditando que no existe la principal, lo que no se hizo.

Además, el Juez absuelve tomando en consideración la falta de prueba de la posesión de estado en la forma exigida por la Ley.

Se rechaza el cargo.

SEGUNDO CARGO CONTRA EL FALLO

En desarrollo y demostración del cargo dice el recurrente que "las erradas apreciaciones del Tribunal y las que éste acogió de la sentencia del Juzgado del Circuito de Tuluá, trajeron como consecuencia la violación errónea de los artículos 1.769 del Código Civil y 607 del Código Judicial que no aplicó, porque bastaba la manifestación de la viuda de que ella era la esposa legítima de Primitivo González y que los hijos enunciados en la demanda del actor eran sus hijos, para que éste quedara descargado de allegar al juicio las partidas de matrimonio y de nacimiento o bautismo de los hijos legítimos de Primitivo González en su segunda mujer y esposa legítima.

Agrega que la prueba por excelencia es la de la confesión, que aparece de bulto en este asunto, y que si el Tribunal participa del concepto del Juzgado sobre falta de prueba de la personería ha debido revocar la sentencia y decretar la nulidad.

Respecto del primer argumento o sea el del valor de la confesión se reproduce lo dicho en relación con el cargo anterior.

Por lo que hace a que debió declarar la nulidad, hay que contestar que la legitimatio ad causam es un presupuesto de la acción y no da lugar al procedimiento indicado por el recurrente.

Pero hay que tomar en consideración que el fallo del Tribunal se funda principalmente en que en la apreciación de la prueba sobre relaciones estables y sobre posesión de estado civil de los pretendidos hijos naturales las encontró dicha Corporación fallas en forma de que le impidieron formarse la convicción legal de que realmente Luis Angel y Tulio Enrique Pérez Campo son hijos naturales o legítimos de Primitivo González; y, por una parte, la sentencia no ha sido acusada desde este punto de vista, y por otra parte tal cuestión cae dentro de la órbita de la autonomía del fallador que siempre ha respetado y sigue respetando la Corte.

Por tanto se declara inepto el cargo.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA, la sentencia dictada por el Tribunal del Distrito Judicial de Buga con fecha quince de julio de mil novecientos cincuenta y siete, en el juicio sobre filiación natural promovido por Luis Angel y Tulio Enrique Pérez contra la sucesión de Primitivo González.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Laterra Rizo— Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

LOS VOCABLOS "PERJUICIOS" Y "PENA" EMPLEADOS POR EL ART. 1600 DEL C. CIVIL, RESPONDEN A DOS CONCEPTOS JURIDICOS DISTINTOS DENTRO DE LA TECNICA DE NUESTRO DERECHO. — INTERPRETACION DE LA PRENOMBRADA DISPOSICION. — CONDENA POR PERJUICIOS. — A QUIEN CORRESPONDE FIJAR LAS BASES CON ARREGLO A LAS CUALES DEBE HACERSE LA LIQUIDACION DE AQUELLOS. — SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS MIENTRAS NO SEAN CONTRARIAS A LA EVIDENCIA. — LA NORMA DE CARACTER GENERAL CONTENIDA EN EL ARTICULO 1609 IBIDEM, NO IMPLICA QUE EN TRATANDOSE DE CIERTAS OBLIGACIONES COMO "LA DE HACER", NO PUEDA DEMANDARSE JUDICIALMENTE POR CONCEPTO DE PERJUICIOS AL CONTRATISTA QUE NO EFECTUO DEBIDAMENTE LA OBRA CUYA EJECUCION LE FUE ENCOMENDADA

1.—Dentro de la técnica de nuestro Derecho Civil, los vocablos "perjuicios" y "pena" empleados por el artículo 1.600, responden a dos conceptos jurídicos distintos. Los primeros, en tratándose de una relación jurídica contractual, comprenden en abstracto la totalidad de los daños patrimoniales derivados efectivamente por el incumplimiento del contrato, la segunda, como lo ha dicho la Corte, una antelación de los perjuicios, es decir, una estimación previa y parcial de ellos acordada de común acuerdo por las partes y que en el fondo constituye una cláusula penal, tal como se halla definida en el artículo 1.592 del Código Civil.

2.—Como suele ocurrir que el valor de la pena o multa estipulada sea inferior a la verdadera cuantía de los perjuicios causados y como no hay razón para que la totalidad de éstos no sean indemnizados, la ley ha dejado al arbitrio del acreedor el optar por aquélla o por éstos, tal es la interpretación que nuestros civilistas, entre otros, el doctor Fernando Vélez, le han dado al artículo 1.600 del Código Civil, el cual no sólo consagra a favor del acreedor un derecho opcional, sino que prohibe expresamente, exigir simultáneamente el pago de los perjuicios y la multa salvo la excepción establecida en el artículo 1.594 del Código Civil.

Cuando las partes contratantes no estipulan expresamente que puede exigirse simultáneamente el pago de los perjuicios y el pago de la multa, el sentenciador interpretando correctamente los términos del artículo 1.600 del Código Civil, condena al pago de los primeros y niega la condenación por concepto de multa, pues tal súplica no es conforme al derecho,

3.—Cuando se trata de una condena por perjuicios, corresponde al juzgador, según el artículo 480 del Código Judicial fijar las bases con arreglo a las cuales, debe hacerse la liquidación de aquéllos.

Teniendo un litigio como objetivo el pago de una indemnización por perjuicios, que plenamente comprueba en el proceso haberlo sufrido el demandante por culpa del demandado, corresponde a los jueces de fondo, reparar el daño causado, dictando la correspondiente providencia; pues como lo prescribe el artículo 437 del Código Judicial, los funcionarios judiciales al proferir sus decisiones sobre un litigio, deben tener en cuenta que todo el sistema procedimental, tiene como objeto primordial la efectividad de los derechos sustantivos, y es con este criterio, como deben interpretarse y aplicarse las respectivas normas jurídicas.

4.—Como el juzgador goza en nuestro régimen procedimental y de conformidad con tradicionales normas de la jurisprudencia nacional, de libertad de criterio para analizar y justipreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica y la tarifa legal, no le es dado a la Corte modificar en el recurso aquel criterio, mientras no concurra un error de hecho manifiesto o un error de derecho debidamente demostrado que justifiquen la infirmación del fallo recurrido.

5.— Es cierto que el artículo 1.609 del

Código Civil, establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla. Pero esta norma que es de carácter general, no implica que en tratándose de ciertas obligaciones, como "la de hacer", no pueda demandarse judicialmente por concepto de perjuicios al contratista que no efectuó debidamente la obra cuya ejecución le fue encomendada; pues el derecho a demandarlos lo consignan expresamente entre otras disposiciones, el artículo 2.057 del Código Civil, y lo consagra también la regla tercera del artículo 1.610 ibidem, cuya disposición, como lo ha dicho la Corte, consigna la acción de perjuicios sin subordinarla a la efectividad o extinción del contrato.

Cuando la demanda se endereza no a obtener el cumplimiento del contrato sino a lograr judicialmente el pago de unos perjuicios, derivados por errores de conducta o equivocaciones de técnica en que incurrió el demandado, como constructor del edificio que se puso bajo su responsabilidad, es obvio que no es el artículo 1.609 el que debe gobernar el litigio, sino son otras las normas sustantivas que deben regirlo.

Lo anteriormente expuesto está en un todo conforme con la doctrina sentada por la Corte al fijar el alcance jurídico del artículo 1.609 del Código Civil. Mas tal doctrina, debe observarse, no estableció, ni podía establecer como norma jurisprudencial que cuando una de las partes contratantes demandaba perjuicios por un hecho culposo de la otra parte, ésta para eximirse de ellos, podía ampararse a la norma del artículo 1.609 que consagra la Exceptio non adimpleti contractus, pues, ello equivaldría a exonerarlo por anticipado de toda responsabilidad; es decir, quedaría sin piso jurídico alguno todo el sistema de la culpa contractual que constituye una de las más importantes adquisiciones de la ciencia jurídica en el curso de su evolución histórica.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

ANTECEDENTES

Luis Morales M., por medio de apoderado demandó ante el Juez del Circuito de Bogotá, a Juan de la C. Guerra Galindo para que previos los trámites del juicio civil ordinario, de mayor cuantía, fuera condenado a los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato sobre construcción de un edificio en el lote de terreno número 10-55 de la carrera 17 de esta ciudad. Estima el lucro cesante en la suma de $ 10.000.00, el daño emergente en la cantidad de $ 3.000.00 y pidió además, fuera condenado el demandado al pago de $ 2.000.00, valor de la multa estipulada en el respectivo contrato.

Fundó sus pretensiones en varios hechos que son en resumen los siguientes:

a) Que el 9 de julio de 1954 celebró un contrato con Guerra Galindo para la construcción de un edificio en un lote de su propiedad.

b) Que Morales cumplió puntualmente con los suministros de dinero para la obra.

c) Que en la última semana de agosto de 1954 se derrumbó una de las viguetas que sostenía las techumbres y que ello se debió a la imprevisión de Guerra Galindo, de la cual se derivaron perjuicios para el demandante.

d) Que Morales M. requirió a Galindo para que resarciera el daño, a lo cual se comprometió, si previamente se le suministraban dineros para ello por Morales, y que al efecto le fueron suministrados.

e) Que el día 14 de noviembre de 1954 Guerra Galindo abandonó la obra, teniendo Morales que contratar nuevos obreros para que la terminasen.

Admitida la demanda se le corrió traslado a Guerra Galindo, quien por medio de apoderado la contestó oponiéndose a las declaraciones. Negó el derecho para demandar y propuso las excepciones de inepta demanda y de inexistencia de la obligación por parte del demandado.

A su vez, propuso Guerra Galindo demanda de reconvención, solicitando fuera condenado Morales a pagarle la suma que resultara de la ejecución del contrato bilateral para la construcción del lote ya mencionado, tomando como base la suma de $ 24.584.70 que fue la suma estipulada. Que se le condenara también al pago de los saldos que sobre la base anterior resultaren a su favor y que igualmente fuera condenado al pago de $ 2.000.00, valor de la multa estipulada y al pago de las costas del juicio. Fundó su acción en los siguientes hechos:

a) Que no contrató la obra a nombre propio

sino como representante de la firma Guerra y Galindo Compañía.

b) Que después de firmado el contrato de construcción, Morales se subrogó en las funciones y derechos de la firma contratista y dispuso de los dineros a su antojo, con los cuales compró algunos materiales de construcción y pagó algunas planillas de trabajadores quedando en esta forma la firma contratista como una simple inspectora de la construcción.

c) Que cuando la firma Guerra y Galindo se hizo cargo de la construcción ya existía en ella una pilastra de concreto simulada, hecha por Morales, la cual se derrumbó.

d) Que después de ocurrido lo anterior, Morales se presentó a las oficinas de Guerra y Galindo para pedir dinero para pagar los gastos de la obra.

e) Que posteriormente en el mes de noviembre el doctor Guerra, como Gerente de la nombrada firma suspendió el pago de los materiales de la obra, en vista de que Morales M. lo estaba difamando.

f) Que Morales M. no le ha pagado suma alguna ni a la firma contratista ni al doctor Guerra Galindo como estaba obligado en el contrato.

Notificado Morales de esta demanda negó los hechos y se opuso a las súplicas en ella formuladas.

Cumplidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, desató la litis por sentencia de fecha 8 de febrero de 1956, declarando no probadas las excepciones de inepta demanda y de inexistencia de la obligación propuestas por la parte demandada. Absolvió a Juan de la C. Guerra Galindo de los cargos formulados, negó las peticiones de la contrademanda y absolvió en consecuencia al señor Luis Morales M.

Esta sentencia subió al Tribunal Superior de Bogotá, en virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la parte actora. Después de cumplidas las ritualidades de la segunda instancia, se profirió sentencia de segundo grado el 3 de abril de 1957, reformando la del Juez a-quo en los términos siguientes:

"1º—Declárase no probadas las excepciones de inepta demanda y de inexistencia de la obligación propuesta por la parte demandada.

"2º—Condénase a Juan de la C. Guerra Galindo a pagarle al demandante Luis Morales M. el valor de los perjuicios materiales que le ocasionó con el incumplimiento del contrato de construcción de que dá cuenta el documento privado suscrito por ellos en Bogotá, el nueve de julio de 1954.

"Parágrafo—El monto de tales perjuicios se establecerá mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

"3º.—Niéganse las peticiones formuladas en la contrademanda y en su lugar se absuelve al contrademandado Luis Morales M. de los cargos formulados.

"4º—No se hace condenación en costas en lo que respecta a la demanda principal, en ninguna de las instancias. Las costas de la demanda de reconvención en la primera instancia, son de cargo del demandado".

El fallo del Tribunal ha venido a la Corte en recurso de casación propuesto por el apoderado de la parte demandada y como el recurso ha sido sustanciado en debida forma y reunió las condiciones legales para su admisión, se procede a decidirlo.

EXAMEN DEL RECURSO

Amparado dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial el demandante recurrente formula contra la sentencia en tres Capítulos los cargos que procede a estudiarse en su orden.

Primer cargo.

Se acusa el fallo por violación de la ley sustantiva en la cual incidió el sentenciador por interpretación errónea del artículo 1.600 del Código Civil.

Para fundar su cargo, dice el recurrente, que habiendo demandado el actor del juicio simultáneamente el pago de perjuicios y el pago de la multa en una petición indivisible, lo cual no es posible, según el artículo 1.600 del Código Civil, sinembargo de ser ello así, el Tribunal decidió condenar al pago de perjuicios a la parte demandada, cuando la elección entre pago de perjuicios y el pago de multa, corresponde hacerlo al acreedor y no al Juez.

Consideraciones de la Corte.

Dentro de la técnica de nuestro Derecho Civil, los vocablos "perjuicios" y "pena" empleados por el preçitado artículo 1.600, responden a dos conceptos jurídicos distintos. Los primeros, en tratándose de una relación jurídica contractual, comprenden en abstracto la totalidad de los daños patrimoniales derivados efectivamente por el

incumplimiento del contrato, la segunda es, como lo ha dicho la Corte, una anteleción de los perjuicios, es decir, una estimación previa y parcial de ellos acordada de común acuerdo por las partes y que en el fondo constituye una cláusula penal, tal como se halla definida en el artículo 1.592 del Código Civil.

Pero como suele ocurrir que el valor de la pena o multa estipulada sea inferior a la verdadera cuantía de los perjuicios causados y como no hay razón para que la totalidad de éstos no sean indemnizados, la ley ha dejado al arbitrio del acreedor el optar por aquélla o por éstos, tal es la interpretación que nuestros civilistas, entre otros, el doctor Fernando Vélez, le han dado al artículo 1.600 del Código Civil, el cual, no sólo consagra a favor del acreedor un derecho opcional, sino que prohibe expresamente, exigir simultáneamente el pago de los perjuicios y la multa salvo la excepción establecida en el artículo 1.594 del Código Civil.

Y como en el caso de autos, no estipularon expresamente las partes contratantes que podía exigirse simultáneamente el pago de los perjuicios y el pago de la multa, el sentenciador interpretando correctamente los términos del artículo 1.600 del Código Civil, condenó al pago de los primeros y negó la condenación por concepto de multa, pues tal súplica no era conforme al derecho. Al efecto, en la motivación de la sentencia dijo el fallador de Bogotá:

"La acción de perjuicios está por lo dicho llamada a prosperar. No así la petición referente al pago de la multa estipulada, por prohibirlo terminantemente el artículo 1.600 del Código Civil, según el cual, no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios"

Nada tiene que observar la Corte a la anterior consideración, que está ajustada a los términos y al espíritu de la disposición que según afirma sin fundamento el recurrente, fue no sólo violada sino indebidamente interpretada. Por este aspecto, carece de razón el cargo formulado.

No está de acuerdo con la realidad procesal la aseveración del demandante, cuando dice que el actor del juicio suplicó en su demanda, en forma indivisible, el pago de los perjuicios y de la multa; pues lo que consta allí, fue que hizo una discriminación de los perjuicios en tres capítulos distintos, a saber: daño emergente, lucro cesante y multa por incumplimiento del contrato. Como se ve, el juzgador podrá aceptar o no total o parcialmente los factores mencionados por el demandante como bases de la indemnización que fuera decretada.

Planteada así la controversia, el juzgador en ejercicio de la facultad de que goza, según nuestro régimen procesal, para decidir sobre lo que es materia de la litis, no accedió a la condena sobre multa, por carecer de base legal, puesto que había sido procedente la súplica referente a perjuicios, con cuyo pago habría de quedar satisfactoriamente restablecida la equidad contractual, quebrantada por actos u omisiones del demandado. De ahí que la sentencia hubiese concretado la condena al daño emergente y al lucro cesante cuyo monto debería hacerse siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

Y esta decisión no puede tildarse, como se hace en la demanda de casación, como una modificación caprichosa a los términos de la demanda, ni como una condena ultra-petita; pues si bien es cierto, que el demandante enumeró dentro de la excepción genérica de perjuicios y como una parte de ellos, el valor de la multa estipulada, bien podía el Tribunal adoptar, como efectivamente adoptó para su discriminación otro criterio, sin que por ello hubiese modificado el respectivo libelo, o se hubiese salido de la órbita normal de sus funciones jurisdiccionales. Por lo demás, no debe olvidarse que cuando se trata de una condena por perjuicios, corresponde al juzgador, según el artículo 480 del Código Judicial fijar las bases con arreglo a las cuales, debe hacerse la liquidación de aquéllos, y esto fue en resumen, lo que hizo el Tribunal, el cual, como se ha dicho, no consideró jurídico ceñirse a las que fueron determinadas por el demandante.

Finalmente, teniendo como objetivo este litigio el pago de una indemnización por perjuicios, que plenamente comprobó en el proceso el demandante haberlos sufrido por culpa del demandado, correspondía a los jueces de fondo, reparar el daño causado, dictando la correspondiente providencia; pues como lo prescribe el artículo 427 del Código Judicial, los funcionarios judiciales al proferir sus decisiones sobre un litigio, deben tener en cuenta que todo el sistema procedimental tiene como objeto primordial la efectividad de los derechos sustantivos, y es con este criterio, como deben interpretarse y aplicarse las respectivas normas jurídicas. Por las razones expuestas, se rechaza el cargo.

Segundo cargo.

Se acusa el fallo por infracción del artículo 1.609 del Código Civil. Para sustentarlo dice el recurrente, que no habiendo cumplido el deman-

dante con sus obligaciones contractuales, no podía demandar para el pago de perjuicios a Guerra Galindo quien no estaba en mora de cumplir su compromiso, puesto quien lo estaba era el demandante, por no haber suministrado los dineros para la construcción.

La Corte observa:

Como ya se dijo en los antecedentes de este fallo, Juan de la C. Guerra Galindo se comprometió a hacerle un edificio al demandante Luis Morales M. Tal clase de convenios se hallan expresamente regulados en nuestro Código Civil por disposiciones especiales, entre cuyas normas se hallan los artículos 2.057 y 2.060 de la citada obra, que establecen la responsabilidad del constructor hasta por un lapso de diez años subsiguientes a la terminación de la obra. En el caso sub-judice ,la construcción encomendada a la dirección técnica de Guerra Galindo se derrumbó parcialmente antes de haber sido terminada dicha obra. Y consta de autos y lo observa el sentenciador en la parte motiva de su fallo que el demandado no adujo durante la secuela del juicio prueba alguna capaz de exonerarlo de responsabilidad en el insuceso a que se ha hecho referencia, al efecto dijo el Tribunal:

"Para exonerarse de responsabilidad incumbía al demandado demostrar caso fortuito, fuerza mayor o la intervención de una causa extraña que no le sea imputable. No probó aquél, pero ni siquiera alegó ninguna de aquellas circunstancias eximentes de responsabilidad, y tan sólo se limitó a afirmar que la destrucción de parte de la obra se produjo por deficiencia de la pilastra construída por el demandante y que sostenía las viguetas de concreto y la techumbre, con lo cual se colocó en la hipótesis de excepción prevista en la regla tercera del artículo 2.060 prenombrado, por cuanto los materiales de la pilastra en cuestión fueron suministrados por el dueño. Mas, como ya se dijo, para que el constructor quedé libre de responsabilidad por la destrucción de la obra cuando ésta obedece a vicios de los materiales suministrados por el dueño, se requiere que el vicio "no sea de aquellos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer". Y no cabe duda de que la deficiencia de una columna para sostener viguetas de concreto es un vicio que un arquitecto, como lo es el demandado, estaba en la obligación de conocer".

Siendo este el criterio del juzgador quien goza en nuestro régimen procedimental, y de conformidad con tradicionales normas de la jurisprudencia nacional, de libertad de criterio para analizar y justipreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica y la tarifa legal, no le es dado a la Corte modificar en el recurso aquel criterio, mientras no concurra un error de hecho manifiesto o un error de derecho debidamente demostrado que justifiquen la infirmación del fallo recurrido. Y como en el caso presente no se halla evidenciado, ni demostrado ninguno de tales errores, no procede la acusación que por este aspecto se ha formulado contra la sentencia.

Es cierto, como lo dice el recurrente, que el artículo 1.609 del Código Civil, establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla. Pero esta norma que es de carácter general, no implica que en tratándose de ciertas obligaciones ,como "la de hacer", que es a la que se refiere este litigio, no pueda demandarse judicialmente por concepto de perjuicios al contratista que no efectuó debidamente la obra cuya ejecución le fue encomendada; pues el derecho a demandarlos lo consignan expresamente entre otras disposiciones, el artículo 2.057 del Código Civil, en la cual fundó entre otros, su demanda el actor del juicio y lo consagra también la regla tercera del artículo 1.610 del Código Civil, cuya disposición, como lo ha dicho la Corte, consigna la acción de perjuicios sin subordinarla a la efectividad o extinción del contrato.

Y como en el presente caso, la demanda no se enderezó para obtener el cumplimiento del contrato, sino que fue instaurada para lograr judicialmente el pago de unos perjuicios, derivados por errores de conducta o equivocaciones de técnica en que incurrió el demandado, como constructor del edificio que se puso bajo su responsabilidad, es obvio que no es el artículo 1.609 el que debe gobernar este litigio, sino son otras las normas sustantivas que deben regirlo y fue de conformidad con ellas como falló el Tribunal de Bogotá.

Lo anteriormente expuesto está en un todo conforme con la doctrina sentada por la Corte al fijar el alcance jurídico del artículo 1.609 del Código Civil. Mas tal doctrina, debe observarse, no estableció, ni podía establecer como norma jurisprudencial que cuando una de las partes contratantes demandaba perjuicios por un hecho culposo de la otra parte, ésta para eximirse de ellos, podía ampararse a la norma del artículo 1.609 que consagra la **Exceptio non adimpleti contractus**, pues, ello equivaldría a exonerarlo por anticipado de toda responsabilidad; es decir, quedaría sin piso jurídico alguno todo el sistema de la culpa contractual que constituye una de

las más importantes adquisiciones de la ciencia jurídica en el curso de su evolución histórica. Por las razones expuestas, el cargo de no aplicación del artículo 1.609 del Código Civil no puede prosperar.

Tercer cargo.

En el tercer capítulo de su demanda el demandante recurrente acusa la sentencia por error de hecho en que incurrió el sentenciador al no haber apreciado las pruebas presentadas por el sector del juicio y que lo llevó a violar directamente por indebida aplicación, la regla tercera del artículo 2.060 del Código Civil.

La Corte considera:

Estudiada la sentencia y verificadas las pruebas que obran en el expediente, la Corte encuentra que no está ceñida a la realidad procesal la afirmación del recurrente relativa a la no consideración del acervo probatorio aducido durante la secuela del juicio por la parte vencida en esta litis.

En la motivación del fallo hizo el sentenciador el estudio y calificación probatoria ordenados por nuestra ley procedimental, y como consecuencia de todo ello, llegó a la conclusión de que por errores de conducta y falta de previsión técnica, por parte del demandado, se derrumbó un sector del edificio que se le había encomendado construir. Como se ve, fue sobre la base de hechos comprobados judicialmente, como el juzgador llegó a formar su criterio y su convicción jurídica. Mas como la Corte no advierte en el proceso analítico que siguió el juzgador en lo que respecta al examen del presupuesto probatorio, ningún error de derecho evidenciado, ni ningún error de derecho demostrado, que son los que pueden determinar una modificación en la apreciación probatoria efectuada, no halla motivo alguno para infirmar el fallo por la causal de casación invocado por el recurrente.

Por las consideraciones expuestas, se rechaza el cargo.

* * *

FALLO:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha tres (3) de abril de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Luis Morales M. contra Juan de la C. Guerra Galindo.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Lafoure Rizo — Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

EL CARGO QUE SE FORMULE CONFUNDIENDO LA VIOLACION DIRECTA DE LA LEY CON SU NO APLICACION, ES CONTRADICTORIO. — EXTREMOS ESENCIALES QUE DEBEN PROBARSE PLENAMENTE PARA OBTENER UNA DECLARACION JUDICIAL DE PRESCRIPCION ORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO. — EL TITULO CONSISTENTE EN VENTA DE COSA AJENA NO PUEDE OPONERSELE CON EFICACIA LEGAL AL DE SU VERDADERO DUEÑO. — LA POSESION REGULAR NO INTERRUMPIDA, ES UN PRESUPUESTO ESENCIAL DE LA PRESCRIPCION ORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO. — DECRETADA JUDICIALMENTE UNA REIVINDICACION, LA CONDENA A RESTITUIR SE IMPONE COMO UNA LOGICA CONSECUENCIA PROCESAL. — TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

1.—Contradictorio resulta el cargo formulado al confundir el recurrente la violación directa de la ley, con su no aplicación, pues siendo distinta la configuración jurídica de dichas causales, responden ellas a conceptos diferentes, dentro de la técnica de casación.

2.—El artículo 2.518 del Código Civil, establece el principio general consagrado por todas las legislaciones inspiradas como la nuestra, en las fuentes del Derecho Romano, según el cual, puede ganarse por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles que estén en el comercio y se hayan poseído con las condiciones legales. En desarrollo de tal principio los artículos 2.528 y 2.529 del Código Civil establecen en sus ordenamientos jurídicos en forma clara y expresa, los requisitos para la procedencia de la prescripción ordinaria, siendo aquéllos los mismos que establecieron las leyes romanas y españolas, a saber: justo título, buena fé, posesión continuada, prescriptibilidad de la cosa y tiempo señalado por la ley.

Según los artículos últimamente citados, quien pretenda obtener a su favor una declaración judicial de prescripción ordinaria, debe probar plenamente como extremos esenciales los siguientes: el haber tenido una posesión regular no interrumpida y haber poseído durante un lapso de diez años, cuando se trata de bienes raíces.

Posesión regular, dice el artículo 764 del Código Civil, es aquella que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe. Según esto, quien alegue ser poseedor regular, debe comenzar por exhibir para amparar eficazmente su situación jurídica, un justo título, entendiéndose por tal, el conforme a la ley, como lo define el civilista González Valencia en otros términos, el que implore la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, debe acreditar debidamente haber adquirido el bien respectivo por uno de los cinco medios previstos en el artículo 672 del Código Civil.

3.—Cuando para establecer la manera como se adquirió el inmueble materia del litigio, se presenta un título consistente en una venta de cosa ajena, interpretando correctamente el artículo 1.871 del Código Civil, un título de tal naturaleza, no puede oponérsele con eficacia legal al de su verdadero dueño, quien puede ejercitar la acción reivindicatoria que reconoce el artículo 951 del Código Civil.

4.—Las normas sustantivas que expresamente regulan en nuestro Código Civil el fenómeno jurídico de la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, especialmente el artículo 2.528, exigen como presupuesto esencial, la posesión regular no interrumpida, sea que dicha prescripción se proponga en forma de acción o mediante un recurso exceptivo.

5.—Ha sido doctrina de la Corte, la de que decretada judicialmente una reivindicación la condena a restituir se impone como una lógica consecuencia procesal.

6.—Cuando en el recurso de casación se acusa el fallo por infracción directa de la ley sustantiva, no le basta al recurrente decir que en su concepto cree que ha habido infracción, pues le incumbe la obligación de demostrar la manera como el senten-

ciador incidió en la violación de la norma respectiva, no siéndole dable a la Corte hacer oficiosamente tal demostración.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Cipriano Rojas por medio de apoderado demandó ante el Juez del Circuito de Moniquirá a Arcelio Espitia, Rosa Rubio, y Pablo Emilio Roncancio, para que previos los trámites de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª—Que mi representado Cipriano Rojas de las condiciones anotadas es dueño y tiene mejor derecho que los demandados Arcelio Espitia, Rosa Rubio Emilio Roncancio (o Pablo Emilio), y le pertenece por consiguiente, el dominio y propiedad de un terreno denominado "La Despensa", situado en la vereda de Quirbirá de la jurisdicción de Arcabuco y que tiene los siguientes linderos generales (aquí ellos).

"2ª—Dentro del lote antes determinado, Arcelio Espitia, de las condiciones dichas, posee materialmente sin que sea propietario del mismo sino poseedor de mala fe; debe condenársele a que lo restituya a mi mandante Cipriano Rojas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo....."

"3ª—Dentro del lote alinderado en el numeral primero, Rosa Rubio y Pablo Emilio Roncancio, de las condiciones determinadas, poseen en común y materialmente una parcela que tiene los siguientes linderos (se indican). Por ser los demandados Rosa Rubio y Pablo Emilio Roncancio, los poseedores materiales del lote alinderado y sin pertenencias y siendo poseedores de mala fé, debe condenárseles a que restituyan el lote a mi poderdante Cipriano Rojas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la providencia que el señor Juez dicte, restitución que debe comprender no solamente el lote de terreno sino todas sus anexidades.

"4ª—Que los demandados Arcelio Espitia, Rosa Rubio y Pablo Emilio Roncancio sean condenados como poseedores de mala fe al pago de los frutos naturales y civiles que hayan producido los lotes que poseen materialmente desde la fecha en que los han mantenido en su poder".

Los hechos en que se fundó la demanda, pueden resumirse así:

a) Por escritura pública número 820 de 28 de noviembre de 1929, otregada ante el Notario Segundo del Circuito de Tunja, Antonio Martínez E., vendió a Leonardo Espitia, con destino a los menores impúberes Benigno y Rosa María Piratobas el lote de terreno mencionado en la parte petitoria de la demanda.

b) Posteriormente, por escritura número 312 de 2 de marzo de 1951, Benigno y Rosa María Piratobas, vendieron al actor del juicio Cipriano Rojas, entre otros bienes, la finca determinada en el numeral 1º de la parte petitoria de la demanda, dentro de la cual se hallan comprendidos los lotes materia del presente juicio.

c) No obstante ser Cipriano Rojas el dueño de los mencionados inmuebles los demandados con mala fé han poseído la posesión material de los lotes a que se refieren los numerales segundo y tercero de la parte petitoria de la demanda.

d) Los demandados han retenido tales inmuebles y se han negado a hacer entrega de ellos.

En derecho fundó el actor del juicio su demanda en los artículos 946 y demás concordantes del Código Civil y en el artículo 205 del Código Judicial.

Al correrse traslado de la demanda, los demandados por medio de apoderado la contestaron, negando los hechos fundamentales de ella, se opusieron a que se hiciesen las declaraciones solicitadas y uno de ellos propuso las siguientes excepciones: prescripción ordinaria e ineptitud sustantiva de la demanda.

Cumplida la tramitación de instancia, el Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá desató la litis, por medio de sentencia de fecha 3 de octubre de 1955, declarando que el señor Cipriano Rojas es dueño y le pertenece el dominio y propiedad del terreno denominado "La Despensa", ubicado en la vereda de Quirbaquirá, en jurisdicción de Arcabuco.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condenó a los demandados para que dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la providencia, restituyeran al demandante el terreno materia de la reivindicación, con sus frutos naturales y civiles, desde la notificación de la demanda, e igualmente fueron condenados dichos demandados al pago de las costas.

La parte vencida interpuso recurso de apelación ante el Tribunal y le fue concedido por auto de fecha 29 de octubre de 1955.

EL RECURSO

El Tribunal Superior de Tunja, confirmó la sentencia de primer grado, modificándola solamente en cuanto al punto segundo de la parte

resolutiva. Y contra ella interpuso el recurso de casación el apoderado de los demandados, el cual le fue concedido por auto de fecha 4 de septiembre de 1957.

Procédese a resolver dicho recurso, por hallarse cumplidos todos los trámites legales.

Examen de los cargos.

En la demanda de casación que es un resumen de las alegaciones de instancia, cuatro cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal de Tunja, y en su orden proceden a estudiarse.

Primer cargo.

La sentencia, dice el recurrente, viola los artículos 2.518, 2.528 y 2.529 del Código Civil, e interpreta erróneamente el artículo 1.871 del Código Civil. Lo sustenta así:

"Quien con justo título y buena fe posee con ánimo de dueño un predio, tiene derecho para alegar en su favor la excepción de prescripción ordinaria del dominio, pues, a través de ese medio ha adquirido para sí el bien poseído. Si el Juez desconoce ese derecho, no obstante estar debidamente probado, se violan las disposiciones citadas, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva en forma directa. En el caso que nos ocupa, el H. Tribunal, violó con su sentencia la ley sustantiva al no dar aplicación a los preceptos citados, negando la prosperidad de la excepción propuesta".

La Corte observa:

Contradictorio resulta el cargo formulado al confundir el recurrente la violación directa de la ley, con su no aplicación, pues siendo distinta la configuración jurídica de dichas causales, responden ellas a conceptos diferentes, dentro de la técnica de la casación. Expuesto lo anterior, corresponde ahora examinar, si en realidad, el sentenciador incidió en la violación de las normas sustantivas citadas.

El artículo 2.518 del Código Civil, establece el principio general consagrado por todas las legislaciones inspiradas como la nuestra, en las fuentes del Derecho Romano, según el cual, puede ganarse por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles que estén en el comercio y se hayan poseído con las condiciones legales. En desarrollo de tal principio los artículos 2.528, y 2.529 del Código Civil establecen en sus ordenamientos jurídicos en forma clara y expresa, los requisitos para la procedencia de la prescripción ordinaria, siendo aquéllos los mismos que establecieron las leyes romanas y españolas, a saber: justo título, buena fé, posesión continuada, prescriptibilidad de la cosa y tiempo señalado por la ley.

Según los artículos últimamente citados, quien pretenda obtener a su favor una declaración judicial de prescripción ordinaria, debe probar plenamente como extremos esenciales los siguientes: haber tenido una posesión regular no interrumpida y haber poseído durante un lapso de diez años, cuando se trata de bienes raíces.

Posesión regular, dice el artículo 764 del Código Civil, es aquella que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fé. Según esto, quien alegue ser poseedor regular, debe comenzar por exhibir para amparar eficazmente su situación jurídica, un justo título, entendiéndose por tal, el conforme a la ley, como lo define el civilista González Valencia en otros términos, el que implore la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, debe acreditar debidamente haber adquirido el bien respectivo por uno de los cinco medios previstos en el artículo 673 del Código Civil.

Ciertamente la parte demandada adujo al proceso las escrituras públicas correspondientes, o sea el título para establecer la manera como había adquirido el inmueble materia de este litigio, pero el Tribunal de Tunja consideró que dicho título por tratarse de una venta de cosa ajena no podía prevalecer sobre el presentado por el reivindicante, quien debidamente probó su mejor derecho sobre el inmueble con una titulación cuya regularidad y legítima procedencia no las ha puesto en duda ni aún el mismo demandado.

Y no negó el Tribunal, como infundadamente lo afirma el recurrente que la venta de cosa ajena fuera válida de conformidad con nuestro régimen civil. Al contrario, enfáticamente reconoció la validez de la venta de cosa ajena, pero interpretando correctamente el artículo 1.871 del Código Civil, consideró que un título de tal naturaleza no podía oponérsele con eficacia legal al de su verdadero dueño, quien puede, como se ha hecho en el presente caso, ejercitar la acción reivindicatoria que reconoce el artículo 951 del Código Civil. Al efecto, dice el sentenciador en la motivación de su fallo así:

"El título consistente en una venta de cosa ajena es justo respecto de terceros porque la ley admite esa clase de contrato y le dá consecuencias; pero no lo es, respecto del verdadero dueño porque la misma ley dispone que ese contrato no produce contra él efectos; ese título no le es oponible; frente a él no es legal".

Por lo demás, el precitado artículo 1.871 el cual al dejar a salvo los derechos del dueño le otorga la facultad para hacerlos efectivos ante la justicia ordinaria mediante el ejercicio de las acciones sumarias u ordinarias establecidas en la ley, una de las cuales, es la reivindicatoria que fue precisamente la instaurada en este juicio por el demandante, quien amparó su situación jurídica con un título de propiedad conforme a la ley y que se remonta hasta el año de 1929, en el cual por instrumento público número 820 de 28 de noviembre del citado año, otorgada ante la Notaría Segunda de Tunja, Leonardo Espitia adquirió con destino a los menores Benigno y Rosa María Piratobas el inmueble a que se ha hecho ya referencia.

Y teniendo en cuenta aquella titulación y los preceptos legales que gobiernan la reivindicación, el Tribunal de Tunja, accedió a las súplicas de la demanda despachando al propio tiempo en forma desfavorable la excepción de prescripción ordinaria propuesta por la parte demandada. Para tomar esta última decisión el sentenciador se atuvo a las normas sustantivas que expresamente regulan en nuestro Código Civil el fenómeno jurídico de la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, especialmente del artículo 2.528, el cual exige como presupuesto esencial, la posesión regular no interrumpida, sea que dicha prescripción se proponga en forma de acción o mediante un recurso excepitivo, como al efecto lo hizo la parte demandada en el presente debate judicial. Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

Segundo cargo.

Como este cargo se funda en los mismos aspectos jurídicos que fueron estudiados al analizar el cargo anterior, por las razones allí expuestas, se rechaza.

Tercer cargo.

Se acusa la sentencia por violación directa del ordinal tercero del artículo 209 del Código Judicial, pues, según el recurrente se propusieron y fallaron simultáneamente en el caso sub-judice la acción reivindicatoria y la de condena que son incompatibles, afirmando a la vez que hubo interpretación errónea de la demanda por parte del Tribunal "al estimar que en este caso no se ejerció la acción declaratoria y que en consecuencia podía prosperar la de entrega, violando así el artículo 209 del Código Judicial, al declarar la prosperidad de una demanda que adolece de ineptitud sustantiva". La Corte observa:

La simple lectura del respectivo libelo es suficiente para concluir que no existe aquí la acumulación de acciones incompatibles denunciadas en el cargo. En efecto: en la primera de las súplicas de la demanda solicita el actor se le reconozca que es dueño del lote de "La Despensa", por tener sobre él mejor derecho que los demandados; y en la súplica segunda, tercera y cuarta, pide que los ocupantes del bien que pretende reivindicar, "en el cual hay varias parcelas", sean obligados a la restitución y al pago de sus correspondientes frutos.

Como se ve, el actor apeló en forma adecuada a uno de los medios procesales establecidos en nuestra ley de procedimiento, para obtener la restitución de un bien inmueble cuando de su goce y posesión ha sido indebidamente privado. Así lo entendió el Tribunal cuya parte motiva del fallo, dice en uno de sus apartes así:

"El demandante no ejercita la acción sobre declaración del dominio o declaración de pertenencia de que trata la Ley 120 de 1928; simplemente hace las peticiones propias de la acción reivindicatoria: que el reivindicante es dueño de la cosa con mejor derecho que los demandados y que se deduzca la consecuencia forzosa de condenarlo a restituir".

Nada tiene que observar la Corte a lo expuesto por el Tribunal, y lejos de advertir que haya modificado los términos del libelo, halla que su sentencia está de acuerdo con las súplicas de la demanda.

Finalmente cabe advertir que doctrina de la Corte ha sido que decretada judicialmente una reivindicación la condena a restituir se impone como una lógica consecuencia procesal.

Por las razones expuestas, no procede el cargo.

Cuarto cargo.

Se acusa la sentencia por violación directa del artículo 946 del Código Civil. Para fundarlo, dice el recurrente:

Creo que el artículo 946 ya citado, se ha violado al considerar como poseedores de la totalidad de un globo de terreno a quienes tan sólo lo son de una parte".

La Corte observa:

Cuando en el recurso de casación se acusa el fallo por infracción directa de la ley sustantiva, no le basta al recurrente decir que en su concepto cree que ha habido infracción, pues le incumbe la obligación de demostrar la manera

como el sentenciador incidió en la violación de la norma respectiva, no siéndole dable a la Corte hacer oficiosamente tal demostración.

Dice además el recurrente:

"Mientras en la demanda se pide la entrega por los linderos generales que allí se determinan, sin saber la razón, el Tribunal modifica la demanda y condena a que se entregue no por los linderos que pide el actor, si no por unos en concreto que aparecen posteriormente en el resto de las peticiones simultáneas que hace el mismo actor".

Esta afirmación no refleja fielmente la situación procesal, pues en la motivación de su fallo claramente dijo el sentenciador, que la restitución a que fue condenado Arcelio Espitia debería efectuarse de conformidad con los linderos expresados en el punto segundo de la parte petitoria de la demanda; y en lo que respecta a Rosa Rubio y Pablo Emilio Roncancio la restitución del lote o de la parcela, debería efectuarse de conformidad con los linderos mencionados en el punto tercero de la demanda. Es decir, no se hizo por parte del sentenciador un alinderamiento ad-hoc.

Por las razones expuestas, se rechaza el cargo

FALLO:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once (11) de julio de mil novecientos cincuenta y seis (1956) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio ordinario iniciado por Cipriano Rojas contra Arcelio Espitia y otros.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alfredo Cuck Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

TODA OBLIGACION CONTRACTUAL ENTRE COMERCIANTES, GENERALMENTE TIENE RELACION DIRECTA E INDIRECTA CON LOS PRECEPTOS CONSIGNADOS EN EL CODIGO CIVIL. — NO HAY INCONGRUENCIA ENTRE LAS DISPOSICIONES DEL C. CIVIL Y EL C. DE Co. — LA SUPLICA SOBRE RESOLUCION DE UN CONTRATO DEBE SER EXPRESA, Y AUN MAS, CUANDO LA PARTE QUE PRETENDE EL CUMPLIMIENTO TIENE LA ALTERNATIVA LEGAL DE EXIGIRLO TAMBIEN DE LA CONTRAPARTE, O SI LO PREFIERE, DEMANDAR LA RESOLUCION, EN AMBOS CASOS CON PERJUICIOS. — VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. — CUANDO PUEDE ALEGARSE

1.—El parágrafo del artículo 248 del Código de Comercio Terrestre, no fue incidentalmente incluído allí por el legislador. Su incorporación se hizo teniendo en cuenta la circunstancia de que en el vasto campo de las relaciones jurídico-contractuales, entre comerciantes, podrían surgir conflictos cuya solución no estaba prevista en las reglas del citado Código, y para tal evento, dispuso la ley, deferir a las normas del Código Civil, cuyas disposiciones especialmente en materia contractual, no sólo son claras y precisas sino de singulares proyecciones jurídicas en la actividad mercantil. Por ello el artículo 822 del Código de Comercio Terrestre, dice:

"Los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse, rescindirse y su prueba, son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvo las modificaciones que establecen las leyes especiales de comercio".

De acuerdo con la anterior disposición, puede decirse, que generalmente toda obligación contractual entre comerciantes, tiene relación directa e indirecta con los preceptos consignados en el Código Civil.

2.—Entre las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio Terrestre, no hay incongruencias. Si unas y otras se interpretan, no con ánimo de buscar contradicción, sino con buen sentido crítico y de conformidad con las reglas de la hermenéutica legal, se llega fácilmente a la conclusión de que existe entre las normas civiles y comerciales perfecta coherencia, según corresponde a un sistema legislativo, como el nuestro, vertebrado sobre la base de un conjunto de normas y principios sustantivos, lógica y debidamente relacionados.

Entre el artículo 1.546 del Código Civil y el 248 del Código de Comercio, lejos de haber oposición, existe estrecha relación como pasa a demostrarse.

El artículo 1.546 del Código Civil, dice: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por una de las partes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el contratante, pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

A su vez el artículo 248 del Código de Comercio Terrestre dice: "No entregando el vendedor los efectos vendidos al plazo estipulado, el comprador podrá solicitar el cumplimiento o la rescisión del contrato, y en uno u otro caso la reparación de los perjuicios que hubiere sufrido".

El primero de los artículos citados envuelve tácitamente, la condición resolutoria, y consagra a favor de la parte agraviada el derecho de demandar judicialmente el cumplimiento del contrato o su resolución, derivándose de una u otra alternativa la consiguiente indemnización de perjuicios, que por las circunstancias en que surge tal acción, es consecuencial y tal su carácter, generalmente hablando, salvo en casos excepcionales, como el previsto en el numeral 3º del artículo 1.596 del Código Civil.

Del propio modo, cuando quien al amparo del artículo 248 del Código de Comercio Terrestre demanda directamente una indemnización, no solamente debe objetivar los perjuicios sino, obligado está a comprobar judicialmente haber sido ellos causados por la infracción de un contrato, cuya resolución debe implorarse, como lo prescribe el artículo 1.546 del Código Civil, no

sólo para extinguir una fuente de obligaciones, sino para propiciar la viabilidad procesal de la acción reparadora o de perjuicios, que está como subordinada a la resolutoria.

Esta ha sido hasta el presente la jurisprudencia de la Corte, como puede verse, entre otros, en el fallo de 17 de junio de 1948, G. J. LXIV, números 2060-2061.

3.—La súplica sobre resolución de un contrato debe ser expresa, y aún más cuando la parte que pretende el cumplimiento tiene la alternativa legal de exigirlo también de la contraparte, o si lo prefiere, demandar la resolución del contrato, en ambos casos con perjuicios. Por manera que la sola súplica indemnizatoria nada significa sobre el ejercicio de la dicha alternativa legal por el actor, lo cual marca en la demanda un vacío insalvable puesto que, como es obvio, el Juez nunca podría ejercer de oficio aquella facultad de elegir, en reemplazo de la parte actora.

En realidad, al tratar el recurrente ahora, lo referente a la resolución del contrato, que no fue asunto suplicado en la demanda, ni discutido en ninguna de las instancias del juicio, equivale a suscitar en casación, un extremo extraño a la litis, cuyo objetivo indemnizatorio quedó determinado en el respectivo libelo, en términos claros y concretos, no siéndole posible al juzgador salirse de ellos, pues al haberlo hecho así, se habría colocado fuera del status causae o controversiae calificado por los expositores de técnica de casación, como una extralimitación de funciones, generadora de los llamados en derecho procesal vicios de ultra-petita.

4.— Cuando el Tribunal, en la sentencia, lejos de interpretar erróneamente la demanda, se atiene a ella en forma rigurosa al claro contenido de su parte petitoria, no cabe alegar infracción directa del artículo 1.546 del Código Civil, pues es principio de casación, que la violación directa de la ley, sólo puede alegarse cuando ocurre el caso de un fallo judicial, manifiestamente en pugna, con una disposición legal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

ANTECEDENTES

La sociedad Anónima "Tía S. A.", domiciliada en Bogotá, demandó ante el Juez del Circuito de esta ciudad, por conducto de apoderado a "Leonidas Lara e Hijos", como antiguo socio y adjudicatario de los bienes de la extinguida sociedad de comercio Jabonería Pakín Limitada para que previos los trámites del juicio civil ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la sociedad demandada, debe indemnizar a "Tía S. A.", los perjuicios sufridos por el incumplimiento de un contrato de compraventa de jabones, celebrado entre la Jabonería Pakín Limitada y "Tía S. A.".

"Segunda.—Que el valor de tales perjuicios asciende a la cantidad de $ 12.018.34, que "Leonidas Lara e Hijos" debe pagar a "Tía S. A.", con los intereses legales computados desde la fecha en que dichos perjuicios fueron causados a esta última empresa.

"Tercera.—Que "Leonidas Lara e Hijos" debe pagar las costas del presente juicio, si se opone a las legítimas peticiones de esta demanda".

Fundó el actor del juicio su demanda en varios hechos que pueden resumirse así:

a) Que Jabonería Pakín Limitada que es una sociedad debidamente constituída, ofreció por medio de carta de fecha 16 de febrero de 1945, a "Tía S. A." la fabricación y venta de jabones de distintos tipos, formas y tamaños;

b) En desarrollo de dicha oferta, Jabonería Pakín Limitada y "Tía S. A.", celebraron con fecha 11 de marzo de 1946, un contrato de compraventa, en virtud del cual, la primera de las Compañías citadas, se obligó a vender a la segunda, y ésta a comprar 20.000 kilos de jabón para tocador, a razón de $ 1.25 y $ 1.30 por kilo;

c) Hasta la fecha de la celebración del contrato, "Tía S. A." había comprado en condiciones bastante favorables, en la empresa de Daniel Lemaitre S. A. de Cartagena, las existencias de jabón que necesitaba para sus almacenes, pero suspendió en marzo de 1946, los pedidos a Lemaitre, porque Jabonería Pakín Limitada, le ofreció precios y condiciones más favorables;

d) De conformidad con lo convenido entre "Tía S. A." y Jabonería Pakín S. A. Limitada, la primera empresa, entregó a la segunda, los moldes para la fabricación de los jabones, la cual acusó recibo de dichos moldes, comprometiéndose a no

fabricar jabones de igual modelo y forma para otros clientes;

e) De los 20.000 kilos de jabón que Pakín Limitada, se había obligado a entregar a "Tía S. A.", tan sólo entregó 9.041 kilos, habiendo dejado de entregar, por consiguiente, 10.959 kilos;

f) Pakín Limitada para justificar el incumplimiento del contrato de 11 de marzo de 1946, alegó el alza en el costo de la materia prima, manifestando su decisión de no hacer entrega del saldo, o sea de 10.959 kilos, y declarando a la vez, que estaba dispuesta a indemnizar a "Tía, S. A.", por cualquier perjuicio;

g) El jefe de compras de "Tía S. A." ante la urgente necesidad de proveer a los almacenes de Bogotá y Barranquilla, viajó a Cartagena en 1947, para restablecer allí sus conexiones con Lemaitre, que era su antiguo proveedor de jabones;

h) Como consecuencia de las conversaciones con Daniel Lemaitre y Compañía, esta firma convino en suministrarle a "Tía S. A." jabones, pero a un mayor precio del que había sido convenido con "Pakín y Compañía". Este mayor precio significó para "Tía", un perjuicio de $ 9.217.00, suma equivalente a la diferencia de costo fijado por Pakín y Compañía.

i) Como Daniel Lemaitre S. A., tan sólo pudo entregar la primera remesa de jabones a "Tía S. A.", con fecha 8 de mayo de 1947, por este retardo sobrevino una notable escasez de jabones en los almacenes de "Tía S. A.", en Bogotá y Barranquilla, dejando a causa de ello, de vender "Tía S. A." 16.000 pastas, que implicaron para esta Compañía una pérdida efectiva de $ 2.100.45;

j) De conformidad con los hechos anteriores, "Tía S. A." se dirigió a Jabonería Pakín Limitada para que le pagase el valor de los perjuicios que ascendía a la suma de $ 12.018.34;

k) Con posterioridad al hecho anterior se iniciaron una serie de conferencias entre las Compañías mencionadas, de las cuales no se llegó a ningún acuerdo, y en tal virtud, el apoderado de "Tía S. A.", resolvió dirigirse al señor Oliverio Lara B., representante de la casa de Leonidas Lara e Hijos, para que en su carácter de antiguo socio de Jabonería Pakín Limitada, respondiera de los perjuicios causados por haberse hecho responsable la expresada firma social, del pasivo de la Jabonería Pakín Limitada.

l) Algunas cartas exigiendo este cobro envió "Tía S. A." al señor Lara, pero éste se abstuvo de contestar la última de ellas.

En derecho apoyó su demanda el actor del juicio en los artículos 1.602, 1.603 y demás concordantes del Código Civil, en los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1.887, en los artículos 182, 368, 735 y demás concordantes del Código de Comercio Terrestre; y en los artículos 54 y siguientes del Código Judicial.

Admitida la demanda y surtido el traslado legal, se abrió el juicio a prueba y se practicaron las que obran en el expediente. Agotada la tramitación de instancia, el Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá, por sentencia de fecha 25 de mayo de 1956, falló la litis, declarando probada la excepción perentoria temporal de falta de legitimación en causa, o ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado, y en consecuencia, se abstuvo de considerar el fondo de la litis.

Contra la providencia del Juez A-QUO, interpuso el recurso de apelación el apoderado de la parte demandante, el cual le fue concedido por auto de fecha 8 de julio de 1956, y una vez cumplidos todos los trámites de la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por sentencia de fecha 16 de agosto de 1956, falló el negocio, revocando la sentencia de primer grado, negando las peticiones de la demanda, y condenando en las costas de ambas instancias al actor del juicio.

EL RECURSO

El apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal y procede a resolverse dicho recurso, por hallarse cumplidas todas las formalidades de rigor.

Examen de los cargos.

Tres motivos expone el recurrente en su demanda para impugnar el fallo y en su orden proceden a estudiarse.

Primer motivo.

Lo sustenta el recurrente en los siguientes términos:

"Acuso la sentencia del H. Tribunal, en primer término, ser violatoria del artículo 1.546 del Código Civil, por aplicación indebida, y del artículo 248 del Código de Comercio Terrestre, por infracción directa, y el cual dice: 'No entregando el vendedor los efectos vendidos al plazo estipulado, el comprador podrá solicitar el cumplimiento o la rescisión del contrato y en uno u otro caso la reparación de los perjuicios que hubiere sufrido'".

La Corte observa:

La disposición transcrita por el recurrente dice además:

"En los casos que no haya previsto, y que no puedan ser decididos por analogía de sus disposiciones, se aplicarán las del Código Civil".

Este parágrafo, no fue incidentalmente incluído allí por el legislador. Su incorporación se hizo teniendo en cuenta la circunstancia de que en el vasto campo de las relaciones jurídico-contractuales, entre comerciantes, podrían surgir conflictos cuya solución no estaba prevista en las reglas del Código de Comercio Terrestre, y para tal evento, dispuso la ley, deferir a las normas del Código Civil, cuyas disposiciones especialmente en materia contractual, no sólo son claras y precisas sino de singulares proyecciones jurídicas en la actividad mercantil. Por ello el artículo 182 del Código de Comercio Terrestre, dice:

"Los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse, rescindirse y su prueba, son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvo las modificaciones que establecen las leyes especiales de comercio".

De acuerdo con la anterior disposición, puede decirse, que generalmente toda obligación contractual entre comerciantes, tiene relación directa o indirecta con los preceptos consignados en el Código Civil. El mismo demandante lo entiende así cuando en derecho fundó esta demanda no sólo en varios artículos del Código de Comercio Terrestre, sino en numerosos artículos del Código Civil.

Y es que entre las disposiciones de uno y otro Código no hay incongruencias. Si unas y otras se interpretan, no con ánimo de buscar contradicción, sino con buen sentido crítico y de conformidad con las reglas de la hermenéutica legal, se llega fácilmente a la conclusión de que existe entre las normas civiles y comerciales perfecta coherencia, según corresponde a un sistema legislativo, como el nuestro, vertebrado sobre la base de un conjunto de normas y de principios sustantivos, lógica y debidamente relacionados. Dentro de este orden de ideas, procedió el Tribunal de Bogotá, el cual, para decidir esta controversia dilucidó acertadamente el problema a la luz del artículo 1.546 del Código Civil, considerado, sin fundamento, por el recurrente como indebidamente aplicado al caso **sub-judice.** Entre este artículo y el 248 del Código de Comercio, lejos de haber oposición, existe estrecha relación como procede a demostrarse.

El artículo 1.546 del Código Civil, dice:

"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por una de las partes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el contratante, pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

A su vez el artículo 248 del Código de Comercio Terrestre dice:

"No entregando el vendedor los efectos vendidos al plazo estipulado, el comprador podrá solicitar el cumplimiento o la rescisión del contrato, y en uno u otro caso la reparación de los perjuicios que hubiere sufrido".

El primero de los artículos citados envuelve tácitamente, la condición resolutoria, y consagra a favor de la parte agraviada el derecho de demandar judicialmente el cumplimiento del contrato o su resolución, derivándose de una u otra alternativa la consiguiente indemnización de perjuicios, que por las circunstancias en que surgé tal acción, es consecuencial y tal su carácter, generalmente hablando, salvo en casos excepcionales, como el previsto en el numeral 3º del artículo 1.506 del Código Civil.

Del propio modo, cuando quien al amparo del artículo 248 del Código de Comercio Terrestre demanda directamente, como ocurre en el presente caso, una indemnización, no solamente debe objetivar los perjuicios sino, obligado está a comprobar judicialmente haber sido ellos causados por la infracción de un contrato, cuya resolución debe implorarse, como lo prescribe el artículo 1.546 del Código Civil, no sólo para extinguir una fuente de obligaciones, sino para propiciar la viabilidad procesal de la acción reparadora o de perjuicios, que está como subordinada a la resolutoria.

Esto ha sido hasta el presente la jurisprudencia de la Corte, uno de cuyos numerosos fallos, dictados sobre el particular, dice así:

"El fenómeno de incumplimiento por uno de los contratantes de lo pactado, dá lugar, si se trata de contratos bilaterales, a que se opere la condición resolutoria tácita, dando origen en favor del otro contratante que ha cumplido o está presto a cumplir sus propias prestaciones, al derecho alternativo para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios (artículo 1.546 del Código Civil). De acuerdo con la ley, la doctrina ha establecido que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria y consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato

o hacerlo cumplir, y que por lo tanto no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas". (Casación junio 17 de 1948. G. J. LXIV números 2060-2061).

De todo lo expuesto anteriormente, se deduce que no hay oposición entre los artículos 1.546 y 248 del Código de Comercio Terrestre, el primero de los cuales, fue debidamente aplicado por el sentenciador; y en cuanto al segundo, si no operó eficazmente en esta controversia, no fue porque lo hubiese violado el sentenciador, sino por culpa del actor del juicio, cuya demanda en su parte petitoria, adolece de graves deficiencias

Por lo expuesto, no se acepta el cargo.

Segundo motivo.

Siendo este motivo en resumen, una repetición de lo expuesto en el primero, por las razones allí expuestas, se rechaza.

Tercer motivo.

Para impugnar la sentencia, el recurrente formula su acusación así:

"En esta hipótesis (de ser aplicable el artículo 1.546 del Código Civil al presente juicio) y en la hipótesis todavía más improbable de haber sido necesaria la acción de resolución del contrto para pedir indemnización, el Tribunal habría violado, por infracción directa el artículo citado por errónea interpretación de la demanda a la cual llegó por un error de hecho que consiste en no darse cuenta que la demanda presentada por el doctor Hermann Meyer L., implícitamente al pedir perjuicios por el incumplimiento también tiende a la declaratoria de resolución del contrato".

La Corte observa:

La súplica sobre resolución de un contrato debe ser expresa, y aun más cuando la parte que pretende el cumplimiento tiene la alternativa legal de exigirlo también de la contraparte, o si lo prefiere, demandar la resolución del contrato, en ambos casos con perjuicios. Por manera que la sola súplica indemnizatoria nada significa sobre el ejercicio de la dicha alternativa legal por el actor, lo cual marca en la demanda un vacío insalvable puesto que, como es obvio, el Juez nunca podría ejercer de oficio aquella facultad de elegir, en reemplazo de la parte actora.

En realidad, al tratar el recurrente ahora, lo referente a la resolución del contrato, que no fue asunto suplicado en la demanda, ni discutido en ninguna de las instancias del juicio, equivale a suscitar en casación, un extremo extraño a la litis, cuyo objetivo indemnizatorio quedó determinado en el respectivo libelo, en términos claros y concretos, no siéndole posible al juzgador salirse de ellos, pues al haberlo hecho así, se habría colocado fuera del *status causae o controversiae* calificado por los expositores de técnica de casación, como una extralimitación de funciones, generadora de los llamados en derecho procesal vicios de **ultra-petita.**

Y basta leer el contenido de la demanda y la sentencia recurrida, para concluir que el Tribunal lejos de haberla interpretado erróneamente, se atuvo en forma rigurosa al claro contenido de su parte petitoria. Siendo esto así, no cabe alegar **infracción directa** del artículo 1.546 del Código Civil, pues es principio de casación, que la violación directa de la ley, sólo puede alegarse cuando ocurre el caso de un fallo judicial, manifiestamente en pugna, con una disposición legal, lo cual no ha ocurrido en el presente litigio.

Por lo demás, ya se dijo anteriormente que la improcedencia de esta acción derívase de la forma como fue elaborada la demanda, cuyas fallas no pueden subsanarse en casación, pues ni la técnica de este recurso, ni los principios taxativos que lo regulan brindan campo oportuno para ello.

Por lo expuesto no se acepta el cargo.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y seis (16) de agosto de mil novecientos cincuenta y seis (1956), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario iniciado por "Almacén Tía S. A." contra "Leonidas Lara e Hijos".

Costas a cargo del recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo—Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

LOS DOCTRINANTES Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES, ESTAN DE ACUERDO EN QUE EL CRITERIO NORMATIVO QUE DEBE GUIAR AL JUZGADOR EN SU LABOR INTERPRETATIVA DE LOS CONTRATOS, DEBE ENCAMINARSE SIEMPRE A DARLE EFECTIVIDAD A LA VOLUNTAD CONTRACTUAL, Y A LOS ACTOS JURIDICOS, INDAGANDO DENTRO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA HERMENEUTICA CONTRACTUAL, CUALES FUERON REALMENTE LOS OBJETIVOS Y FINALIDADES QUE SE PROPUSIERON LAS PARTES AL AJUSTAR LA CONVENCION. — REQUISITOS PREVIOS QUE DEBEN LLENARSE PARA QUE UN SOCIO PUEDA EXIGIR SU APORTE EN LA SOCIEDAD

1.—En materia de interpretación contractual, enseña Giorgi en su "Tratado de las Obligaciones", debe procederse de acuerdo con ciertas normas que son precisamente los cánones sobre los cuales ha fundado la práctica los criterios directivos de las investigaciones encaminadas a descubrir la voluntad humana (Tomo IV, página 283).

Aun cuando el notable civilista no dice en el párrafo transcrito cuáles son aquellas normas, sin embargo los doctrinantes y la jurisprudencia de los Tribunales, de acuerdo están en que el criterio normativo que debe guiar al juzgador, en su labor interpretativa, debe encaminarse siempre, a darle efectividad a la voluntad contractual, y a los actos jurídicos, indagando dentro de los principios generales de la hermenéutica contractual, cuáles fueron realmente los objetivos y finalidades que se propusieron las partes al ajustar la convención.

Aquella tarea de interpretación contractual, se impone en casos como el presente, en que la cuestión controvertida, radica en la manera como sean interpretadas las cláusulas de un pacto huérfano de una configuración jurídica específica, con respecto al cual, han disentido en su denominación tanto los Jueces de fondo, como las mismas partes comprometidas en el litigio; pues al tiempo que el Juez de primera instancia, dice en la motivación de su fallo, que se trata de un contrato de parcería agraria, el Tribunal afirma que es una simple opción de compra de carácter unilateral. Y al tiempo de que los contratantes lo denominan en el documento como un contrato de "antícresis", el actor del juicio afirma que se trata de una promesa de venta.

En realidad, las modalidades del contrato suscrito por documento privado, de que se viene hablando, no da base por la heterogencidad de sus estipulaciones y la pluralidad de sus propósitos comerciales, para poder asignarle una calificación jurídica específica, ya que se trata de un convenio suigeneris que no encaja en ninguno de los tipos reglamentados expresamente por nuestro Código Civil. Siendo ello así, es preciso seguir la norma del numeral primero, del artículo 1.622 del Código Civil, según el cual, las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Esta norma que consagra en resumen una regla general de hermenéutica contractual, deja al juzgador la facultad de indagar la intención de las partes contratantes, sin violar el principio de la autonomía de la voluntad contractual consignada en nuestro régimen civil.

Y en orden a aquella interpretación que compete al juzgador, doctrina constante de la Corte ha sido, respetar la autonomía de los Tribunales cuya apreciación sólo puede modificarse en el recurso de casación, cuando apareciere de un modo manifiesto en los autos, o se hubiere demostrado que el sentenciador incidió en ostensible error de hecho o en error de derecho.

2.—En nuestro Derecho Civil, mientras subsista una sociedad, ninguno de sus socios puede exigir su aporte, sin que previamente se haya llevado a cabo de conformidad con el artículo 2.147 del Código Civil la correspondiente liquidación, pues antes de ella, sólo tiene un derecho abstracto, pero no vinculado a ningún cuerpo cierto determinado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, en escrito presentado el 1º de abril de 1954, demandó Rafael Agudelo T. mayor y vecino del Municipio de Balboa (Caldas), por medio de apoderado, a Juvenal Zapata, mayor y vecino del Municipio de El Palmar, Departamento del Chocó, por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, para que por sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"A) Que está resuelto el contrato privado suscrito entre las partes señores Rafael Agudelo y Juvenal Zapata, con fecha 21 de febrero de 1952;

"B) Que en consecuencia, el demandado Juvenal Zapata está obligado a restituir al demandante Rafael Agudelo dos días después de la ejecutoria del fallo, el inmueble a que se refiere el contrato privado de 21 de febrero de 1952 y recibido por el demandado a virtud de dicho contrato;

"C) Que el demandado señor Juvenal Zapata está obligado a pagar al demandante Rafael Agudelo los frutos civiles y naturales del inmueble a que se refiere la declaración anterior, o su valor en dinero, percibidos desde el mes de marzo de 1949 hasta el día en que se realice la restitución obligada en la cláusula anterior;

"D) Que el demandado señor Juvenal Zapata está obligado a pagar al demandante señor Rafael Agudelo los perjuicios que se le han acarreado a virtud del incumplimiento del contrato a que se refiere la primera declaración y su valor en dinero a juicio de peritos;

"E) Que el demandado Zapata está obligado a entregar al demandante Agudelo los semovientes recibidos en la cláusula sexta del contrato, cuya resolución se ha decretado;

"F) Que el demandado Zapata está obligado a pagar, dos días después de la ejecutoria de este fallo, la suma de $ 1.285.00 moneda corriente, además de cuentas pendientes del cargo del demandado por concepto de participación en los frutos de los semovientes referidos en la cláusula sexta del contrato;

"G) Que el demandado sea condenado en costas en caso de oposición".

El demandante fundó su demanda en varios hechos que pueden resumirse así:

Por documento privado de fecha 21 de febrero de 1952, Rafael Agudelo prometió vender a Juvenal Zapata una finca denominada "La Perla", ubicada en jurisdicción del Municipio de San José del Palmar y alinderada en la forma expresada en el documento. Se convino como precio de venta la suma de $ 5.000.00 y un plazo de cinco años. Agudelo entregó a Zapata para su administración un lote de once cabezas de ganado vacuno, para que lo cebara y lo vendiera de acuerdo con el demandante, quien también entregó a Zapata su finca de propiedad denominada "La Perla", para que la explotara y cultivara en provecho propio con la obligación de devolvérsela al expirar el término del contrato. Zapata, dice además el demandante, no ha devuelto la finca mencionada, ni la cultivó ni la mejoró, como era lo pactado, ni le ha pagado el valor de las utilidades del negocio del ganado, violando así el contrato celebrado sobre el particular.

En derecho fundó su acción en los artículos 1.546, 1.494 y demás concordantes del Código Civil.

El demandado una vez admitida la demanda procedió a contestarla, negando los hechos fundamentales de ella y oponiéndose a las súplicas impetradas por el actor del juicio.

Dentro de la debida oportunidad procesal, el demandado formuló demanda de reconvención contra Rafael Agudelo T., para que previos los trámites del juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que Juvenal Zapata, tiene derecho al mayor valor que tenga al presente la finca o mejoras materia del contrato suscrito entre Zapata y Agudelo, sobre el avalúo de cinco mil pesos asignado en el contrato, de acuerdo con el avalúo que den a la propiedad peritos designados dentro del juicio;

"Segunda.—Que ese mayor valor sobre la base de los cinco mil pesos, mayor valor que se determinará dentro del juicio como se ha solicitado, debe pagarlo el contrademandado Rafael Agudelo T., seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la litis".

"Tercera.—Que el señor Agudelo está en la obligación de pagar a Zapata el valor que por emolumentos, gastos y honorarios de administración de los semovientes a que hacen alusión los hechos décimo sexto a vigésimo de este libelo, se señale por peritos designados por las partes dentro del juicio, seis días después de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a la litis.

"Cuarta.—Que Juvenal Zapata tiene el derecho de retención sobre los bienes, mientras no se le

cubran por Agudelo las prestaciones a que tiene derecho.

"Quinta.—Que Juvenal Zapata, tiene derecho a las utilidades del ganado que le fue dado en tal forma conforme al contrato escrito, de fecha veintiuno de febrero de 1952.

"Peticiones subsidiarias.

"Primera.—Que Juvenal Zapata tiene derecho al pago de las mejoras que han sido puestas por él durante el término de duración del contrato y hasta el fallo del juicio, de acuerdo con el avalúo que se dé a tales mejoras por expertos nombrados dentro del juicio, incluyendo en ellas la resiembra de los pastos de los potreros y la construcción de la casa nueva.

"Segunda.—Que Agudelo debe pagar a Zapata el valor que se señale por expertos, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo que ponga término a la litis; y

"Tercera.—Que mientras no se haga dicho pago tiene derecho de retención sobre los bienes en garantía de ese pago.

"En todo caso solicito la condenación al pago de perjuicios y de las costas del juicio contra Agudelo".

Fundó su acción en numerosos hechos que pueden resumirse así:

Que celebró un contrato con Rafael Agudelo T., en virtud del cual, se comprometió a administrarle su finca denominada "La Perla" y a hacerle las mejoras que fueron estipuladas, las cuales llevó a cabo y que se traducjeron en un mayor valor de la expresada finca. Que Agudelo se compromete a reconocerle el derecho al mayor valor de la finca objeto del contrato sobre la base de $ 5.000.00 moneda corriente en que fue estimada de común acuerdo entre los contratantes.

Que asimismo se obligó a administrar el negocio de ganado que se celebró por medio del documento a que se ha hecho referencia.

Que además, Agudelo no le ha pagado el valor de sus emolumentos y honorarios, tanto por concepto de sus servicios como administrador de la finca, como administrador del negocio del ganado; y que mientras tal pago no se efectúe se reserva el derecho a retener los bienes que se le confiaron para su administración.

Surtidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, por sentencia de fecha 6 de octubre de 1955, desató la litis absolviendo al demandado dentro de la acción principal de la declaración primera solicitada en la demanda, declaró a la vez probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, declarando probada la misma excepción, en cuanto la demanda de reconvención.

Del citado fallo apelaron ambas partes ante el Tribunal, el cual por sentencia de fecha 24 de octubre de 1956, desató la litis confirmando la sentencia apelada en cuanto absolvió a Juvenal Zapata de la petición primera de la demanda principal y "reformándola en el sentido de que la absolución se extiende a todas las peticiones del libelo" Asimismo, revocó el fallo en cuanto declaró probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda de reconvención, declarando en su lugar que Juvenal Zapata tenía derecho al mayor valor que el 31 de marzo de 1954 tenía la finca materia del contrato suscrito el 21 de febrero de 1952, sobre el avalúo de $ 5.000.00, fijado en dicho contrato. Para la liquidación de tal valor dijo el Tribunal, se procedería de conformidad con lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial. Finalmente, el sentenciador condenó a Rafael Agudelo en las costas de la segunda instancia.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el apoderado del demandante, el cual le fue concedido y procede a decidirse.

EXAMEN DEL RECURSO

El demandante recurrente dentro del motivo previsto en el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial, formula contra la sentencia del Tribunal de Buga, cinco cargos divididos en dos grupos que se hallan todos ellos basados en errores de hecho, en que incurrió el sentenciador al interpretar el contrato originario de este litigio y que incidieron en la violación de numerosas disposiciones sustantivas, especialmente el artículo 1.602 del Código Civil citado reiteradamente por el recurrente.

El primero de los cargos se formula así en la demanda:

"Error evidente de hecho en la interpretación del contrato, en cuanto al negocio de la finca de "La Perla", sostiene el Tribunal que no fue bilateral, porque las partes no se obligaron recíprocamente. Se pactó una opción de compra a favor de Zapata. El anterior error evidente de hecho en la interpretación del contrato condujo al Tribunal a infringir los artículos 1.496, 1.948 y 1.356 del Código Civil"

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En materia de interpretación contractual, en-

seña Giorgi en su "Tratado de las Obligaciones", debe procederse de acuerdo con ciertas normas que son precisamente los cánones sobre los cuales ha fundado la práctica los criterios directivos de las investigaciones encaminadas a descubrir la voluntad humana. (Tomo IV, página 183).

Aun cuando el notable civilista no dice en el párrafo transcrito cuáles son aquellas normas, sin embargo los doctrinantes y la jurisprudencia de los Tribunales, de acuerdo están en que el criterio normativo que debe guiar al juzgador, en su labor interpretativa, debe encaminarse siempre, a darle efectividad a la voluntad contractual, y a los actos jurídicos, indagando dentro de los principios generales de la hermenéutica contractual, cuáles fueron realmente los objetivos y finalidades que se propusieron las partes al ajustar la convención.

Aquella tarea de interpretación contractual, se impone en casos como el presente, en que la cuestión controvertida, radica en la manera como sean interpretadas las cláusulas de un pacto huérfano de una configuración jurídica específica. Con respecto al cual, han disentido en su denominación tanto los Jueces de fondo, como las mismas partes comprometidas en el litigio; pues al tiempo que el Juez de primera instancia, dice en la motivación de su fallo, que se trata de un contrato de aparcería agraria el Tribunal afirma, que es una simple opción de compra de carácter unilateral. Y al tiempo de que los contratantes lo denominan en el documento como un contrato de "antiresis", el actor del juicio afirma que se trata de una promesa de venta.

En realidad, las modalidades del contrato suscrito por documento privado, entre Rafael Agudelo T. y Juvenal Zapata, no dá base por la heterogeneidad de sus estipulaciones y la pluralidad de sus propósitos comerciales, para poder asignarle una calificación jurídica específica, ya que se trata de un convenio sui-generis que no encaja en ninguno de los tipos reglamentados expresamente por nuestro Código Civil. Siendo ello así, es preciso seguir la norma del numeral primero, del artículo 1.622 del Código Civil, según el cual, las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Esta norma que consagra en resumen una regla general de hermenéutica contractual, deja al juzgador la facultad de indagar la intención de las partes contratantes, sin violar el principio de la autonomía de la voluntad contractual consignada en nuestro régimen civil.

Y en orden a aquella interpretación que compete al juzgador, doctrina constante de la Corte ha sido, respetar la autonomía de los Tribunales cuya apreciación sólo puede modificarse en el recurso de casación, cuando apareciere de un modo manifiesto en los autos, o se hubiere demostrado que el sentenciador incidió en ostensible error de hecho o en error de derecho.

Como en el actual litigio el juzgador, en sentir de la Corte, incurrió indudablemente en error, al interpretar y aplicar fragmentariamente una de las cláusulas de la relación jurídica contractual, se impone necesariamente, la infirmación del fallo recurrido. Para mayor claridad juzga conveniente la Corte analizar brevemente los términos y condiciones del contrato a que se ha hecho referencia, y a ello se procede.

Según reza el documento, entre Rafael Agudelo y Juvenal Zapata se convino en lo siguiente: Agudelo dueño de la finca denominada "La Perla", ubicada y alinderada en la forma dicha en el documento, se la dió a Zapata para que la explotara y aprovechara en beneficio propio por el término de cinco años, que comenzaron a correr, desde el mes de marzo de 1949, gozando Zapata dentro de ese plazo de una opción para comprarla por la suma de $ 5.000.00, o de venderla por el mismo precio a un tercero; en el evento de que la venta dicha no se llevase a cabo, convinieron los contratantes que Zapata tendría derecho al mayor precio que al finalizar el contrato tuviere la finca, la cual, se comprometió a administrar y mejorar con pastos y cultivos. Además, en la cláusula cuarta, se convino, que al expirar el término del contrato Zapata le entregaría la finca a Agudelo. En el mismo contrato se celebró entre las partes una compañía referente a la compra, venta y ceba de ganado a la cual aportó Agudelo un lote de ganado vacuno.

Como se advertirá, hay en el anterior contrato, una serie de prestaciones y contraprestaciones recíprocas que le dan por sí, un carácter bilateral a la convención. No obstante, ser ello así, el Tribunal consideró que se trataba de una opción de compra a favor de Zapata, quien no contrajo obligación alguna y que por ende el contrato era unilateral. Basado en esta consideración, fue como el sentenciador, decidió negar todas las súplicas formuladas en la demanda principal.

La primera de dichas peticiones, se halla formulada, en los siguientes términos: "Que se declare resuelto el contrato privado celebrado por las partes con fecha 21 de febrero de 1952"

Fundóse el anterior pedimento, según consta en el libelo, en que el demandado no le ha pagado al demandante, la suma de $ 5.000.00 que

fue el precio de venta convenida, como tampoco cumplió el demandado con la obligación de hacerle a la finca las mejoras y cultivos que se había comprometido hacerle.

Como se advertirá, partió el demandante del falso supuesto de que Zapata se había comprometido a comprarle la finca de "La Perla", cuando no hay ninguna estipulación en que conste tal pacto. Simplemente, Zapata se reservó sin contraer obligación alguna la opción de comprarla dentro del plazo de cinco años a partir del mes de marzo de 1952. Así lo entendieron también los jueces de instancia, como consta en la parte motiva de sus respectivos fallos. En cuanto a que Zapata no hubiese hecho mejora alguna en la finca de "La Perla", durante el tiempo de su administración tal afirmación del demandante no tiene respaldo procesal, pues la inspección ocular, llevada a cabo, el dictamen pericial que se rindió sobre el particular, y que no fue objetado y las numerosas declaraciones, que aparecen en el expediente, prueban todo lo contrario.

En consideración, pues, a las razones antes expuestas, no resulta viable la petición sobre resolución del contrato, y si no opera en este caso el artículo 1.546 del Código Civil, no es porque sea un contrato unilateral, como erróneamente lo consideró el Tribunal, sino porque el actor no probó plenamente, durante la segunda del juicio, los hechos en que se pretendió fundar su súplica resolutoria, y es por este concepto, y sólo por este concepto, que no puede despacharse en forma favorable la resolución contractual impetrada.

La petición segunda del demandante se halla concebida en los siguientes términos:

"Que el demandado Juvenal Zapata está obligado a restituir al demandante Rafael Agudelo, dos días después de la ejecutoria del fallo, el inmueble a que se refiere el contrato privado de 21 de febrero de 1952 y recibido por el demandado a virtud de dicho contrato".

El sentenciador negó esta petición y el recurrente ha impugnado por este concepto la sentencia en los siguientes términos:

"La finca de "La Perla", no fue dada como un aporte a la sociedad. Lo dice el contrato y lo aceptan las dos sentencias. No se vé por tanto, la razón para que su restitución, devolución o entrega a su propietario tenga que hacerse en ejercicio de la acción de liquidación y mediante procedimientos especiales, de la partición judicial. La súplica segunda del libelo sobre restitución de la finca debe decretarse independientemente de toda liquidación de las operaciones sociales"

Lo referente a la restitución de la finca de "La Perla", considera la Corte, está previsto en la cláusula cuarta del contrato, según la cual, si Zapata no la compraba o vendía, se la entregaría a Agudelo al finalizar el contrato, siendo el vencimiento del plazo la única condición a la cual quedó subordinada la entrega material del citado inmueble. Es en este sentido como debe interpretarse el alcance jurídico de la mencionada cláusula, pero el Tribunal no lo consideró así y decidió negar todas las súplicas impetradas por el actor del juicio y al efecto dijo en la motivación de su fallo:

"De modo, pues, que la acción ejercitada no puede prosperar en cuanto se le funda en un contrato de promesa de venta, porque no fue éste en realidad el que se pactó, sino una opción de compra a favor del contratante Zapata".

Para la Corte esta interpretación no responde en realidad a lo que sobre el particular convinieron las partes en el contrato, pues si bien es cierto, como ya se dijo, que Zapata estipuló a su favor sin compromiso alguno una opción para comprar o vender la finca, también es cierto, que se comprometió, como es natural, a devolvería a su dueño, una vez extinguido el plazo del convenio. Así, pues, al negar el Tribunal la entrega o devolución del inmueble, como lo ha solicitado el actor del juicio, desconoció la voluntad contractual ostensiblemente consignada en el respectivo documento, y al obrar así, incidió en violación del artículo 1.602 del Código Civil, expresamente invocado por el recurrente y norma según la cual, todo contrato legalmente celebrado, es una ley para los contratantes. Por este aspecto es fundada la acusación al fallo y debe ser infirmado como lo hará la Corte.

Ha pedido asimismo el demandante que sea condenado el demandado a devolverle el lote de ganado que aportó al negocio de que trata el documento tantas veces mencionado. En orden a esta petición se considera:

Consta efectivamente en el documento privado suscrito entre Agudelo y Zapata, que el primero de los nombrados, dió al segundo un lote de ganado vacuno de once cabezas, de levante y de distintos colores. Dichos semovientes, confiesa Zapata, haberlos recibido en calidad de "administración a utilidades", comprometiéndose a ponerse al frente del negocio, a vender el ganado de acuerdo con Agudelo, a reponer las cabezas que fueren vendidas, teniendo el derecho a per-

cibir por concepto de emolumentos por su administración el cincuenta por ciento de las utilidades derivadas del negocio.

Según las cláusulas anteriores, existe lo que se llama en nuestro Derecho Civil una sociedad, y mientras subsista, ninguno de sus socios puede exigir su aporte, sin que previamente se haya llevado a cabo de conformidad con el artículo 2.141 del Código Civil la correspondiente liquidación, pues antes de ella, sólo tiene un derecho abstracto, pero no vinculado a ningún cuerpo cierto determinado. Y aquella liquidación constituye en el caso sub-judice un imperativo legal por hallarse vencido el término de duración de la referida sociedad.

Por las consideraciones expuestas, no puedo proceder, como lo resolvió el Tribunal, la súplica sobre entrega al demandante de su aporte en ganado a la sociedad que formó con el demandado.

Habiendo prosperado uno de los cargos formulados en la demanda de casación, no es el caso de entrar a considerar los restantes, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 538 del Código Judicial.

Con respecto a la demanda de reconvención el Tribunal accedió a una de sus peticiones y negó el resto de ellas. Como la Corte comparte las razones que tuvo el Tribunal para tomar esta decisión, no habrá lugar a modificar por este aspecto la segunda de las declaraciones que en su parte resolutiva hizo en su sentencia el Tribunal de Buga.

FALLO:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, y revocando la dictada por el Juez Segundo del Circuito de Cartago de fecha seis (6) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955),

RESUELVE:

Primero. — Condénase al demandado Juvenal Zapata a restituir al señor Rafael Agudelo T., seis días después de ejecutoriada esta providencia, la finca denominada "La Perla", ubicada en jurisdicción de San José del Palmar, y alinderada en la forma como se halla expresada en la demanda y sus correspondientes frutos civiles desde la fecha de la contestación del respectivo libelo.

Segundo.— El contrademandante Juvenal Zapata tiene derecho al mayor valor que por concepto de mejoras tenía el 31 de marzo de 1954 la finca de "La Perla", sobre la base del avalúo de $ 5.000.00 que fue fijado de común acuerdo según contrato de fecha 21 de febrero de 1952, suscrito entre Juvenal Zapata y Rafael Agudelo.

Tercero.—Para la liquidación de aquel mayor valor, se procederá de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial.

Cuarto.—Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

Quinto.—En los términos anteriores, queda resuelto el recurso de casación interpuesto en el juicio ordinario iniciado por Rafael Agudelo T. contra Juvenal Zapata.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

ELEMENTOS FUNDAMENTALES QUE CONFIGURAN LA ACCION DE DOMINIO O REIVINDICACION. EN ESTAS ACCIONES AL ACTOR LE BASTA, PARA PROBAR SU DERECHO DE PROPIEDAD, EXHIBIR LA COPIA DE LA ESCRITURA PUBLICA DEBIDAMENTE REGISTRADA, SIN ESTAR OBLIGADO A PRESENTAR EL CERTIFICADO DE LIBERTAD DEL INMUEBLE.—LOS CERTIFICADOS QUE EXPIDEN LOS REGISTRADORES DE INSTRUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS, EN USO DE SUS ATRIBUCIONES LEGALES, SON DOCUMENTOS AUTENTICOS

1.— Cuando el juicio, según los términos de la demanda, tiene por fin obtener la restitución de un inmueble determinado por sus linderos en el respectivo libelo y sus correspondientes frutos a partir de la fecha de su ocupación, esto es, se ha incoado la acción de dominio consagrada en el artículo 948 del Código Civil, para que sea procedente, incumbe al actor probar estos cuatro elementos:

Primero.—Cosa singular reivindicable o cuota determinada en cosa singular;

Segundo.—Posesión material del demandado;

Tercero.—Derecho de dominio en el demandante;

Cuarto.—Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída.

2.—En realidad, en las acciones de dominio le basta al actor del juicio para probar su derecho de propiedad exhibir las respectivas copias de las escrituras públicas debidamente registradas, sin estar obligado, como lo ha dicho la Corte, a presentar el certificado de libertad del inmueble.

3.— El Registrador de Instrumentos Públicos, es un funcionario en el cual reposa la fé pública, y los certificados que expida en uso de atribuciones conferidas al respecto por la ley, son documentos auténticos, como lo reconocía antiguamente nuestro régimen procedimental, según el inciso primero del artículo 678 del Código Judicial, y como lo reconoce ahora expresamente el artículo 632 del citado estatuto.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón)

ANTECEDENTES

Ante el Juez del Circuito de Manizales, Luis F. Ocampo, entabló demanda ordinaria reivindicatoria contra el señor Antonio Gallego para que previos los trámites del juicio respectivo se hicieran contra dicho señor las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que mi poderdante señor Luis Felipe Ocampo C., mayor de edad y vecino de este Distrito, es dueño y poseedor inscrito del inmueble determinado por sus linderos en el hecho primero de esta demanda, o sea el solar cuya cabida hacia la calle 12 es de diez y siete varas de frente.

"Segunda.—Que, en consecuencia, el demandado señor Gallego, está en la obligación de restituir al actor, dentro del término que se le señale, la porción de solar que ocupa en extensión de cinco varas de frente, por diez y seis con 20 centímetros de centro, o sea, la faja de que está en posesión y de la cual es dueño el señor Ocampo.

"Tercera.—Que el demandado está en la obligación de pagar al señor Ocampo los frutos naturales y civiles del inmueble desde la época en que lo ocupa, y no sólo los percibidos, sino los que mi mandante hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder; y

"Cuarto.—Que se condene en costas al demandado".

Fundó el demandante su demanda en los siguientes hechos:

"Primero.— Mi poderdante señor Ocampo es dueño y poseedor inscrito de un solar de forma irregular, con dos casas de habitación, situado en esta ciudad, en la carrera 12, entre calles 26 y 27, alinderado generalmente así: 'Por el frente, que es el norte, con la carrera 12 en extensión de diez y siete varas; por el oriente, con propiedad de Santiago Clavijo, en una extensión de

veinte varas; de aquí y sobre la izquierda con el mismo Clavijo, en una extensión de veinte varas; de aquí y hacia el centro lindando con propiedad de Joaquín Orozco, en extensión de diez varas; por el sur, lindando con Bernardo Gómez y otros, en una extensión de veintitrés varas; por el occidente, lindando con propiedad de Carlos Díaz, en una extensión de treinta varas.

"Segundo.— El inmueble antes delimitado lo adquirió el señor Ocampo por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión cuadrúple de Pedro Antonio Vasco, José María Jaramillo R., Ana Jaramillo de V. y María Jesús Ocampo de J. y como subrogatario de Libia Montoya de V., quien a su vez había sido subrogada en los derechos de los herederos Inés y Darío Vasco.

"Tercero.—La tradición de la propiedad se remonta a tiempo mayor de treinta años, como que ella fue adquirida en porciones por los causantes José María Jaramillo Rodas y Pedro Antonio Vasco, según escritura números 894 de 21 de septiembre de 1890 y 192 de 17 de mayo de 1910, pasadas ambas ante la Notaría Primera de este Circuito.

"Cuarto.—El señor Ocampo ha sido privado de la posesión de una porción del inmueble antes relacionado y ello por parte del señor Antonio Gallego, quien sin derecho alguno ocupa y retiene parte del solar en extensión de cinco varas de frente a la carrera 12, entre calles 26 y 27, por 16 v. 20 centímetros de centro, porción esa que tiene derecho a reivindicar mi poderdante, bien que para obtenerlo se ve precisado a incoar la presente acción de dominio"

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, desató la litis por medio de sentencia de fecha 16 de julio de 1956. Como el Juez A-QUO estimó en la parte motiva de su fallo que el solar que se reivindica le pertenece exclusivamente al demandante, Luis F. Ocampo, decretó en favor de éste la reivindicación del inmueble a que se refiere la demanda, imponiéndole la obligación de pagar al demandado el valor de la edificación allí construída, de conformidad con el precio fijado por medio del dictamen pericial que obra en el expediente, y el cual es de $ 9.000.00 moneda corriente. Asimismo, condenó al demandado a pagar al demandante el valor de los frutos que haya producido el inmueble a partir de la contestación de la demanda, y finalmente, al pago de las costas del juicio.

Contra esta providencia interpuso el recurso de apelación el apoderado de la parte vencida, el cual le fue concedido por auto de fecha 9 de agosto de 1956; y agotado el recurso de la segunda instancia, el Tribunal por sentencia de fecha 14 de enero de 1957, revocó la de primer grado y absolvió al demandado de todos los cargos formulados en la demanda.

EL RECURSO

Habiendo interpuesto el apoderado de la parte demandante el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Manizales, le fue concedido por auto de fecha 18 de febrero de 1957, y procede a resolverse, pues se halla debidamente preparado el recurso.

Examen de los cargos.

Cuatro cargos ha formulado el recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales, los dos primeros forman prácticamente uno solo que puede resumirse en los siguientes términos:

La sentencia viola los artículos 757, 762, 765, 778, 783, 946, 947, 950, 1.008, 1.401, 1.757, 1.758 y 1.759 del Código Civil y los artículos 630 y 635 del Código Judicial en cuya violación incurrió el sentenciador por graves errores de hecho y de derecho en la apreciación de las escrituras públicas aducidas por el demandante, y por haber dejado de apreciar el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Manizales, la inspección ocular que se llevó a efecto, los dictámenes periciales referentes a tal inspección y los testimonios que obran en los autos.

La Corte observa:

El presente juicio, según los términos de la demanda, tiene por fin obtener la restitución del inmueble determinado por sus linderos en el respectivo libelo y sus correspondientes frutos a partir de la fecha de su ocupación; es decir, se ha incoado la acción de dominio consagrada en el artículo 946 del Código Civil, para cuya procedencia incumbe al actor probar estos cuatro elementos:

Primero.—Cosa singular reivindicable o cuota determinada en cosa singular;

Segundo.—Posesión material del demandado;

Tercero.—Derecho de dominio en el demandante;

Cuarto.—Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída.

Estos cuatro elementos fueron objeto de comprobación judicial plena durante la secuela del juicio, como consta de autos; pero como el Tri-

bunal no halló suficientes los títulos presentados por el demandante, ni debidamente establecida la identidad del inmueble, resolvió despachar desfavorablemente las súplicas formuladas por el demandante.

El actor del juicio durante el término legal presentó los siguientes documentos:

a) Copia auténtica y debidamente registrada de la escritura pública número 894 de 21 de septiembre de 1890, de la Notaría Primera del Circuito de Manizales, por la cual, Rafael Ramírez G. enajenó al señor José María Jaramillo Rodas el inmueble determinado en dicha escritura;

b) Copia auténtica y debidamente registrada de la escritura pública número 192 de fecha 17 de mayo de 1910 de la Notaría Primera del Circuito de Manizales, por medio de la cual María Jesús y Nepomucena Ocampo vendieron a Pedro Antonio Vásquez el inmueble mencionado en tal instrumento, haciendo constar que lo habían adquirido a título de gananciales en las sucesiones de sus respectivos esposos José María Jaramillo y José Jesús Jaramillo; y

c) Copia auténtica de la escritura número 1.920 de 10 de agosto de 1954, por medio de la cual fue protocolizada en la Notaría Segunda de Manizales la sucesión de José María Jaramillo y otro, en la cual consta le fue adjudicado al demandante Luis F. Ocampo, el lote o solar materia del juicio reivindicatorio.

Estudiadas detenidamente las citadas escrituras se llega a la conclusión, de que el inmueble materia de este reivindicatorio ha venido transmitiéndose regularmente de un propietario a otro en la forma prescrita en el artículo 2.637 del Código Civil, y durante un lapso que excede de treinta años. Viene a corroborar notoriamente esta convicción de la Corte, que la tuvo también el Juez A-QUO, el certificado expedido con fecha 26 de abril de 1955 por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Manizales, quien en los numerales 2º y 3º, de dicho certificado dice lo siguiente:

"Que el señor Luis F. Ocampo es el actual dueño de la propiedad determinada, pues no la ha enajenado a ningún título ni en todo, ni en parte a otra persona o entidad.

"3º — Que el causante José María Jaramillo Rodas hubo tal propiedad total; en mayor extensión, por compra al señor Rafael Ramírez G., por medio de la escritura número 894, del 21 de septiembre de 1890, de la Notaría hoy primera de Manizales, y registrada el día 25 de septiembre de 1890, en el Libro Primero, al folio 165 vuelto, bajo la partida número 406. Y que el señor Pedro Antonio Vasco, mencionado antes como causante, había adquirido por parte del mismo predio, por compra a las señoras María Jesús y Nepomucena Ocampo, según la escritura número 192 de 17 de mayo de 1910, de la Notaría Primera del Circuito de Manizales, y registrada el día 18 de mayo de 1910, en el Libro Primero, tomo Primero, al folio 213 y vuelto, bajo la partida número 482. Y aunque esta venta la hicieron al señor Pedro Antonio Vasco como cuerpo cierto, en ella manifestaron las dos vendedoras María Jesús y Nepomucena Ocampo, que la propiedad así vendida les correspondió por gananciales en la sucesión de sus respectivos esposos José María y José Jesús Jaramillo. De donde se desprende que lo que ellas vendieron fue parte de la propiedad que había adquirido José María Jaramillo Rodas de Rafael Ramírez, como se dijo al principio de este ordinal".

Prueban claramente las escrituras anteriormente citadas y la parte transcrita del certificado de libertad de la finca, que el derecho de dominio reclamado por el actor del juicio, se halla amparado y garantizado por una titulación legítima, cuya fuerza probatoria no puede desconocerse, máxime cuando ninguno de tales documentos fue impugnado ni tachado de falso por la contraparte.

En realidad en las acciones de dominio, como la presente, le basta al actor del juicio para probar su derecho de propiedad exhibir las respectivas copias de las escrituras públicas debidamente registradas, sin estar obligado, como lo ha dicho la Corte, a presentar el certificado de libertad del inmueble. No obstante ello, el demandante adujo como prueba el precitado certificado para probar la suficiencia de su titulación.

Con respecto al certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Manizales, dice el fallador:

"No importa que el señor Registrador de Instrumentos Públicos haya dicho en su certificado visible al folio 13 vuelto y 14 del cuaderno número 2, que el inmueble a que se refiere la mencionada hijuela, había sido adquirido por dos de los causantes, mediante las escrituras de 1910 y 1890. Porque en primer término, al Registrador no le compete hacer esta clase de afirmaciones; y porque, además, en caso de que las haga, no constituyen ellas una prueba idónea sino aparecen respaldadas por la coincidencia exacta de los linderos que se relacionan en los distintos títulos traslaticios".

No comparte la Corte tan ligera apreciación, porque el Registrador de Instrumentos Públi-

cos, es un funcionario en el cual reposa la fé pública, y los certificados que expida en uso de atribuciones conferidas al respecto por la ley, son documentos auténticos, como lo reconocía antiguamente nuestro régimen procedimental, según el inciso primero del artículo 678 del Código Judicial, y como lo reconoce ahora expresamente el artículo 632 de la citada obra.

Y justamente por no haber apreciado en debida forma el Tribunal tan importante elemento probatorio, no pudo formarse un concepto exacto sobre tales títulos, cuya suficiencia y debida concatenación fluyen del proceso con la sola lectura de las escrituras y del respectivo certificado de libertad. Como consecuencia de esta indebida apreciación, el Tribunal, llegó a conclusiones contrarias a los hechos que constan en forma ostensible en los autos; en otros términos, incidió en error de hecho como también infringió los artículos 630 y 632 del Código Judicial citados por el recurrente, cuyas disposiciones le asignan el valor de plena prueba, tanto a las escrituras públicas como a los certificados auténticos en cuya categoría se hallan los expedidos por los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados. El cargo, pues, es fundado y la sentencia recurrida debe ser infirmada.

En cuanto a la afirmación hecha por el Tribunal en la parte motiva de su fallo, cuando dice no haberse identificado debidamente el inmueble objeto de esta reivindicación, no responde tal afirmación a la realidad procesal, y sólo se explica, debido a que el Tribunal no apreció como era su deber, las pruebas de la inspección ocular y el dictamen pericial que obran en autos, y el cual no aparece objetado.

En efecto, a solicitud de ambas partes, fue decretada y practicada como prueba una inspección ocular, que obra al folio 17 vuelto y 18 del cuaderno de pruebas, en la cual quedó constancia de lo siguiente:

"El solar que ocupa la edificación que fue levantada por el demandado, según su propia afirmación, ambos poseídos por él (es decir, solar y casa), es el mismo de que trata la escritura número 1.196 de fecha 26 de junio de 1953, de la Notaría Primera de este Circuito (de Manizales), cuya copia registrada obra a los folios 2 y 3 del cuaderno número 3".

Por su parte, los peritos que a tal diligencia concurrieron, dicen al responder a los puntos 1º y 2º del cuestionario, lo siguiente:

"1º.—Es cierto que el inmueble de que trata la demanda que dió origen al presente juicio, comprende la totalidad del lote de que trata la escritura número 1.196 de 26 de junio de 1953.

"2º.—El inmueble de que trata la demanda que dió origen al presente juicio, se refiere solamente al solar donde está construída la casa de Gallego que es el mismo solar a que se refiere la escritura 1.196 de 1953. Considerando el estado actual de la casa de habitación que hoy existe, estimamos que ésta es distinta de la adquirida por Gallego al tenor de la escritura mencionada".

Las pruebas anteriormente mencionadas demuestran de un modo evidente, la identidad del inmueble a que se ha hecho referencia, y el Tribunal si las hubiese tenido en cuenta al tiempo de fallar, seguramente otras habrían sido las conclusiones de su decisión de fondo. Asiste, pues, razón al recurrente cuando impugna la sentencia por la no apreciación de las mencionadas pruebas.

Dice además el sentenciador:

"En el presente juicio trata de reivindicar el demandante una faja de solar cuya determinación no se hizo de manera precisa en la demanda, puesto que en ésta sólo se afirma que el demandado posee una porción del predio del actor, constituída por cinco varas de frente a la carrera 12, entre calles 26 y 27, por 16 varas y veinte centímetros de centro, porción que hace parte de un solar cuyo propietario es el demandante y que tiene diecisiete varas de frente por la carrera 12".

La anterior apreciación no está ceñida a la realidad procesal, porque el demandante en la primera súplica de su demanda determina y singulariza precisamente por sus linderos el lote respectivo; y en el primero de los hechos del libelo vuelve a hacer referencia a él.

Se dirá, que la falla proviene por haberse mencionado únicamente los linderos generales del lote y no los particulares del solar. No procede esta consideración, pues la doctrina de la Corte dice sobre el particular:

"Cuando se intenta demanda reivindicatoria contra el que ha invadido una porción de terreno del demandante, para que quede especificada la cosa que se trata de reivindicar, basta señalar la situación y linderos del globo de terreno donde se halla la ocupación, y el lado por donde se ha verificado dicha invasión, y no es preciso indicar la cuota de terreno que ha sido invadido u ocupado ni los límites de esta porción". (Casación de 29 de agosto de 1907, página 228).

Ciertamente en su demanda de casación el recurrente no impugna la sentencia por el motivo que acaba de mencionarse, pero la Corte, cuando casa una sentencia, al entrar en su función de

instancia, no sólo puede, sino que es su deber estudiar todos los aspectos del litigio.

Finalmente, cabe observar que, el demandado no logró probar durante la secuela del juicio la excepción de prescripción propuesta y en cuanto al título de propiedad que exhibió en oposición al presentado por el demandante, carece de eficacia por las graves deficiencias de que adolece, y las cuales fueron analizadas por el Juez A-QUO, en términos que la Corte acoge por hallarlos fundados.

FALLO:

Por todas las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha catorce (14) de enero de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por Luis Felipe Ocampo contra Antonio Gallego, y confirma la dictada por el Juez Tercero Civil del Circuito de la misma ciudad, de fecha diez y seis (16) de julio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), y cuya parte resolutiva dice así:

"Primero.—No se declaran probadas las excepciones propuestas.

"Segundo.—Decrétase en favor del señor Luis Felipe Ocampo la reivindicación del inmueble a que se refiere la demanda y que aparece determinado en la parte motiva de esta providencia.

"Tercero.—El demandante está en la obligación de pagar el valor de la edificación construída por el demandado, de conformidad al precio fijado por medio del dictamen pericial que cursa en el expediente a folios 28 y 27 del cuaderno número 2, esto es, la suma de nueve mil pesos ($ 9.000.00) moneda corriente.

"Cuarto.—Asímismo, el demandado podrá hacer uso del derecho de retención sobre el inmueble, hasta el momento en que el demandante cubra la suma expresada en el numeral anterior.

"Quinto.—El demandado pagará al demandante los frutos que el inmueble haya producido a partir de la contestación de la demanda, así como aquellos que el dueño hubiere podido producir con mediana actividad e inteligencia si hubiera tenido la cosa en su poder, con derecho para el demandado a que se le abonen los gastos ordinarios que haya invertido en producirlos.

"Sexto.—La condenación a que hace referencia el numeral anterior, se liquidará por el procedimiento que reza el artículo 553 del Código Judicial, fijándose como término para la presentación de las demandas el de un mes, contado a partir del primer día de la ejecutoria de esta providencia"

Condénase a la parte demandada en las costas de las instancias.

No hay costas en el recurso.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

SI LA ACCION DE PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO O DECLARATORIA DE PERTENENCIA SE INSTAURO CONTRA PERSONAS DESCONOCIDAS, EL JUICIO SE REGIRA EN CONCORDANCIA CON EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL QUE AL EFECTO SE HALLA DETERMINADO EN LOS ARTICULOS 7º, 8º Y 9º DE LA LEY 120 DE 1928, Y EL FALLO DE SEGUNDO GRADO QUE EN EL SE PRONUNCIE NO ES SUSCEPTIBLE DE ACUSACION POR MEDIO DEL RECURSO DE CASACION ANTE LA CORTE. — RECURSO DE HECHO

Establece el artículo 4º de la Ley 120 de 1928, que si el juicio se sigue contra personas determinadas se adoptará el procedimiento ordinario, es decir, el señalado en el Título XVIII del Código Judicial. A su vez, el artículo 6º prescribe que en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados, el juicio se regirá en concordancia con el procedimiento especial que al efecto se halla determinado en los artículos 7º, 8º y 9º de la precitada Ley 120.

Si el actor del juicio instauró su demanda contra comuneros inciertos de un latifundio, es obvio que la acción por él instaurada, tiene el carácter de un juicio especial, aunque el demandante lo haya denominado ordinario, pues no compete a las partes denominar a su arbitrio la clase de acción incoada, ni menos aún, señalarle a su discreción las normas procedimentales que deben regular su desarrollo procesal.

Según normas jurisprudenciales vigentes, las leyes que regulan y gobiernan la organización judicial determinan la jurisdicción y las formas propias de cada juicio, son de orden público y por ende, no pueden estar condicionadas a la voluntad de las partes.

De conformidad con nuestro régimen procedimental, la casación es un recurso extraordinario gobernado por preceptos de carácter taxativo, es decir, de aplicación restrictiva. Entre tales preceptos se halla el artículo 419 del Código Judicial, el cual enumera con carácter limitativo las sentencias susceptibles de acusación por medio del recurso de casación ante la Corte; y entre tales sentencias no figuran las dictadas en juicios especiales, como el que es materia de este recurso de hecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Ante el Juez Primero Civil del Circuito de Sogamoso, la "Compañía Ganadera del Cusiana Limitada" constituída por escritura pública número 1.095 de 2 de septiembre de 1954, de la Notaría Segunda del Circuito de Sogamoso, demandó a todos los comuneros inciertos de la Comunidad denominada "Huerta Vieja", para que previos los trámites establecidos en la Ley 120 de 1928, en concordancia con la Ley 51 de 1943, se declarase que la Compañía antes denominada es dueña exclusiva de dos inmuebles, ubicados en el Municipio de Pajaritos, llamados "Candelas" y "Altagracia", cuyos linderos se hallan determinados en la forma expresada en el respectivo libelo de demanda.

Cumplida la tramitación especial que para estos juicios determina la ley, el Juez de primera instancia negó las súplicas de la demanda y contra tal providencia interpuso el demandante el recurso de apelación ante el Tribunal, el cual confirmó el fallo de primer grado por sentencia de fecha 15 de noviembre de 1956. No conforme la parte vencida, interpuso contra la decisión del Tribunal el recurso de casación que le fué negado y contra tal providencia ha interpuesto el recurso de hecho que procede a resolverse previas las siguientes consideraciones:

En el presente caso se trata de un juicio cuyos procedimientos deben regirse de conformidad con la ley 120 de 1928. Establece el artículo 4º de la citada ley que si el juicio se sigue contra personas determinadas se adoptará el procedimiento ordinario, es decir, el señalado en el Título XVIII del Código Judicial. A su vez, el artículo 6º prescribe que en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados, el juicio se regirá en concordancia con el procedimiento especial que al efecto se halla determinado en los

artículos 7º, 8º y 9º de la precitada Ley 120.

Y como el actor del juicio instauró su demanda "contra todos los comuneros inciertos del latifundio denominado "Huerta Vieja"," es obvio que la acción por él instaurada, tiene el carácter de un **juicio especial**, aun cuando el demandante lo haya denominado ordinario, pues no compete a las partes denominadas a su arbitrio la clase de acción incoada, ni menos aún, señalarle a su discreción las normas procedimentales que deben regular su desarrollo procesal.

No debe olvidarse, que según normas jurisprudenciales vigentes, las leyes que regulan y gobiernan la organización judicial determinan la jurisdicción y las formas propias de cada juicio, son de orden público y por ende, no pueden estar condicionadas a la voluntad de las partes.

Ahora bien, la casación es, de conformidad con nuestro régimen procedimental un recurso extraordinario gobernado por preceptos de carácter taxativo, es decir, de aplicación restrictiva. Entre tales preceptos se halla el artículo 419 del Código Judicial, el cual enumera con carácter limitativo las sentencias susceptibles de acusación por medio del recurso de casación ante la Corte; y entre tales sentencias no figuran las dictadas en juicios especiales como el que es materia de este recurso de hecho.

Basado en las anteriores consideraciones, el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo negó el recurso de casación, y ninguna observación tiene la Corte que hacer a tal decisión por estar ajustada a la ley.

En mérito de las consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA el recurso de casación interpuesto por el actor del juicio contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, de fecha quince (15) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956) en el juicio seguido por la "Compañía Ganadera del Cusiana Limitada" contra Comuneros inciertos del latifundio o Gran Comunidad denominada "Huerta Vieja".

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

APRECIACION POR EL SENTENCIADOR DE LA BUENA O MALA FE DEL POSEEDOR VENCIDO EN REIVINDICACION. — ATAQUE EN CASACION POR ESTE EXTREMO DEL FALLO

Porque comúnmente acontece que el propietario esté en posesión de sus bienes, del hecho posesorio abstrae el ordenamiento la presunción normativa de que el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo (2ª, 762). Precisamente sobre esta contraprueba versa el juicio reivindicatorio y, si prospera, es porque entonces no coincide la titularidad del propietario con quien de hecho ejerce los atributos que el derecho de dominio comporta. La relación jurídica directa entre persona y bienes, reconocida por la norma objetiva, vale erga omnes y, por ello, contra quien sea el actual poseedor, sujeto pasivo de la condenación conducente a restituir al dueño los objetos reivindicados (846).

Claro ha de ser, en consecuencia, que si la posesión es un hecho, todo punto referido a sus elementos, calidades o vicios, corresponde también por modo fundamental a la cuestión de hecho debatida en el litigio reivindicatorio, por más que sea necesario considerar estados anímicos concernientes a la voluntad posesoria y a sus características de buena o de mala fé. Que estos elementos no sean susceptibles de prueba directa, en nada significa que no sean inferidos de los hechos, por donde el querer y las intenciones de los hombres se manifiestan. Así aparece que el cargo por violación directa de ley sustantiva al dar el fallo a los demandados el carácter de poseedores de mala fé, no puede trascender al recurso, desde luego que la cuestión, por ser de hecho, ha de tener incidencia necesaria en el mérito de las pruebas aportadas al pleito.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio dos (2) de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Juan de Jesús Zúñiga demandó a los cónyuges Luis Nereo Correa y Julia Zúñiga ante el Juez único Civil del Circuito de El Cocuy, para que el actor fuese declarado dueño de varios inmuebles en el Municipio de San Matéo, y se condenara a los demandados a la consecuencial restitución de los mismos bienes, a pagar frutos desde el mes de diciembre de 1949, como poseedores de mala fé, y a las costas del juicio.

El Juez del conocimiento, en fallo del 1º de agosto de 1953, resolvió así:

"PRIMERO. — Declárase que el demandante Juan de Jesús Zúñiga de las anotaciones civiles conocidas, es titular y dueño de los predios rurales denominados "El Conejal", "Las Aguilas", "La Corroica", "Los Tobos" y "Llano del Rincón", situados en la vereda de La Villa y Alfaro, de la jurisdicción de San Mateo, por los linderos que se expresan y determinan en la petición primera de la demanda.

"SEGUNDO. — Condénase, como en efecto se hace, a los demandados Luis Nereo Correa y Julia Zúñiga de Correa, mayores de edad y vecinos de San Mateo, a restituir y entregar dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a Juan de Jesús Zúñiga, los terrenos denominados "El Conejal", "Las Aguilas, "La Corroica" y "Llano del Rincón" y "Los Tobos", situados en las veredas de La Villa y Alfaro, respectivamente, en jurisdicción de San Mateo, de que trata la petición primera de la demanda y cuyos linderos y demás especificaciones se dejaron determinados en la parte motiva de esta providencia.

"TERCERO.—Condénase a Luis Nereo Correa y a Julia Zúñiga de Correa a pagar a Juan de Jesús Zúñiga, los frutos civiles y naturales de los inmuebles a que se ha hecho alusión en el punto anterior, que hayan podido percibir con mediana inteligencia y cuidado a partir del 1º de enero de 1950 hasta la fecha de la presente providencia (agosto 1º de 1953), los cuales ascienden a la cantidad de $ 14.461.35, hechos los cómputos arit-

méticos correspondientes; teniendo como base el dictamen pericial que no fue objetado y el cual recoge la inspección ocular que se llevó a cabo el día 26 de enero de 1953; suma que deberán pagar los mencionados Luis Nereo Correa y Julia Zúñiga de Correa inmediatamente después de la ejecutoria de esta sentencia.

"CUARTO. — Condénase igualmente a los demandados Luis Nereo Correa y Julia Zúñiga de Correa en las costas del juicio, las cuales se liquidarán oportunamente".

Este proveído recibió confirmación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en fallo de 8 de marzo de 1956.

* * *

En el recurso de casación, que ahora estudia la Corte, se acusa el fallo "por infracción directa" de ley sustantiva, por cuanto el sentenciador "consideró a los demandados como poseedores de mala fé, por haber ocupado las fincas del demandante aprovechándose de una alterada situación de orden público, sin que exista ningún fundamento legal ni probatorio para hacer esa consideración".

Alega el recurrente que los testigos afirman de manera uniforme que el demandante Zúñiga abandonó las fincas por motivo de la inseguridad reinante en la región, pero que nada acredita que los demandados fueran autores de los hechos de inseguridad "o los hubieran propiciado para aprovecharse de ellos en el orden económico".

A continuación dice:

"Los demandados han sostenido, sin que se les haya rebatido con base en medios probatorios adecuados, que ocuparon los lotes de terreno del demandante cuando su propietario hizo abandono de ellos, con el fin de cuidárselos y evitar que otras personas le causaran daños y dificultades futuras. Y esta conducta de los demandados, se halla respaldada con hechos probados con varios testimonios entre los que se pueden citar los de Facundo Berrío Sepúlveda (folio 22, cuaderno 5) y Bárbara Rosa viuda de Acosta (Folio 23, cuaderno 5). También aparece de estas declaraciones, que tanto el demandante como sus hermanos Pedro y Feliciano Zúñiga, abandonaron sus propiedades con ocasión de la violencia que se presentó en aquella región y mucha gente usufructuó de ellas, hasta que Nereo Correa las ocupó para hacerlas respetar y cuando regresaron Pedro y Feliciano Zúñiga, se las devolvieron a su completa satisfacción".

Se detiene en consideraciones acerca del parentesco entre los litigantes, por ser casado Nereo Correa con una hermana del actor, lo que explica "el interés de proteger los bienes de su pariente"; en que al contestar la demanda no se opusieron a la entrega y no alegaron dominio sino en cuanto al terreno denominado "Llano del Rincón"; todo para concluir en el sentido de que los demandados "no ocuparon tales terrenos con mala fé o por lo menos, esa conclusión de la sentencia no tiene asidero probatorio".

Después de transcripciones tomadas de los artículos 768 y 769 del Código Civil, y de afirmar que los cónyuges Correa y Zúñiga han tenido las propiedades sobre que versa la litis, en lugar o a nombre del dueño, para impedir que las usufructuaran otras personas, el recurrente se expresa así:

"Si de acuerdo con el artículo 769 del Código Civil la buena fé se presume, el poseedor irregular puede serlo de buena fé, siendo inadmisible sostener en forma absoluta, que la carencia de título siempre arguye en el poseedor mala fé. Esto quiere decir, que no puede llegarse a una conclusión acertada cuando hay carencia de pruebas suficientes que destruyan esa presunción de buena fé. Y en este caso no sólo hay ausencia de pruebas que desvirtúen la presunción dicha, sino que por el contrario, la buena fé cuenta en su apoyo elementos probatorios muy respetables, que ya he analizado en este libelo".

Por último, concreta el cargo en los siguientes términos:

".....de acuerdo con el artículo 768 del Código Civil y en conformidad con el artículo 769 de la misma obra, los demandados no pueden ser poseedores de mala fé, como se les reputó y condenó en la sentencia acusada. Y por lo mismo, esta sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, en razón de no haberse aplicado por lo que respecta al punto tercero resolutivo del mencionado fallo, los artículos 768, 769 y 964, inciso 3º, del Código Civil, ya que desde el 1º de enero de 1950 hasta la fecha de la notificación de la demanda los demandados deben ser considerados, según lo dejo demostrado, como poseedores de buena fé, y por consiguiente, no pueden ser condenados a pagar frutos civiles y naturales de las cosas reivindicadas, durante ese período".

* * *

SE CONSIDERA:

Porque comúnmente acontece que el propietario está en posesión de sus bienes, del hecho posesorio abstrae el ordenamiento la presunción normativa de que el poseedor es reputado due-

ño, mientras otra persona no justifique serlo (2º, 762). Precisamente sobre esta contraprueba versa el juicio reivindicatorio y, si prospera, es porque entonces no coincide la titularidad del propietario con quien de hecho ejerce los atributos que el derecho de dominio comporta. La relación jurídica directa entre persona y bienes, reconocida por la norma objetiva, vale erga omnes y, por ello, contra quien sea el actual poseedor, sujeto pasivo de la condenación conducente a restituir al dueño los objetos reivindicados (946).

Claro ha de ser, en consecuencia, que si la posesión es un hecho, todo punto referido a sus elementos, calidades o vicios, corresponde también por modo fundamental a la cuestión de hecho debatida en el litigio reivindicatorio, por más que sea necesario considerar estados anímicos concernientes a la voluntad poseedora y a sus características de buena o de mala fé. Que estos elementos no sean susceptibles de prueba directa, en nada significa que no sean inferidos de los hechos, por donde el querer y las intenciones de los hombres se manifiestan, así aparece que el cargo por violación directa de ley sustantiva al dar el fallo a los demandados el carácter de poseedores de mala fé, no puede trascender al recurso, desde luego que la cuestión, por ser de hecho, ha de tener incidencia necesaria en el mérito de las pruebas aportadas al pleito.

El Tribunal de Santa Rosa de Viterbo no olvidó los textos que califican la posesión para revestirla de buena fé, o para tildarla de mala fé. Ni desconoció la noción de que la buena fé "es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio" (768), o sea, la cristalización de la honradez como valor fundamental para la convivencia humana. Tampoco ignoró el criterio legislativo plausible que presume en general la buena fé (769). Aparece únicamente que al apreciar la prueba, halló que la posesión de los cónyuges Correa y Zúñiga, ante el conflicto del dueño desalojado por la violencia, no pudo obedecer al convencimiento de adquirir la propiedad por medios legítimos; exentos de vicios, y a que, por ello, la presunción de buena fé no podía subsistir frente a la realidad procesal.

Se trata entonces del juzgamiento del sentenciador, formado a través de las probanzas. Es impugnado con la alegación de que el propósito de los cónyuges Correa y Zúñiga consistió en proteger los intereses del dueño. Pero acaso existe en autos prueba tan luminosa al respecto que permita establecer contraevidencia, para sustentar el cargo por error manifiesto de hecho? —Notoriamente no existe ese medio probatorio. La duda que pudiera presentarse no sería motivo suficiente de censura, puesto que como estados mentales la duda y la evidencia se excluyen recíprocamente. Antes bien, parecería que la necesidad en que se ha visto el demandante de ejercer la acción reivindicatoria, no armoniza del todo con aquella ingerencia altruista en el amparo de bienes ajenos.

Ni aparece demostrado tampoco que el sentenciador violase la tarifa al apreciar los medios, si de error de derecho se tratara en la acusación del fallo.

Por manera que si el Tribunal descalificó la posesión por mala fé de los demandados, su juicio al respecto no es susceptible de variar en casación.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 8 de marzo de 1956, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rico — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA ACCION DE DOMINIO NO ES DE COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS AUNQUE PARA UNO DE LOS ACTORES SOLO SE RECONOZCA DERECHO A MEJORAS. — EXAMEN DE LA TITULACION DEL REIVINDICADOR. ERROR EVIDENTE DE HECHO EN SU APRECIACION. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1.—De la lectura de los textos que la demanda presenta a la manera de normas que hubiesen consumado la reforma de sustraer la acción de dominio del conocimiento de la justicia ordinaria, para atribuirlo a reparticiones administrativas del Ministerio del Trabajo, se deduce que en realidad no se contempla nada más que un sistema para resolver por vía de conciliación y arbitraje los conflictos de carácter económico-social entre patronos, arrendatarios, aparceros, ocupantes ,colonos y similares, "o que sean producidos por virtud de las relaciones, modalidades, naturaleza, efectos y ejecución del contrato de trabajo", en materia de predios rústicos.

Fijada la competencia en razón de la naturaleza de la causa según el libelo inicial, el presupuesto no ha de variar a tiempo de la sentencia porque la acción de dominio prospere para una de las personas que integran la parte actora, en tanto que para la otra apenas surja el derecho a que se le abone el valor de mejoras. La dislocación del fallo rompería la continencia del proceso; y esto, como es obvio, resulta ser también notoriamente inadmisible.

2.—Cuando el sujeto de la reivindicación ha estado constituido por dos personas físicas, de las cuales, según el fallo, una se legitimó en la causa y la otra apenas alcanzó a demostrar acreencia al pago de mejoras en el inmueble perseguido a través del proceso, si la sentencia se pronuncia sobre el contenido fundamental de la acción, declara el dominio en cabeza de uno de los actores, decreta las restituciones consecuenciales y regula el pago de mejoras, no cabe tacharla de incongruente, porque los extremos de la litis quedan resueltos y habrá de entenderse que en todo lo demás no prosperaron las súplicas del libelo inicial.

3.— A pesar de las prerrogativas que por ley están atribuídas al sujeto del hecho económico, como presunto dueño de los bienes que utiliza, su posición dentro del juicio reivindicatorio cede ante quien le demuestra mejor derecho como titular del dominio. Porque entonces lo que debe prevalecer no es el hecho, que tanto vale y significa en las primitivas formas de la cultura humana, sino el derecho, como aspiración superior de la vida civilizada.

En consecuencia: si además de la relación posesoria no aporta el demandado título capaz de contrarrestar aquel en que el actor se apoya, la condena a restituir pondrá fin al juicio reivindicatorio, sin que, por lo demás, desaparezcan las ventajas anexas a la buena fé, que en ese evento se proyectan en el campo de las prestaciones mutuas.

Si el título por el cual encontró la sentencia plenamente probado el derecho de dominio del actor, bastaba por sí solo para determinar prevalencia sobre la contradicción que el demandado propuso, el efecto vinculatorio del fallo favorable al demandante no puede verse entorpecido por consideraciones extrañas a la prioridad relativa que la resolución judicial se encuentra llamada a establecer entre las partes, sin perjuicio de terceras personas. Por lo cual, cuando el título prevaleciente del actor exhibe con claridad que lo comprado y transferido es cosa reivindicable como cuota en cuerpo cierto, queda a un lado de la controversia cualquiera alegación encaminada a sostener que los antecedentes del título no darían base para la susodicha adquisición, puesto que por allí no se demuestra prevalencia alguna del título de rango inferior que el demandado presenta en apoyo de la posesión.

Supuesto que la naturaleza misma del juicio reivindicatorio nunca exige la prueba diabólica para que la restitución se decrete, bien pudo el sentenciador abstenerse de

examen retrospectivo con relación al título que encontró prevaleciente y bastante para sustentar el fallo. En efecto: si no es propietario de cuota determinada sobre cosa singular sino quien ha recibido del dueño, el mismo criterio de lógica elemental ponía al sentenciador en la necesidad de escrutar en el pasado la serie indefinida de todos los dueños anteriores hasta llegar al primer ocupante, antes de proferir el decreto de restitución. Lo cual, con el mismo rigor lógico, conduciría a la negación práctica del derecho de dominio, así inhabilitado para prosperar en juicio reivindicatorio. El examen debe limitarse entonces a esclarecer la titularidad prevaleciente entre las partes comprometidas en el litigio.

Y de esa suerte, cuando el título del actor es bastante para desvirtuar la presunción de dominio fundada en el hecho posesorio, han de prosperar judicialmente las súplicas restitutorias a favor de quien probara mejor derecho.

4.— Tradición del dominio es lo mismo que entrega de la propiedad en cumplimiento de negocio traslaticio. Y quien recibe el dominio tiene derecho perfecto a poseer lo que es suyo, cualesquiera que sean las manos en que el objeto se encuentre a virtud de relación posesoria. No otra es la finalidad sustancial de la acción de dominio.

5.—Calificar si el título, tal como aparece a la vista, es suficiente de acuerdo con las normas para establecer primacía sobre las defensas del demandado y, ante todo, para contrarrestar la presunción de dominio que le asiste y ampara, constituye materia que perfila su fisonomía en el cuerpo jurídico, del mismo modo que en punto de definir si los antecedentes del título deben consultarse para sustentar el decreto restitutorio. La censura en casación por error manifiesto de hecho queda así fuera del cuadro.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Estudia ahora la Corte el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de 10 de abril de 1956, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en el presente juicio reivindicatorio de Luis Norberto Henao y Antonio José Sánchez contra José J. Acevedo y José Guillermo Acevedo sobre la mitad del predio de "Buenos Aires", paraje de San Agustín, Municipio de Anserma (Valle).

Por cuanto el sentenciador encontrara demostrados en el proceso los elementos esenciales de la acción respecto del actor Antonio José Sánchez, lo declaró dueño de la mitad del aludido inmueble, a tiempo de formular condena restitutoria a cargo de los demandados, junto con "los frutos civiles y naturales que haya podido producir la mitad de la finca reivindicada "Buenos Aires", y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, a partir de la fecha de la contestación de la demanda, considerando a los poseedores de buena fé".

En relación con el demandante Luis Norberto Henao la sentencia lo declara dueño de las mejoras que hizo en toda la finca de "Buenos Aires" a partir del día 12 de agosto de 1935 y hasta la fecha en que perdió la posesión material, y completa la condena de los demandados Acevedo en el sentido de "pagar los mismos frutos, en las mismas condiciones y desde la misma fecha (de la contestación de la demanda), a Luis Norberto Henao B., que hayan producido las mejoras plantadas en la otra mitad del mismo inmueble".

La demanda de casación contiene cargos por las causales 5ª, 2ª y 1ª del artículo 520 del Código Judicial, que pasan a examen en el orden lógico correspondiente (537).

Para sustentar la causal 6ª, se hace consistir la nulidad por incompetencia de jurisdicción, a que se refiere el numeral 1º, artículo 448 del Código Judicial, en el siguiente enunciado:

"En efecto, la sentencia es de abril 10 de 1956. Sin embargo de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2.417 Bis de 1952, y en particular con lo dispuesto por el Decreto 893 de 1955, artículo 1º y siguientes del mismo, la decisión respecto de "reconocimiento y pago de mejoras" ha sido atribuída a autoridad distinta, como en este último Decreto aparece. Este Decreto rige desde marzo 23 de 1955 y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

"Por consiguiente ya no es de competencia de la justicia ordinaria el conocimiento y la decisión sobre reconocimiento y pago de mejoras"

SE CONSIDERA:

La natural seriedad de cargo tan grave como la incompetencia de jurisdicción del juzgador, no reside, en el caso que se examina, la lectura de los textos que la demanda presenta a la manera de normas que hubiesen consumado la reforma de sustraer la acción de dominio del conocimiento de la justicia ordinaria, para atribuírlo a reparticiones administrativas del Ministerio del Trabajo, cuando en realidad no se contempla nada más que un sistema para resolver por vía de conciliación y arbitraje los conflictos de carácter económico-social entre patronos, arrendatarios, aparceros, ocupantes, colonos y similares, "o que sean producidos por virtud de las relaciones, modalidades, naturaleza, efectos y ejecución del contrato de trabajo", en materia de predios rústicos.

En el caso **sub índice** no podía olvidarse que versa sobre juicio reivindicatorio, y no simplemente sobre el que se adelantara para obtener el pago de mejoras por causa de derecho de crédito como origen de acciones personales. Fijada la competencia en razón de la naturaleza de la causa según el libelo inicial, el presupuesto no ha de variar a tiempo de la sentencia porque la acción de dominio prospere para una de las personas que integran la parte actora, en tanto que para la otra apenas surja el derecho a que se le abone el valor de mejoras. La dislocación del fallo rompería la continencia del proceso; y esto, como es obvio, resulta ser también notoriamente inadmisible.

De todo lo cual emerge la inanidad del cargo.

* * *

Sobre la causal 2ª, de incongruencia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, se aduce que Luis Norberto Henao reivindicó en el juicio, y nada se resolvió al respecto; en tanto que sin demandar el pago de mejoras, la sentencia condena a esa prestación en favor de Henao. Del mismo modo que el fallo nada dice sobre "la declaratoria de nulidad de un registro de embargo", pedida en la demanda inicial del proceso.

Aunque el cargo no hace referencia a las pretensiones deducidas por los demandados-recurrentes en casación y, por lo mismo, no alcanza a descubrirse el interés jurídico que por ese aspecto pudiera sustentar el recurso, hay oportunidad de observar que el contexto de fallo no permite la tacha de incongruencia, por más que su redacción no sea acaso enteramente feliz. El sujeto de la reivindicación ha estado constituido por dos personas físicas, de las cuales, según el fallo, una se legitimó en la causa y la otra apenas alcanzó a demostrar acreencia al pago de mejoras en el inmueble perseguido a través del proceso. Si la sentencia se pronuncia sobre el contenido fundamental de la acción, declara el dominio en cabeza de uno de los actores, decreta las restituciones consecuenciales y regula el pago de mejoras, los extremos de la litis quedan resueltos y habrá de entenderse que en todo lo demás no prosperaron las súplicas del libelo inicial.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

* * *

Con referencia a la causal 1ª se acusa el fallo por aplicación indebida de los artículos 669, 740, 752, 946, 949, 950, 951, 961, 962, 964 del Código Civil, lo mismo que algunas otras normas por violación de medio; y la demanda puntualiza tres aspectos: 1) en lo concerniente a la titularidad, 2) en cuanto atañe al objeto reivindicable como cuota determinada sobre cosa singular, y 3) por lo que respecta a la identidad misma del objeto reivindicado, como condiciones esenciales para la legitimación en causa.

Sobre lo primero considera el recurrente que hubo error manifiesto de hecho en el sentenciador al apreciar la prueba de la titularidad, en atención a que Enrique Gamboa, por la escritura 111 de 3 de abril de 1916, Notaría de Cartago, no vendió cuerpo cierto sino un derecho en el predio indiviso de "Salazar", y que por ello su causahabiente Miguel J. Vargas apenas pudo transferir lo mismo a Jesús María Hincapié, según la escritura 143 de 8 de mayo de 1916 de la misma Notaría de Cartago. De donde deduce que a su turno Jesús María Hincapié no vendió a Luis Norberto Henao, ni éste después a Antonio J. Sánchez lo que se lee en las respectivas escrituras de compraventa, 98 de 25 de abril de 1935, Notaría de Ansermanuevo, y 487 de 12 de agosto de 1935, Notaría de Cartago, o sea la mitad de la finca de "Buenos Aires" por los linderos allí expresados, sino sólo aquel derecho indeterminado sobre la comunidad de "Salazar", porque a nada más se referían los títulos antecedentes.

Aparece de allí, en sentir del recurrente, que no está demostrada la titularidad de Sánchez sobre cuota determinada en la mitad de predio de "Buenos Aires". Y como agrega la alegación de que en la demanda reivindicatoria fue excluída una parcela que se dice ser de Otilia Mejía de Orozco, como terreno enclavado en la misma

finca de "Buenos Aires", no se ha establecido la identidad del inmueble cuya restitución en la mitad se demanda, puesto que si no se conocen los linderos de aquella parcela que se sabe estar comprendida en el fundo, tampoco están identificados los que corresponden a la heredad que la abarca y rodea.

Deduce además, de todo ello, que sin la determinación por sus linderos especiales y desde luego que se trata de cuota indeterminada sobre predio indiviso, no pudo el sentenciador considerar probada la base sustancial de dirigirse la acción a perseguir cosa individualizada o cuota precisa en cosa singular, como lo exige el juicio que estuvo a conocimiento del sentenciador.

Y en respaldo de sus aserciones el recurrente se ocupa en el examen prolijo de los elementos probatorios, como habría de serlo en la instancia.

* * *

SE CONSIDERA:

I. A pesar de las prerrogativas que por ley están atribuidas al sujeto del hecho económico, como presunto dueño de los bienes que utiliza, su posición dentro del juicio reivindicatorio cede ante quien le demuestra mejor derecho como titular del dominio. Porque entonces lo que debe prevalecer no es el hecho, que tanto vale y significa en las primitivas formas de la cultura humana, sino el derecho, como aspiración superior de la vida civilizada.

En consecuencia: si además de la relación posesoria no aporta el demandado título capaz de contrarrestar aquel en que el actor se apoya, la condena a restituir pondrá fin al juicio reivindicatorio, sin que, por lo demás, desaparezcan las ventajas anexas a la buena fe, que en ese evento se proyectan en el campo de las prestaciones mutuas.

Si el título por el cual encontró la sentencia plenamente probado el derecho de dominio del actor, bastaba por sí solo para determinar prevalencia sobre la contradicción que el demandado propuso, el efecto vinculatorio del fallo favorable al demandante no puede verse entorpecido por consideraciones extrañas a la prioridad relativa que la resolución judicial se encuentra llamada a establecer entre las partes, sin perjuicio de terceras personas. Por lo cual, cuando el título prevaleciente del actor exhibe con claridad que lo comprado y transferido es cosa reivindicable como cuota en cuerpo cierto, queda a un lado de la controversia cualquiera alegación encaminada a sostener que los antecedentes del título no darían base para la susodicha adquisición, puesto que por allí no se demuestra prevalencia alguna del título de rango inferior que el demandado presenta en apoyo de la posesión.

Supuesto que la naturaleza misma del juicio reivindicatorio nunca exige la prueba diabólica para que la restitución se decrete, bien pudo el sentenciador abstenerse de examen retrospectivo con relación al título que encontró prevaleciente y bastante para sustentar el fallo. En efecto: si no es propietario de cuota determinada sobre cosa singular sino quien ha recibido del dueño, el mismo criterio de lógica elemental pondría al sentenciador en la necesidad de escrutar en el pasado la serie indefinida de todos los dueños anteriores hasta llegar al primer ocupante, antes de proferir el decreto de restitución. Lo cual, con el mismo rigor lógico, conduciría a la negación práctica del derecho de dominio, así incapacitado para prosperar en juicio reivindicatorio. El examen debe limitarse entonces a esclarecer la titularidad prevaleciente entre las partes comprometidas en el litigio.

Y de esa suerte, cuando el título del actor es bastante para desvirtuar la presunción de dominio fundada en el hecho posesorio, han de prosperar judicialmente las súplicas restitutorias a favor de quien probara mejor derecho.

II.—La significación natural y obvia de los vocablos empleados en las escrituras 98 de 25 de abril de 1935, Notaría de Ansermanuevo, y 489 de 12 de agosto de 1935, Notaría de Cartago, proclama que Luis Norberto Henao adquirió de Jesús María Hincapié e hizo transferencia a Antonio J. Sánchez de la mitad del predio de "Buenos Aires", determinado como cuerpo cierto. El sentenciador en modo alguno ha desconocido o contradicho lo que ostensiblemente aparece de tales instrumentos, por donde es claro que no ha incurrido en error de hecho al apreciar la titularidad del actor, completada por la competente inscripción en el registro, como medio jurídico para la tradición del dominio de los bienes raíces.

Tradición del dominio es lo mismo que entrega de la propiedad en cumplimiento de negocio traslaticio. Y quien recibe el dominio tiene derecho perfecto a poseer lo que es suyo, cualesquiera que sean las manos en que el objeto se encuentre a virtud de relación posesoria. No otra es la finalidad sustancial de la acción de dominio.

Calificar si el título, tal como aparece a la vista, es suficiente de acuerdo con las normas para establecer primacía sobre las defensas del

demandado y, ante todo, para contrarrestar la presunción de dominio que le asiste y ampara, constituye materia que perfila su fisonomía en el campo jurídico, del mismo modo que en punto a definir si los antecedentes del título deben consultarse para sustentar el decreto restitutorio. La censura en casación por error manifiesto de hecho queda así fuera del cerco.

III.—Cuanto a la parcela de Otilia Mejía de Orozco, se observa que, en derecho, no puede considerarse comprendida dentro de la heredad de "Buenos Aires", puesto que en la demanda se hace la exclusión, y porque además, y principalmente, ella es persona extraña al juicio. Su estado posesorio en nada se afecta, ni hace indeterminado el objeto que se reivindica, cuando, antes bien, los actos exteriores de señorío en que consiste la posesión de inmuebles, son de aquellos perceptibles por los sentidos y fácilmente determinables por señales que se destacan a la vista. Así fue establecido en las inspecciones oculares que se efectuaron durante el proceso, sin que se advierta error de juicio en el sentenciador cuando estima que la circunstancia de encontrarse en la finca de "Buenos Aires" una parcela poseída por Otilia Mejía de Orozco contribuye a la demostración de la identidad del objeto perseguido en el pleito, si por otra parte aparece que los respectivos dictámenes periciales dan base razonable para entender, como lo expuso el Tribunal, que los linderos de las escrituras 98 y 489, los de la demanda y los de la posesión de los demandados corresponden a una misma heredad.

En estas condiciones el debate probatorio quedó cerrado definitivamente en la instancia, al abrigo de los poderes que en derecho corresponden al sentenciador, sin posibilidad de reapertura en casación, ni siquiera a través del minucioso examen efectuado por el recurrente. Aun en el supuesto caso de que existieran dudas, también sería claro que en apoyo tan deleznable no puede fundarse la quiebra del fallo, y que tampoco hay base para supeditar la convicción del Tribunal sobre la prueba de los hechos, si no es con criterio de certeza.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 10 de abril de 1956 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — SIENDO LA SENTENCIA ABSOLUTORIA, DE HECHO QUEDA DESCARTADA LA POSIBILIDAD DE ESTA CAUSAL. CUANDO LA VENTA DE UN PREDIO RUSTICO SE HA HECHO POR CABIDA, Y LA REAL ES MENOR DE LA DECLARADA, EL ARTICULO 1888, INC. 2º DEL C. CIVIL, LE DA AL COMPRADOR LA ACCION PARA QUE EL VENDEDOR COMPLETE LA CABIDA. SI EL RECONOCIMIENTO IMPLICA UNA CONFESION, ES INDISPENSABLE, PARA QUE ESTA SE PRODUZCA, QUE LA OBLIGACION U OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL DOCUMENTO SEAN SUSCEPTIBLES DE PROBARSE POR ESE MEDIO Y QUE QUIEN CONFIESA TENGA FACULTAD PARA ELLO. — LA CONFESION DEL APODERADO JUDICIAL, VALE CUANDO HA RECIBIDO AUTORIZACION DE SU POPERDONTE. — LOS CURADORES AD LITEM, NO HAN RECIBIDO FACULTAD DE LA LEY PARA CONFESAR EN EL JUICIO EN QUE SE LE DESIGNA PARA REPRESENTAR AL DEMANDADO EN LOS CASOS AUTORIZADOS POR LOS ARTICULOS 317 Y 1001 DEL C. J.

1. — El artículo 471 del Código Judicial dispone que las sentencias además de ser claras y precisas, deben estar en consonancia con las demandas y las demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

De esta norma se desprende la segunda causal de casación, que el artículo 520 hace consistir en "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

Una constante jurisprudencia tiene establecido que esta causal sólo es procedente cuando en la sentencia se ha resuelto sobre puntos ajenos al debate, o cuando deja de resolver sobre alguna o algunas de las peticiones sometidas a la controversia, o cuando se condena a más de lo pedido, o no se falla sobre alguna de las excepciones perentorias oportunamente alegadas, si era el caso. Solamente cuando incurre el fallo en alguno de estos excesos u omisiones, se da la inconsonancia entre lo resuelto por el fallador de segunda instancia y las pretensiones oportunamente deducidas.

De esto se infiere que, para decidir si en verdad se configura la causal de inconsonancia, han de tenerse en cuenta las acciones instauradas en la demanda, las excepciones o medios de defensa invocados por la parte demandada y la parte resolutiva del fallo.

2.—Cuando la venta de un predio rústico se ha hecho por cabida, y la real es menor de la declarada, el artículo 1.888, inciso 2º del Código Civil, le da al comprador la acción para que el vendedor complete la cabida. Si esto no fuere posible o no se le exigiere, deberá sufrir el comprador la disminución proporcional del precio.

Cuando el precio de la cabida que falta, alcanza a más de una décima parte del área completa, el comprador podrá, a su arbitrio, pedir la disminución del precio o desistir del contrato con indemnización de perjuicios.

Declarada la prescripción de la acción seguida en los términos del artículo 1.888 del Código Civil, no cabía pronunciamiento especial sobre indemnización de perjuicios que, derivados de la menor cabida del inmueble, debían sufrir las mismas consecuencias de la acción principal.

3.—Cuando la sentencia es absolutoria, no puede hablarse propiamente de falta de consonancia entre el fallo demandado y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

4.—La designación del curador ad litem por el Juez, de conformidad con el artículo 317 del Código Judicial se hace cuando la residencia del demandado no es conocida, cuando se trata de persona incierta, o cuando se oculta.

Habiendo el Código de Procedimiento Civil definido lo que es apoderado judicial, cuando el artículo 645, para tener por reconocido tácitamente un documento privado, exige que éste haya obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada

o de su apoderado, es necesario entender por éste la persona que por acuerdo con el demandado se ha comprometido a representarlo en el juicio. Así lo autoriza aplicar el artículo 28 del Código Civil que, en las reglas sobre interpretación de la Ley, dispone, cuando el legislador ha definido expresamente las palabras de la ley para ciertas materias, darles en esta su significación legal.

Se explica que el artículo 645 exija el conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, porque, dados el convenio existente entre ellos, las instrucciones que el demandado debe darle a su representante, y la información por parte de éste de cuanto se haya presentado en el proceso, cabe suponer la capacidad del apoderado para guardar silencio u objetar y redargüir de falso un documento. No puede decirse lo mismo del Curador ad litem, que, habiendo sido designado forzosamente para evitar el estancamiento de un juicio en daño de la parte actora, al cual hay que suponer que generalmente obra sin poderse comunicar con el que se dice ha firmado el documento o ha rogado que lo firmaran por él, carece en realidad de elementos de juicio para actuar debidamente en la situación contemplada por el artículo 645 del Código Judicial.—Esto no significa que para que se produzca el reconocimiento tácito, siempre debe obrar el apoderado designado por la parte obligada, porque, como lo ha aceptado la jurisprudencia, los herederos, sucesores en las obligaciones del causante de quien procede el documento, y los curadores generales, en razón de la amplia representación que tienen de sus pupilos, bien pueden reconocer también tácitamente un documento privado otorgado por sus representados.

Considerada la cuestión por otro aspecto, reza el artículo 637 del Código Judicial: "Los documentos privados que contengan obligaciones a cargo de los otorgantes o de sus sucesores, tienen fuerza de confesión judicial acerca de las estipulaciones cuando han sido extendidos y registrados o reconocidos en la forma legal por las personas que deben cumplirlas".

El profesor Antonio Rocha, a propósito de este artículo y sobre la fuerza del documento reconocido por cualquiera de los cinco modos que estudia en su obra, entre los cuales se halla el tácito, dice: "Es plena prueba. Es la misma fuerza de una confesión judicial, pues realmente al reconocer un documento como auténtico, por uno de los cinco modos dichos, lo que se hace es confesar" (De la prueba en Derecho, página 172, 3ª Edición).

Y la Corte, refiriéndose al alcance del artículo 645, ha expresado: "El mérito probatorio del instrumento privado se origina en su identidad con la confesión, como se advierte con la sola lectura del artículo 63 del Código Judicial". (G. J., Tomo 64, página 466).

Si el reconocimiento implica una confesión, es indispensable para que ésta se produzca, que la obligación u obligaciones contenidas en el documento sean susceptibles de probarse por ese medio y que quien confiesa tenga facultad para ello.

La confesión del apoderado judicial, al tenor del artículo 607 del Código Judicial vale "cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la que se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas". Y, podría agregarse, para la confesión o reconocimiento tácito de documentos, por mandato del artículo 645 ibidem.

5.—El curador ad-litem no ha recibido facultad de la ley para confesar en el juicio en que se le designa para representar al demandado en los casos autorizados por los artículos 317 y 1.001 del Código Judicial.

Al contrario, puede afirmarse que no la tiene, y baste al efecto citar el artículo 621 del mismo Código, que, por disposición de su último inciso, no permite la confesión ficta en los juicios en que el demandado ha estado representado por curador ad litem. Este artículo prescribe la forma como se debe proceder "cuando habiendo juicio en curso no se encuentra la persona a quien se piden posiciones", para obtener la declaración de confeso, con la salvedad de que lo allí dispuesto "no es aplicable al demandado que por falta de notificación personal de la demanda esté representado por curador ad litem".

Se puede concluir que, si con la presencia de un curador ad litem no es posible dar por surtida la notificación personal de la citación a posiciones a fin de declarar ciertos los hechos preguntados y admisibles, tampoco se puede aceptar que esté

autorizado para confesar o reconocer tácitamente un documento privado, suscrito por el demandado, a quien representa en el juicio.

No comete error un Tribunal cuando estima que un recibo no puede tenerse por reconocido de conformidad con el artículo 645, por cuanto que la persona que lo suscribió no estuvo representada en juicio por medio de apoderado, sino por un curador ad litem.

Esto mismo permite deducir que si no podía tenerse por reconocido el recibo, debido a que la parte que lo suscribió no estuvo representada en el juicio por medio de apoderado, no era indispensable para tal finalidad que el curador ad litem **lo objetara o redarguyera de falso. Esta formalidad es indispensable solamente cuando el demandado actúa directamente o por medio de apoderado judicial o de representante legal, que no lo es el curador** ad litem, **como equivocadamente puede creerse.**

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

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

Por escritura pública 2.877 de 30 de agosto de 1950, pasada en la Notaría Primera de Cali, Esteban Gómez Meza le vendió a Carlos Aristizábal dos inmuebles contiguos, denominados La Esperanza y La Rivera, situados en la región de Ceilán, jurisdicción del Municipio de Bugalagrande, debidamente alinderados, por la suma de cuarenta y cinco mil pesos ($ 45.000.00) moneda corriente que el comprador se obligó a pagar así: quince mil pesos ($ 15.000.00) con el establecimiento comercial denominado Café La India con todos sus accesorios, situado en la ciudad de Cali; dos mil trescientos pesos ($ 2.300.00) con sus intereses, valor de un crédito a favor de Atilano Botero; garantizado con hipoteca sobre el predio La Esperanza, que se comprometió a pagar al acreedor para obtener la cancelación del gravamen; $ 12.140.00 en el término de un año contado desde la fecha de la escritura; y $ 15.000.00 al vencimiento de dos años, computados en la misma forma. En garantía del saldo pendiente, Aristizábal constituyó hipoteca sobre los mismos bienes por la cantidad de $ 30.000.00 a favor del vendedor Gómez. Se hizo la advertencia de "que los bienes inmuebles tienen una extensión superficiaria de ciento cincuenta plazas, más o menos", y que en la misma fecha de la escritura el vendedor hizo entrega real y material de ellos al comprador.

Carlos F. Aristizábal, por medio de apoderado, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tuluá demandó en juicio ordinario a Esteban Gómez Meza y Atilano Botero Peláez, para que se declarara:

a) Que los predios La Esperanza y La Rivera no tienen la cabida de ciento cincuenta plazas más o menos, declaradas por el vendedor Gómez Meza; b) que éste hizo la declaración de cabida a sabiendas de que la cabida real era menor en parte muy considerable; c) como consecuencia, se condene a la parte demandada a pagar al demandante la cantidad de dinero que resulte probada, por los siguientes conceptos: 1º. Por la disminución proporcional del precio; y 2º. Por la indemnización de perjuicios, lucro cesante y daño emergente. ch) "La presente condena afecta en esa suma de pesos al valor del crédito hipotecario informado en la escritura 2.877 de 30 de agosto de 1950 de la Notaría Primera de Cali, y por consiguiente el fenómeno jurídico de la confusión en esa parte".

Subsidiariamente pide se declare que Aristizábal sufrió lesión enorme como adquirente de los dos predios delimitados en la escritura 2.877; que Gómez obró en el contrato de venta a sabiendas de la injuria que él infería a Aristizábal; y que se declare rescindido dicho contrato.

Los hechos básicos de la demanda se pueden sintetizar así:

1º. Gómez Meza vendió a Aristizábal los dos inmuebles por el precio y en la forma que reza la escritura mencionada.

2º. La venta se hizo con relación a la cabida de ambas fincas, según resulta de la advertencia hecha al respecto por el vendedor en la escritura de enajenación.

3º. Los predios La Esperanza y La Rivera tienen apenas un total de sesenta y ocho fanegadas, o sea, que hay un faltante de unas ochenta y dos y media fanegadas, lo que representa una disminución del precio en la suma de $ 24.600.00, más o menos.

4º. Tratado el punto con Gómez, éste convino en la resciliación del contrato con la cancelación consiguiente de la hipoteca.

5º. Fiado el valor de esta promesa, canceló la hipoteca que por $ 2.300.00 y a favor de Atilano Botero Peláez pesaba sobre el inmueble La Esperanza, y mejoró los dos bienes raíces con la

siembra de más de 40.000 árboles de café y otras actividades agrícolas.

6º También le canceló el actor a Gómez Meza intereses del crédito hipotecario. Por el abono de la suma de $ 440.00 correspondientes a los intereses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1951, éste firmó el recibo de 13 de enero de 1952 en el cual se hizo constar en relación con la hipoteca "que cancelaremos liquidando la rebaja por cabida".

7º. Gómez hizo la venta a sabiendas de que los inmuebles no tenían la cabida declarada.

8º. Gómez hizo cesión del crédito hipotecario que garantiza el saldo del precio de los dos predios, a Atilano Botero Peláez por medio de escritura pública.

9º. El actor está en excelentes condiciones de hacer valer sus derechos no solamente contra Gómez Meza sino contra Atilano Botero Peláez como dueño del crédito hipotecario constituido en la escritura 2.877.

10. La hipoteca en este caso es parte integrante del contrato de compraventa "por estar vinculado allí el precio, que es uno de los extremos estructurales de este contrato. De consiguiente, la acción hay que encausarla hacia los señores Gómez Meza y Botero Peláez".

11. La disminución del precio da margen al fenómeno jurídico de la disminución proporcional del mismo con el pago de la indemnización de perjuicios, al igual que a la acción judicial por lesión enorme en la cual actúa la conducta maliciosa o injurlosa de Gómez Meza.

El Juzgado del Circuito puso término a la primera instancia en sentencia de veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, por la cual resolvió:

"1º. DECLARASE PRESCRITA la acción intentada en lo que se refiere a las súplicas contenidas en los puntos a), b) y c) de la demanda.

"2º. DECLARASE PROBADA la excepción perentoria de inepta demanda sustantiva en lo que se refiere al demandado Atilano Botero Peláez, de las condiciones civiles anotadas en la parte expositiva de este fallo.

"3º. NO ES EL CASO de declarar rescindido el contrato de compraventa celebrado entre los señores Carlos F. Aristizábal R. y Esteban Gómez Meza y a que se refieren las súplicas de la demandas contenidas en los puntos d), e) y f); y

"4º. Como consecuencia de lo expuesto, en los puntos primero y segundo de este fallo, se absuelve a los demandados Esteban Gómez Meza y Atilano Botero Peláez de todos los cargos de la demanda; y

"5º. Las costas son de cargo del demandante señor Carlos F. Aristizábal R.".

El demandante recurrió en apelación de lo resuelto por el Juzgado ante el Tribunal Superior de Buga, el cual resolvió el recurso en fallo de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, por el cual confirmó el de primer grado.

El apoderado del demandante interpuso contra la sentencia del Tribunal el recurso de casación, el cual, admitido y fundado que fue, se entra a resolver, por estar cumplida la tramitación que le es propia.

DEMANDA DE CASACION

El recurrente acusa la sentencia por tres motivos que expone en capítulos separados así:

PRIMER MOTIVO

Con base en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial hace el cargo de que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Lo desarrolla en los siguientes razonamientos:

La demanda solicitó que se hicieran las declaraciones principales de que si los predios La Esperanza y La Rivera no medían las ciento cincuenta plazas, más o menos, declaradas por el vendedor en la escritura de compraventa, se condenara a los demandados a la disminución proporcional del precio "o a la indemnización de perjuicios bajo los conceptos de daño emergente y lucro cesante".

El Juzgado se pronunció sobre la supuesta excepción de prescripción, pero omitió en forma ostensible la declaratoria sobre indemnización de perjuicios. El Tribunal, al confirmar la del inferior "dejó sin tocar la petición virginal sobre indemnización de perjuicios"

Corolario incuestionable del planteamiento "del cuasicontrato de la litis contestatio" es que el falladór de segundo grado que omitió decidir sobre la petición concreta de la demanda de indemnización de perjuicios violó el numeral 2º del artículo 520 del C. de P. C.

Puede ser cierto que el artículo 1.890 haya establecido la prescripción de un año contado desde la entrega del inmueble, pero sólo en lo que hace relación al aumento o reducción del precio, en ningún caso al pago de los perjuicios para el cual rige la reglamentación estatuída por el Código Civil para la parte cumplidora que persevera en el cumplimiento del contrato y deman-

de los perjuicios conforme al artículo 1.546 inciso 2º del Código Civil.

Los artículos 1.887 y 1.888 dan la acción sobre aumento y disminución del precio o de unidades de superficie, según el caso, ejercitable dentro de un año, según el artículo 1.890 del mismo Código, "inclusive con resarcimiento de perjuicios para el contratante desistente". Y si el contratante defraudado con la cabida no ejercita la acción dentro de un año, podrá quedar sujeto a la excepción de prescripción. Pero a esta no queda sometido para ejercitar la acción de resolución o de cumplimiento de un contrato con indemnización de perjuicios, según los términos del artículo 1.546 del Código Civil que prescribe en veinte años.

Y concluye que el Tribunal, al declarar probada la excepción de prescripción de un año, propia de la acción de disminución del precio, incurrió en manifiesto error omitiendo la decisión sobre perjuicios, "que ocupa lugar preponderante en la petición principal de la demanda".

Considera la Corte:

El artículo 471 del Código Judicial dispone que las sentencias además de ser claras y precisas, deben estar en consonancia con las demandas y las demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

De esta norma se desprende la segunda causal de casación, que el artículo 520 hace consistir en "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes"

Una constante jurisprudencia tiene establecido que esta causal sólo es procedente cuando en la sentencia se ha resuelto sobre puntos ajenos al debate, o cuando deja de resolver sobre alguna o algunas de las peticiones sometidas a la controversia, o cuando se condena a más de lo pedido, o no se falla sobre alguna de las excepciones perentorias oportunamente alegadas, si era el caso. Solamente cuando incurre el fallo en alguno de estos excesos u omisiones, se da la incosonancia entre lo resuelto por el fallador de segunda instancia y las pretensiones oportunamente deducidas.

De esto se infiere que, para decidir si en verdad se configura la causal de incongruencia, han de tenerse en cuenta las acciones instauradas en la demanda, las excepciones o medios de defensa invocados por la parte demandada y la parte resolutiva del fallo.

Las peticiones principales de la demanda buscan: 1º. Declarar que los predios La Esperanza y La Rivera no tienen la cabida de ciento cincuenta plazas, más o menos, expresada en la escritura por el vendedor y demandado Esteban Gómez Meza; y 2º Que éste hizo tal manifestación a sabiendas de que la cabida era menor en parte muy considerable. Como consecuencia de estas declaraciones, suplica se condene a la parte demandada a pagarle al actor Aristizábal la cantidad que resulte probada en el juicio "por los siguientes conceptos: 1º Por la disminución proporcional del precio; y 2º Por la indemnización de perjuicios —lucro cesante y daño emergente".

El mismo libelo, en el que llama hecho "DECIMOQUINTO", dice que, como el precio de la cabida que falta, sobrepasa a la décima parte del precio de la superficie completa, hay lugar a la disminución proporcional del precio con el pago de indemnización de perjuicios por lucro cesante y daño emergente.

El artículo 1.888, inciso 2º del Código Civil, cuando la venta de un predio rústico se ha hecho por cabida, y la real es menor de la declarada, le da al comprador la acción para que el vendedor complete la cabida. Si esto no fuere posible o no se le exigiere, deberá sufrir el comprador la disminución proporcional del precio.

Cuando el precio de la cabida que falta, alcanza a más de una décima parte del área completa, el comprador podrá, a su arbitrio, pedir la disminución del precio o desistir del contrato con indemnización de perjuicios.

El demandante en este juicio, de las dos últimas acciones alternativas enunciadas en la parte final del artículo 1.888, disminución del precio o desistimiento del contrato, optó por la primera. Y la indemnización de perjuicios, que pretende deducir también de la menor cabida de los fundos, la subordinó a la disminución del precio, y, por lo mismo, estaba sometida a las consecuencias de ella.

Lo enunciado evidencia también que la acción instaurada es la de disminución del precio con los perjuicios recibidos por la menor cabida, y que la alternativa de cumplimiento del contrato con la consiguiente indemnización de perjuicios, de que trata el artículo 1.546 del Código Civil no ha sido ni siquiera enunciada sino en la demanda de casación. En las dos instancias el demandante ha sostenido que se trata solamente de la acción de disminución del precio.

En estas condiciones, declarada la prescripción de la acción seguida en los términos del artículo 1.888, no cabía pronunciamiento especial sobre indemnización de perjuicios, que, derivados de la menor cabida del inmueble, debían sufrir las mismas consecuencias de la acción principal.

De otra parte, debe observarse que la sentencia del Juzgado, confirmada en todas sus partes por la que se revisa en casación, absuelve a los demandados, en razón de haber prescrito la acción, de todos los cargos de la demanda. Y es doctrina de la Corte que, cuando la sentencia es absolutoria, no puede hablarse propiamente de falta de consonancia entre el fallo demandado y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

El cargo no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

El recurrente acusa la sentencia fundándose en el artículo 520 del Código Judicial por ser violatorio de la ley sustantiva.

Expone así el cargo, en síntesis:

En el cuaderno de pruebas del actor, aparece un recibo de 13 de enero de 1952 a favor del demandante, en el cual Esteban Gómez Meza, vendedor de los inmuebles y acreedor hipotecario, declara que ha recibido $ 440.00 por concepto de intereses "y se obliga a liquidar el crédito, a cargo del actor en este juicio, por cabida".

Este recibo obró en el proceso con conocimiento del "representante legal del demandado Esteba Gómez M." sin que lo hubiera objetado o redargüido de falso, por lo mismo, ha de tenerse como reconocido por la parte obligada y como plena prueba de la renuencia de la prescripción de un año concedida por el artículo 1.890 del Código Civil.

Carece de eficacia la objeción que persona distinta de la obligada le hiciera al recibo. La objeción o acto de redargüir es válida solamente cuando procede "de la parte obligada o de su apoderado", en ningún caso de persona distinta, así obre "incidentalmente en el juicio como coadyuvante de alguna de las partes". Es lógico que el legislador "haya restringido la facultad de objetar o redargüir de falsedad un documento privado a persona que lo suscribe o ruega la firma, y no a otra, por cuanto es la única que puede saber de la autenticidad del documento o de sus interpolaciones". Si la parte obligada o su apoderado no objetan o redarguyen de falso el documento oportunamente agregado a los autos, se tiene por reconocido "con la totalidad de sus efectos civiles".

"El Juez no puede, bajo pretexto alguno, porque carece de atribución, declarar la falsedad de un documento acompañado a los autos, sin objeción expresa de la parte obligada, cualquiera que sea su juicio personal al respecto, o el juicio de personas distintas a la obligada por el recibo".

Pues, bien, continúa el recurrente, tanto el Juez como el Tribunal "juzgaron parcialmente interpolado o adicionado el nombrado recibo" y con base en esa certidumbre, vedada por la ley, desconocieron su valor probatorio, y decidieron en consecuencia.

Esta manera de proceder llevó al sentenciador a infringir el artículo 645 del Código Judicial, por error de derecho "que aparece de modo manifiesto en los autos, y a través de este error infringió los artículos 1.887, 1.888 y 1.890 del Código Civil dejando de aplicar los dos primeros al caso del litigio y aplicando indebidamente el último toda vez que si no hubiera incurrido en el error de derecho consistente en la violación manifiesta del artículo 645 habría accedido necesariamente a decretar la disminución del precio".

Se considera:

El cargo consiste, en definitiva, en que tanto el Juez como el Tribunal estimaron interpolado, adicionado, o, lo que es lo mismo, adulterado o falsificado el recibo a que se refiere el recurrente, y, por lo tanto, juzgaron que no podía interrumpir la prescripción de la acción sobre rebaja del precio, a la cual el artículo 1.890 del Código Civil le señala un año contado desde la entrega del inmueble.

El demandado Atilano Botero en el memorial de pruebas rechazó todos los recibos presentados por el demandante y redarguyó de falso el que considera interpolado con la frase "que cancelaremos liquidando la rebaja por cabida", y para demostrar esta adulteración, pidió la práctica de una inspección ocular sobre dicho recibo.

El demandante, a su turno solicitó se recibiera la declaración de las dos personas que aparecen firmando a ruego dicho recibo y la de otros, con el fin de acreditar su legitimidad.

El Juzgado no se ocupó de la tacha de falsedad del recibo sino solamente de la objeción de legitimidad.

El Tribunal, cuya sentencia es la que debe considerarse en el recurso, dice en los apartes pertinentes: "El Juzgado encontró probada la excepción de prescripción y así lo reconoció en la sentencia apelada, porque estimó que el recibo aludido no tiene fuerza probatoria, porque no fue reconocido ni su autenticidad fue comprobada por la parte actora....." Y, al ocuparse del estudio de las declaraciones recibidas a solicitud de la parte actora, para acreditar la legitimidad del recibo objetado, expresa: "Debe observarse

por otra parte que el referido recibo aparece firmado por Jesús María Gómez y Luis Enrique Gómez, como hijos de Esteban Gómez y a ruego de éste por no saber firmar, y tratándose de un documento así firmado, ante su falta de reconocimiento por parte de Esteban Gómez, el actor debía probar la autenticidad del ruego de la firma y del contenido, y esto no resulta de las pruebas que adujo con tal fin"

Es verdad que, en el análisis de esta prueba, se refiere al dictamen pericial rendido sobre la frase que se dice fue intercalada, pero solamente para aceptar las conclusiones de los grafólogos como un indicio en contra de la autenticidad del que el Tribunal no estimó necesario ocuparse de ella.

Se concluye así que el cargo es innocuo, dado que, el Tribunal no consideró siquiera que el recibo hubiera sido interpolado o adicionado, ni que le hubiera negado su valor probatorio por este aspecto, y hubiera violado así las normas a que se refiere el cargo, que, por lo mismo, no puede prosperar.

TERCER CARGO

Invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial acusa el fallo como violatorio de la ley sustantiva "pero por concepto distinto al contemplado en el segundo cargo".

Expone el cargo así:

"Sucede que, el sentenciador, incurrió en error de hecho, en los autos manifiesto, consistente en haber dejado de apreciar, o haber apreciado erróneamente, lo que es también hecho manifiesto; o de modo indebido, el recibo de trece de enero de 1952, del señor Esteban Gómez M., que fué allegado en oportunidad legal a los autos, y no fué objetado, ni redargüido de falsedad, por el representante legal en el juicio de Esteban Gómez M., como se demuestra con el examen de tal recibo, y de los distintos memoriales presentados por dicho representante, visibles a los folios 1, 2, 3 y siguientes del cuaderno de pruebas del demandante, los 12 fls. del cuaderno de pruebas del demandado, y los memoriales del representante de Esteban Gómez, visibles a folios 62 y 75 del cuaderno principal.

"A causa de este error, manifiesto en los autos, infringió el artículo 645 del Código de P. C., por haber dejado de aplicar al caso del pleito, siendo aplicable, y a través de tal yerro dejó de aplicar, siendo también aplicables los ordenamientos de los artículos 1.887 y 1.888 del Código Civil y aplicó o interpretó, en modo erróneo, el artículo 1.890 ibidem, o sea que los infringió".

La Corte considera:

El demandante presentó el recibo que obra al folio 3 del cuaderno número 2 en el que consta que Esteban Gómez M. recibió de Carlos F. Aristizábal cuatrocientos cuarenta pesos ($ 440.00) por intereses de cuatro meses de la hipoteca vencida "del señor Esteban Gómez Meza, que cancelaremos liquidando la rebaja por cabida. Ceilán, enero 13 de 1952. Arruego (sic) del señor Esteban Gómez M. que no sabe firmar firmamos sus hijos Jesús Gómez H., Enrique Gómez".

El Tribunal lo consideró ineficaz legalmente como prueba "de que Esteban Gómez hubiera renunciado tácitamente a la prescripción de la acción reconociendo el derecho del demandante Aristizábal a la disminución del precio por haber resultado que los predios tuvieran una cabida real menor que la declarada en la escritura". Las razones de este aserto las expresa en el siguiente aparte del fallo:

"En efecto, el citado documento no tiene la fuerza de confesión judicial en lo que respecta a ese reconocimiento, porque no fué reconocido en la forma legal por los demandados. Cierto es que solamente el demandado Botero lo rechazó o impugnó expresamente al contestar la demanda y que el curador ad litem del demandado Gómez nada dijo sobre el particular, lo que pudiera significar que con respecto a éste se operó el denómeno del reconocimiento tácito, de conformidad con el artículo 645 del Código Judicial. Más debe advertirse que el demandado Gómez no ha estado representado en el juicio por medio de apoderado sino por medio de un curador ad litem con el cual no podía operarse el reconocimiento tácito. Porque así como el curador ad litem no puede confesar válidamente en el juicio, con perjuicio de su representado, cuando deja de objetar o redargüir de falso un documento privado que se ha presentado en el juicio contra éste, no puede entenderse que el documento deba tenerse por reconocido y que tenga la fuerza de confesión judicial".

Transcribe luégo una parte del comentario que el tratadista Julio González Velásquez le hace al artículo 645 del Código Judicial relacionado, precisamente, con el caso en que las partes están representadas en el juicio por curador ad litem, en el cual el reconocimiento de documentos privados o su silencio en objetarlos por parte de tales curadores, no implica reconocimiento.

Como segunda razón aduce que estando el recibo firmado por Jesús María Gómez y Luis

Enrique Gómez, hijos de Esteban Gómez y a ruego de éste por no saber firmar, ante la falta de reconocimiento expreso de aquél, "el actor debía probar la autenticidad del ruego de la firma y del contenido y esto no resulta de las pruebas que adujo con tal fin. Los testigos que para el efecto presentó no lo sacaron avante en su pretensión". Al efecto analiza las declaraciones de Luis Gonzaga Pérez, Luis Enrique Ruiz y Diego Ortiz Restrepo, los cuales no dan fé de que Esteban Gómez hubiera rogado a sus hijos que firmaran por él al del contenido del recibo.

Esteban Gómez fue demandado como vecino de Tuluá, pero luégo el apoderado del demandante manifestó que no se sabía la residencia por haber desaparecido de Bugalagrande, pidió se le emplazara y se le nombrara un curador para la litis. Cumplidas estas formalidades, se le designó el curador **ad litem** al cual se le notificó la demanda, y prosiguió el juicio con su intervención.

El artículo 645 del Código Judicial dispone: "Un documento privado se tiene por reconocido cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado o redargüido de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad".

El artículo 251 del mismo Código dice: "La persona que por convenio se encarga de representar a otra en juicio se llama apoderado judicial". Y los artículos 255 a 263 se ocupan de la manera como debe constituirse el poder, su representación personal, aceptación y facultades del apoderado.

La designación del curador **ad litem** por el Juez, de conformidad con el artículo 317 del Código Judicial se hace cuando la residencia del demandado no es conocida, cuando se trata de persona incierta, o cuando se oculta.

De estas normas se deduce que, habiendo el mismo Código de Procedimiento definido lo que es apoderado judicial, cuando el artículo 645, para tener por reconocido **tácitamente** un documento privado, exige que éste haya obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, es *necesario* entender por éste la persona que por acuerdo con el demandado se ha comprometido a representarlo en el juicio. Así lo autoriza aplicar el artículo 28 del Código Civil que, en las reglas sobre interpretación de la ley, dispone, cuando el legislador ha definido expresamente las palabras de la ley para ciertas materias, darles en ésta su significación legal.

Se explica que el artículo 645 exija el conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, porque, dados el convenio existente entre ellos, las instrucciones que el demandado debe darle a su representante, y la información por parte de éste de cuanto se haya presentado en el proceso, cabe suponer la capacidad del apoderado para guardar silencio u objetar y redargüir de falso un documento. No puede decirse lo mismo del curador **ad litem**, que, habiendo sido designado forzosamente para evitar el estancamiento de un juicio en daño de la parte actora, al cual hay que suponer que generalmente obra sin poderse comunicar con el que se dice ha firmado el documento o ha rogado que lo firmaran por él, carece en realidad de elementos de juicio para actuar debidamente en la situación contemplada por el artículo 645 del Código Judicial. Esto no significa que para que se produzca el reconocimiento tácito, siempre debe obrar el apoderado designado por la parte obligada, porque, como lo ha aceptado la jurisprudencia, los herederos, sucesores en las obligaciones del causante de quien procede el documento, y los curadores generales, en razón de la amplia representación que tienen de sus pupilos, bien pueden reconocer también tácitamente un documento privado otorgado por sus representados.

Considerada la cuestión por otro aspecto, reza el artículo 637 del Código Judicial: "Los documentos privados que contengan obligaciones a cargo de los otorgantes o de sus sucesores, tienen fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones cuando han sido extendidos y registrados o reconocidos en la forma legal por las personas que deben cumplirlas".

El profesor Antonio Rocha, a propósito de este artículo y sobre la fuerza del documento reconocido por cualquiera de los cinco modos que estudia en su obra, entre los cuales se halla el tácito, dice: "Es plena prueba. Es la misma fuerza de una confesión judicial, pues realmente al reconocer un documento como auténtico, por uno los cinco modos dichos, lo que se hace es confesar". (De la prueba en Derecho, página 172, 3ª Edición).

Y la Corte, refiriéndose al alcance del artículo 645, ha expresado: "El mérito probatorio del instrumento privado se origina en su identidad con la confesión, como se advierte con la sola lectura del artículo 637 del Código Judicial". (G. J. Tomo 64, página 466).

Si el reconocimiento implica una confesión, es indispensable, para que ésta se produzca, que la obligación u obligaciones contenidas en el documento sean susceptibles de probarse por ese

medio y que quien confiesa tenga facultad para ello.

En el caso **sub lite**, la obligación de liquidar el crédito hipotecario, o saldo del precio de los inmuebles por la cabida de éstos, bien podía establecerse por confesión.

La confesión del apoderado judicial, al tenor del artículo 607 del Código Judicial vale "cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la que se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas". Y, podría agregarse, para la confesión o reconocimiento tácito de documentos, por mandato del artículo 645 ibidem.

El curador **ad litem** no ha recibido facultad de la ley para confesar en el juicio en que se le designa para representar al demandado en los casos autorizados por los artículos 317 y 1.001 del Código Judicial.

Al contrario, puede afirmarse que no la tiene, y basta al efecto citar el artículo 621 del mismo Código, que, por disposición de su último inciso, no permite la confesión ficta en los juicios en que el demandado ha estado representado por curador **ad litem**. Este artículo prescribe la forma como se debe proceder "cuando habiendo juicio en curso no se encuentra la persona a quien se piden posiciones", para obtener la declaración de confeso, con la salvedad de que lo allí dispuesto "no es aplicable al demandado que por falta de notificación personal de la demanda esté representado por curador ad litem".

Se puede concluír que, si con la presencia de un curador **ad litem** no es posible dar por surtida la notificación personal de la citación a posiciones a fin de declarar ciertos los hechos presentados y admisibles, tampoco se puede aceptar que esté autorizado para confesar o reconocer tácitamente el documento privado, suscrito por el demandado, a quien representa en el juicio.

Basta lo dicho para ver que no hubo error en el Tribunal cuando estimó que el recibo no podía tenerse por reconocido de conformidad con el artículo 645, por cuanto que no estuvo representado Esteban Gómez por apoderado sino por un curador **ad litem**.

Esto mismo permite deducir que si no podía tenerse por reconocido el recibo, debido a que el demandado Gómez Meza no estaba representado por un apoderado, no era indispensable para tal finalidad que el curador **ad litem** lo objetara o redarguyera de falso. Esta formalidad es indispensable solamente cuando el demandado actúa directamente o por medio de apoderado judicial o de representante legal, que no lo es el curador **ad litem, como** equivocadamente lo dice el recurrente en el razonamiento de que el recibo debía haberse apreciado como prueba por cuanto no fue objetado o redargüido de falsedad por el curador **ad litem**.

Finalmente, observa la Corte que, en el supuesto de que la acción de reducción del precio no estuviera prescrita, la venta a que ella se refiere no es de las consideradas por cabida.

Este cargo tampoco prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Buga con fecha 21 de marzo de 1956.

No se hace condenación en costas, por no aparecer causadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

CUANDO, ENTRE OTRAS CAUSALES, SE INVOCA LA 6ª DEL ARTICULO 520 DEL C. J., EL ESTUDIO DE ESTA TIENE PRELACION SOBRE LAS DEMAS. — MODO DE COMPARECER EN JUICIO DE FILIACION NATURAL LOS HIJOS MENORES DE EDAD.—NULIDAD POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA. — QUIEN DEBE ALEGARLA

1.—Cuando, entre otras causales, el recurrente invoca la 6ª del artículo 520 del C. Judicial, por estimar que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 448 del mismo estatuto, la Corte, con la facultad que le da el artículo 537 IBIDEM para examinar en orden lógico las aducidas, estima que debe estudiarse en primer término, pues si el juicio resultare viciado por la nulidad impetrada, ésta comprendería la actuación de las dos instancias, y sería antiprocesal la previa consideración de las otras, ya que, en caso de prosperar alguna de ellas, se llegaría a una casación que dejaría vigente una tramitación nula.

No importa que el recurrente haya propuesto el cargo referente a dicha causal, subsidiariamente, pues fuera de que no existe disposición que autorice el planteamiento de los cargos en esta forma, como sí la hay respecto de las acciones (artículo 209 C. J.), es la Corte misma, según los claros términos del citado artículo 537, la que tiene la atribución de estimar cuáles cargos son principales y cuáles subsidiarios o condicionales, para examinarlos en ese orden.

2.—El artículo 240 del C. J. sienta la regla general de que los incapaces comparecen en juicio por medio de sus representantes legales. El menor comparece en juicio, cuando le fuere necesario, por medio de curador AD LITEM designado por el Juez en caso de que el representante legal se halle ausente (242 ibidem). El artículo 306 del C. C. dispone que el hijo de familia no puede comparecer en juicio como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre.

Por regla general, corresponde a la madre la patria potestad sobre el hijo natural, preceptúa el artículo 14 de la ley 45 de 1936, excepto cuando el Juez con conocimiento de causa la ha conferido al padre.

No constando respecto de menores que la patria potestad se le haya conferido al padre, por no haber habido reconocimiento irrevocable de aquellos por parte de él, en la forma autorizada por el artículo 2º de la ley 45 citada, la madre tiene la patria potestad, y, por consiguiente, la representación de sus menores hijos.

Del conjunto de las anteriores normas y de lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 45 citada, se deduce con toda evidencia, que los hijos naturales menores de edad, no reconocidos previamente en la forma legal por su progenitor, no pueden comparecer en juicio como incapaces sino por medio de su representante legal que es la madre. Pero ésta debe designar un abogado como apoderado para que la represente a ella como madre natural en el juicio sobre filiación natural de sus hijos.

No es la designación de un curador AD LITEM la que le compete en tal evento, ya que el artículo 583 del C. C. y el Judicial solamente permiten hacer tales designaciones al Juez, y al mismo menor adulto (artículos 241 y 242 del C. J.).

En caso contrario, es manifiesto que si los menores demandantes debían comparecer en juicio por medio de su madre natural, y ésta, a su vez, había de comparecer mediante un apoderado judicial, y no por conducto de un curador AD LITEM, hay una ilegitimidad adjetiva de la personería de aquellos, en cuanto su representante en el juicio, autorizado por la ley, debía ser un apoderado, y no un curador AD LITEM para cuya designación la madre no está, en ningún caso, autorizada.

Cuando tal nulidad se alega en el recurso por el apoderado de la parte actora, al cual la madre de los menores y a nombre de estos le confirió poder para representarlos en casación, y en tal condición fue reconocido, quiere decir que tal vicio como causal de casación ha sido invocado por la parte mal

representada, lo que está de acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte (G. J. T. LXX, número 2103 y 2108, pág. 312, Tomo LXXI, número 2110, 2111, pág. 159, número 2112, pág. 551 y Tomo LXXVI, número 2134, pág. 344).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

El abogado Arnaldo Maury Castro con la designación de curador ad litem de los menores Carlos Arturo y Gabriel Bovea Martínez, que le hizo Dora Martínez V. en su condición de madre natural de estos, promovió acción ordinaria contra la sucesión de Abimael Bovea B. representada por Faustina Barrios de Bovea y Ana María González v. de Bovea, madre y esposa del causante, respectivamente, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º—Que en atención a lo afirmado se declare que los menores Carlos Arturo y Gabriel Bovea Martínez, son hijos naturales del finado Abimael Bovea Barrios, muerto éste el día 18 de junio del presente año en esta ciudad.

"2º—Que por la Notaría del Circuito que usted designe se inscriba en el libro de Registro del Estado Civil de las personas la anterior declaración hecha a favor de los menores Carlos Arturo y Gabriel Bovea Martínez.

"3º—Que como consecuencia de todo lo anterior, los demandados tienen la calidad de herederos universales de su padre natural Abimael Bovea B., con derecho a excluir a otros pretendientes a la sucesión de inferior derecho.

"4º—Que se le adjudique a cada uno de mis representados en calidad de herederos del cujus (sic) la cuota hereditaria que les corresponda según la ley.

"5º—Que se declare sin ningún valor legal inoponible a los demandantes Carlos Arturo y Gabriel Bovea Martínez toda liquidación, adjudicación o partición que se haya hecho o se haga por parte de los que hasta ahora hayan sido declarados herederos, como asimismo también sin ningún valor la sentencia aprobatoria de tales actos.

"6º—Que se ordene la cancelación de las inscripciones pertinentes hechas a favor de los demandados en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad (eso si se hubiere hecho), y que se disponga en su lugar hacer las inscripciones del caso en la misma oficina en favor de mis poderdantes o pupilos.

"7º—Que como consecuencia de lo anterior se condene a los demandados a restituir a favor de mis representados los bienes materia de la sucesión que por ministerio de la ley corresponde a mis pupilos como herederos universales en su calidad de hijos naturales del finado Abimael Bovea B. En dicha obligación de restituir está la de devolver esos bienes junto con los frutos civiles y las mejoras habidas a partir de la muerte del causante, hasta cuando se haga la partición o adjudicación correspondiente.

"8º—Que si el demandado se opone a esta demanda sea condenado en costas y costos".

Los HECHOS básicos de esta demanda, son, en síntesis:

1º—Abimael Bovea, desde hace más o menos 17 o 18 años hizo vida marital, notoria y estable con Dora Martínez, y vivió con ella un tiempo largo bajo un mismo techo.

2º—Fruto de esta vida marital, continua y notoria fue el nacimiento de los menores Carlos Arturo y Gabriel Bovea Martínez, nacidos ambos en la ciudad de Barranquilla el 7 de febrero de 1943 y el 24 de septiembre de 1938, respectivamente.

3º—Abimael Bovea proveyó durante su vida a la "educación, establecimiento, sostenimiento y alimentación" de los menores nombrados.

4º—Abimael Bovea, desde cuando nacieron estos, hasta el día en que murió, los trató como a sus hijos naturales, y los presentó como tales a todos sus amigos y relacionados y a todo el vecindario.

5º—Abimael Bovea al morir dejó varios inmuebles situados en la ciudad de Barranquilla.

6º—Este en el documento sobre beneficiarios del seguro de vida que debía pagar la empresa Cervecería Atlántico S. A., designó en tal carácter a sus hijos Carlos Arturo y Gabriel Bovea Martínez". Este documento es un reconocimiento de paternidad natural".

El Juez 4º Civil del Circuito de Barranquilla, ante el cual se adelantó la primera instancia, la desató en sentencia de 16 de enero de 1955, en la cual se hicieron estas declaraciones:

"1º—Reconócese a los menores Carlos Arturo Bovea Martínez y Gabriel Bovea Martínez, en su carácter de hijos naturales de Abimael Bovea Barrios.

"2º—Reconócese asimismo que los menores reconocidos Gabriel Bovea Martínez y Carlos Arturo Bovea Martínez tienen acceso a la herencia dejada por su padre natural; todo de acuerdo con

las normas establecidas en las leyes que reglamentan la materia.

"3º — Inscríbase en la Notaría Cuarta de este Circuito lo pertinente al anterior reconocimiento de hijos naturales.

"4º — Inscríbase la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito".

Apelado el fallo de primer grado, el Tribunal Superior de Barranquilla resolvió el recurso en sentencia de 19 de septiembre de 1956, así:

"1º—Se revoca la sentencia de fecha diez y seis de enero del año en curso, proferida en este juicio por el señor Juez 4º Civil de este Circuito.

"2º—No es el caso de hacer las declaraciones a que se refiere la demanda".

La parte actora interpuso contra la sentencia de segunda instancia el recurso extraordinario de casación, el cual, estando debidamente tramitado, entra a resolver la Corte.

Demanda de casación

Tres cargos le hace el recurrente al fallo del Tribunal:

1º—Falta de apreciación de la prueba resultante de la inspección ocular con violación directa de los artículos 724, 730, 603, 605, 608, parte final, y 609 del C. J. que llevó al quebrantamiento indirecto del artículo 4º —numeral 3º— de la ley 45 de 1936.

2º—Incongruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandante y con fundamento en la causal 2ª del artículo 520 del C. J.; y

3º—En forma subsidiaria invoca la causal 6ª del mismo artículo, por estimar que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 448 del C. Judicial.

La Corte, con la facultad que le da el artículo 537 del Código citado para examinar en orden lógico las causales acusadas, estima que debe estudiar primero el cargo tercero, pues si el juicio resultare viciado por la nulidad impetrada, ésta comprendería la actuación de las dos instancias, y sería antiprocesal la previa consideración de las otras, ya que, en caso de prosperar alguna de ellas, se llegaría a una casación que dejaría vigente una tramitación nula.

Es cierto que el recurrente ha propuesto el cargo tercero subsidiariamente, pero fuera de que no existe disposición que autorice el planteamiento de los cargos en esta forma, como si la hay respecto de las acciones (artículo 209 C. J.), es la Corte misma, según los claros términos del citado artículo 537, la que tiene la atribución de estimar cuáles cargos son principales y cuáles subsidiarios o condicionales, para examinarlos en ese orden.

Tercer cargo de la demanda

En subsidio de las otras causales invocadas, acusa la sentencia por el motivo de que da cuenta el numeral 6º del artículo 520 del C. J. "pero ello si, dice el recurrente, partiendo del falso supuesto de que nos encontramos frente al numeral segundo del artículo 448 de la citada obra por estar en fallo, según el Tribunal, el extremo de la representación de los menores Bovea Martínez en lo que se relaciona con la madre natural de estos la señora Dora Martínez quien inicialmente aparece confiriendo poder especial o designando como curador **ad litem** de sus menores hijos Carlos Arturo y Gabriel Boyca Martínez al doctor Arnaldo Maury Castro, quien adelantó y llevó el presente juicio con la personería que le fue conferida.

Frente a este supuesto el Tribunal no podía fallar en el fondo como lo hizo, sino haber declarado la nulidad. No habiendo hecho esto habría quebrantado en forma directa los artículos 448, numeral 2º y 455 del C. J. por no haber dado aplicación estricta a estos mandatos, e indirectamente habría quebrantado el numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Se considera:

Dora Martínez en su condición de madre natural de los menores Carlos Arturo y Gabriel Bovea Martínez confirió poder especial o designó como curador **ad litem** al doctor Arnaldo Maury Castro para conseguir el reconocimiento de la paternidad de aquellos contra la sucesión de Abimael Bovea.

El doctor Maury Castro presentó la demanda en su condición de curador **ad litem** de dichos menores y pidió el discernimiento y la posesión previos en la curaduría.

El Juzgado en auto de siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro reconoció al doctor Maury Castro como curador **ad litem** de los menores, y lo requirió para que tomara posesión del cargo.

Solamente una vez cumplidas estas formalidades, fue admitida la demanda, y se trabó el juicio en el cual el doctor Maury Castro ha actuado siempre como curador **ad litem**.

El artículo 240 del C. J. sienta la regla general de que los incapaces comparecen en juicio por medio de sus representantes legales. El menor comparece en juicio cuando le fuere necesario, por medio de curador **ad litem** designado por el Juez en caso de que el representante legal se halle ausente (242 ibidem). El artículo 306 del C. C dispone que el hijo de familia no puede comparecer en juicio como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre.

Por regla general, corresponde a la madre la patria potestad sobre el hijo natural, preceptúa el artículo 14 de la Ley 45 de 1936, excepto cuando el juez con conocimiento de causa lo ha conferido al padre.

No consta que respecto de los menores Bovea Martínez la patria potestad se la hubiera conferido al padre, ya que de los términos de la demanda se infiere que no hubo reconocimiento irrevocable de aquellos por parte de él, en la forma autorizada por el artículo 2º de la ley 45 citada. Luego, la madre Dora Martínez tenía la patria potestad, y, por consiguiente, la representación de sus menores hijos.

El artículo 12 de la ley 45 dice: "Son partes en los juicios sobre filiación: el hijo por sí mismo, o representado por quien ejerce su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado de la crianza y educación del menor y el Ministerio Público. Las acciones dirigidas a obtener que se declare la filiación, se surten precisamente por medio de abogado titulado, salvo cuando las siga el Ministerio Público".

Del conjunto de todas estas normas legales, se deduce con toda evidencia que los menores Bovea Martínez no podían comparecer en juicio como incapaces sino por medio de su representante legal que es la madre. Pero ésta debía designar un abogado como apoderado para que la representara a ella como madre natural en el juicio sobre filiación natural de sus hijos.

No era la designación de un curador **ad litem** la que le competía, ya que el C. C. (artículo 583) y el Judicial solamente permiten hacer tales designaciones al Juez, y al mismo menor adulto (artículos 241 y 242 del C. J.).

En estas condiciones, es manifiesto que si los menores demandantes debían comparecer por medio de su madre natural, y ésta, a su vez, había de comparecer mediante un apoderado judicial, no por conducto de un curador **ad litem**, hay una ilegitimidad adjetiva de la personería de aquellos, en cuanto su representante en el juicio, autorizado por la ley, debía ser un apoderado, y no un curador **ad litem** para cuya designación la madre no estaba autorizada.

La nulidad se alega en el recurso por el apoderado de la parte actora, al cual la madre de los menores y a nombre de estos le confirió poder para representarlos en el recurso de casación oportunamente interpuesto, y en tal condición fue reconocido.

Quiere decir esto, que la nulidad como causal de casación ha sido invocada por la parte mal representada, lo que está de acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte (T. LXX, números 2.107 y 2.108, pág. 812; Tomo LXXI, números 2.110, 2.111, pág. 169, número 2.112, pág. 551 y Tomo LXXVI, número 2.134, pág. 244).

Por otra parte, la nulidad no ha sido saneada ya que no hay manifestación expresa alguna de la madre de los menores al respecto; en las dos instancias estuvo ilegalmente representada por el curador **ad litem**. Solamente en el recurso de casación ha comparecido por medio de apoderado debidamente constituido, quien como tal alega la nulidad.

El cargo prospera, la sentencia recurrida ha de casarse, sin que haya lugar a examinar los demás cargos de la demanda, de conformidad con el artículo 539 del C. J. En consecuencia, es el caso de declarar nulo todo lo actuado en este proceso desde el auto admisorio de la demanda, con la condenación en costas impuesta por el artículo 458 del Código citado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha 19 de septiembre de 1956, y en su lugar

RESUELVE:

DECLARASE NULO TODO lo actuado en el presente juicio a partir del auto admisorio, inclusive.

Costas de lo anulado a cargo del funcionario y parte responsables.

Sin costas el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Alfredo Cock Arango — Ignacio Escallón — José Hernández Arbeláez — Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada — Arturo Valencia Zea — Jorge Soto Soto, Secretario.

LA CORRECCION NUMERICA QUE CONDUZCA A PRODUCIR MUTACIONES SUSTANCIALES EN LAS BASES DEL FALLO, ES IMPROCEDENTE.—LA COADYUVANCIA DE LA CONTRAPARTE PARA QUE SE CAMBIE POR UNO MAYOR UN GUARISMO DE PESOS CONSIGNADO EN LAPARTE RESOLUTIVA DEL FALLO, CONSTITUYE UN RECONOCIMIENTO EN FAVOR DE LA OTRA PARTE QUE PUEDE HACERLO VALER EN SU OPORTUNIDAD.—ACLARACION DE SENTENCIA

1.—Dentro de la corrección del error aritmético autorizado por el artículo 483 del C. J. no cabé borrar de la parte resolutiva del fallo el guarismo de pesos allí estampado, y poner, en su lugar, uno de un valor superior, porque tal proceder desnaturalizaría la corrección numérica puesto que llevaría "a producir mutaciones sustanciales en las bases del fallo" (G. J. Tomo LXVI).

La coadyuvancia del apoderado de la parte contraria para que, "aunque no se trata de error aritmético", con su autorización se haga la declaración de que el precio estipulado fue el del guarismo de pesos superior al que aparece en la sentencia, dados los términos perentorios del artículo 482 del C. J. de que el fallo no es reformable ni revocable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado, no es dable hacerla porque ello conduciría a una reforma de la sentencia en la parte resolutiva, lo que iría contra la inmutabilidad de las sentencias.

Tal manifestación de coadyuvancia, constituye un reconocimiento en favor de la contraparte sobre cantidad de dinero que debe restituírle aquella, y que podrá hacer valer en su oportunidad.

2. — La aclaración basada en el artículo 482 del C. J. en el sentido de que "el demandado tiene derecho a que por los trámites del artículo 553 del C. J. o de una articulación, se regule el valor de sus mejoras por el Juez del conocimiento", no se conforma con la aclaración que autoriza el artículo 482 citado.

En efecto, este permite aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, pero no adicionar un fallo con una resolución no hecha en él. Si la sentencia no dice nada, ni en su parte motiva ni en la resolutiva, sobre mejoras realizadas por el demandado, para hacer la declaración que se pretende sobre ellas, habría que estudiar las pruebas existentes al respecto y, con el pretexto de aclarar conceptos oscuros o dudosos que no se han expresado, adicionar la sentencia, lo que claramente riñe con los términos y el espíritu del artículo 482 del C. J.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

En el fallo de veintitrés de septiembre último, la Corte casó la sentencia recurrida en este juicio y, como Tribunal de instancia falló el pleito así: 1º Declaró que la demandante Elvira Sánchez de Sánchez, como vendedora, sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa de la finca San José de Toca (Boyacá), celebrado con José Acevedo Camacho, como comprador, según escritura pública número 429 de 19 de febrero de 1947, corrida en la Notaría 5ª de Bogotá; 2º En consecuencia, declaró la rescisión de dicho contrato y condenó a Acevedo Camacho a devolverle a la demandante la finca, seis días después de ejecutoriado el auto de obedézcase y cúmplase, siempre que aquel no opte por el completo del precio; 3º Condenó a la demandante a devolver a Acevedo Camacho, en el mismo plazo fijado para la restitución, "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"; 4º El comprador Acevedo Camacho debe los frutos naturales y civiles de la finca, desde la fecha de la demanda, y la demandante debe "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", siempre que no se opte por el completo del precio; 5º Reconoció al comprador la opción de consentir en la rescisión decretada o comple-

tar el justo precio de la finca vendida, con deducción de una décima parte, en el término señalado al efecto; 6º Dispuso oficiar a la Notaría y al registro respectivo, en caso de que el demandado Acevedo Camacho consintiere en la rescisión, tan pronto como los demandantes hayan hecho las restituciones del caso al demandado; y 7º Negó las demás declaraciones de que trata el juicio.

El apoderado sustituto del demandado José Acevedo Camacho, solicita de la Sala "se sirva corregir el error aritmético en que incurrió la Corte en los numerales 3º y 4º de la sentencia de 23 de septiembre próximo pasado, borrando la cifra de $ 80.000.00 y poniendo en su lugar la de $ 115.000.00 que es la que recibió la señora demandante, con las declaraciones consecuenciales".

Pide, asimismo, se aclare la sentencia en el sentido de que "el demandado tiene derecho a que por los trámites del artículo 553 del C. J. o de una articulación, se regule el valor de sus mejoras por el Juez del conocimiento, a quien debe autorizársele para prorrogar prudencialmente el término fijado en el ordinal 5º del fallo, si ello fuere necesario para que quede en firme la regulación de dicho valor, a fin de que las prestaciones mutuas se cumplan y ejecuten al mismo tiempo, como es de ley y no se torne ilusorio el derecho del demandado".

Funda su pedimento en los artículos 482 y 483 del C. J. y en la consideración de que de autos se encuentra probado que la demandante recibió como precio la suma de $ 115.000.00 y no la de $ 80.000.00 que se le ordena restituir; y que "mediante testimonios fidedignos recibidos en la primera instancia acreditó el demandado plenamente que, después de adquirida la hacienda de San José realizó mejoras importantes en dicho predio", y "Tales mejoras, valgan lo que valieren, han de pagársele a Acevedo en el caso del numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia, o deberá deducirse su valor del llamado justo precio, en el caso del numeral 5º de la misma".

Hecha la salvedad de que no existe error aritmético, el apoderado de la demandante tiene por cierto que el precio estipulado fue el de ciento quince mil pesos, y autoriza la aclaración solicitada. En cuanto al debate sobre las mejoras dice que "es una invitación a pronunciar otra sentencia por no gustarle al demandado la que ya dictó la Corte". El peticionario basa la corrección del que considera error aritmético en las varias pruebas que contiene el expediente, de las cuales se refiere:

1º A la declaración sobre presunción de ser ciertos los hechos sobre los cuales debía interrogarse a la demandante en las posiciones que no se presentó a absolver en la segunda instancia. De tales hechos destaca: el de ser verdad que el precio de la finca San José fue de $ 115.000.000, de los cuales recibió en dinero $ 55.000 y $ 60.000 en el precio de dos casas que el comprador de San José transfirió a dos hijos de la vendedora, precio que la demandante destinó a cancelar sendos créditos de sus hijos; y el de ser verdad que la escritura de venta del inmueble San José, al asegurar que el precio fue de $ 80.000.00 no expresa la verdad.

2º Al reconocimiento que la demanda de casación en diversos pasajes hace expresamente de que el precio recibido por la señora Elvira Sánchez de Sánchez, vendedora de la finca San José, fue la suma de $ 115.000.00.

Con este razonamiento concluye que el haber condenado la Corte, en la sentencia que profirió como Tribunal de instancia, a la actora señora Sánchez de Sánchez a devolverle al demandante solamente la suma de ochenta mil pesos ($ 80.000) no puede obedecer sino a un error aritmético, que es necesario enmendar poniendo en los numerales 3º y 4º de la sentencia de 23 de septiembre pasado $ 115.000.00 en vez de $ 80.000.00.

Pero no debe pasarse por alto la consideración que el reclamante hace, como preámbulo de su solicitud sobre corrección del error aritmético, consistente en que la Corte no tuvo en cuenta la existencia de "la confesión judicial de la señora demandante declarada por el Tribunal de Bogotá en la segunda instancia".

Estudiada cuidadosamente la sentencia, aparece que la Corte, en los considerandos de aquella, transcribió los apartes del fallo del Tribunal referentes a la confesión presunta de la demandante, en los cuales se habla de que el precio de la compraventa rescindida por lesión enorme fue de $ 115.000.00 que ella recibió en la forma expresada atrás. Pero esta transcripción la hizo la Sala de casación solamente con el fin de considerar el error de hecho en la apreciación de la prueba por el Tribunal, el cual negó las peticiones de la demanda por haber estimado que el contrato sub judice contenía una simulación relativa, toda vez que bajo la apariencia de la compraventa pactada en la escritura respectiva, resultaba un contrato de permuta. La Corte, con la misma prueba tenida en cuenta por el Tribunal, halló que no había simulación relativa sino un contrato de compraventa. Empero, en este punto no se ocupó del cuantum del precio sino de este en sí mismo, para

determinar si el contrato era de venta o de permuta.

Del monto del precio pagado trató solamente en la parte motiva del fallo de instancia, a propósito de este extremo y del precio que tuvo el inmueble al tiempo del contrato, en los siguientes términos: "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 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".

Consecuencia de esta premisa son los ordinales 3º y 4º de la parte resolutiva, en los cuales la Corte, como Tribunal de instancia, condena a la demandante o a sus sucesores a devolverle a José Acevedo Camacho dentro del mismo plazo fijado para la restitución de la finca, "la suma que a cuenta del precio de dicho predio pagó a la señora viuda de Sánchez, ochenta mil pesos ($ 80.000) moneda corriente, y siempre que no se opte por el completo del precio", y "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".

De los términos perentorios del considerando en que la sentencia dice que el precio de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) declarado en la escritura no fue modificado legalmente por los contratantes, se ve claramente que en las condenaciones a la restitución de esta suma y sus intereses legales de ella no hay error aritmético, el cual, según la doctrina de la Corte en diversas providencias dictadas desde el año de 1895 (G. J. Tomo 11, pág. 179, número 1.818, pág. 470. Tomo XLV, pág. 291), "es el que resulta de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla: es decir que sin alterar los elementos numéricos el resultado sea otro diferente". En el caso que se considera, el fallador no practicó ninguna operación aritmética o algebraica, sino que consideró que el precio pactado en la escritura "y no modificado legalmente por los contratantes, es de ochenta mil pesos ($ 80.000.00). Significa esto que la Corte como fallador de instancia no halló que las partes hubieran acreditado legalmente la modificación del precio estipulado en la escritura de venta.

Dentro de la corrección del error aritmético autorizado por el artículo 483 del C. J. no cabe, como lo pretende la parte demandada, que se borre en los apartes 3º y 4º de la parte resolutiva del fallo el guarismo de ochenta mil pesos ($ 80.000.00), y se ponga en su lugar el de ciento quince mil pesos ($ 115.000.00), porque tal proceder desnaturalizaría la corrección numérica puesto que llevaría "a producir mutaciones sustanciales en las bases del fallo". (G. J. Tomo LXVI).

La coadyuvancia del apoderado de la parte demandante para que, "aunque no se trata de error aritmético", con su autorización se haga la declaración de que el precio estipulado fue el de ciento quince mil pesos, dados los términos perentorios del artículo 482 del C. J. de que la sentencia no es reformable ni revocable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado, no es dable hacerla porque ello conduciría a una reforma de la sentencia en dos de los ordinales de la parte resolutiva, lo que iría contra la inmutabilidad de las sentencias.

Estima la Corte que la manifestación que hace el señor apoderado de la parte actora, dada la respetabilidad que la respalda, constituye un reconocimiento en favor del demandado sobre la cantidad de dinero que debe restituírle aquella, que podrá hacer valer en su oportunidad.

Se concluye que no es el caso de hacer la corrección numérica invocada.

La aclaración basada en el artículo 482 del C. J. en el sentido de que "el demandado tiene derecho a que por los trámites del artículo 553 del C. J. o de una articulación, se regule el valor de sus mejoras por el Juez del conocimiento", no se conforma con la aclaración que autoriza el artículo 482 citado.

En efecto, este permite aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, pero no adicionar un fallo con una resolución no hecha en él. Sobre mejoras realizadas por el demandado no dice nada la sentencia ni en su parte motiva ni en la resolutiva. Por lo tanto, para hacer la declaración que se pretende ahora sobre ellas, habría que estudiar las pruebas existentes al respecto y, con el pretexto de aclarar conceptos oscuros o dudosos que no se han expresado, adicionar la sentencia, lo que claramente riñe con

los términos y el espíritu del artículo 482 del C. J.

Por virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, DECLARA que no hay lugar a la corrección del error aritmético ni a la aclaración de la sentencia de veintitrés de septiembre pasado, solicitadas por el apoderado de la parte demandada.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón — José Hernández Arbeláez — Armando Latorre Rico—Arturo C. Posada — Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

FILIACION NATURAL. — EL ERROR DE HECHO COMO CAUSAL DE CASACION.— REFORMATIO IN PEJUS. — LAS PRUEBAS DE QUE EL PRETENSO PADRE ATENDIO A LOS GASTOS QUE DEMANDO EL ALUMBRAMIENTO Y TRATO EL NIÑO CON PATERNAL CARIÑO, NO SON MEDIOS PARA CONCLUIR QUE LAS RELACIONES SEXUALES ABARCARON LOS CIENTO OCHENTA DIAS EN QUE SE BASA LA PRESUNCION DE PATERNIDAD DEL ARTICULO 4º DE LA LEY 45 DE 1936. ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN LA DESESTEMACION DE PRUEBAS

1.—El artículo 520 del Código Judicial exige que el demandante en casación demuestre que el Tribunal incurrió "en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos" El error de hecho a que se refiere la norma citada, lo tiene repetido la Corte, "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 los autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre evidentemente, que ese hecho existió" (G. J. Nos. 2138'39, página 119, casación de marzo 23 de 1954). El recurrente no expresa en qué consiste el error de hecho cometido por el fallador de segunda instancia, ni podía decirlo, ya que, versando él sobre la indebida apreciación de las pruebas, en el sentido que las define el artículo 593 del Código Judicial, no cabía incurrir en él al desatar la apelación interpuesta por la parte demandante, porque el alcance de ella lo fijaba solamente lo desfavorable de la parte resolutiva de la sentencia.

2.—El artículo 494 del Código Judicial preceptúa que "la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto de recurso". Consagra así el Código de Procedimiento Civil la prohibición al Superior de la reformatio in pejus, es decir, que éste, al resolver el recurso de alzada no puede agravar las obligaciones impuestas a la parte apelante en la providencia recurrida.

Cuando en una acción encaminada a obtener la declaración de filiación natural y consiguiente restitución de herencia con todas sus consecuencias sobre entrega de bienes, el Tribunal, al resolver la apelación interpuesta únicamente por la parte actora, confirma la negativa a declarar la paternidad natural, y adiciona el fallo en el sentido de absolver a los demandados de los cargos formulados en la demanda, con tal adición no le causa perjuicio alguno al actor, toda vez que frente a los demandados no tiene ninguna participación hereneial en los bienes dejados por el pretenso padre.

3.—La doctrina y la jurisprudencia tienen establecido que los medios probatorios aducidos para la aplicación del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, han de acreditar de una manera irrefragable: 1º. La existencia de las relaciones sexuales con las características de notoriedad y estabilidad; y 2º. Que la estabilidad de ellas comprenda los límites de su duración, es decir, la época en que comenzaron y la en que cesaron, pero en forma que sea posible deducir la presunción que sobre nacimiento estatuyen los artículos 4º de la citada ley y 92 del Código Civil.

Las pruebas de que el pretenso padre atendió a los gastos que demandó el alumbramiento, y trató el niño con paternal cariño, pueden ser medios para alfanzar la certeza del juzgador, cuando se da la prueba legal de las relaciones, o para establecer la posesión notoria, pero nunca para concluír que aquéllas abarcaron los ciento ochenta días en que se basa la presunción de paternidad natural del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

4.—El cargo fundado en que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al tratar de desestimar la prueba testimonial porque algunos deponentes no explican la

razón de sus dichos, resulta innecesario cuando el sentenciador motivó su fallo no en que los testigos que depusieron sobre la fecha del concubinato no hubieran dado la razón de sus dichos, sino exclusivamente en consideración a que ninguno de ellos señala con certeza la época en que se iniciaron las relaciones maritales a efecto de comprobar el lapso exigido por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para deducir la paternidad.

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

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

RAQUEL RAMIREZ, por medio de apoderado y en su condición de representante legal, como madre natural del menor Héctor Fabio Ramírez, ante el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, demandó a FAUSTINA LERMA viuda de PEREZ y MARTINIANA viuda de PEREZ, representantes de la sucesión de Luis Angel Pérez, para que por los trámites del juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Héctor Fabio Ramírez, hijo natural de Raquel Ramírez, es, también, hijo natural de Luis Angel Pérez Lerma, ya finado:

"b) En atención a la declaración que antecede, el mencionado Héctor Fabio Ramírez es heredero natural de Luis Angel Pérez L. y, como tal tiene derecho a intervenir en el juicio mortuorio de su padre natural y a recoger, como herencia, la porción de bienes que, al efecto, tiene señalada el artículo 1º de la Ley 45 de 1936.

"c) Inscríbase esta sentencia en el libro respectivo de la oficina de registro y en los correspondientes de la Notaría de este circuito;

"d) Que, en caso de oposición a las pretensiones que dejo solicitadas, se condene en costas a los opositores".

El libelo expone los siguientes hechos como fundamento de la acción:

Raquel Ramírez vivió aproximadamente unos quince (15) meses en casa de Luis Angel Pérez y su esposa Martiniana Millán Ramírez, parienta de aquélla. Durante este tiempo Pérez se dió a hacerle el amor a Raquel Ramírez hasta lograr que se le entregara carnalmente.

Pérez, temeroso de que su esposa se diese cuenta de las relaciones sexuales que mantenía con la Ramírez, consiguió que ésta se fuera a vivir a la casa de José Ignacio o Higinio Millán y Muricia Ramírez, suegros de Luis Angel Pérez, donde prosiguieron las relaciones sexuales de éste con Raquel.

Más tarde la llevó a vivir a la casa de Esther Julia Díaz en la población de La Unión (Valle). Pérez pagaba el arrendamiento de la pieza o departamento ocupado por Raquel, lo mismo que los gastos de alimentación y vestuario. Allí ella recibía las visitas cotidianas de Pérez, y dormía muchas veces a su lado en la misma casa.

Fruto de la vida marital que hacían Luis Angel Pérez y Raquel Ramírez fue el nacimiento de un hijo, a quien se bautizó con el nombre de Héctor Fabio Ramírez.

Pérez atendió a la Ramírez durante el tiempo del embarazo y de la dieta proveyendo a los gastos que tales situaciones imponen; contrató y pagó el ajuar del niño a quien visitaba con frecuencia y lo acariciaba con afecto paternal.

Luis Angel Pérez buscó el padrino del niño para el bautismo, y fue a la Notaría con el ánimo de hacerlo inscribir como hijo natural suyo, pero, para evitar que su esposa se enterara, por el registro, de sus relaciones con Raquel Ramírez, buscó a un amigo para que denunciara al niño, y él optó por servir apenas de testigo.

Pérez veló maritalmente por Raquel Ramírez hasta los últimos días de su vida, y paternalmente por el menor Héctor Fabio Ramírez.

En el mes de septiembre de 1948 pereció trágicamente Luis Angel Pérez en la población de La Unión.

No hizo testamento, ni dejó descendencia legítima ni hijos naturales, fuera del demandante.

Quedaron, en cambio, su cónyuge, señora Martiniana Millán viuda de Pérez, y su madre legítima, señora Faustina Lerma viuda de Pérez. Esta fue reconocida como heredera, y aquélla como interesada en el juicio sucesorio de Luis Angel Pérez.

En sentencia de treinta de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Juzgado del Circuito desató la primera instancia resolviendo:

"1º.—No declara, como al efecto no lo declara que el menor Héctor Fabio Ramírez es hijo natural de Luis Angel Pérez.

"2º. Como consecuencia una vez en firme el presente fallo cancélese el registro de la demanda".

Interpuesto por la parte actora el recurso de apelación, el Tribunal Superior de Buga lo resolvió en fallo de veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, que, en su parte resolutiva, reza: "Confirma la sentencia de primera instancia dictada en este negocio, con

fecha treinta de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, por el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, con la adición de que se absuelve a los demandados de los cargos formulados en el libelo de demanda. Condénase en costas a la parte recurrente".

El apoderado de la parte actora interpuso contra la sentencia del Tribunal el recurso extraordinario de casación, que, admitido y rituado, entra a decidir la Corte.

DEMANDA DE CASACION

La demanda de casación alega la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial por ser violatoria la sentencia de la ley sustantiva, según los tres cargos que desarrolla o expone en tres apartes.

PRIMER CARGO

Las demandadas, con la contestación al libelo principal y al de corrección, en la cual negaron los hechos atinentes a las relaciones sexuales de Pérez Lerma con Raquel Ramírez, y al nacimiento del menor demandante como fruto de ellas, aceptaron otros y se opusieron a las peticiones de la demanda original y a la de corrección, plantearon la controversia.

El Juzgado en el fallo de primer instancia resolvió: 1º. No declarar que el menor Héctor Fabio Ramírez es hijo natural de Luis Angel Pérez; y 2º. Ordenar que una vez ejecutoriado el fallo se cancele el registro de la demanda.

Notificada la sentencia por Edicto, los demandados la aceptaron en todas sus partes, dado que no interpusieron recurso alguno.

Sólo el demandante propuso contra ella el recurso de apelación, que no se entendía interpuesto sino en lo desfavorable. De consiguiente, el fallo únicamente era objeto de la apelación en cuanto "se denegó la declaración de filiación del menor Héctor Fabio Ramírez, y el Tribunal no podía al desatar el recurso adicionarlo en el sentido de absolver a los demandados de los cargos propuestos en la demanda ya que esto no era punto de discusión en la segunda instancia y al proceder así violó la ley procedimental porque agravó la situación jurídica del demandante una vez que el fallo así adicionado pasa a fundar la excepción de cosa juzgada. Y el fallo de primera instancia dejó la puerta abierta para que el actor mejore el procedimiento en otro juicio".

Con este procedimiento, concluye el demandante, el Tribunal, al adicionar la sentencia, incurrió en error de hecho y de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos, quebrantó el artículo 494 del Código Judicial el cual dispone perentoriamente que la apelación sólo se entiende en lo desfavorable, lo cual fue motivo para que violara, por falta de aplicación los artículos 26, 27 y 28 del Código Civil, "que señalan la pauta a los jueces y funcionarios públicos para la aplicación de las leyes".

Considera la Corte:

Estima el recurrente que el Tribunal se extralimitó en el alcance de la apelación, con la adición "de que se absuelve a las demandadas de los cargos formulados en la demanda, e incurrió en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos y también en error de derecho".

El artículo 520 del Código Judicial exige que el demandante en casación demuestre que el Tribunal incurrió "en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos". El error de hecho a que se refiere la norma citada, lo tiene repetido la Corte, "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 los autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre evidentemente, que ese hecho existió" (Gaceta Judicial, números 2138/39, página 119 —casación de marzo 23 de 1954). El recurrente no expresa en qué consiste el error de hecho cometido por el fallador de segunda instancia, ni podía decirlo, ya que, versando él sobre la indebida apreciación de las pruebas, en el sentido que las define el artículo 593 del Código Judicial, no cabía incurrir en él al desatar la apelación interpuesta por la parte demandante, porque el alcance de ella lo fijaba solamente lo desfavorable de la parte resolutiva de la sentencia.

Por el aspecto del error de hecho, el recurso está mal fundamentado, y no puede prosperar.

Ha de considerarse el cargo en cuanto dice que el Tribunal quebrantó el artículo 494 del Código Judicial con la adición de la sentencia de primer grado.

Esta disposición preceptúa que "la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto de recurso". Consagra así el Código de Procedimiento Civil la prohibición al Superior de la **reformatio in pejus**, es decir, que éste, al

resolver el recurso de alzada, no puede agravar las obligaciones impuestas a la parte apelante en la providencia recurrida.

Es evidente que el Tribunal en el caso **sub lite**, tenía en principio limitada su facultad a confirmar o revocar la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia. Compete considerar si en la adición que dice: Se absuelve a las demandadas de los cargos formulados en la demanda, hay o no una **reformatio in pejus**.

Las súplicas de la demanda se reducen a dos: La principal para que se declare que el menor Héctor Fabio Ramírez es hijo natural de Luis Angel Pérez Lerma, y la consecuencial de petición de herencia.

El Juez negó la declaración principal y ordenó cancelar el registro de la demanda.

La alzada de la parte demandante se encaminaba, por consiguiente, a que se revocara lo resuelto por el inferior y se declararan favorablemente las súplicas incoadas.

No habiendo prosperado las aspiraciones del actor, puesto que el Tribunal confirmó la sentencia del Juzgado, la adición de que se absuelve a las demandadas, no agrava o no le infiere ningún perjuicio al demandante. En efecto, negada la declaración de que el actor es hijo natural de Luis Angel Pérez, la petición de herencia con todas sus consecuencias sobre entrega de bienes, no tendría asidero legal, dado que ésta es una consecuencia de aquélla, es decir, que por sí misma, sin la declaración de paternidad natural, no puede prosperar. De suerte que la absolución de las demandadas no le causa perjuicio alguno al actor, toda vez que frente a las demandadas no tiene ninguna participación herencial en los bienes de Luis Angel Pérez.

Consideradas así las cosas, el cargo carece de fundamento.

SEGUNDO CARGO

El demandante sustenta el segundo cargo comenzando por referirse a que el Tribunal en la parte motiva del fallo reproduce la repetida doctrina de la Corte sobre el criterio exigente, estricto y riguroso que debe emplear el juzgador en la apreciación de la prueba de las relaciones sexuales notorias y estables, cuando es esta la causal invocada en la demanda de filiación natural, y también en cuanto a que los testigos deben determinar precisamente la época en que principió o en que terminó el concubinato, para que pueda aplicarse la presunción establecida en el artículo 92 del Código Civil.

Con este criterio, prosigue el recurrente, el Tribunal analiza las declaraciones de los testigos Julio Roldán, Graciela Cedeño, Esther Julia Díaz, Ana Joaquina Posso, Humbelina Millán, Isabel Millán y Hermila Millán, para concluir que ninguno de ellos, "señala con certeza la época en que se iniciaron las relaciones maritales entre Luis Angel Pérez y Raquel Ramírez y no puede deducirse que su comienzo antecedió al nacimiento de Héctor Fabio Ramírez, ocurrido el 5 (sic) de octubre de 1944, en un lapso por lo menos igual al en que conforme al Código Civil se presume que hubo de ocurrir la concepción".

De los razonamientos del Tribunal sobre la estimación de esta prueba testimonial, el recurrente concluye que aquél desestimó la prueba calificándola por dos extremos: 1º. Porque los testigos no señalaron con certeza la época en que comenzaron las relaciones maritales entre los concubinos Pérez y Ramírez; y 2º. Porque algunos de ellos no dan razón de su dicho.

Observa que la existencia del concubinato con sus características de estabilidad y notoriedad no es materia del recurso porque ningún reparo le hizo el fallador al respecto.

Analiza luégo, en lo que toca con la época inicial de las relaciones sexuales, las exposiciones de los testigos Julio Roldán, Graciela Cedeño, Esther Julia Díaz, Humbelina Millán e Isabel Millán, y deduce que el Tribunal incurrió en grave error, al sostener que ninguno de los testigos señala con certeza la época en que se iniciaron las relaciones cuando, por lo menos, los cuatro últimos "hacen referencia directa, concreta e indubitable a los años de 1943 o 1944 en que se registraron tales relaciones y está demostrado con la partida de bautismo de Héctor Fabio Ramírez que su nacimiento ocurrió el 6 de octubre de 1944".

Transcribe los términos concretos en que se expresan los declarantes sobre la época o tiempo en que Pérez y Ramírez mantuvieron sus relaciones sexuales, e insiste en que "deponen en forma clara, expresa y categórica que el concubinato fue un hecho cumplido en los años de 1943 o 1944 sin poder precisar cuál de los dos años".

Remata la acusación de la sentencia en este cargo, diciendo que el fallador en el examen de los testimonios en la parte relativa a la época en que existieron las relaciones sexuales o concubinato entre Luis Angel Pérez y Raquel Ramírez incurrió en error de hecho y de derecho violatorio de la ley sustantiva: el primero, que es evidente y aparece de modo manifiesto en los

autos, consiste en haber confundido la iniciación de lás relaciones con la existencia del mismo estado de concubinato, que los testigos radican en los años de 1943 o 1944; el error de derecho radica, en no haber dado a las declaraciones que cita todo el mérito probatorio que ellas conllevan, dado que se trata de testimonios que no fueron tachados, que por lo responsivos y completos ninguna objeción seria merecen, y, por lo tanto, forman plena prueba acerca de los hechos que relatan en sus exposiciones. "Con uno y otro error el sentenciador quebrantó los artículos 696 y 697 del Código Judicial, y, por haberlos desatendido violó también por falta de aplicación al caso del pleito el Inciso 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

Observa la Corte:

El hecho en el cual coloca la demanda la causa para pedir la declaración de filiación natural en favor del menor Héctor Fabio Ramírez, es el haber nacido dentro de las relaciones sexuales estables y notorias que mantuvo su madre, Raquel Ramírez, con el presunto padre, Luis Angel Pérez. Es de observarse que la demanda no expresa, como debía hacerlo, siquiera el año en que ellas comenzaron.

El artículo 4º de la Ley 45 de 1936 dispone que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad: "4º. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria, relaciones sexuales, estables aunque no hayan tenido comunidad de habitación, y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días de que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron".

La doctrina y la jurisprudencia tienen establecido que los medios probatorios aducidos para la aplicación de esta norma, han de acreditar de una manera irrefragable: 1º. La existencia de las relaciones sexuales con las características de notoriedad y estabilidad; y 2º. Que la estabilidad de ellas comprenda los límites de su duración, es decir, la época en que comenzaron y la en que cesaron, pero en forma que sea posible deducir la presunción que sobre nacimiento estatuyen los artículos 4º de la Ley 45 de 1936 y 92 del Código Civil.

Con el caso **sub lite**, según lo observa el recurrente, no toca la existencia de las relaciones sexuales en sí ni con sus caracteres propios. La cuestión por decidir es la atinente a si los testimonios traídos al juicio para comprobar la duración de las relaciones prueban especialmente el extremo de la época en que Pérez y Ramírez las comenzaron.

La sentencia, luégo de transcribir las partes pertinentes de las declaraciones rendidas por Julio Roldán, Graciela Cedeño, Esther Julia Díaz, Humbelina Millán e Isabel Millán y de referirse a las de Ana Joaquina Posso y Hermila Millán, termina en lo fundamental así:

"De los anteriores testimonios resulta que según Julio Roldán, las relaciones sexuales de Luis Angel Pérez y Raquel Ramírez ocurrieron 'hará de unos siete a ocho años' y duraron en la casa de Esther Julia Díaz 'unos seis a ocho meses, no consecutivos'; para Graciela Cedeño 'hace unos nueve años y durante "un tiempo no menor de cuatro años'; para Esther Julia Díaz fue 'por allá en el año de 1943 o 1944' cuando vivieron juntos en la pieza de su casa 'por espacio de unos tres años o algo más'; Ana Joaquina Posso no recuerda cuánto tiempo hace que tuvieron las relaciones, ni cuánto tiempo fue que vivieron juntos; a Humbelina Millán le 'parece que fue desde el año de 1943' y durante 'unos cuatro años, más o menos'; y para Isabel Millán 'hace unos diez años por lo menos y por espacio de algo más de dos años' 'por allá en el año de 1943'.

"Julio Roldán dice qué le consta el hecho 'porque acostumbraba en esos tiempos ir a la misma casa de Esther Julia Díaz debido a la amistad que con ella y su familia tenía'; Graciela Cedeño declara porque lo presenció sin decir el por qué; Humbelina Millán dice que le consta por haberlo presenciado, sin decir tampoco por qué razón; Esther Julia Díaz declara, porque vivían en su misma casa; e Isabel Millán que le consta por ser vecina de la casa de Esther Julia Díaz.

"Pero sea cual fuere la explicación de sus declaraciones aunque se acepte que todos sí dan la razón de su dicho, lo cierto es que ninguno señala con certeza la época en que se iniciaron las relaciones maritales entre Luis Angel Pérez y Raquel Ramírez y no puede decirse que su comienzo antecedió al nacimiento de Héctor Fabio Ramírez, ocurrido el 6 de octubre de 1944, en 'un lapso por lo menos igual al en que conforme al Código Civil, se presume que hubo de ocurrir la concepción'. En otras palabras, no hay base para afirmar que Héctor Fabio nació 'después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones', requisito indispensable para que pueda declararse que el hijo de Raquel Ramírez es hijo natural de Luis Angel Pérez, de acuerdo con la causal cuarta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

Si para Julio Roldán las relaciones amorosas

de Luis Angel Pérez y Raquel Ramírez duraron de unos seis a ocho meses y eso "hará de unos siete a ocho años" teniendo en cuenta que declara el cinco de febrero de 1952, coloca la iniciación de ellas en los años de 1944 a 1946.

Graciela Cedeño depone que aquellos "hicieron vida marital, hace unos nueve años, por lo menos, durante cuatro años". Relacionando esta época con la fecha de su exposición, también 6 de febrero de 1952, el concubinato habría comenzado en el año de 1943.

Esther Julia Díaz dice: "por allá en el año de 1943 o 1944 Luis Angel Pérez y Raquel Ramírez vivieron maritalmente en una pieza de habitación de mi casa ubicada en esta población que el primero me tomó alquilada a diez pesos mensuales. En esta pieza vivieron juntos por espacio de unos tres años o algo más, hace de nueve a diez años".

Humbelina Millán expone: "Me consta como (sic) presencial que el finado Luis Angel Pérez hizo vida marital por largo tiempo y me parece que fue desde el año de 1943. El tiempo que duraron esas relaciones maritales pudo ser de unos cuatro años más o menos".

Isabel Millán declara que Pérez y Ramírez vivieron maritalmente en La Unión "hace unos diez años por lo menos y por espacio algo más de dos años, pues con precisión no recuerdo el espacio de tiempo..... porque soy vecina de la casa de Esther Julia Díaz, me consta que Luis Angel Pérez llevó a vivir a Raquel Ramírez, por allá en el año de 1943, a una pieza de la casa de habitación de la señora Esther Julia Díaz...".

Ana Joaquina Posso terminantemente manifiesta que no recuerda ni puede precisar el tiempo en que Pérez y Ramírez vivieron en casa de Esther Julia Díaz.

Hermila Millán no depone sobre esta circunstancia.

De lo transcrito, se tiene que ninguno de los testigos, como lo expresa la sentencia, fija con certeza siquiera el año en que se inició la vida de concubinato entre Luis Angel Pérez y Raquel Ramírez, pues todos emplean expresiones dudosas; para Julio Roldán ocurrieron entre los años de 1944 y 1946; para Esther Julia Díaz de 1943 a 1944; a Humbelina Millán le parece que fue en el año de 1943, a Isabel Millán hace unos diez años, por allá en el año de 1943 y según Graciela Cedeño, hace unos nueve años.

De estas exposiciones no podría deducirse con absoluta certeza que las relaciones sexuales principiaron en 1943 porque la incertidumbre de los testigos no lo permite. Aceptando que ello hubiera sido en el año de 1944, todavía faltaría que hubieran precisado siquiera el mes, para poder aplicar la presunción de ser el demandante hijo natural de Luis Angel Pérez por haber nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron las relaciones. Este término contado hacia atrás, desde el 6 de octubre de 1944, en que según el acta de registro civil nació Héctor Fabio Ramírez, requiere la plena comprobación de que las relaciones sexuales entre la madre natural y el pretendido padre hubieran tenido iniciación antes del seis de abril del mismo año, lapso indispensable para que transcurrieran los ciento ochenta días que exige el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para deducir la paternidad. Pero esto es imposible hacerlo con el dicho de testigos que no tienen certeza de si el concubinato de Pérez y Ramírez comenzó en 1943 o 1944. Y así lo reconoce el mismo recurrente.

Las pruebas de que Pérez atendió a los gastos que demandó el alumbramiento y trató al niño con el cariño de padre, serán medios para afianzar la certeza del juzgador, cuando se da la prueba legal de las relaciones, o para establecer la posesión notoria, pero nunca para concluir que aquellas abarcaron los ciento ochenta días en que se basa la presunción de paternidad natural del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Se infiere de lo expuesto que el Tribunal no incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial al afirmar en la sentencia: "lo cierto es que ninguno de los testigos señala con certeza la época en que se iniciaron las relaciones maritales entre Luis Angel Pérez y Raquel Ramírez y no puede decirse que su comienzo antecedió al nacimiento de Héctor Fabio Ramírez, ocurrido el 6 de octubre de 1946, en un lapso por lo menos igual al que conforme al Código Civil se presume que hubo de ocurrir la concepción".

Tampoco cometió error de derecho al no darle el valor de plena prueba al dicho de los testigos analizados, por la misma razón de que no determinaron la época en que comenzaron las relaciones sexuales entre Pérez y Ramírez. Así era imposible aplicar el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

TERCER CARGO

Este cargo lo funda en que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al tratar de desestimar la prueba porque algunos testigos no explican la razón de sus dichos.

Transcribe los apartes pertinentes de las deposiciones de Julio Roldán, Graciela Cedeño, Esther Julia Díaz, Ana Joaquina Posso, Humbelina Millán, Isabel Millán, Hermila Millán, Agustín Montemiranda y Francisco Antonio Marmolejo en los cuales explican por qué tuvieron conocimiento de las relaciones sexuales entre Pérez y Ramírez. Concluye que "todos los testigos, sin excepción, explican amplia y satisfactoriamente la razón del conocimiento de los hechos sobre los cuales deponen. No es verdad, pues, como lo expresa el sentenciador que Graciela Cedeño y Humbelina Millán no dan razón de su dicho".

La omisión del Tribunal, termina el recurrente, en el estudio que debía hacer sobre el conocimiento que los testigos tenían de los hechos expuestos por ellos, especialmente Graciela Cedeño y Humbelina Millán, lo hizo incurrir en error de hecho "que aparece de modo manifiesto en los autos al no ver en las declaraciones mencionadas la significación que revestían con las demás declaraciones en la fundamentación del derecho ejercitado en la demanda". Y cometió error de derecho, porque implícitamente desconoció el valor de plena prueba que les correspondía, según la ley, respecto de la existencia de las relaciones de concubinato entre Luis Angel Pérez y Raquel Ramírez.

Con uno y otro error resultan violados los artículos 696 y 697 del Código Judicial e indirectamente el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936.

Se considera:

El cargo es inocuo, porque el Tribunal motivó su sentencia no en que los testigos que depusieron sobre la duración del concubinato entre Pérez y Ramírez no hubieran dado la razón de su dicho, sino exclusivamente en consideración a que "ninguno señala con certeza la época en que se iniciaron las relaciones maritales entre Luis Angel Pérez y Raquel Ramírez y no puede deducirse que su comienzo antecedió al nacimiento de Héctor Fabio Ramírez, ocurrido el 6 de octubre de 1944, en "un lapso por lo menos igual al en que conforme al Código Civil, se presume que hubo de ocurrir la concepción".

Es verdad que, al estudiar las declaraciones de Graciela Cedeño y Humbelina Millán, expresa el Tribunal que no dicen el porqué presenciaron los hechos sobre los cuales deponen, pero a renglón seguido descarta este aspecto de todos los testimonios cuando dice: "Pero sea cual fuere la explicación de sus declaraciones, aunque se acepte que todos sí dan razón de su dicho, lo cierto es que ninguno señala con certeza la época en que se iniciaron las relaciones". Es decir que para estudiar el razonamiento fundamental de la sentencia, se dió por aceptado que todos los declarantes sí expusieron cómo y porqué tuvieron conocimiento del concubinato.

Y es que no aceptada, por falta de certeza de los testigos, la prueba sobre la iniciación de las relaciones sexuales, el Tribunal no tenía por qué ocuparse de la manera como tuvieron conocimiento los testigos de los hechos, materia de su exposición. En casación no prosperando el cargo anterior, no tiene ningún objeto estudiar este cargo tercero, toda vez que él podría tocar solamente con la parte motiva de la sentencia, pero ninguna trascendencia tendría en la resolutiva.

Basta lo dicho para concluir que el cargo debe rechazarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Buga en este juicio con fecha 27 de septiembre de 1955.

Sin costas, por no aparecer causadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

JUICIO ORDINARIO PROVENIENTE DE LA OPOSICION A UN DESLINDE.—ESTA ACCION CORRESPONDE UNICAMENTE A QUIEN TIENE SOBRE UN PREDIO EL DERECHO DE PROPIEDAD.—ACCIONES REALES QUE INTEGRAN EL NUCLEO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA.—VENTA DE PREDIOS RUSTICOS CON RELACION A SU CABIDA O CON SEÑALAMIENTO DE LINDEROS: LA PRIMERA IMPLICA LA VENTA DE DETERMINADAS UNIDADES DE LAS QUE FORMAN EL INMUEBLE; LA SEGUNDA, CONFIGURA LA VENTA DE CUERPO CIERTO.—CONSTITUYE GRAVE ERROR DE HECHO, PROFERIR UN FALLO SOBRE HIPOTESIS O CONJETURAS Y DE ELLAS DEDUCIR CONCLUSIONES QUE PUEDEN AFECTAR DERECHOS DE LAS PARTES

1.— La acción de deslinde corresponde únicamente a quien sobre un predio tiene el derecho de propiedad, o alguna de los derechos reales principales desmembrados de la misma.

Poseer y deslindar son atributos inherentes a la propiedad inmueble, según lo tiene claramente establecido la doctrina y la jurisprudencia. Surgen de aquí dos acciones reales que integran el núcleo esencial de la propiedad inmobiliaria: reivindicar, cuando por algún motivo el propietario ha perdido la posesión; deslindar, cuando son oscuros e inciertos los límites de tal propiedad, es decir, el contenido especial de la misma. Sobre esto no cabe discusión de ninguna clase.

La acción de deslinde que organiza el artículo 906 del Código Civil, a semejanza de la reivindicatoria del artículo 950, corresponden siempre a quien sea dueño. Sólo el dueño tiene un interés jurídico para ejercer cualesquiera de las dos acciones mencionadas.

2.— Según el artículo 1.887 del Código Civil, un predio rústico puede venderse con relación a su cabida o como una especie o cuerpo cierto. Según el párrafo segundo de ese texto legal, se vende con relación a la cabida, "siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato, salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que rezca el contrato".

Y según el segundo párrafo del artículo 1.889, si se vende con señalamiento de linderos, estará obligado el vendedor a entregar todo lo comprendido en ellos".

El señalamiento de linderos, es lo que en la vida práctica de los negocios configura la venta de predios rústicos como cuerpo cierto.

Así lo dijo claramente esta Corte en fallo del 5 de noviembre de 1943 (publicado en el Tomo LVI, página 683 de la G. J.)

En las ventas de inmuebles rurales, la regla general es que se venda como especie o cuerpo cierto, pues, la proposición final del último párrafo del artículo 1.887 del Código Civil, después de advertir cuándo se entiende hecha una venta por cabida, advierte textualmente: "En todos los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto".

De manera que la venta por cabida debe ser siempre expresa, o sea, aparecer en forma muy clara e inequívoca que sólo se pretenden vender tantos metros, fanegadas o hectáreas, de determinado inmueble. Cuando una cláusula expresa de éstas no aparezca en el instrumento público, es necesario, entonces interpretar la venta como venta de especie o cuerpo cierto.

En resumen: la venta por cabida, generalmente, debe implicar venta de determinadas unidades de las que forman un inmueble; por cuanto si el inmueble se vende por linderos, ésta será siempre venta de especie o cuerpo cierto.

3.—Un pleito jamás puede fallarse sobre hipótesis, sobre meras conjeturas o cálculos más o menos probables. Proferir un fallo sobre hipótesis o conjeturas y de ellas deducir conclusiones que pueden afectar derechos de las partes, constituye grave error de hecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

En el Municipio de Ibagué, fracción de Picaleña, existen dos predios colindantes que responden a los nombres de "El Arrayanal" y "La Pradera".

El señor Rafael Ospina D., afirmando ser propietario de una parte de "El Arrayanal" demandó, ante el Juez Primero Civil del Circuito de Ibagué, en juicio especial de deslinde, a los propietarios de "La Pradera" y a otros comuneros inciertos que resultaron ser la señora Natividad Ospina viuda de Aya, en nueve décimas partes, y en la restante décima parte, unos comuneros desconocidos, para que se señalen los linderos y se hagan poner los respectivos mojones que marquen ostensiblemente la respectiva línea divisoria entre los susodichos predios.

Se fundamentó la mencionada solicitud en el siguiente hecho:

Por instrumento público número 519, de la Notaría Primera de Ibagué, de 17 de julio de 1940, el demandante señor Rafael Ospina D., adquirió en virtud de permuta celebrada con la señora Clementina Díaz viuda de Alvarez, el dominio de la finca territorial "El Arrayanal", parte de la cual vendió después, integrada por los dos lotes de terrenos contiguos y continuos que forman un solo cuerpo sin solución de continuidad, los cuales fueron alinderados separadamente.

Decretada la diligencia de deslinde, ésta se practicó el 6 de diciembre de 1951, y por ella el Juez señaló los linderos tal como se le había pedido en la demanda.

Natividad Ospina viuda de Aya y el curador de personas desconocidas e inciertas, se opusieron a la diligencia de deslinde, dando así nacimiento al juicio ordinario dentro del cual se encuentran incrustadas en su etapa procesal final, dos demandas de casación que serán objeto de estudio en esta sentencia.

En efecto: mediante escrito firmado el 19 de enero de 1952, se solicita que se rectifique la línea divisoria entre las fincas del señor Ospina y los opositores. Se alegan como hechos de esta oposición:

a).—El doctor Rafael Ospina, no era dueño del predio que él pretende deslindar con el de "La Pradera", ni de derechos reales principales constituídos sobre aquel predio, como tampoco lo es en la actualidad, pues aunque los hubo por permuta con Clementina Díaz viuda de Alvarez (escritura 519 de 17 de julio de 1940 de la Notaría Primera de Ibagué, inscrita en la Oficina de Registro de la misma ciudad el 19 de los citados mes y año, en el Libro I, partida 335), vendió sin reserva alguna a Eduardo Santofimio Hernández, (escritura 528 de 22 de julio de 1940, Notaría Primera de Ibagué), quien a su vez los enajenó a Carlos Sarmiento (escritura pública 519 del 10 de Mayo de 1949).

b).—El lote que el demandante Ospina Díaz ha querido deslindar, ha pertenecido y ha hecho parte desde tiempo inmemorial, del lote de "La Pradera", de propiedad de los demandados en el juicio de deslinde y demandantes en el presente juicio ordinario.

c).—La verdadera línea divisoria entre los predios objeto del juicio de deslinde, es la que se consigna en los títulos traslaticios del fundo "La Pradera". Y tanto los peritos como el juzgador al deducir y limitar el supuesto predio, que dicen pertenecer al querellante, al alinderarlo y trazar la supuesta línea divisoria, entre tal predio y "La Pradera", prescindieron del estudio de las pruebas que obran en el juicio, como las escrituras por la cual el mismo actor adquirió y vendió derechos en "La Pradera" (la número 5 del 2 de enero de 1912, de la Notaría de Ibagué, y la 570 del 31 de agosto de 1931, de la Notaría Segunda de Ibagué), títulos éstos los cuales reconoce como linderos de "La Pradera" los mismos que sostienen los querellantes y por tanto, la línea que estos últimos afirman es la separación verdadera entre "La Pradera" y "El Arrayanal", y que así no hay ni puede haber zona interpuesta entre esos predios.

d).—En la venta que Ospina Díaz le hizo a Santofimio Hernández por la citada escritura 528 se hizo constar:

"Cláusula segunda.—Los comparecientes declaran que para el efecto de fijar un lugar arcifinio como punto de partida para la alinderación de todo el terreno que Ospina Díaz le vende a Santofimio Hernández consideran de gran importancia hacer constar: a).—Que desde tiempo inmemorial ha existido en el terreno de la margen izquierda de la quebrada de Doima una cueva que ha sido objeto de exploraciones, siendo la última la hecha por Bernabé Morales Rubio, quien en compañía de otros individuos destruyó una piedra grande que había en la superficie del terreno e hizo perforaciones para localizar la

trayectoria de la histórica cueva; y b).—Que la boca de esa cueva queda establecida y precisada en este instrumento como punto arcifinio de partida o básico de la alinderación del terreno materia de la compraventa de que se trata. Dicho lo anterior, la alinderación queda fijada así: "PARTIENDO DE UN PUNTO PROPIAMENTE CENTRAL DEL CAUCE DE LA QUEBRADA DE DOIMA, LINEA RECTA AL PUNTO CENTRAL ACTUAL DE LA BOCA DE LA CUEVA, YA HISTORIADA Y PRECISADA EN LA MARGEN IZQUIERDA DE LA QUEBRADA DE DOIMA; DEL PUNTO CENTRAL DE LA BOCA DE ESA CUEVA, SE TRAZA UNA LINEA RIGUROSAMENTE RECTA, SIN DESVIACIONES CARDINALES O COLATERALES, PASANDOLA POR MANGA ABAJO DE UN MONTE LLAMADO MONTE REDONDO PERTENECIENTE A LA PRADERA, LINEA QUE DEBERA TERMINAR AL CENTRO DEL CAUCE DE LA QUEBRADA DE OPIA, LINDANTE EN ESTE PUNTO CON EL TERRENO LLAMADO ANTAÑO, Y HASTA HACE POCO, HATO DE OPIA, Y ACTUALMENTE LLAMADO EL REPOSO, SIENDO DE ADVERTIR QUE DICHO PUNTO EXTREMO DE LA SOBREDICHA LINEA RECTA, QUEDA VINCULADO O ESTABLECIDO EN EL CAUCE DE LA QUEBRADA DE OPIA, FRENTE AL PUNTO PROPIAMENTE CENTRAL DE LA ACTUAL COCINA DE LA CASA DE HABITACION, DE LA FINCA HATO DE OPA O REPOSO; DE TAL PUNTO TERMINAL DE DICHA RECTA ESTABLECIDA, AGUAS DE LA QUEBRADA DE OPIA DE PARA ABAJO...".

La cláusula tercera de la misma escritura dice: "Los otorgantes declaran que la línea recta establecida en la cláusula anterior, es divisoria entre el terreno que Ospina Díaz vende a Santofimio Hernández y el terreno denominado "La Pradera" de Arcadio Aya y familia".

e).—Por tanto, agregar los demandantes, Ospina Díaz le transfirió a Santofimio todo "El Arrayanal", sin reserva de ninguna clase; reconoció como línea divisoria entre tal predio y "La Pradera", una recta que en la referida escritura describe que va de la quebrada de Doima a la de Opia; como también reconoció que el cerco que corría y corre por tal recta es medianero entre los predios dichos.

f).—Los peritos y el Juzgado en el juicio especial de deslinde, no interpretaron la línea divisoria de los predios sino que han pretendido trazar otra, averiguando cabidas totales y particulares de la vieja Comunidad El Bermejo o Arrayanal, y los cuatro lotes en que ella se disolvió, y se han intentado crear un predio hipotético y crearse un título de propiedad del mismo.

g).—No es verdadera la línea de separación entre "La Pradera" y "El Arrayanal", que trazó el Juzgado en la referida diligencia de deslinde, y que describió así: "Partiendo de un punto situado sobre el lindero occidental de la finca "La Pradera", o sea la línea que pasa con un punto de cinco grados, veinte minutos Noroeste, por la gotera occidental de la casa La Pradera, se vuelve por una línea perpendicular a ésta, con una distancia de 2.290 metros hacia el Oriente, y allí se fijó un punto sobre el cual se trazó una línea de cinco grados, veinte minutos noroeste, la cual va de la quebrada de Doima a la de Opia, y es paralela a la línea o lindero occidental de la comunidad El Bermejo".

* * *

Admitida esta demanda y tramitada, el Juez por sentencia de 11 de junio de 1955, la falló así:

"PRIMERO.—Declárase que no se ha probado la existencia de ningún hecho jurídico que tenga fuerza legal de producir variaciones, en la línea de demarcación de los predios "La Pradera" y "El Arrayanal", pertenecientes el primero a la comunidad de "La Pradera" y el otro al señor Rafael Ospina Díaz.

"SEGUNDO. Declárase infundada la oposición hecha al deslinde practicado por el Juez Primero Civil del Circuito de Ibagué, el día 6 de diciembre de 1951....

"TERCERO.—Apruébase el deslinde practicado por el Juez Civil del Circuito de Ibagué, el día 6 de diciembre de 1951, y en firme como línea divisoria de los predios de "La Pradera", de la comunidad del mismo nombre, y del "Arrayanal", de propiedad de Rafael Ospina Díaz, la fijada por el Juez en esa diligencia....".

* * *

El Tribunal Superior de Ibagué en sentencia de segundo grado proferida el 29 de febrero de 1956, confirmó en todas sus partes la sentencia de primer grado.

II—DEMANDA DE CASACION

No conforme la señora Natividad Ospina viuda de Aya con la referida sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, interpuso contra ella recurso de casación.

El apoderado del recurrente le formula un primer cargo que cae dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. "Siendo la acción de deslinde un atributo de la propiedad, el Tribunal violó, por aplicación indebida, el artículo 900 del Código Civil, porque le reconoció esa acción a quien ya no era dueño del predio deslindado.

"Rafael Ospina Díaz, el demandante, vendió a Eduardo Santofimio todo lo que Ospina había adquirido por permuta de Clementina Díaz de Alvarez con estas modalidades: por linderos y no por cabida; y además, según cláusula expresa, sin reservarse nada; y al vender, ubicó el terreno precisamente a lindes con el predio vecino de "La Pradera", según también una cláusula **ad-hoc.**

"Esto se demuestra con la sola lectura del título de venta de Ospina Díaz a favor de Santofimio. Pero el Tribunal juzgó que Ospina no vendió todo lo que había adquirido, y que precisamente la reserva mental, su espíritu de dominio, había quedado recostado sobre el vecino "La Pradera", pues dice el Tribunal: '.....puede constatarse claramente que el segundo (el lote vendido por Ospina) es apenas parte del primero (del que Ospina había adquirido de Clementina Díaz), quedándole a Ospina una porción de terreno de 65 hectáreas aproximadamente situado en la parte colindante con "La Pradera", (folio 77 in fine del fallo).

"Dos afirmaciones erradas contiene esta fundamentada parte de la sentencia, a saber: a) Que lo vendido es apenas parte de lo comprado; y b). Que lo no vendido está situado en la parte colindante con "La Pradera".

"El Tribunal llegó a la conclusión de que Ospina vendió apenas parte de lo que tenía por error de interpretación en la escritura que expresa la venta de Ospina a Santofimio, número 528 de 22 de julio de 1940, pasada en la Notaría Primera de Ibagué....., en relación con la adquisición que del mismo terreno había hecho Ospina cinco días antes, por permuta con Clementina Díaz, escritura número 519 de julio 17 de 1940, de la misma Notaría.....

"En efecto: Ospina vendió como especie o cuerpo cierto, por linderos y no por cabida, sin importarle ésta y sin reservarse nada. El Tribunal no se fijó en esa modalidad de la venta y le dió preferencia a la cabida sobre los linderos, para fijar la línea divisoria, determinando el contenido especial de un título que no habla de cabida. Cualquiera que sea o fuera la extensión, Ospina vendió todo lo que por linderos hubo, así encierren éstos 478 hectáreas o las 541 que según los peritos debió tener el lote al rectificar la medida de 1.870.—. Si Ospina no vendió por cabida, nada le quedó, ninguna titularidad que le permita ejercitar la acción de deslinde. Y si vendió como especie o cuerpo cierto, los linderos han debido prevalecer sobre la cabida para trazar la raya divisoria....."

El Tribunal, agrega el recurrente, al rechazar la tacha de ilegitimidad de la personería sustantiva que el demandado le opuso, violó los siguientes preceptos:

"**El 900 del Código Civil**, por indebida aplicación, ya que sólo al dueño de un predio le reconoce derecho a que se fijen los límites que lo separan de por mitad, y aquí Ospina no resulta dueño por haber vendido todo lo que compró en "El Arrayanal";

"**El 1.887 del Código Civil**, por no haberlo aplicado para decidir, como ha debido decidirlo si lo hubiera aplicado, que Ospina Díaz no compró por cabida ni vendió "ningo por cabida. "El Arrayanal", sino como especie o cuerpo cierto, lo cual era fundamental para no ver en Ospina a un dueño que ya no lo era cuando pidió el deslinde;

"**El 1.889 ibidem**, por no haberlo aplicado, pues si lo tiene en cuenta habría visto que la venta de un predio como cuerpo cierto, contiene los linderos íntegros del predio, 'sea cual fuere su cabida' y que 'si se vende con señalamiento de linderos', la obligación es 'entregar todo lo comprendido en ellos', como en efecto Ospina entregó a Santofimio....."

* * *

Agrega el recurrente que el Tribunal incurrió también en error manifiesto de hecho al interpretar la escritura número 528 del 22 de julio de 1940 cuando afirmó que a Ospina le quedaba "una porción de terreno de 65 hectáreas aproximadamente, situado en la parte colindante con "La Pradera". Esta afirmación, que es fundamental, tanto para establecer la colindancia deslindable como para reconocerle dominio, la hace el sentenciador en la página 77 de la sentencia, cuaderno número 3".

Añade que el mencionado error de hecho, aparece manifiesto de autos, al no fijarse en que la escritura 528 contradice expresamente su propio dicho, ya que la escritura dice que lo vendido por Ospina va justamente hasta el límite con "La Pradera". "DE MODO QUE SI ALGO SE HUBIERA RESERVADO OSPINA Y LE QUEDARA EN SU HABER, NO SERIA UBICADO

PRECISAMENTE CONTRA LA PRADERA, SI NO EN OTRA PARTE Y COLINDANCIA".

Continúa puntualizando este cargo el recurrente poniendo de relieve lo que dice la cláusula 1ª de la escritura 523, de que la finca de "El Arrayanal", que le vende Ospina a Santofimio, está constituída "por dos lotes de terrenos continuos y contiguos, formando un solo cuerpo sin solución de continuidad, los cuales se alinderan en conjunto".

Y el lindero de la letra c), de la cláusula segunda que dice: "Que la boca de esa cueva (la de El Indio, sobre la quebrada de Doima), queda establecida y precisada en este instrumento como punto arcifinio de partida o básico de la alinderación del terreno, materia de la compraventa de que se trata". Como también la cláusula tercera que dice: "Los otorgantes declaran que la línea recta establecida en la cláusula anterior, es divisoria entre el terreno que Ospina Díaz vende a Santofimio Hernández y el terreno denominado "La Pradera".....".

Avanza el recurrente relievando el error de hecho de que habla diciendo:

"Es manifiesto, pues, el error del Tribunal al afirmar en la sentencia contra la expresa y reiterada aseveración de una escritura que proviene del mismísimo demandante Ospina D. y que le sirve de título para el deslinde, que las 65 hectáreas que flotan en la imaginación del sentenciador, las reservas de Ospina Díaz, están situadas en la parte colidante con "La Pradera". Ni se las reservó, ni estarían allí situadas.

"ESTE ERROR DE HECHO MANIFIESTO, CONSISTENTE, REPITO, EN UBICAR EL TERRENO DE SESENTA Y CINCO HECTAREAS PRCISAMENTE A LINDES CON EL VECINO DE LA PRADERA, LLEVO AL SENTENCIADOR A RECONOCERLE A OSPINA DOMINIO Y COLINDANCIA, AQUEL DOMINIO COLINDANTE QUE EXIGE EL ARTICULO 900 DEL CODIGO CIVIL PARA QUE EL DUEÑO DE UN PREDIO PUEDA EJERCITAR LA ACCION DE ALINDAMIENTO, Y DE AHI LA VIOLACION DE ESTE PRECEPTO POR APLICACION INDEBIDA. SI NO HUBIERA INCURRIDO EN ESE ERROR, EL SENTENCIADOR HABRIA RECONOCIDO COMO PROBADA LA EXCEPCION QUE OPUSO LA COMUNIDAD DE LA PRADERA; A OSPINA DE 'ILEGITIMIDAD SUSTANTIVA DE LA PERSONERIA'....".

Arguye aún el recurrente, que el error de hecho manifiesto enunciado, constituye también una causal de casación por error de derecho.

"Al tenor del artículo 1759 del Código Civil, el instrumento público hace plena fé contra los declarantes en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los otorgantes...".

"Ospina Díaz fue otorgante y declarante de la escritura número 528 de julio de 1940, de la Notaría Primera de Ibagué. Quedó ligado con sus declaraciones y obligado legalmente a respetarlas, como quedó Santofimio Hernández y posteriormente Carlos Sarmiento al sucederle en el dominio a título singular. La comunidad de La Pradera, los dueños de derechos allí son, en cambio, terceros respecto de la escritura 528, porque no fueron otorgantes; pero el hecho de que los dueños de "La Pradera" sean terceros, y de que la escritura 528 sea res inter alios acta aliis, no significa que éstos no puedan atenerse a ella y que no puedan cobrarles a los otorgantes y contra éstos, la palabra que empeñaron, pues si a los terceros son inoponibles tales títulos, sí son en cambio éstos oponibles a los otorgantes; es el resultado de la fé pública, por ser instrumentos públicos y por estar registrados; de no ser así, de nada valdría esa clase de papeles ni el registro".

Cometió, pues, el Tribunal, error de derecho contra el sentido jurídico que tiene el artículo 1.759 del Código Civil.

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I—La acción de deslinde corresponde únicamente a quien sobre un predio tiene el derecho de propiedad, o alguno de los derechos reales principales desmembrados de la misma.

Poseer y deslindar son atributos inherentes a la propiedad inmueble, según lo tiene claramente establecido la doctrina y la jurisprudencia. Surgen de aquí dos acciones reales que integran el núcleo esencial de la propiedad inmobiliaria: **reivindicar**, cuando por algún motivo el propietario ha perdido la posesión; **deslindar**, cuando son oscuros e inciertos los límites de tal propiedad, es decir, el contenido espacial de la misma. Sobre esto no cabe discusión de ninguna clase.

La acción de deslinde que organiza el artículo 900 del Código Civil, a semejanza de la reivindicatoria del artículo 950, corresponde siempre a quien sea dueño. Sólo el dueño tiene un interés jurídico para ejercer cualesquiera de las dos acciones mencionadas.

* * *

II.—Aclarado este primer extremo, resta exami-

har si Ospina realmente es dueño de un predio colindante con el predio de "La Pradera".

El señor Rafael Ospina Díaz, por la escritura 519 del 17 de julio de 1940, adquirió por permuta de la señora Clementina Díaz de Alvarez la finca del "Arrayanal", ubicada en jurisdicción del Municipio de Ibagué, compuesta por dos lotes de terrenos continuos y contiguos formando un solo cuerpo sin solución de continuidad, los cuales se alinderan respectivamente, así:

PRIMER LOTE: "Desde un mojón que hay al borde de la quebrada de Bermejo, 54 metros abajo del punto en que la corta el camino que va de Hatoviejo, que fue del finado señor doctor Silvestre Vega para la posesión de el Escobal, siguiendo por dicha zanja arriba, hasta encontrar el referido corte o paso; de aquí siguiendo por dicho camino hasta llegar a la quebrada Doima; de aquí tomando por la quebrada de Doima arriba, hasta encontrar un lindero o mojón que dista del anterior 1.880 metros; de aquí siguiendo para la quebrada de Opia, en una recta de 5º, 20" N.O, hasta llegar a dicha quebrada de Opia, donde hay un mojón; siguiendo Opia abajo, hasta encontrar el mojón que sirve de lindero al terreno adjudicado al señor Ceferino Segura, mojón que dista del anterior 2.060 metros; y de aquí siguiendo por línea recta los linderos de la adjudicación hecha al señor Segura, hasta llegar al mojón citado como primer lindero".

SEGUNDO LOTE: "Por una extensión superficiaria de 259 hectáreas y comprendido por los siguientes linderos: Desde un mojón de piedra que hay a la orilla izquierda de la quebrada de Doima, situado 1.880 metros arriba del punto donde dicha quebrada es atravesada por el camino que va de Hatoviejo hacia la casa del Escobal; se sigue Doima arriba, hasta encontrar sobre la misma margen un mojón de piedra que dista del anterior 2.400 metros; de este mojón se sigue una recta de 5º 20" N. O. hasta llegar a otro mojón de piedra clavado a la margen derecha de la quebrada Opia; por ésta abajo, hasta encontrar sobre su misma margen otro mojón de piedra que sirve de lindero al terreno de Arrayanal, que es hoy de propiedad de la compradora; y de aquí por los linderos de ese mismo terreno hasta encontrar sobre la margen izquierda de la quebrada Doima, el mojón de piedra de donde partió esta demarcación" (Folios 11 a 15, cuaderno 1º).

* * *

Posteriormente, el señor Rafael Ospina Díaz, mediante la escritura pública 528 del 22 de julio de 1940, vende al señor Eduardo Santofimio Hernández, una propiedad denominada "El Arrayanal", la cual se describe por estos linderos;

"Partiendo de un punto propiamente central del cauce de la quebrada denominada Doima, línea recta al punto central actual, de la boca de la cueva ya historiada y precisada en la margen izquierda de la quebrada Doima del punto central de la boca de esta cueva, se traza una línea rigurosamente recta, sin desviaciones cardinales o colaterales, pasándola por más abajo de un monte llamado Monterredondo, perteneciente a "La Pradera", línea que deberá terminar en el centro del cauce de la quebrada denominada Opia, lindante en ese punto con terreno llamado Antaño, y hasta hace poco Hato de Opia, y actualmente llamado El Reposo; siendo de advertir que dicho punto extremo, de la sobredicha línea recta, queda vinculado o establecido en el cauce de la quebrada Opia, frente al punto propiamente central de la casa de habitación de la finca de Hato de Opia o Reposo; de tal punto terminal de dicha línea recta establecida, aguas de la quebrada de Opia de para abajo, hasta enfrentar con una cerca de piedra que divide los terrenos del Escobal y El Arrayanal; por esta cerca de piedra y sus continuaciones y alambre y piedra, en línea recta hacia el Sur, hasta la quebrada de Doima, y de aquí, quebrada arriba, hasta el primer punto de partida establecido ya en este instrumento".

Previamente en la cláusula segunda los comparecientes declararon que para el efecto de fijar un lugar arcifinio como punto de partida para la alinderación, de todo el terreno que Ospina Díaz vende a Santofimio H., consideran de importancia hacer constar: a).—Que desde tiempos inmemoriales ha existido en el terreno de la margen izquierda de la quebrada denominada Doima, una cueva que ha sido objeto de exploraciones, siendo la última la hecha por Bernabé Morales Rubio, quien, destruyó una piedra grande que había en la superficie del terreno e hizo perforaciones para localizar la trayectoria de la histórica cueva; b).—Que la boca de esa cueva queda establecida y precisada en este instrumento como punto arcifinio de partida, o básico de la alinderación del terreno.

En la cláusula 3ª los otorgantes declararon que la línea recta de que se habla en los linderos generales, "es divisoria entre el terreno que Ospina Díaz vende a Santofimio Hernández, y el terreno denominado "La Pradera" de Arcadio B. Aya y familia. Y asimismo declaran los otorgantes, que por mutuo acuerdo de ellos, queda irre-

vocablemente establecido que el terreno que Ospina Díaz vende por el presente instrumento a Santofimio Hernández, corre desde una perpetuidad con la obligación del costo, sostenimiento de la puerta del camino público o servidumbre de tránsito, como integrante esa puerta, del cerco medianero entre el terreno del Arrayanal y el terreno de La Pradera".

En la cláusula cuarta de la mencionada escritura se lee: "Que el compareciente (Ospina Díaz) adquirió el derecho de dominio y posesión sobre la finca territorial determinada en las cláusulas que anteceden, por su situación, ubicación, denominación, constitución y linderos a virtud de transferencia que de su derecho de dominio le hizo la señora Clementina Díaz de Alvarez, en los términos del contrato de permuta de bienes que celebró con arreglo a la escritura 519 otorgada en esta Notaría con fecha 17 de julio del presente año de 1940, instrumento que por lo reciente de su otorgamiento no ha sido aún registrado, pero promete entregarle la copia del título que le corresponde, debidamente inscrito para obtener el registro oportuno de la escritura que se está otorgando".

En la cláusula sexta, advierte el vendedor Ospina textualmente: "Que hace la venta de la finca raíz rural por los títulos que acaba de mencionar, de los cuales le hace entrega en este acto como traslaticio de dominio, y con todas sus anexidades, usos, costumbres, aguas y servidumbres, sin reservarse nada por la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00.)".

* * *

III — Varias cuestiones suscitan las diversas cláusulas transcritas de la escritura por la cual compró Ospina Díaz y aquella otra por la cual vendió a Santofimio Hernández:

1º—Vendió Ospina Díaz la finca de "El Arrayana" como cuerpo cierto o por cabida?.

2º—La finca que adquirió de Clementina Díaz el 17 de julio de 1940, fue exactamente la misma que le vendió el 22 de julio del mismo año al señor Santofimio Hernández?.

3º—Le queda a Ospina Díaz alguna propiedad colindante con la finca de "La Pradera" que lo invista de interés jurídico para ejercer la acción de deslinde que ejerció y que le fue reconocida tanto por el Juez como por el Tribunal?.

Primera cuestión:

Venta de predios rústicos por cabida o como cuerpo cierto.

Según el artículo 1.887 del Código Civil, un predio rústico puede venderse con relación a su cabida o como una especie o cuerpo cierto. Según el párrafo segundo de ese texto legal, se vende con relación a la cabida, "siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato, salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que reza el contrato".

Y según el segundo párrafo del artículo 1.889, "si se vende con señalamiento de linderos, estará obligado el vendedor a entregar todo lo comprendido en ellos".

El señalamiento de linderos, es lo que en la vida práctica de los negocios configura la venta de predios rústicos como cuerpo cierto.

Así lo dijo claramente esta Corte en fallo del 5 de noviembre de 1943 (publicado en el Tomo LVI, página 603 de la G. J.):

"Cuando se vende un inmueble designando claramente sus linderos, la venta debe entenderse que se hizo como de especie o cuerpo cierto y el vendedor queda obligado a entregar al comprador, sin alteración del precio, todo lo comprendido en los linderos, sea cual fuere la cabida del predio. Esto está de acuerdo con lo que prescribe el artículo 1.889 del Código Civil".

La citada escritura pública del 22 de julio de 1940, por la que Ospina Díaz vende a Santofimio Hernández, sin lugar a dudas, contiene la venta de un cuerpo cierto, pues, el vendedor fue muy claro y enfático en señalar los linderos por los cuales vendía. Es más: la misma adquisición que hizo de la finca a la señora Clementina Díaz, fue compra hecha por linderos, y por tanto como cuerpo cierto.

En ninguna parte de la escritura del 22 de julio de 1940, se señala una cabida siquiera aproximada del inmueble que se vende; y aunque se hubiera señalado, la venta habría que interpretarla como venta de cuerpo cierto, pues en la cláusula séptima de dicha escritura se lee: "Que desde esta fecha ha puesto al comprador en posesión de la finca raíz rural compravendida, quien la declara recibida a su satisfacción, por los linderos descritos". Así, pues, Ospina Díaz vendió por linderos y entregó por linderos.

Debe tenerse en cuenta que en las ventas de inmuebles rurales, la regla general es que se ven-

de como especie o cuerpo cierto, pues, la proposición final del último párrafo del artículo 1.887 del Código Civil, después de advertir cuándo se entiende hecha una venta por cabida, advierte textualmente: "En todos los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto".

De manera que la venta por cabida debe ser siempre expresa, o sea, aparecer en forma muy clara e inequívoca que sólo se pretenden vender tantos metros, fanegadas o hectáreas, de determinado inmueble. Cuando una cláusula expresa de éstas no apareciere en el instrumento público, es necesario, entonces interpretar la venta como venta de especie o cuerpo cierto.

En resumen: la venta por cabida, generalmente, debe implicar venta de determinadas unidades de las que forman un inmueble; por cuanto si el inmueble se vende por linderos, ésta será siempre venta de especie o cuerpo cierto.

Segunda cuestión:

Vendió Ospina el 22 de julio de 1940 el mismo predio que había adquirido el 17 de julio del mismo año.

Los linderos indicados en la escritura de 17 de julio son parciales por cuanto antiguamente la finca "El Arrayanal" se componía de dos lotes; en tal escritura se alinderaron por separado. En la escritura de 22 de julio de 1940, se señalaron linderos generales de la finca que se vendía. Estos linderos generales de que habla la escritura del 22 de julio son equivalentes a los parciales de la escritura de 17 de julio por los siguientes motivos:

a).—En la cláusula cuarta el vendedor Ospina dice que adquirió el derecho de dominio y posesión de El Arrayanal "por su situación, ubicación, denominación, constitución y linderos, a virtud de transferencia que de su derecho de dominio le hizo la señora Clementina Díaz, en los términos del contrato de permuta de bienes que celebró con arreglo a la escritura número 519, otorgada en esta Notaría con fecha 17 de julio del presente año de 1940".

b).—En la cláusula quinta advierte el vendedor Ospina Díaz que la señora Clementina Díaz viuda de Alvarez adquirió la finca El Arrayanal, "LA CUAL ESTA INTEGRADA POR LOS DOS LOTES DE TERRENO CONTINUOS Y CONTIGUOS QUE EN UN SOLO CUERPO SE ALINDERARON EN LA CLAUSULA SEGUNDA DE ESTE INSTRUMENTO".

Es claro, pues, que Ospina vendió el 22 de julio de 1940 por los linderos mismos que cinco días antes había adquirido de Clementina Díaz de Alvarez.

Es forzoso concluír, pues, que el 22 de julio de 1940 Ospina Díaz vendió como cuerpo cierto exactamente lo mismo que como cuerpo cierto había adquirido el 17 de julio del mismo año.

* * *

Tercera cuestión.

¿Le queda a Ospina alguna propiedad colindante con "La Pradera"?.

En relación con la finca que adquirió el 17 de julio y por la escritura pública de esa fecha, y la finca vendida el 22 de julio por la escritura 528, nada le quedó a Ospina. En primer término, por el motivo que se acaba de anotar de que el 22 de julio vendió lo que adquirió el 17 de julio; y cómo si esta razón no fuera suficiente, por haberlo dicho expresamente en la cláusula sexta de la escritura 519, en donde advierte que nada se reserva de la finca que adquirió por el instrumento público del 17 de julio.

Finalmente, en la cláusula tercera en forma expresa, se dice que la línea recta establecida en la cláusula segunda de la finca que se vende a Santofimio Hernández: "ES DIVISORIA ENTRE EL TERRENO QUE OSPINA DIAZ VENDE A SANTOFIMIO HERNANDEZ Y EL TERRENO DENOMINADO "LA PRADERA" DE PROPIEDAD DE ARCADIO B. AYA Y FAMILIA".

Por tanto, es un hecho cierto que Ospina Díaz no es colindante con la finca "La Pradera", y además tampoco es dueño de ninguna parcela o parte de terreno de lo que adquirió el 17 de julio.

Pudiera suceder que Ospina fuera propietario de algún terreno adquirido por un título diferente al citado de 17 de julio de 1940; pero lo cierto es que tal título no se ha presentado al juicio.

Las observaciones anteriores son suficientes para concluír que el Tribunal cometió un error de hecho en creer que Ospina el 22 de julio no vendió todo lo que adquirió el 17 de julio; y que se había reservado una propiedad de 65 hectáreas colindante precisamente con el predio de "La Pradera".

* * *

UN DICTAMEN PERICIAL ORIGEN DEL ERROR

La realidad procesal de este pleito adquirirá especiales caracteres de certeza si, además, se indaga por la fuente que dio margen al error de que se habla.

Este se encuentra en el dictamen pericial rendido el día 28 de noviembre de 1951 (folio 75 s. del cuaderno número 2). Afirman los peritos que el antiguo globo que formó la comunidad de "Bermejo" o "Arrayanal", según la escritura de partición número 208 de 21 de octubre de 1870 de la Notaría de Ibagué, tiene una cabida de 1.083 hectáreas y no las 1.036 que debiera tener según la partición efectuada por el doctor Pío Triana en 1870. Esta comunidad está formada por cuatro lotes y "hemos optado como única solución para lucalizar los dos lotes que Rafael Ospina Díaz adquirió de la señora Clementina Díaz de Alvarez.... por repartir la cabida total en cuatro partes iguales... De manera que cada lote o hijuela debe tener una cabida de 270 hectáreas, 7.500 metros cuadrados" Llegando así a la conclusión de que los dos lotes de "El Arrayanal" deben tener una cabida conjunta de 541 hectáreas, 5.000 metros cuadrados. Agregan: "Actualmente los dos lotes de "El Arrayanal" ..... tienen una cabida aproximada de 476 hectáreas 5.000 metros cuadrados, debiendo tener 541 hectáreas, 5.000 metros cuadrados, es decir, hay una diferencia en contra de estos dos lotes de 65 hectáreas.

"De aquí concluímos que, el predio denominado "El Arrayanal", adquirido por Ospina Díaz, por la citada escritura 519 de 17 de julio de 1940 .... no coincide en su alinderación y cabida con el que dicho señor ..... vendió a don Eduardo Santofimio Hernández, según escritura 528 de 22 de julio de 1940 ... y que, en consecuencia, existe una diferencia de 65 hectáreas que no quedaron incluídas dentro de los linderos de la venta hecha a Santofimio Hernández". A renglón seguido proceden a delimitar las mencionadas 65 hectáreas a lindes con el predio "La Pradera".

Las siguientes observaciones a este dictamen:

1ª.—Está bien que se haya medido la antigua comunidad de "Bermejo" o "Arrayanal" y que su cabida haya sido de 1.083 hectáreas; está bien que hayan concluído que tal comunidad se formaba de cuatro lotes. ¿Pero qué datos tuvieron los peritos en cuenta para considerar que estos cuatro lotes eran iguales, en forma que a cada uno correspondían 270 hectáreas, 7.500 metros cuadrados?.

Ningún dato concreto los guió en tal conclusión. Ellos mismos advierten expresamente que "hemos optado como única solución para localizar los dos lotes que Rafael Ospina Díaz adquirió de la señora Clementina Díaz de Alvarez.... por repartir la cabida total en cuatro partes iguales...".

Al juzgador se suministró una posible hipótesis, la de la igualdad de los cuatro lotes, pero no un dictamen razonado y apoyado sobre hechos.

De manera que tanto la sentencia de primer grado como la del Tribunal, justamente, están construídas sobre una hipótesis, no sobre una realidad procesal, ni siquiera sobre una probabilidad más o menos atendible.

2ª.—Las 65 hectáreas arrancadas de la hipótesis que sirvió de base a los peritos, forman, como es obvio, un predio hipotético. En posesión ficticia, ideal de este predio hipotético y con extraña ligereza, proceden los mencionados peritos a interpretar las escrituras del 17 y 22 de julio en la siguiente forma: Ospina adquirió de Clementina Díaz de Alvarez el 17 de julio un predio real, el alinderado en la escritura, y el predio hipotético de 65 hectáreas; luégo por la escritura del 22 de julio Ospina vendió únicamente el predio real, reservándose el hipotético de 65 hectáreas.

Sin embargo, ninguna de las escrituras habla de reserva de un predio hipotético de 65 hectáreas.

3ª.—Ya dentro del fantástico mundo de las hipótesis por el que alegremente se descarriaron los peritos, sólo era suficiente un último esfuerzo de imaginación, para ubicar el predio hipotético, mediante una última hipótesis. Mentalmente separaron los predios objeto de deslinde e interpolaron entre ellos las citadas 65 hectáreas.

Lo grave en este pleito no han sido las hipótesis que construyeron los peritos, sino el hecho de que hayan obnubilado el entendimiento del Juez y del Tribunal.

Un pleito jamás puede fallarse sobre hipótesis, sobre meras conjeturas o cálculos más o menos probables. Y mucho menos sobre las hipótesis que sirvieron de base a este negocio que ni son racionales, ni probables. Son unas "pobres hipótesis" bien reñidas con la viviente y clara realidad procesal de que se habló.

Bien, proferir un fallo sobre hipótesis o conjeturas y de ellas deducir conclusiones que pueden afectar derechos de las partes, constituye grave error de hecho.

El error mencionado condujo al Tribunal a la violación clara del artículo 1.759 del Código Civil, por no dar a las escrituras públicas del 17

y 22 de julio de 1940, su alcance como verdaderos instrumentos públicos; también de los artículos 1.887 y 1.889, al interpretar la venta del 2 de julio como venta por cabida cuando se trataba de una venta de especie o cuerpo cierto; finalmente, del artículo 900, al concluir que Ospina Díaz era titular de un predio colindante con la finca de "La Pradera", siendo así que lo es, por las consideraciones hechas.

La violación de los artículos 1.759, 1.887, 1.889 y 900 del Código Civil, por la sentencia recurrida, necesitan una reparación; y esta reparación es la que se hará a continuación mediante la casación de la sentencia recurrida.

* * *

FALLO

Por los motivos expuestos, 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 de Ibagué el veintinueve de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, y en su lugar,

RESUELVE:

PRIMERO.—El señor Rafael Ospina D., carece de titularidad o sea de interés jurídico, para ejercer la acción de deslinde entre los predios "El Arrayanal" en razón de haberlo vendido el 22 de julio de 1940 por la escritura pública número 528, y el predio "La Pradera".

SEGUNDO.—No se aprueba la línea divisoria que el día 6 de diciembre de 1951 señaló el Juez Primero Civil del Circuito de Ibagué, como línea de demarcación entre los dos predios mencionados.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—Enrique J. González, Conjuez.—Armando Latorre Rizo—Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

CUANDO UN TERCERO DEMANDA A UNA SOCIEDAD, TAN SOLO NECESITA PROBAR QUE ESTA EXISTE, CUAL ES SU OBJETO SOCIAL Y QUIEN O QUIENES LA REPRESENTAN. — PRUEBA ADECUADA PARA COMPROBAR SU CONSTITUCION NORMAL.

Frente a terceros no es necesario aportar la prueba del capital de la sociedad, ni los aportes de los socios, ni la valoración de los diversos bienes muebles e inmuebles de que la sociedad se compone. Estas indicaciones son necesarias cuando se trate de liquidar una sociedad y de regular las relaciones de los socios entre sí; pero, un tercero tan sólo necesita probar, cuando demanda a una sociedad, que ésta existe, cuál es su objeto social y quién o quiénes la representan.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

El señor MIGUEL ARRAZOLA DE LA ESPRIELLA pidió al Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá que se condenase a la Sociedad de Transportes "TRANSGUAVIO LIMITADA", a pagarle los perjuicios que sufrió el 4 de febrero de 1952, cuando viajando en un bus de la Empresa y al producirse un choque de tal bus por impericia del chofer, sufrió la fractura de la pierna izquierda y golpes en varias partes del cuerpo

El 20 de octubre de 1955 el Juez condenó a pagar tales perjuicios, los que deberían ser regulados por el procedimiento que indica el artículo 553 del Código Judicial.

El Tribunal Superior de Bogotá con fecha 14 de diciembre de 1956, confirmó la anterior sentencia.

La Empresa demandada instauró demanda de casación solicitando se revoque la sentencia del Tribunal.

Sostiene el recurrente que el Tribunal sentenciador violó el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, según el cual para acreditar la constitución y existencia de una sociedad, bastará un certificado firmado por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio, en que conste el número, fecha y Notaría de la escritura de constitución, con las indicaciones generales que se exigen para los extractos de que trata el artículo 469 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898.

Pero sucede que el actor, dice el recurrente, para demostrar la constitución y existencia legal de la sociedad "TRANSGUAVIO LIMITADA", acompañó un certificado que es trunco e incompleto; en aquel certificado no figura el domicilio de tal Sociedad; tampoco figuran los extractos de la escritura pública de constitución.

El Tribunal al estimar que el certificado presentado constituye prueba de la existencia de la Sociedad demandada, cometió error de derecho violando así el artículo 40 de la Ley 28 de 1931.

Además, el certificado no dice cuál fue el capital que introdujeron cada uno de los socios, ni el valor que se asigne a los aportes en bienes muebles e inmuebles. Tales pruebas no pueden reemplazarse con referencia a la escritura de constitución.

La sentencia del Tribunal no sólo implica violación del artículo 40 de la Ley 28 de 1931 sino también de los artículos 469, 468 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898.

En esta forma, termina el recurrente, no se encuentra acreditada la existencia legal de la persona jurídica demandada.

o o o

LA CORTE CONSIDERA:

1º.—El demandante, señor Miguel Arrázola de la Espriella, demandó a la Sociedad "TRANSGUAVIO LIMITADA", presentando un certificado expedido por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, que dice textualmente: "Que según escritura pública número 3.648 otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, con fecha 21 de agosto de 1945, cuyo extracto se registró en la Cámara de Comercio de Bogotá, el día 24 de los mismos mes y año, bajo el número

13.209 y a las páginas 474 a 476 del libro respectivo, por medio de la cual se constituyó la sociedad "TRANSGUAVIO LIMITADA", consta que la Sociedad tiene los siguientes órganos para su funcionamiento: Asamblea General de Socios, Junta Consultiva y Gerencia. El Gerente dura en el ejercicio de sus funciones por el término de un año y puede ser reelegido indefinidamente..... "Que de acuerdo con el acta número 16 correspondiente a la reunión de la Asamblea General de accionistas de la Sociedad denominada "TRANSGUAVIO LIMITADA", que se verificó el 10 de febrero de 1954, cuyo extracto se registró en la Cámara de Comercio de Bogotá el día 16 de los mismos mes y año, bajo el número 23.698 y a las páginas 527 á 528 del libro respectivo consta que fueron nombrados Gerente y Sub-Gerente de la expresada sociedad los señores Pedro Beltrán y Epifanio León S. respectivamente".

Tal certificado fue expedido el 24 de marzo de 1954 y se encuentra suscrito por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Sobre el particular, la sentencia recurrida advierte que el anterior certificado de la Cámara de Comercio que se adjuntó a la demanda, demuestra que la sociedad comercial "TRANSGUAVIO LIMITADA" existe como persona jurídica puesto que se constituyó como tal por medio de la escritura citada y se registró el correspondiente extracto en la forma legal. "Porque si —según el artículo 466 del Código de Comercio— la sociedad se forma y prueba por escritura pública registrada, y si según el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, bastará para acreditar su constitución y existencia, el certificado de la Cámara de Comercio que contenga el número, fecha y Notaría de la escritura de constitución con las indicaciones generales que se exigen para los extractos según el artículo 469, el certificado aquí traído es prueba de que "TRANSGUAVIO LIMITADA" se formó por medio de la escritura que en él se cita y que se registró su extracto legalmente, con lo cual puede actuar y se responsabiliza ante terceros como persona jurídica regularmente constituida. El que falte en el certificado alguna de las indicaciones generales que exige el artículo 40, no destruye la prueba esencial que él aporta cual es la de la existencia jurídica de la sociedad".

Agrega el Tribunal, que "el certificado está probando, además, implícitamente, que no se omitieron en la formación de la sociedad "TRANSGUAVIO LIMTADA" las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470 del Código de Comercio, cuya falta acarrea nulidad entre los socios, según el artículo 472 del mismo código.

"El extracto debe contener necesariamente las indicaciones a que se refieren los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º y 7º del artículo 467. Por tanto, si alguna de estas indicaciones faltan en el certificado aquí traído, esto no quiere decir que el extracto no las contenga. El artículo 40 de la ley citada no ordena, por otra parte, que ellas se copien textualmente en el certificado ni indica que su omisión invalide la fuerza probatoria relativa a los demás hechos que consten en él.

"Por consiguiente, a la luz del certificado que se analiza, la sociedad "TRANSGUAVIO LIMITADA", quedó legítimamente constituída y no está afectada de nulidad entre los socios. Es una persona jurídica, una sociedad regular de comercio y no una sociedad de hecho".

* * *

Las anteriores consideraciones del Tribunal, que las hace suyas esta Corte, demuestran muy a las claras, que no prospera el cargo formulado a la sentencia recurrida, a lo cual debe agregarse, que frente a terceros no es necesario aportar la prueba del capital de la sociedad, ni los aportes de los socios, ni la valoración de los diversos bienes muebles e inmuebles de que la sociedad se compone. Estas indicaciones son necesarias cuando se trate de liquidar una sociedad y de regular las relaciones de los socios entre sí; pero, un tercero tan sólo necesita probar que la sociedad existe, cuál es su objeto social y quién o quiénes la representan; y precisamente, el certificado traído a juicio acredita plenamente la constitución normal de la sociedad demandada.

o o o

FALLO

Por los motivos anotados, 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 Bogotá, con fecha catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA. — ERROR DE DERECHO. — ERROR DE HECHO. — CONTRATO ESCRITO Y VERBAL DE ARRENDAMIENTO DE UN FUNDO. — PAGO DE MEJORAS. — LA CLASIFICACION QUE DE ESTAS HAGA EL DEMANDANTE EN CASACION, ES AJENA A LAS RELACIONES CONTRACTUALES CELEBRADAS ENTRE LAS PARTES

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

Ante el Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá el señor Melitón Alvarez demandó al señor Luis Jaramillo Peláez para que fuera condenado a pagarle $ 13.282.75, por concepto de mejoras y de usufructos de las mismas, mejoras hechas en la finca "La Morelia" del Municipio de Calarcá.

Fundamentó la anterior petición en los siguientes hechos:

1º.—Que el demandante Melitón Alvarez entró a trabajar en la finca del señor Luis Jaramillo Peláez, llamada "La Morelia", en el Municipio de Calarcá, paraje de "La Pradera".

2º.— Que el demandante administró la finca desde 1947 mediante contratos que fueron renovándose cada dos años, pudiendo Alvarez sembrar cultivos inestables y cultivos estables.

3º.—Que el último contrato firmado entre demandante y demandado venció el 25 de julio de 1953.

4º.—Que fuera de este último contrato existió un contrato verbal sobre administración de la finca "La Morelia", y que estando vigente, el demandante fue obligado a desocuparla, quedándosele a deber las mejoras plantadas y que dieron un mayor valor al inmueble.

5º.—Que el demandado debe al demandante el pago de 962 árboles de café, 730 matas de plátano, la siembra y encalle de 22 cuadras de potreros en yaraguá de yerbas y otros gastos, como el disfrute de tales mejoras, todo lo cual asciende a la cantidad de $ 13.782.75.

6º.—Que el demandado para evitar el pago de las mejoras, vedió la finca al señor Antonio Coca B.

* * *

El Juez de primer grado mediante sentencia de 8 de septiembre de 1955, falló las peticiones del demandante negándolas y absolviendo al demandado de los cargos en ella formulados, en razón de haber declarado probada la excepción perentoria de cosa juzgada.

El Tribunal Superior de Bogotá, a quien correspondió conocer del negocio por apelación que el demandante interpuso del aludido fallo, mediante sentencia del 4 de diciembre de 1956, confirmó la sentencia de primer grado, en razón de no haber encontrado demostrado el contrato verbal en el cual fundamentó el demandante sus peticiones.

II—DEMANDA DE CASACION

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de casación. Tres cargos se formulan a la sentencia aludida.

Primer cargo.— Se funda en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y se acusa la sentencia por violación de la ley sustantiva como consecuencia de apreciación de las pruebas, con lo cual se quebrantaron en forma directa los artículos 1.494, 1.602 y 1.603 del Código Civil.

Afirma el recurrente que la sentencia del Tribunal se funda en que no existió contrato alguno entre demandante y demandado, y que olvidó que de los contratos puede haber obligaciones entre las partes.

Segundo cargo.—Se hace consistir en un error de derecho que implicó el quebrantamiento en forma directa de los artículos 606, 696 y 697 del Código Judicial y de los artículos 1.494, 1.602 y 1.603 del Código Civil, por no haberlos aplicado al caso del pleito cuando era necesaria su aplicación. Afirma que además se quebrantó el ordinal f) del artículo 3º de la Ley 100 de 1944; y el artículo 22 de la Ley 200 de 1936.

Se sustenta el cargo en que existen pruebas de la existencia de un contrato verbal entre demandante y demandado que modificó el último contrato escrito.

Tercer cargo.—Se hace consistir en un manifiesto error de hecho. A virtud de este error de hecho se quebrantó el artículo 601 del Código Judicial; el ordinal f) del artículo 3º de la Ley 100 de 1944 y los ordinales 1º y 2º del artículo 22 de la Ley 200 de 1936. Sustenta este cargo en el hecho de que de la confesión del demandado y de los testimonios de varios declarantes se deduce claramente que el demandante hizo mejoras en el predio del demandado.

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Para resolver se tiene en cuenta lo siguiente:

Obra en autos la prueba de un contrato celebrado el 25 de junio entre los señores Melitón Alvarez y Luis Jaramillo Peláez. Se lee en él que Jaramillo P., dió a Alvarez en arrendamiento, una finca rural, con casa de habitación, cafetal, plataneras, etc., situada en el Municipio de Calarcá, denominada "La Morelia", por dos años contados desde el 30 de junio de 1951; que al vencimiento de tal contrato el arrendatario Melitón Alvarez, entregará la finca al arrendador; que el canon de arrendamiento fue del cincuenta por ciento (50 %)) del producido de café seco de trilla listo para darlo a la venta en las oficinas de la Federación. También en aquel contrato se obligó al señor Melitón Alvarez a no oponerse a la restitución de la finca al arrendador por ningún motivo.

Asimismo existe la prueba de otro contrato de arrendamiento entre las mismas partes, celebrado el 24 de julio de 1950, que recae sobre la misma finca.

En la cláusula segunda de dicho contrato se estipula que el arrendatario no puede efectuar ninguna mejora que no sea expresamente autorizada por escrito del arrendador; y que si las hiciese, no podrá cobrarlas. Este contrato se celebró por dos años.

Así las cosas y según el contrato primeramente citado, el arrendamiento debía terminar el 30 de junio de 1953.

El demandante, como puede apreciarse por los hechos de la demanda y por las afirmaciones que hace al fundamentar el recurso de casación, no funda en los anteriores contratos su derecho a reclamar el pago de unas mejoras; sino en el hecho de que fuera de los mencionados contratos hubo un contrato verbal entre las mismas partes y que dicho contrato estuvo en vigencia hasta julio de 1955.

Precisamente el Tribunal no encontró suficientemente probado el contrato verbal de arrendamiento, ni de las posiciones que absolvió el demandado, ni de las declaraciones de los señores Samuel Bonilla y José Joaquín Salazar puede inferirse la existencia del mentado contrato.

Pero, aún suponiendo que entre demandante y demandado se hubiese celebrado el contrato verbal de arrendamiento que debía terminar en julio de 1955, es necesario tener en cuenta que en el juicio de lanzamiento llevado a cabo por el arrendador contra el recurrente, éste alegó mejoras que le fueron reconocidas y pagadas.

En efecto, por sentencia de julio 30 de 1953, proferida por el Juez Civil del Circuito de Calarcá, se condenó al señor Melitón Alvarez a restituir a Luis Jaramillo Peláez la finca "La Morelia" con todas sus mejoras y anexidades; se le concedió derecho de retención al demandado hasta tanto se le pagara o asegurara el valor de $ 2.200.00 a que asciende el valor de las mejoras que alegó y que se le reconocieron. Esta sentencia es ley del proceso.

El Juez de primer grado, con base en la citada sentencia encontró configurada la excepción perentoria de cosa juzgada, ya que la sentencia no sólo hizo tránsito a cosa juzgada en el sentido formal, sino también en el material.

La sentencia de segundo grado fue más lejos, y encontró que no se había acreditado el contrato verbal que dice el demandante se celebró entre los señores Jaramillo Peláez y Melitón Alvarez.

Finalmente, la clasificación que quiere hacer el demandante entre mejoras estables y mejoras inestables es ajena a las relaciones contractuales celebradas entre las partes; además la referida sentencia que condenó al arrendador a pagar mejoras no hizo semejante clasificación; por lo cual se entiende que el demandante ya fueron pagadas las mejoras que hizo en la finca del arrendador.

No prosperan los cargos.

FALLO

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 del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

No aparecen costas causadas en el recurso.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

EL OMITIR LA INSERCION EN LAS COPIAS QUE EXPIDA EL SECRETARIO, DEL AUTO QUE DECRETO LA COMPULSA, NO INVALIDA LA PRUEBA, PORQUE EL ARTICULO 632 DEL C. J. NO ORDENA QUE HAYA DE CONSTAR TAL REQUISITO COMO CONDICION NECESARIA PARA SU VALIDEZ. — CUANDO SE PIDE EN JUICIO LA CANCELACION EN EL REGISTRO DE UN ACTA DE REMATE Y EL JUEZ DECRETA LA NULIDAD DE ESTE, UNO Y OTRO VERBO INDICAN UNA MISMA IDEA, O SEA, LA INEFICACIA DE LOS REGISTROS PUBLICOS, CONSECUENCIA NECESARIA DE LA DECLARACION DE NULIDAD DEL REMATE. — LA PETICION DE QUE SE CONDENE A UNA PERSONA A RESTITUIR O ENTREGAR UN INMUEBLE, CONTIENE IMPLICITA LA AFIRMACION DE QUE ESA PERSONA SE ENCUENTRA EN POSESION MATERIAL DEL INMUEBLE, PUES DE LO CONTRARIO NO SE PODRIA SOLICITAR QUE FUERA DESPOSEIDO DEL MISMO

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

El doctor Hernando Rojas Otálora en representación de la sucesión de JOSE MARIA MANTILLA GARIBELLO y para la misma, instauró acción ordinaria contra el señor Luis F. Roa para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

1ª.—Que se decrete la nulidad del juicio de venta que con base en la escritura hipotecaria número 451 de febrero de 1941 de la Notaría Segunda de Bogotá, adelantó en el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá el señor Luis F. Roa contra el causante José María Mantilla Garibello, en el cual se hizo el remate de adjudicación a Luis F. Roa de un terreno situado en el barrio "Veinte de Julio" de Bogotá, junto con la edificación en él construida y marcado con el número 7-34 de la calle 25 Sur.

2ª.—Que de manera expresa se decrete la nulidad del remate verificado por el Juez sexto Civil Municipal de Bogotá, el 25 de enero de 1948.

3ª.—Que se decrete la nulidad del auto aprobatorio del remate de que trata la petición anterior.

4ª.—Que se decrete la cancelación en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, del acta de remate y del auto que lo aprobó.

5ª.—Que se condene al demandado Luis F. Roa a restituir a la sucesión de José María Mantilla G. el inmueble objeto de remate.

6ª.—Que se condene al demandado Luis F. Roa a pagar a la sucesión de José M. Mantilla, los frutos naturales y civiles del inmueble en referencia desde el día del remate hasta el día en que haga la entrega.

* * *

Se alegaron los siguientes hechos:

1º.—José María Mantilla Garibello se constituyó deudor de Luis F. Roa por la cantidad de $ 300.00 de acuerdo con la escritura 451 otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, el 26 de febrero de 1941;

2º.—En la escritura citada José María Mantilla constituyó a favor de Luis F. Roa sobre el inmueble objeto de remate, una hipoteca para garantizarle el préstamo de $ 300.00.

3º.—Con base en el contrato de mutuo y gravamen hipotecario Luis F. Roa inició acción de venta contra José M. Mantilla hasta obtener el remate cuya nulidad se pide.

4º.—Como no era posible notificar al demandado ya que había fallecido, se le nombró curador, con quien se adelantó el juicio.

5º.—José María Mantilla falleció el 18 de mayo de 1941 y la demanda de venta fue admitida el 27 de mayo de 1947 por el Juez Sexto Civil Municipal de Bogotá.

6º.—En el juicio de sucesión de José María Mantilla que cursa en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, fue reconocido el doctor Hernando Rojas Otálora como cesionario de los

derechos herenciales que le corresponden a la heredera reconocida María Rebeca Mantilla Garibello.

—o—

El Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá falló las pretensiones del demandante el 28 de enero de 1956 decretando la nulidad tanto del juicio especial de venta y bienes hipotecados como del remate practicado el 25 de julio de 1948, y del auto aprobatorio del remate y el registro de tales actos; y condenó al señor Luis F. Roa a restituir a la sucesión del señor José María Mantilla, representada por el doctor Hernando Rojas Otálora, el inmueble que fue objeto de remate.

También fue condenado Luis F. Roa a pagar a la sucesión de José María Mantilla los frutos naturales y civiles del bien que se le adjudicó, desde el 25 de junio de 1948, fecha del remate.

Apelada la decisión del Juez, el Tribunal Superior de Bogotá, por fallo de 22 de febrero de 1957, confirmó la sentencia del Juez, excepción hecha del punto relativo a la condena de frutos que fue modificada en el sentido de considerar a Luis F. Roa como poseedor de buena fé y obligado, por tanto, a pagar frutos sólo desde el día de la contestación de la demanda que dá origen a este juicio.

II—DEMANDA DE CASACION

La anterior sentencia es atacada ante esta Corte mediante las dos primeras causales de casación que contempla el artículo 520 del Código Judicial.

Primer cargo.—El Tribunal violó los artículos 207, 361, 597, 632, 593 y 616 del Código Judicial, por cuanto estimó que por el hecho de haberse presentado con la demanda copia de la providencia en que se abrió la sucesión de José María Mantilla y se reconoció una heredera y al cesionario a quien ella le enajenó los derechos, esa copia por haberla expedido el Secretario del Juzgado, la apreció sin más requisitos, siendo así que no se presentaron copias de los autos del Juez que ordenó expedir semejantes copias.

Incurrió en un error de derecho al apreciar tales copias e igualmente al interpretar el artículo 605 del Código Judicial. Que el anterior error de derecho indujo al Tribunal a violar los artículos 205, 342, 343 y 344 del Código Judicial, pues encontró acreditada la personería sustantiva de la parte demandante, cuando ésta no se encuentra probada.

Violó también los artículos 1.746 y 1.748 del Código Civil, por haber decretado la nulidad del juicio en que se llevó a cabo el remate de bienes cuya restitución se ordenó; los artículos 961, 964, 965 y 966 del Código Civil, porque ordenó restituir el bien rematado ya que no podía hacerlo por carencia de la personería sustantiva del demandante.

En síntesis: el Tribunal dió por probada la **legitimatio ad processum** (personería sustantiva) sin estar probada.

—o—

LA CORTE CONSIDERA:

Obra en el expediente el certificado formalmente expedido por el Secretario del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, por el cual se comprueba que ante dicho Juzgado se abrió y radicó el juicio de sucesión del causante señor Mantilla Garibello, por auto del 8 de marzo de 1952, y al mismo tiempo se reconoció como heredera del causante, en su condición civil de hermana legítima, a la señora Rebeca Mantilla Garibello y se reconoció igualmente como cesionario de los derechos herenciales de la mencionada señora, al doctor Hernando Rojas Otálora, al tenor de la escritura 1.832 de septiembre de 1951, de la Notaría Quinta de Bogotá.

Ciertamente se omitió la inserción del auto del Juez que ordenara expedir la copia. El artículo 632 advierte que hacen plena prueba acerca de su contenido como documentos auténticos: "los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos expedidos formalmente y autorizados por los secretarios o empleados encargados de los archivos...".

Pero en ninguna parte exige la Ley, para que las copias expedidas por los Secretarios de los Juzgados tengan valor, el que precisamente haya sido autorizada su expedición mediante auto especial del Juez.

Con razón el Tribunal Superior de Bogotá en la sentencia recurrida advirtió que "la copia de que se trata está formalmente expedida porque la expidió el Secretario del Juzgado anunciando que se trata de la copia tomada de un expediente que cursa en dicha oficina y garantizando con su firma y sello su autenticidad. A eso se reduce el alcance de la expresión **expedida formalmente**.

"El que se haya omitido la inserción del auto del Juez que ordenara expedir la copia, no puede invalidar la prueba porque el artículo citado no ordena que haya de constar este requisito como condición necesaria para su validez y porque hay que presumir que si la copia aparece expedida por el encargado del archivo, o sea el Secretario, su contenido, que es lo que se pretende demostrar, es verdadero".

Por la razón anotada no prospera este cargo.

Segundo cargo.—Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante (numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial).

Esta causal la concreta el recurrente así: En la segunda petición de la demanda se solicita que se decrete la nulidad del remate verificado el 25 de junio de 1948, en la cual se adjudicó al demandado Luis F. Roa un inmueble; y en la petición cuarta, se pide que se decrete la cancelación en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá del acta de remate y el auto que lo aprobó.

Bien, agrega el recurrente, el Tribunal al confirmar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juez de primera instancia, falló así:

"Segundo.— Como consecuecnia de la nulidad de todo el juicio, declárase nulo el remate practicado en él el 25 de junio de 1948, nulo el auto aprobatorio del remate y sin valor el registro de tales actos, registro que debe cancelarse y para lo cual se librará oficio con los insertos del caso al señor Registrador de II. PP. y PP. del Circuito....".

A este respecto, dice el recurrente, que el demandante pidió que se decretara la cancelación en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, del acta de remate y del auto que la aprobó; pero el Tribunal en lugar de hacer eso, declaró nulo el auto aprobatorio del remate, cuestión que no se le había pedido.

Se observa en relación con este cargo, que existe ciertamente una diferencia en cuanto a los verbos que empleó el demandante y el que empleó la sentencia del Tribunal. El demandante pidió que se decretara la cancelación en la Oficina de Registro del acta de remate y del auto que la aprobó; en cambio, la sentencia en lugar de decretar una cancelación, decretó la nulidad.

* * *

Observa la Corte que el cargo se reduce a un mero juego de palabras o sea, a precisar el verbo que ha debido emplear el Tribunal, ya el verbo **cancelar**, ya el verbo **anular**. Uno y otro verbo, en el caso de autos, está indicando claramente una misma idea o sea, la ineficacia de los registros públicos, consecuencia necesaria de la declaración de nulidad del remate.

Los cargos que se hagan en casación a una sentencia proferida por un Tribunal Superior, deben ser serios, definidos y fundados y, ante todo, acreditar fehacientemente que la sentencia que se ataca ha violado una disposición legal sustantiva.

Se rechaza el cargo.

Tercer cargo.— El Tribunal dió el carácter de plenas pruebas a las que carecían de él y violó por tanto, los artículos 597, 636, 742, 451 del Código Judicial y los artículos 1.434, 961, 964, 965 y 966 del Código Civil.

Se hace consistir este cargo en que el Tribunal apreció erróneamente las siguientes pruebas:

a).—La copia del edicto en que se emplazó al señor José M. Mantilla.

b).—La copia del auto del Juez Sexto Civil Municipal en que se le designó curador al demandado;

c).—La diligencia de posesión del mismo curador;

d).— La copia del auto del mismo Juzgado en que dió por contestada la demanda por el curador;

e).—La copia de la diligencia de remate llevado a cabo el 25 de junio de 1948 y de su auto aprobatorio.

Dice el recurrente que de las anteriores diligencias se presentó copia expedida por el Secretario, sin el auto del Juez que las hubiera autorizado.

Se rechaza el cargo por las razones anotadas al estudiar el primero.

Cuarto cargo.—Se acusa la sentencia por violación indirecta de ley sustantiva en razón de error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda. Esto condujo a la violación de los artículos 205, 737, 341, 342, 343, 451 y 1.197 del Código Judicial y los artículos 961, 964, 965, 966 y 1.434 del Código Civil.

Sustenta el recurrente así este cargo: la demanda no se sustenta en hechos concretos. El Tribunal dá por sentado que el demandado tenía la cosa reclamada, cuando en la demanda no se expresó tal circunstancia. Mal podía el Juzgado, agrega el recurrente, condenar al demandado a restituir materialmente la cosa demandada, sin

existir la plena prueba de que ella se encuentra en su poder en calidad de poseedor.

— o —

CONSIDERA LA CORTE:

Es verdad que entre los hechos de la demanda no se afirma que el demandado se encuentre en posesión material del inmueble que se le adjudicó en la ya mentada diligencia de remate; pero la petición quinta dice: "Que se condene al demandado Luis F. Roa a restituír o entregar a la sucesión de José M. Mantilla G..... tan pronto como quede ejecutoriada la sentencia que le ponga fin al juicio, el inmueble de que tratan las peticiones anteriores".

Esta petición contiene implícita la afirmación de que Luis F. Roa se encuentra en posesión material del inmueble, pues de lo contrario, no se podría solicitar que fuera desposeído del mismo.

Se rechaza el cargo.

FALLO

Por los motivos anotados, 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 del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintidós de febrero de mil novecientos cincuenta y siete.

Se condena al recurrente a pagar al opositor las costas del recurso, en razón de la defensa que hizo de la sentencia recurrida ante esta Corte.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

SEGUN LAS LEYES PROCESALES VIGENTES ANTES DE LA LEY 105 DE 1931, LAS SENTENCIAS DE ALIMENTOS PROFERIDAS MEDIANTE EL TRAMITE DE LOS JUICIOS ORDINARIOS, TENIAN EL CARACTER DE DEFINITIVAS Y DEBIAN NOTIFICARSE A LAS PARTES POR MEDIO DE EDICTO, A DIFERENCIA DE LAS PRONUNCIADAS POR EL PROCEDIMIENTO SUMARIO QUE TENIAN EL CARACTER DE INTERLOCUTORIAS Y DEBIAN, POR TANTO, NOTIFICARSE POR ESTADO. — LA CONFUSION DE ESTAS PROVIDENCIAS, HACE INCURRIR AL FALLADOR EN ERROR DE DERECHO

Las viejas leyes procesales vigentes en Colombia hasta cuando entró a regir la Ley 105 de 1931 "Código de Procedimiento Civil" y en cuanto se refiere a notificaciones, clasificaban las providencias judiciales en sentencias definitivas y sentencias interlocutorias.

Las sentencias que tenía el carácter de definitivas debían notificarse por edicto publicado en un lugar del Juzgado o Tribunal, una vez transcurridos 30 días de dictada.

Es un hecho cierto que en materia de alimentos, exigiendo las viejas leyes procesales su tramitación mediante juicio ordinario, sólo las sentencias proferidas en tales juicios, tenían el carácter de definitivas.

En cambio las providencias sumarias sobre alimentos sólo podían tener el carácter de interlocutorias.

Comete un error de derecho el Tribunal que confunda las sentencias definitivas de alimentos, esto es, las proferidas previa la tramitación propia de los juicios ordinarios, con las pronunciadas mediante procedimiento sumario, porque las primeras se notifican por medio de edicto y las segundas como auto interlocutorio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

José Aljure como representante de Amelia Aljure de Faour pidió, ante el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá que se condenase al señor Wadi Faour a pagarle doce mil pesos ($ 12.000.00), monto de las mensualidades de $ 100.00 cada una como alimentos debidos por la ley, comprendidas del 20 de julio de 1932 hasta el 19 de julio de 1942, de conformidad con la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot de 29 de mayo de 1929.

Fueron alegados estos hechos:

"a).—El Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot en providencia de 23 de mayo de 1929, dictada en el juicio de alimentos allí seguido por el suscrito, como apoderado de la señora Amelia Aljure de Faour, contra el señor Wadi Faour, cónyuge entre sí, condenó a éste a pagar a la primera, desde su fecha en adelante y por mesadas anticipadas, la suma de DOSCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 200.00), como alimentos debidos por la ley.

"b).—Por gestiones del apoderado del demandado señor Faour, dicho Juzgado en providencia del 29 de los mismos mes y año, sin acceder a revocar su anterior referida la reformó señalando la suma de CIEN PESOS ($ 100.00) como la correspondiente a las mesadas que en la forma dicha en tal auto debe entregar el señor Faour a su esposa Amelia Aljure de Faour, concediendo, a la vez, en efecto devolutivo, la apelación interpuesta.

"c).—Este recurso, por no suministrar el interesado lo necesario para llevarlo a cabo, fue declarado desierto, por el Juzgado del conocimiento, en auto de 17 de enero de 1951, época hasta la cual estuvo el juicio en suspenso, notificándose este auto, conforme a la ley, por edicto fijado en lugar público de la Secretaría del Juzgado por el término de quince días, y que, además, se publicó en el número 7.273 de la Gaceta de Cundinamarca, periódico oficial del Departamento, correspondiente al 30 de enero de 1951.

"d).—Por providencia de 14 de abril de 1952, el Juzgado Civil del Circuito de Girardot designó al señor José Aljure, ciudadano colombiano, mayor de edad, vecino de aquella ciudad, herma-

no de la señora Amelia Aljure de Faour, como su curador interino, previo concepto favorable del Agente del Ministerio Público, a quien, una vez posesionado del cargo, se le discernió autorizándolo para ejercerlo.

"e).—El señor Wadi Faour es mayor de edad y vecino de Bogotá, y actualmente se encuentra fuera del país, siendo su apoderado general el señor Julio Faour, igualmente mayor y vecino de Bogotá, al tenor de la escritura pública número 1.207 de 5 de marzo de 1949, pasada en la Notaría Segunda de este Circuito, registrada en la Oficina de Registro del mismo, el 2 de julio de 1951. Libro de Poderes, página 180, número 818.

"f).—El señor José Aljure, en su carácter de curador de la señora Amelia Aljure de Faour, me ha conferido poder especial, debidamente presentado ante los señores Juez y Secretario del Juzgado Civil del Circuito de Girardot, para demandar en juicio ordinario, al señor Wadi Faour, para el pago de las pensiones alimenticias de su representada correspondiente a varios años.

"g).—El señor Wadi Faour no ha pagado a su cónyuge ninguna de las pensiones alimenticias a que fue condenado por el Juzgado Civil del Circuito de Girardot, en sus providencias citadas en los hechos anteriores, y debe, por tanto, las correspondientes comprendidas del 22 de mayo de 1929 hasta la fecha.

"h).—Por las pensiones comprendidas del 20 de julio de 1942 al 19 de julio de 1952, o sean diez anualidades, inicié con análoga personería, juicio ejecutivo contra el señor Wadi Faour, y el Juzgado Octavo Civil de este Circuito, al que tocó conocer del juicio por repartimiento, dictó mandamiento ejecutivo conforme a lo pedido por la cantidad de DOCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 12.000.00), el día 14 de julio de 1942, intereses a la rata legal y costas.

"Las pensiones alimenticias correspondientes del 22 de mayo de 1929 al 21 de julio de 1932, no son exigibles, pero sí lo son por esta vía procesal, las del 22 de julio de 1932 hasta el 21 de julio de 1942, y como se adelanta el cobro ejecutivo del 20 de julio de 1942 para acá, esta acción ordinaria debe comprender únicamente diez años comprendidos del 19 de julio de 1942, para atrás, a fin de coincidir en las fechas".

Admitida la anterior demanda, la falló el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá, por sentencia de agosto 3 de 1956, absolviendo al demandado.

El Tribunal Superior de Bogotá, quien conoció del negocio por apelación que interpusiera el demandante, por sentencia de 30 de agosto de 1956 confirmó la del Juez.

II—DEMANDA DE CASACION

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá interpuso recurso de casación la señora Amelia Aljure de Faour. Se sustenta este recurso mediante la afirmación de que la sentencia recurrida se fundamentó en, que la providencia del Juez del Circuito de Girardot que sirvió de base a la condena impetrada en el presente juicio, no se dictó con sujeción a los preceptos legales vigentes, por cuanto "ni dicha Resolución se notificó como sentencia definitiva, ni se cumplió el precepto terminante del artículo 17 de la Ley 169 de 1896 que prohibe al Juez revocar o reformar la sentencia definitiva dictada por él mismo".

Estos conceptos —agrega el recurrente— son equivocados por cuanto la sentencia del Juez de Girardot no es definitiva, sino sentencia interlocutoria.

Es suficiente examinar el texto de la decisión del Juez de Girardot para comprender que ni en su aspecto formal, ni en su motivación se trata de una sentencia definitiva; trátase simplemente de un Decreto de alimentos provisional adoptado sobre una prueba sumaria, en la cual, además, se cita el artículo 1.429 del Código Judicial, vigente entonces, cuyo texto es el siguiente: "Cuando se demanden alimentos en los casos y con las pruebas mencionadas en los artículos anteriores de este capítulo, el Juez dentro de 24 horas, y sin citar ni oír al demandado ordenará que se paguen".— "La suma periódica y los términos del pago se fijarán por el Juez prudencialmente, cuando en el documento no se expresen estas circunstancias".

Arguye el recurrente que el juicio de alimentos, conforme al antiguo Código Judicial, se tramitaba por la vía ordinaria; excepcionalmente asumía la forma cautelar en el caso del artículo 1.429, pero siempre con calidad provisional porque conforme a los artículos 1.430 y 1431 del mismo Código, la providencia que los decretaba o los denegaba sumariamente estaba siempre sujeta a ser revisada por la vía ordinaria.

"De esta suerte la única sentencia sobre alimentos con fuerza definitiva, era la proferida en el juicio ordinario adelantado conforme al artículo 1.430 al 1.431 o al 1.432 del subrogado Código Judicial de entonces, según los diferentes casos previstos por el Legislador.

"En tales condiciones cae por su base todas las consideraciones que fundamentan el fallo recurrido; si el Tribunal se hubiera tomado el trabajo de leer el precepto transcrito, y los textos legales citados, no habría incurrido en el error de construir un raciocinio aplicable a sentencias definitivas para acomodarlo a una simple medida cautelar reformada legalmente conforme al artículo 42 de la Ley 40 de 1907, y notificada regularmente su reforma según el artículo 31 de la Ley 105 de 1890.

"Incurrió así el sentenciador de segundo grado en un doble error a saber: el uno de hecho, consistente en ver una sentencia definitiva proferida en juicio ordinario, en la providencia dictada por el Juez de Girardot el 22 de mayo de 1929..., texto indicativo de la calidad provisional de cuota alimentaria, así como del texto de la providencia proferida por el Juez el 29 de los mismos mes y año, cuyo contenido es claramente indicativo de la misma calidad provisional con que se reformara la fijación de que trata la providencia anterior; el otro de derecho, consistente en desestimar el valor de las copias de las providencias interlocutorias invocados....., y el mérito demostrativo que prestan las copias de sus correspondientes notificaciones; autos y notificaciones que son instrumentos públicos pruebas plenas acerca de su contenido siguiendo las voces del artículo 632 del Código Judicial cuyo imperio desconoció así el sentenciador.

"Tales errores el de hecho y el de derecho ya descritos, condujeron a la violación del artículo 417 del Código Civil, precepto sustancial por cuanto consagra el derecho del alimentario de recibir la alimentación correspondiente inter partes litis.

"Por tales razones, con base en la causal primera de las consagradas en el artículo 520 del Código Judicial acuso la sentencia recurrida por violación del artículo 417 del Código Civil, no aplicado al caso concreto como consecuencia de los errores de hecho y de derecho ya invocados".

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte resuelve este problema teniendo en cuenta:

1º.—Con fecha mayo 22 de 1929 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot teniendo en cuenta los artículos 414 y 419 del Código Civil y 1.423 del Código Judicial, ordenó al señor Wadi Faour pagar a la señora Amelia Aljure de Faour por mesadas anticipadas, la suma de $ 200, como alimentos debidos por la Ley.

Esta providencia fue notificada personalmente al demandado señor Wadi Faour el 22 de mayo del citado año de 1929.

El señor Wadi Faour solicitó revocación del auto de 22 de mayo y el Juzgado por auto de 29 de mayo del mismo año, no accedió a la revocación del mismo, pero lo reformó señalando la suma de $ 100,00, como correspondiente a las mesadas que debe entregar el señor Wadi Faour a su esposa señora Amelia Aljure de Faour.

Este auto reformatorio del de 22 de mayo de 1922, se notificó por edicto el 3 de junio del mismo año.

2º.—Las viejas leyes procesales vigentes en Colombia hasta cuando entró a regir la Ley 105 de 1931 "Código de Procedimiento Civil" y en cuanto se refiere a notificaciones, clasificaban las providencias judiciales en sentencias definitivas, y sentencias interlocutorias.

Las sentencias que tenían el carácter de definitivas debían notificarse por edicto publicado en un lugar del Juzgado o Tribunal, una vez transcurridos 30 días de dictada.

Y justamente el Tribunal Superior de Bogotá advierte que la providencia del 29 de mayo de 1929 por la cual se reformó la de 22 de mayo de ese mismo año, no se notificó como sentencia definitiva sino como sentencia interlocutoria, y que por tanto, se encuentra mal notificada.

3º.—Es un hecho cierto que en materia de alimentos, exigiendo las viejas leyes procesales su tramitación mediante juicio ordinario, sólo las sentencias proferidas en tales juicios, tenían el carácter de definitivas.

En cambio, las providencias sumarias sobre alimentos sólo podían tener el carácter de interlocutorias. Por tanto, el Tribunal Superior de Bogotá cometió un error de derecho al estimar que las mentadas providencias del 22 y 29 de mayo de 1929, eran sentencias definitivas cuando en verdad son simples autos interlocutorios de acuerdo con las derogadas leyes procesales.

4º.—Finalmente, esta Corte en sentencia de 28 de febrero de 1958, dijo en relación con las notificaciones:

"Las notificaciones, o sean las formas en que se pone en conocimiento real (personales) o presuntivo (edicto, estado) de las partes, las providencias dictadas en un proceso, no tienen fundamento diferente del principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio. Ello indica que el juzgador, ante un problema de defectuosa notificación, ha de guiarse con un criterio ceñido primordialmente al estricto cumplimiento del prin-

cipio constitucional enunciado, para que la ley procesal sea el medio idóneo para la administración de justicia, y no un obstáculo".

Y precisamente en el caso de autos la providencia del 22 de mayo de 1929 fue notificada personalmente al demandado señor Wadi Faour Tuvo, pues, conocimiento de la misma y por cierto que solicitó revocación de esa providencia y obtuvo la reforma que le decretó el Juez el 29 de mayo del mismo año. Por tanto, el demandado Wadi Faour fue en todo momento oído y escuchado, y no puede ahora alegar que en relación con el auto del 29 de mayo le fue defectuosamente notificado porque él se produjo precisamente mediante su propia alegación.

Por todos los motivos acabados de exponer se impone la casación de la sentencia recurrida.

* * *

FALLO

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 que el 31 de agosto de 1956 profirió el Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar,

DECLARA:

CONDENASE al señor Wadi Faour, mayor y vecino de Bogotá, representado por su apoderado general señor Julio Faour, a pagar a su cónyuge señora Amalia Aljure de Faour, la suma de DOCE MIL PESOS ($ 12.000.00), monto de las mensualidades de CIEN PESOS ($ 100.00) moneda corriente cada una, como alimentos debidos por ley, comprendidas del 20 de julio de 1932 al 19 de julio de 1942, de conformidad con la sentencia interlocutoria del Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, de fecha veintidós de mayo de mil novecientos veintinueve.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez — Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

LAS CAUSALES QUE DAN ORIGEN A UNA INVESTIGACION DE PATERNIDAD NATURAL Y A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 4º DE LA LEY 45 DE 1936, SON CAUSA O FUNDAMENTO DE VERDADERAS PRESUNCIONES LEGALES Y NO DE MEROS INDICIOS. — POR SER CONTRARIO A LA NATURALEZA HUMANA, UNA DECLARACION NO PUEDE SER DE PRECISION MATEMATICA

1.—Las causales que dan origen a una investigación de paternidad natural y a que se refiere el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, se fundamenta en presunciones legales.

Es cierto que la paternidad en ningún caso puede probarse por hechos directos, sino por indirectos. La misma sucede exactamente con la paternidad legítima. Si la maternidad es un hecho directo, perceptible por los sentidos, no así la paternidad del ser humano.

La paternidad legítima está basada también sobre una presunción, la que nos fue legada por el Derecho Romano: "Pater is est quem nuptias demostrant" (artículos 213 y 214 del Código Civil).

Como esta presunción de paternidad legítima no puede extenderse a los hijos naturales, la Ley 45 señaló determinados hechos, los que una vez acreditados, constituyen una presunción de paternidad natural.

Uno de esos hechos lo recoge el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en los siguientes términos: "En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiera nacido después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones sexuales y dentro de los 300 días siguientes a aquél en que cesaron".

Las causales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, son pues o fundamento de verdaderas presunciones legales, y no de meros indicios, como puede afirmarse equivocadamente. Al respecto es muy claro el artículo 66 del Código Civil, cuando dice:...

"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

"Si esos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la Ley, la presunción se llama legal".

El establecimiento de relaciones sexuales entre hombre y mujer, las señala directamente el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, como causas de una presunción. Por tanto, es presunción legal.

2.—Por ajustarse a la realidad jurídica e interpretar adecuadamente el valor y naturaleza de la prueba testimonial, la Corte no puede menos de compartir el siguiente razonamiento del Tribunal Superior de Bucaramanga:

"Una declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática, estereotipada y precisa en todos sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiera de exigirse en el testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia. Más aún, una declaración de esta índole tendría todos los caracteres de artificial y prefabricada".

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

La señora María Torres, en ejercicio de la patria potestad que tiene sobre sus hijas menores María Rosaura, Carmen Alicia y Blanca Cecilia Benítez Torres, ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, demandó a la sucesión de José Abel Benítez, representada por los señores José de Jesús, José Gregorio, Antonio, David y Cristóbal Benítez, para que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

1º.—Que María Rosaura, Carmen Alicia y Blanca Cecilia Benítez Torres, nacidas respectivamente el 14 de octubre de 1949, el 1º de marzo

de 1953 y el 19 de enero de 1955, son hijas naturales de José Abel Benítez Sepúlveda, quien murió en Bucaramanga el 6 de marzo de 1955.

2ª.—Que como consecuencia de la anterior declaración, las mentadas hijas naturales tienen mejor derecho a la herencia de su padre José Abel Benítez Sepúlveda, que sus hermanos y sobrinos legítimos demandados.

3ª.—Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se condene a los demandados a restituir a María Rosaura, Carmen Alicia y Blanca Cecilia Benítez Torres, todos los bienes que se les hayan adjudicado o que se les adjudiquen en calidad de herederos de José Abel Benítez Sepúlveda, especialmente los puntualizados en la petición tercera de la demanda.

4ª.—Que se condene a los dichos demandados a restituir a las demandantes, los frutos naturales y civiles de los bienes a que se refiere la petición anterior, y los demás que hayan recibido o reciban a título de herencia de José Abel Benítez.

5ª.—Que se ordene la cancelación del registro de la partición que se haga en el juicio sucesorio de José Abel Benítez Sepúlveda.

* * *

Como hechos fundamentales de la acción se invocaron los siguientes:

1º.—En los primeros meses de 1947, José Abel Benítez Sepúlveda, natural del Cocuy, sedujo en esa población a María Torres y la llevó a vivir con él, para lo cual le abrió casa, primero en el Cocuy y luégo en Bucaramanga.

2º.—Las relaciones sexuales de José Abel Benítez y María Torres fueron continuas, estables y públicas, pues vivían bajo un mismo techo como marido y mujer, y en ese estado permanecieron desde principios de 1947 hasta el 6 de marzo de 1955, en que murió Benítez.

3º.—Durante todo este tiempo la Torres fue absolutamente fiel a Benítez y de la unión entre ellos hubo tres hijas naturales de ambos, llamadas María Rosaura, Carmen Alicia y Blanca Cecilia Benítez, las que nacieron, en su orden, el 14 de octubre de 1949, el 1º de marzo de 1953 y el 19 de enero de 1955.

4º.—José Abel Benítez reconoció públicamente a María Rosaura, Carmen Alicia y Blanca Cecilia Benítez por sus hijas; les suministró todo lo necesario para su subsistencia y educación y las presentó como tales a todos sus parientes y amigos, hasta el punto de que, en virtud de ese tratamiento, tanto sus parientes y relacionados como el vecindario en general, han reputado esas niñas como hijas del citado José Abel Benítez.

—o—

El 11 de junio de 1956 el Juez Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga falló el pleito declarando que María Rosaura, Carmen Alicia y Blanca Cecilia Benítez Torres, nacidas respectivamente el 14 de octubre de 1949, el primero de marzo de 1953 y el 19 de enero de 1955, son hijas naturales de José Abel Benítez Sepúlveda.

Como consecuencia de esta primera declaración se hicieron, en su orden lógico, las demás que eran su consecuencia natural.

Apelada esta sentencia le correspondió al Tribunal Superior de Bucaramanga conocer del negocio, quien lo desató mediante providencia del 26 de noviembre de 1956, confirmando en todas sus partes la de primer grado.

II—DEMANDA DE CASACION

Contra la referida sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga se interpuso recurso extraordinario de casación. Se sustenta este recurso con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por ser la sentencia recurrida violadora de la ley sustantiva, por aplicación indebida ocasionada por apreciación errónea de las pruebas y por falta de apreciación de otras, 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 y sobre jurisdicción y competencia.

Las disposiciones legales sustantivas que se señalaron violadas por el Tribunal, son los artículos 1º y 4º, ordinales 4º y 5º de la Ley 45 de 1936; 1.321 del Código Civil, 35 de la Ley 153 de 1887 y 18 y 20 de la citada Ley 45 de 1936; se quebrantaron también, dice el recurrente, en forma directa, los artículos 494, 593, 594, 601, 610, 613, 665, 666, 668 al 701 del Código Judicial.

Desarrolla el recurrente la demanda de casación mediante las siguientes argumentaciones:

a).— Las relaciones sexuales para declarar la paternidad natural, tienen que haber existido de manera notoria, haber sido estables y el hijo haber nacido dentro de los 180 días a 300, desde que empezaron hasta que terminaron dichas relaciones.

b).—La prueba de las relaciones sexuales no puede ser directa, sino que debe versar sobre indicios. Y en tratándose de indicios no necesarios, como en el presente caso, tienen que ser:

"En número plural, graves, precisos y conexos entre sí" (artículo 665 del Código Judicial); tienen que tener relación o conexión con el hecho que se trata de averiguar y estar probados todos y plenamente cada uno (artículo 666 del Código Judicial).

Los testigos declaran en forma genérica y de tales declaraciones no se deduce la prueba de las relaciones sexuales notorias, de donde pudiera deducirse que las tres demandantes son hijas naturales del señor Benítez.

Cita la declaración de CARLOS ACEROS, de quien dice que se trata de una afirmación genérica e inadmisible. En cuanto a la declaración de LUIS ALEJANDRO URIBE, dice que si tal testigo fue vecino de los presuntos amantes, no se sabe en qué tiempo empezó la vecindad ni cuándo terminó; y además, no sabe cuándo ni dónde nació la mayor de las niñas, ni sabe cuándo nacieron las otras; en cuanto al testigo Pastor Carreño, declara que Abel Benítez y María Torres vivieron en común pero, agrega, que no sabe cuáles sean las edades de las niñas, ni cuándo nacieron.

En cuanto al Capellán del Hospital, Presbítero José Hipólito Rojas, certifica que Benítez se negó a confesarse por vivir públicamente con María Torres, sin ser casado; que ésta iba a visitarle y los domingos le llevaba unas niñas, dos, hijas de ambos; que el 6 de marzo encontró a Benítez gravísimo y no lo casó con la Torres, como se lo pidieron, por falta de requisitos canónicos; que Benítez se murió a las dos horas después de haber hablado el asunto del matrimonio. En relación con esta declaración, dice el recurrente:

"¿Cómo supo el Capellán que las niñas (dos y no tres, como son) eran hijas de ambos? ¿Cómo supo que vivían amancebados? Lo dijo Benítez en forma de confesión extrajudicial? Pero entonces no se reúnen los requisitos legales".

En cuanto a las posiciones de David Benítez, sobrino de Abel, declara que siendo niño vivió con Abel; que éste hizo vida común con María Torres; que le consta de la posesión carnal de ésta; que procrearon las tres niñas o demandantes; que les suministró todo lo necesario a sus hijas. A lo cual replica el recurrente diciendo que David Benítez no es litigante, no tiene interés directo en el juicio, no podía recibírsele posiciones que además, no dice cuándo nacieron las niñas y en qué forma las educaba.

En cuanto a las posiciones de Cristóbal Benítez, sobrino de Abel, dice que Abel y María vivieron en la misma casa, en concubinato; que es cierto que de la unión hubo tres hijas y que como tal, las trató. El recurrente dice al respecto, que las mismas críticas debe sufrir esta declaración: no son posiciones, porque no se trata de hechos personales del absolvente o de parte interesada, cuyo dicho pueda tomarse como confesión; ni es declaración de testigo, porque la respuesta no es responsiva, no dá la razón de su dicho, no explica las circunstancias de los hechos sobre que declara.

En cuanto a la declaración del doctor Rafael Uscátegui, quien afirma que cuando iba al taller de Benítez, lo vió viviendo con María Torres, públicamente bajo un mismo techo; que Benítez trataba a los hijos con cordialidad y cariño, que no oyó nunca que Abel Benítez dijera que esas niñas fueran sus hijas.

A esto arguye el recurrente que de la mencionada declaración no puede deducirse que las tres menores fueran hijas de Abel Benítez. En síntesis: todas las afirmaciones son genéricas.

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I—Las causales que dan origen a una investigación de paternidad natural y a que se refiere el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, se fundamentan en presunciones legales.

Es cierto, como lo dice el recurrente, que la paternidad en ningún caso puede probarse por hechos directos, sino por indirectos. Lo mismo sucede exactamente con la paternidad legítima. Si la maternidad es un hecho directo, perceptible por los sentidos, no así la paternidad del sér humano.

La paternidad legítima está basada también sobre una presunción, lo que nos fue legada por el Derecho Romano: "**Pater is est quem nuptiae demostrant**" (artículos 213 y 214 del C. C.).

Como esta presunción de paternidad legítima no puede extenderse a los hijos naturales, la Ley 45 señaló determinados hechos, los que una vez acreditados, constituyen una presunción de paternidad natural.

Uno de esos hechos lo recoge el ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, en los siguientes términos: "En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiera nacido después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones sexuales o dentro de los 300 días siguientes a aquél en que cesaron".

Debe advertirse que las causales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, son causa o fundamento

de verdaderas presunciones legales, y no de meros indicios, como lo sostiene el recurrente. Al respecto es muy claro el artículo 66 del Código Civil, cuando dice:

"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

"Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la Ley, la presunción se llama legal".

El establecimiento de relaciones sexuales entre hombre y mujer, las señala directamente el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, como causas de una presunción. Por tanto, es presunción legal.

* * *

II—Trátase ahora de precisar si en el presente pleito se encuentran debidamente probadas las relaciones sexuales entre José Abel Benítez y María Torres, en la forma como lo exige el ordinal 4º de la citada Ley 45 de 1936.

1.— Que Abel Benítez y María Torres vivían públicamente bajo un mismo techo antes de morir Benítez, es hecho que debe tenerse por debidamente probado, en virtud del certificado del Capellán del Hospital, el cual fue ratificado posteriormente bajo juramento, dentro del término de prueba. Aquel Capellán declara también que cuando Abel Benítez entró al Hospital, en los primeros meses del año de 1954, se negó a confesarse por vivir públicamente con María Torres. Que María Torres venía a diario a traerle alimentos a Benítez y los domingos traía dos niñas de ambos; que tanto Benítez como María Torres le pidieron el día seis de marzo, que los desposara, cosa que no hizo por falta de requisitos canónicos; que el enfermo Benítez despidió a María Torres y le prometió presentarse ante el respectivo párroco para arreglar su vida casándose y legitimando a sus tres hijas Carmen Alicia, María Rosaura y Blanca Cecilia.

Así, pues, es un hecho cierto que hasta la muerte de Benítez hubo relaciones sexuales entre la citada María Torres y Benítez.

2.—¿Cuándo comenzaron las relaciones sexuales entre Benítez y la Torres?

El testigo **Solón de Jesús Barón**, dice que José Abel sedujo en el Cocuy a María Torres; que la desfloró y le abrió casa en el Cocuy donde vivieron bajo un mismo techo; y que en Bucaramanga también tenían casa donde vivían amancebados; que las relaciones sexuales duraron desde 1948, en forma estable y notoria, hasta la muerte de Abel. Que le consta que María le fué fiel y que de esa unión le nacieron las tres hijas naturales; a quienes José Abel les dió el trato y educación de tales.

Carlos Acero, conoció a los concubinos en Bucaramanga, donde vivían como marido y mujer bajo un mismo techo; que tales relaciones no tuvieron interrupción ninguna desde 1947 hasta 1955, en que murió José Abel.

Luis Alejandro Uribe, afirma que conoció a Abel Benítez y María Torres viviendo bajo un mismo techo en Bucarmanga.

Pastor Carreño, conoció a Abel Benítez tanto en el Cocuy como en Bucaramanga. Le consta que desde siete años antes, o sea desde 1948, Abel y la Torres vivieron bajo un mismo techo.

Algunos declarantes no pueden precisar si las relaciones sexuales comenzaron precisamente en 1947 o en 1948.

A esto advierte la sentencia del Tribunal:

"Una declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática, estereotipada y precisa en todos sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiera de exigirse en el testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia. Más aún, una declaración de esta índole tendría todos los caracteres de artificial y prefabricada".

La Corte no puede menos de compartir el anterior razonamiento, pues, él se ajusta a la realidad jurídica e interpreta adecuadamente el valor y naturaleza de la prueba testimonial.

Así, pues, el Tribunal dá por sentado que las relaciones sexuales comenzaron ya en el año de 1947 o en el de 1948.

Suponiendo, en el caso más desfavorable para las demandantes, que las relaciones sexuales hubieran comenzado en 1948, resultan, como conclusión, los dos espacios de tiempo necesario entre los cuales debieron haber sido concebidas las tres niñas, cuestión que se examinará más adelante.

3.—Los señores David Benítez y Cristóbal Benítez, absolvieron posiciones ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga el 15 de febrero de 1956. El primero de los nombrados confiesa que es cierto que cuando trabajaba con su tío Abel en el Cocuy, conoció a María Torres, la que poco después vivió con su tío; que esto sucedió en el año de 1947 y así continuaron viviendo en forma correcta en el Cocuy y después en Bucaramanga, hasta que murió su tío en el mes de marzo de 1955.

El segundo, o sea Cristóbal Benítez, declara que su tío José Abel vivió en el Cocuy con María Torres en una misma casa como marido y mujer, y que siguieron viviendo en forma continua hasta que murió su tío; que las menores nacieron de la unión sexual entre su tío y María Torres y que él las trató siempre como sus hijas.

Como se vio, el recurrente critica las confesiones de estos señores, diciendo que no son litigantes, ni tienen interés directo en el juicio, a lo cual observa la Corte que por auto del Juez Primero Civil del Circuito de Bucaramanga que lleva fecha 26 de mayo de 1955, se reconoció como herederos del causante a los señores David y Cristóbal Benítez López, en representación de su padre legítimo Santos Benítez Sepúlveda, hermano legítimo del causante.

Conforme al artículo 604 del Código Judicial, la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra, reviste el carácter de confesión. Tal sucede en este caso en que las declaraciones de voluntad de los citados David y Cristóbal Benítez, constituyen hechos que les perjudican, por cuanto son principales interesados en el juicio de sucesión del causante, señor José Abel Benítez, ya que como se dejó anotado, fueron reconocidos herederos del mismo.

Si las tres menores triunfan en su acción de investigación de paternidad natural, los bienes del causante se les adjudicarán con preferencia a los hermanos legítimos, orden dentro del cual pretendan heredar los sobrinos David y Cristóbal.

4.—Debe tenerse en cuenta que Benítez y la Torres establecieron relaciones sexuales que constituyen estado de concubinato, pues vivieron bajo un mismo techo entre los años de 1946 y 1955.

Resta ahora examinar si las tres menores fueron concebidas y nacieron dentro del estado de concubinato, conforme a las exigencias del artículo 4º en su ordinal 4º de la Ley 45 de 1936.

Obran en el expediente las partidas de nacimiento de las tres menores, partidas según las cuales nacieron sucesivamente el 14 de octubre de 1949, el 1º de marzo de 1953 y el 19 de enero de 1955.

De manera, pues, que las tres menores nacieron dentro del estado de relaciones sexuales habidas entre sus padres, según lo exige el ya citado ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

5.—En cuanto a la crítica que hace el recurrente tanto a los declarantes como a quienes absolvieron posiciones, de que no pudieron precisar la fecha exacta del nacimiento de cada una de las menores, es circunstancia que no impide la aplicación del citado artículo 4º, porque tan sólo era necesario que se probaran las fechas dentro de las cuales se realizaron las relaciones sexuales y que fruto de esas relaciones eran las tres menores. Lo relativo a la fecha exacta del nacimiento de cada niña, es un hecho que está acreditado más exactamente con las respectivas partidas de nacimiento.

No prospera el cargo.

é é é

FALLO

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 del Distrito Judicial de Bucaramanga el veintiséis de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Laforre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION DE DOMINIO O REIVINDICATORIA. — ELEMENTOS FUNDAMENTALES QUE LA CONFIGURAN PARA QUE PUEDA PROSPERAR. — LA SOLA FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA ES MOTIVO SUFICIENTE PARA PROFERIR LA ABSOLUCION DEL DEMANDADO Y NEGARLE SU ACCION AL ACTOR, SIN NECESIDAD DE ENTRAR A ESTUDIAR LOS DEMAS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL LEGISLADOR PARA LA REIVINDICACION. — ERROR DE HECHO

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

La señora ROSALIA ESCOBAR HIGUERA viuda de LOPEZ y el señor Jesús María Escobar Higuera, demandaron ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buga al señor Aristipo Lince para que fueran hechas las siguientes declaraciones:

a). Que pertenece en pleno dominio a los demandantes el fundo rural que posee el demandado y que hace parte de un terreno de mayor extensión denominada "La Lucha", ubicado en el Municipio de Ginebra y por los linderos indicados en la demanda;

b).— Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al señor Aristipo Lince a restituir en favor de los demandantes, el fundo especificado en la petición anterior.

c).—Que se condene al señor Aristipo Lince a pagar el valor de los frutos naturales y civiles del inmueble antes determinado;

d).—Que los demandantes no están obligados a indemnizar las expensas necesarias a que se refiere el artículo 965 del Código Civil, porque el demandado es poseedor de mala fé.

Fueron citados los siguientes hechos:

1º.— Por escritura pública número 1.792 de septiembre de 1950 se protocolizó en la Notaría de Buga la copia de la sentencia en cuya virtud el Juzgado Civil del Circuito de la misma ciudad de Buga, declaró que la señora Rosalía Escobar Higuera viuda de López, y los señores Jesús María Escobar y Rafael Tobías Escobar Higuera son dueños y propietarios, por haberlo adquirido por prescripción, de un predio rural, ubicado en el Municipio de Guacarí o Ginebra, dentro del inmueble conocido con el nombre de "Vinculo de Guabas".

2º.- Los demandantes adquirieron la posesión en su calidad de hijos legítimos de Domingo Escobar y Anastasia Higuera y la sucesión terminó con la cuenta de partición, aprobada en julio de 1947, en la cual se les adjudicó las hijuelas a que se refiere la escritura pública número 1.415 de septiembre de 1947. Los padres de los demandantes poseyeron el inmueble desde fecha inmemorial a través de sus ascendientes, y la possión debidamente acreditada dió pie al juicio de prescripción adquisitiva de dominio, de que se habló.

3º.--Los demandantes se encuentran privados de una parte considerable del terreno denomiando "La Lucha", posesión que tiene actualmente el doctor Aristipo Lince.

4º.— Los demandantes adquirieron el dominio de la finca "La Lucha", por la escritura ya citada de quién era el verdadero dueño, ya que la sentencia emanada de un representante del Estado y que fue consecuencia necesaria de la prueba de posesión por un tiempo de treinta años, como se demostró en su oportunidad.

5º.—El doctor Aristipo Lince comenzó a poseer parte del terreno "La Lucha", desde el año de 1951, reputándose dueño sin serlo.

* * *

Por sentencia del 25 de abril de 1956 el Juez Primero Civil del Circuito de Buga falló desfavorablemente las peticiones de los demandantes. La anterior sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Buga por fallo proferido el 12 de abril de 1957.

II—DEMANDA DE CASACION

Los demandantes acusan la sentencia del Tribunal de Buga, mediante demanda de casación, por violación de la ley sustantiva.

En primer término se dice que para reivindicar no es necesario haber tenido materialmente la posesión y luego haberla perdido. Los demandantes tienen la acción de dominio, toda vez que indiscutiblemente son poseedores inscritos ya que intentaron dicha acción contra el actual poseedor de conformidad con el artículo 952 del Código Civil.

La acción de dominio, agrega el recurrente, se configura por cuatro elementos fundamentales, o sabe: **cosa singular reivindicable, derecho de dominio en el demandante, posesión material en el demandado e identidad entre la cosa que se pretende y la poseída.**

Estos requisitos se encuentran reunidos en la demanda instaurada por los demandantes contra Aristipo Lince, motivo por el cual el Tribunal sentenciador al confirmar la providencia del Juzgado Civil del Circuito de Buga violó el artículo 946 del Código Civil, e interpretó erróneamente el artículo 949 del mismo Código, por cuanto también pueden reivindarse las cuotas proindiviso que se tengan en una cosa singular.

En segundo término, se agrega, cometió la sentencia del Tribunal un error de hecho manifiesto consistente en que no atendió, para dirimir la cuestión, el texto de las escrituras públicas presentadas, pues el Tribunal desconoce el derecho emanado del título de propiedad, o sea la escritura pública 1.792 de 28 de septiembre de 1950.

Agrega que el fallo del Tribunal Superior de Buga sostiene la tesis de que los demandantes no podían intentar la acción reivindicatoria contra Aristipo Lince sin el concurso de Rafael Tobías, porque en el juicio de prescripción se les adjudicó a los tres y porque no está demostrado que éste hubiese vendido a sus hermanos su derecho. Olvidó el Tribunal que está demostrado que Rafael Tobías vendió al demandado su derecho en la finca y por ello no se podía contar con el concurso de éste, pues no tenía ni tiene, en virtud de la venta, ningún derecho en el predio.

Hubo, pues, violación de la ley sustantiva por interpretación errónea del artículo 2.323 del Código Civil.

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Para resolver se tiene en cuenta:

1º—La escritura pública 1.792 del 28 de septiembre de 1950 contiene la protocolización de la copia de la sentencia de fecha 4 de agosto de 1950, dictada por el Juez Civil del Circuito de Buga, en el juicio ordinario de prescripción adquisitiva del dominio de un predio rural conocido con el nombre de "Guabas", ubicado en jurisdicción del Municipio de Guacarí o Municipio de Ginebra, dentro de indiviso conocido con el nombre de "Vínculo de Guabas", promovido por la señora Rosalía Escobar viuda de López y otros contra los comuneros de Guabas.

La sentencia protocolizada declara "que la señora Rosalía Escovar viuda de López, Jesús Escobar Higuera y Rafael Tobías Escobar Higuera..., han adquirido por prescripción extraordinaria el derecho de dominio sobre el siguiente predio rural..." (aquí su situación y linderos).

Como puede comprobarse el lote adquirido por usucapión, y con base en la aludida sentencia, entró a formar parte de una comunidad a título singular en que los comuneros por partes iguales lo son los citados Sra. Rosalía Escobar viuda de López, y los señores Jesús Escobar Higuera y Rafael Tobías Escobar Higuera.

2º—Por medio de la escritura pública número 185 del 28 de enero de 1952 de la Notaría de Buga, registrada la primera copia el 8 de febrero de dicho año, bajo partida número 148, a folio 66 del Tomo I del Libro de Registro número 1, impar, el señor Rafael Tobías Escobar Higuera dió en venta al señor Aristipo Lince T., por la suma de $ 8.000.00, su derecho de dominio en proporción de ocho plazas, sobre el predio conocido hoy con el nombre de "La Lucha".

3º—La presente demanda ordinaria la instauran los comuneros señora Rosalía Escobar Higuera viuda de López y el señor Jesús María Escobar Higuera en su nombre personal y contra el señor Aristipo Lince, en relación con la parte que ocupa materialmente la finca denominada "La Lucha".

4º—El Juez de primera instancia despachó desfavorablemente la solicitud de los demandantes por cuanto encontró que la parte ocupada por el señor Lince hacía parte de una comunidad de cosa singular. Agrega la sentencia del Juez que "así las cosas, no podían dos de los condueños, Rosalía y Jesús Escobar Higuera, sin el concurso del tercero Rafael Tobías Escobar Higuera, demandar para sí el dominio 'pleno y absoluto', del lote adquirido por prescripción. A menos que Rafael Tobías les hubiera transmitido su derecho o cuota, lo cual no está demostrado en el juicio".

"No hay por tanto legitimación en la causa por parte de quienes reclamaron el dominio 'pleno y absoluto', en otros términos, exclusivo, del inmueble reivindicado, ya que se había formado

entre ellos y un tercero, como acertadamente lo dice el señor apoderado del demandado, una comunidad de bienes, verdadera titular del derecho y para quien ha debido demandarse".

La sentencia del Tribunal Superior de Buga encontró acertados los razonamientos de la sentencia del Juez, con las siguientes declaraciones:

Habiéndose demostrado que Rafael Tobías Escobar vendió su derecho proindiviso a Aristipo Lince, los comuneros de la dicha comunidad está formada hoy día, por los demandantes y por el demandado. Luégo agregó la sentencia del Tribunal:

"Así las cosas, tiene que afirmarse que, lejos de poder los demandantes alegar para sí la reivindicación de ese lote que en sentencia de agosto 4 de 1950, declaró el Juzgado adquirido por prescripción a favor de los demandantes y de Rafael Tobías Escobar Higuera, la demanda ha debido presentarse para ella y a nombre de la comunidad formada entre los dos demandantes y Aristipo Lince T., ya que Lince es el continuador de Rafael Tobías Escobar Higuera en el derecho que al último le fue reconocido extrajudicialmente.

"Ante la situación planteada por la demanda, se está, sin lugar a dudas, ante esa falta de legitimación en la causa que anotara el Juzgado en su fallo apelado, desde luego que no aparece de autos la prueba de que sean los reivindicantes los dueños exclusivos de la cosa cuyo recobro se ha pretendido".

En consecuencia, continúa la sentencia del Tribunal, "la parte actora carecía de la calidad que pretendía atribuirse, ya que los demandantes, en vez de ser los dueños absolutos de la totalidad de la finca que la demanda dice, no eran sino simples titulares de derechos en ella. Luego, mal podían, en tratándose de una comunidad, demandar como lo hicieron.

"Sin desconocer la razón que asistió al Juzgado para aceptar que en el negocio a estudio ha faltado la comprobación de cosa singular que, para la acción de dominio exige el artículo 946 del Código Civil, es necesario acoplar también que la sola falta de legitimación en la causa vista es motivo demasiado para proferir la absolución del demandado y negarle a la parte demandante su acción, por defecto en su titularidad, sin necesidad de entrar en otras consideraciones sobre los demás requisitos exigidos por el legislador para la reivindicación".

5º—La Corte igualmente encuentra acertadas las razones expuestas tanto por el Juez como por el Tribunal, pues en realidad se trata de una comunidad en cosa singular en que los demandantes tan sólo tienen en ella derechos proindiviso, lo mismo que el demandado. Si éste posee materialmente una parte superior del predio que se estima mayor a la que podría corresponderle en relación con su derecho proindiviso, obviamente era viable la acción de división material.

Y en cuanto al error de hecho manifiesto que se dice cometió el Tribunal, no solamente no lo cometió sino que dió a los títulos escriturarios su correspondiente valor.

En mérito de las razones anotadas, 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 con fecha doce de abril de mil novecientos cincuenta y siete, en el juicio ordinario seguido por Rosalía Escobar Higuera viuda de López y otro contra Aristipo Lince T.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón —José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada —Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

JUICIO ORDINARIO DE OPOSICION A UN DESLINDE. — LA POSESION REGULAR DE UN PREDIO NUNCA PUEDE PROBARSE POR MEDIO DE TESTIGOS

La posesión regular de predios en ningún caso puede probarse por medio de testigos. La posesión regular de un inmueble exige siempre un justo título constitutivo o traslaticio de dominio, según lo prescribe el artículo 765 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

El señor JAIME ARANGO A., hizo ante el Juez Primero Civil del Circuito de Medellín, las siguientes afirmaciones:

1ª.—Que es dueño de una finca situada en Medellín, en los parajes de "Bocana" y "Santa Elena", compuesta de dos lotes cuya situación y linderos se encuentran determinados en las letras a) y b) de la cláusula primera de la escritura pública número 5.169 de 28 de julio de 1954, de la Notaría Primera de Medellín.

2ª.—Que adquirió el inmueble mencionado por partición extrajudicial de que dá noticia la escritura acabada de citar, y antes por la escritura número 8.644 de 31 de octubre de 1953, de la Notaría Cuarta de Medellín.

3ª.—Que tal inmueble lo posee con ánimo de señor y dueño.

4ª.—Que lindando con esta propiedad, tiene la señora Rosa Emilia Grajales de Grajales, un terreno situado en la fracción "El Poblado" de Medellín, en el paraje denominado "La Pava", terreno "La Paloma", con casa de bahareque y tejas, mejoras y anexidades y por los linderos indicados en esta afirmación.

5ª.—Que se han presentado con la colindante señora de Grajales, diferencias de fondo en cuanto a la línea divisoria de los dos predios, ya que la mencionada señora no respeta el cerco divisorio y quiere tomarse parte del terreno de su propiedad.

Con fundamento en estas afirmaciones se solicitó al mencionado Juzgado el deslinde de los dos predios de que se acaba de hablar.

El Juez practicó la diligencia de deslinde el 1º de diciembre de 1954, después de escuchar a varios testigos y a los peritos nombrados para este cargo y señaló como línea divisoria de los dos predios del demandante y de la señora de Grajales, la misma que indicaron en forma unánime los peritos y de que dá noticia la diligencia citada.

II.— Oposición al deslinde indicado por el Juez.

La señora Rosa Emilia Grajales se opuso al señalamiento de la línea divisoria que hizo el Juez, y con fecha 10 de diciembre de 1955 presentó demanda ordinaria ante el Juez Primero Civil del Circuito de Medellín.

Afirmó los siguientes hechos para fundamentar su oposición:

1º.—Que el inmueble de que es propietario en la fracción de "El Poblado", jurisdicción de Medellín, denominado "La Paloma", se encuentra cercado y se encontraba cercado en el momento de la diligencia, por los linderos que allí se señalan.

2º.—Que el señor Jaime Arango se pretende dueño de un terreno situado en los parajes de "Bocana" y "Santa Elena" y por los linderos allí indicados; que dichos terrenos se componen de dos lotes, los que hoy forman un solo globo.

3º.—Que la descripción de los fundos de que se pretende dueño el señor Jaime Arango, se desprende que el marcado con la letra b), "termina lindando con la finca de Abel Londoño más arriba del derrumbe volcán al pie de unas rocas negras". En ninguna parte de los títulos agregados se cita a la opositora como colindante de los señores Amadores, ni en el plano allegado a los autos.

4º.—Que separando el globo de tierra de que se pretende dueño el señor Jaime Arango, se interpone otro globo de tierra, poseído desde hace muchos años por el señor Jorge Tulio Grajales, quien lo ha poseído como señor y dueño, haciendo cercos, sembrando pastos, arboledas, corte de

maderas, y por los linderos que se expresan al exponer este hecho.

5º.—Que no obstante que el predio de la opositora se encontraba debida e inconfundiblemente cercado en la fecha de la diligencia, con linderos fijados y que datan de muchos años, el señor Juez al fijar la línea divisoria no tuvo en cuenta la existencia del terreno de que se habla y que forma un predio separado.

6º.—Que la línea divisoria que indicó el Juez se distingue por su imprecisión; no une los extremos de los fundos; carece de hitos o señales permanentes; no consulta la realidad espacial de los títulos presentados por las partes y, excede las pretensiones de la parte actora en la diligencia de deslinde, la que en su escrito de demanda señaló como sector en disputa, una mínima parte en los linderos comunes.

7º.—Que conforme a la diligencia de deslinde, la línea trazada por el Juez se basó en el dictamen dado por los peritos, dictamen que no fundaron debidamente y del cual se advierte la ignorancia de los títulos, pues dedujeron un lindero común, cuando éste no aparece en el título adquisitivo del demandante, ni en los títulos anteriores a éste.

8º.—Que de los hechos señalados se concluye que la pretensión del señor Jaime Arango, es la de hacerse a la posesión de la zona o espacio comprendido dentro de las dos líneas paralelas de que trata la diligencia de deslinde, posesión que nunca ha tenido o que le fue arrebatada con justo o no justo título por una tercera persona, en este caso el señor Jorge Tulio Grajales, conclusión que es un hecho procesal confesado por el señor Arango.

9º.—Que en el título de la opositora y demandante en este juicio ordinario, se dice que su fundo limita por la cabecera, con terrenos del señor Carlos Amador o de sus herederos; sin embargo, la diligencia de deslinde y la línea trazada por el señor Juez se vinculó a un costado de la finca y no a la cabecera, lo que se comprobará y se comprobó fehacientemente en la dicha diligencia. Esto produce la ineficacia de la línea trazada, por cuanto no fue objeto del debate desde la demanda misma.

10º. — Que por virtud de la línea divisoria se arrebató a la opositora, una extensa zona, de cuadra y media poco más o menos de ancho por cerca de diez cuadras de largo, dentro de la cual construyó una casa de habitación, plantó sementeras, árboles, etc., mejoras que ha poseído, desde hace muchos años, en forma pacífica y tranquila.

11º. — Que los testigos del señor Arango dan cuenta de una comunidad y que, por tanto, no es el propietario único de los lotes que alinderó en la demanda de deslinde.

12º.— Que la línea real, o sea la colindancia perenne y permanente que debe separar la propiedad de la opositora con la del señor Jaime Arango A., es la línea paralela de que hablan los peritos en la inspección de apeo, y que el señor Juez comprobó como existente en ese momento, como línea divisoria de los fundos, línea o cerco que en forma continua y tocando otras colindancias cierra la finca de la opositora. Esta línea o cerco es de alambre y chamba y no se ha variado.

Teniendo como base los hechos señalados, la señora Rosa Emilia Grajales de Grajales, demandó en juicio ordinario al señor Jaime Arango A., para que se declarase lo siguiente:

a).—Que carece de valor la línea divisoria entre los fundos de las dos partes mencionadas, fijada por el Juez Primero Civil del Circuito de Medellín, en la diligencia de deslinde y amojonamiento, de fecha primero de diciembre de 1954;

b).—Que la línea divisoria que separa los fundos atrás dichos, es la línea paralela de que se hizo mención en la dicha diligencia de deslinde, observada por el Juez y los peritos, la cual se distingue por la siguiente ruta general: "Arrancando de la cabecera de la finca de la opositora, lindero con Ramón Mesa, hoy con Antonio Grajales, donde hay varias matas de cabuya en regular desarrollo, sigue hacia abajo, en chamba y alambre más o menos recta, hasta un punto en donde hace un pequeño ángulo, al pie de un viso; sigue hacia abajo con alambre, hasta el frente de Piedra Galana, donde terminan los alambres, punto éste extremo, por ser terrenos inandables, es decir, una y media cuadra o dos cuadras de un rigüilo, punto de partida de la línea trazada por el señor Juez y que está al frente del despeñadero que dá frente a Piedra Galana".

* * *

En subsidio, se solicitó que se declarase que el señor Jaime Arango A., carece de derecho para demandar a la opositora en juicio de deslinde, por no lindar el fundo o fundos de que se pretende dueño y a que se refiere esta demanda, con fundos de la opositora.

En subsidio de las súplicas anteriores, y para el caso de que se declarara válida la línea divisoria a que se refiere la diligencia de deslinde, que se declare que la señora de Grajales ha ad-

quirido por prescripción el terreno comprendido entre la línea señalada por el Juez y la línea aproximadamente paralela de que trata la diligencia de deslinde.

Finalmente, se pidió que para el caso de que no prosperen la petición principal ni las subsidiarias, se declare que la opositora tiene derecho a que por el señor Jaime Arango se le paguen $ 10.000.00, por concepto de mejoras.

III—Las sentencias del Juez y del Tribunal.

El Juez Primero Civil del Circuito de Medellín, mediante sentencia de febrero 6 de 1956, falló en la siguiente forma las peticiones que se le habían solicitado:

1.— No se hacen las declaraciones solicitadas por la señora Rosa Emilia Grajales de Grajales;

2.—Se ratifica como línea demarcatoria entre los predios de la demandante y el demandado Jaime Arango, la fijada por el Juez en la diligencia de primero de diciembre de 1954.

La anterior sentencia fue apelada, y en virtud de tal recurso correspondió al Tribunal Superior de Medellín conocer del negocio. Este Tribunal desató la litis por sentencia del 29 de noviembre de 1956, que confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

IV—DEMANDA DE CASACION

Rosa Emilia Grajales de Grajales, debidamente representada, interpuso recurso de casación contra la mencionada sentencia del Tribunal. Le formula dos cargos.

Primer cargo.— Afirma el recurrente que la sentencia viola directamente el artículo 762 del Código Civil en armonía con el 862 del Código Judicial, por aplicación indebida al caso de autos, como consecuencia de errores de hecho y de derecho.

El error de derecho consistió en admitir posesión regular sobre un inmueble sin justo título y de mala fé. Agrega el recurrente, que la titulación presentada por el opositor Arango al iniciar el juicio especial de deslinde, dá mérito de una posesión regular sobre ese inmueble, pero no sobre otro. El Tribunal otorgó a Arango posesión regular sobre un predio del cual ni tiene título alguno ni siquiera lo posee, ya que está demostrado dentro del informativo, que Jorge Tulio Grajales lo posee desde hace más de cuarenta años con ánimo de señor y dueño.

En cuanto a errores de hecho, afirma el recurrente, que el Tribunal cometió dos. El primero consiste en que se dió por establecida la posesión material de Arango sobre el predio que separa los inmuebles deslindados.

Varios testigos afirmaron que la finca que separa la de Arango de la de Grajales, la posee en forma regular desde hace muchísimo tiempo el señor Jorge Tulio Grajales; pero el Tribunal desestimó esta prueba y dió por demostrada una posesión material que nunca existió en cabeza del señor Arango.

* * *

El segundo error de hecho, consiste en que el Tribunal dió por admitido el justo título sobre el inmueble poseído por Jorge Tulio Grajales, en cabeza de Arango.

El Tribunal apreció mal la situación jurídica de Jorge Tulio Grajales, quien posee el inmueble que separa a las partes en este negocio desde hace muchísimo tiempo. Tampoco quiso apreciar la titulación acompañada por Arango, que dá mérito suficiente.

En efecto, agrega el recurrente, se ha demostrado la existencia de un predio o finca poseído regularmente por un tercero, entre las propiedades o predios de los deslindantes, lo que lógicamente hace imposible la acción especial primeramente iniciada por el señor Arango, y viable la ordinaria instaurada por la demandante.

Segundo cargo.—Dice el recurrente que la sentencia violó el artículo 765 del Código Civil como consecuencia de un evidente error de hecho, originado por la indebida apreciación de algunas pruebas. Sustenta este cargo diciendo que el artículo 862 del Código Judicial, exige para la viabilidad de la acción especial de deslinde, la posesión regular por parte del colindante actor, y ésta a su vez, requiere incuestionablemente el justo título.

En el caso de autos, continúa el recurrente, por evidente error de hecho, el sentenciador colocó en cabeza de Arango un justo título sobre un inmueble situado entre otro de su propiedad y uno perteneciente a la recurrente.

Así las cosas, el señor Arango no reúne los requisitos del artículo 862 del Código Judicial para reclamar.

—o—

V—EXAMEN DE LOS CARGOS

LA CORTE CONSIDERA:

1.—En relación con la línea divisoria que señaló el Juez Primero del Circuito de Medellín el

primero de diciembre de 1954, y que posteriormente en el juicio ordinario de oposición fue aprobada por el Tribunal Superior de Medellín en la sentencia recurrida, cabe tener en cuenta la afirmación capital que sirve de fundamento a todo este juicio y que consiste en el hecho sexto de la demanda ordinaria, que dice lo siguiente:

"Sexto.—Separando el globo de tierra de que se pretende dueño el señor Jaime Arango A., demandante en la diligencia de deslinde, y el que posee mi patrocinada, se interpone otro globo de tierra, poseído desde hace muchos años por el señor Jorge Tulio Grajales y quien lo ha explotado como señor y dueño, haciendo cercas, sembrando pastos, arboledas, corte de maderas, etc.".

Sea lo primero advertir que el señor Jorge Tulio Grajales no fue parte ni en el juicio de deslinde, ni en el presente juicio ordinario. Y así las cosas, y en lo tocante con el predio que se dice se encuentra interpuesto entre el de la señora de Grajales y el señor Jaime Arango A., puede suceder que exista realmente o que no exista. Si lo primero, la señora de Grajales carece de interés jurídico para atacar la línea divisoria que señaló el Juez, pues, es obvio que tal interés se encontraría radicado únicamente en cabeza del titular de tal predio, o sea, el señor Jorge Tulio Grajales. Si lo segundo, es decir, si ese predio no existe, la línea divisoria es inatacable, pues entonces los predios son colindantes.

2.— El Tribunal admitió que el señor Jaime Arango A., era titular de un predio y poseedor regular del mismo con fundamento en las escrituras públicas 5.189 de julio de 1954 de la Notaría Primera de Medellín y la 3.644 de octubre de 1953, de la Notaría Cuarta de Medellín, ambas debidamente registradas, en las que aparece que el señor Arango adquirió la propiedad del predio cuyo deslinde solicitó. Con base en las citadas escrituras el Tribunal encontró que el señor Jaime Arango era titular de la acción de deslinde. En esto obró correctamente.

3. La recurrente alega en casación que por las declaraciones de varios testigos, se acreditó que el señor Jorge Tulio Grajales es poseedor regular del predio que se afirma se encuentra interpuesto entre el de la recurrente y del señor Jaime Arango.

A este cargo se advierte que la posesión regular de predios en ningún caso puede probarse por testigos. La posesión regular de un inmueble exige siempre un justo título constitutivo o traslaticio de dominio, según lo prescribe el artículo 765 del Código Civil.

Por tanto, el Tribunal no violó el artículo 765, al no deducir el varias veces citado predio a favor de Jorge Tulio Grajales.

En resolución, no se ha acreditado la existencia de un tercer predio interpuesto entre el de Arango y la señora de Grajales; y ni siquiera la existencia de un interés jurídico en cabeza de la recurrente para que se declarara que ese tercer predio pertenecía al señor Jorge Tulio Grajales.

Por los motivos anotados no prosperan los cargos.

* * *

FALLO

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 Medellín, con fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

Se condena al recurrente a pagar costas al opositor en razón de la defensa que hizo ante esta Corte de la sentencia recurrida.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UNA FINCA RURAL. — CAUSAL 1ª — EXAMEN DE INDICIOS. — LA LEY PROHIBE TERMINANTEMENTE ACEPTAR LA PRUEBA DE TESTIGOS PARA ACREDITAR OBLIGACIONES CUYA CUANTIA EXCEDA DE $ 500.00. — EXCEPCIONES A ESTA NORMA. — PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO. — ERROR EVIDENTE

1.—Ciertamente el artículo 1767 del C. C. rechaza la prueba de testigos para acreditar obligaciones que hayan debido consignarse por escrito.

Los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 advierten que deberán hacerse constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de $ 500.00.

Pero también es cierto que el artículo 93 de la misma Ley 153 de 1887 agrega:

"Exceptúanse de lo dispuesto en los artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso.

"Así un pagaré de más de $ 500.00 en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor no hará plena prueba de la deuda porque no acredita la entrega; pero es un principio de prueba para que por medio de testigos se supla esta circunstancia".

Un cheque, en su acepción más amplia, es un documento creador o liberador de obligaciones; por cuanto se ordena cancelar un cheque ya sea para que el que lo recibe y cobre quede obligado a restituir esa misma cantidad de dinero al girador; o ya sea para cancelar una obligación previamente constituída.

2.—Error evidente, es el notorio, el que aparece de bulto, aquel que se descubre fácilmente sin necesidad de escolásticas alegaciones o de tremendos esfuerzos de imaginación.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea)

E. — Antecedente

El doctor Pedro Luis Jiménez C., solicitó ante el Juez Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal las siguientes declaraciones que han de producir efectos contra el señor Antonio José Ramírez Giraldo.

1ª—Que queda resuelto, por el no pago de la suma de $ 1.600.00 de que habla el primer contado del precio de la escritura número 105 de marzo de 1942, otorgada en la Notaría de Chinchiná, el contrato de compraventa determinado en la precitada escritura. Y para el caso de que no se decretara la resolución de ese contrato solicita subsidiariamente que la resolución se decrete concretándola al lote de terreno con sus mejoras y anexidades que se reservó el señor Ramírez Giraldo en la venta que le hizo a la señora Toro del mismo terreno.

2ª—Que el demandado debe restituírle la finca objeto de venta con sus mejoras y anexidades y además, que le indemnice los perjuicios del caso. Y subsidiariamente que el demandado debe entregarle el terreno con sus mejoras.

3ª—Que se condene al demandado a pagarle los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato.

4ª—Que se declare que el demandado debe pagarle los frutos naturales y civiles de toda la propiedad y en proporción a la cantidad no pagada o sean $ 1.500.00.

5ª—Que para el abono de las expensas a que tenga derecho el demandado se le declare como poseedor de mala fe.

6ª—Que se condene al demandado a pagar los deterioros que haya sufrido la totalidad de la finca, y en subsidio, el terreno que se reservó.

7ª—Que se declare la compensación hasta la concurrencia debida de lo que le debe el demandado por concepto de frutos, perjuicios o deterioros con la cantidad que le debe reconocer por lo que el demandado pagó a cuenta del contrato de compraventa.

Alegó como hechos los siguientes:

a) Que por la escritura 105 de marzo de 1942 de la Notaría de Chinchiná, vendió al señor Antonio José Ramírez G. una finca rural ubicada en la fracción de "El Español", jurisdicción del mismo Municipio de Chinchiná, de cabida aproximada de 25 hectáreas, con mejoras y anexidades y por los linderos allí indicados.

b) Que el precio de este contrato fue el de la suma de $ 3.000.00 que el comprador se obligó a pagar así: un primer contado de $ 1.500.00 pagaderos en Santa Rosa de Cabal al finalizar el mes de marzo de 1942; y un segundo contado de $ 1.500.00 con plazo de un año y con sus intereses, deuda ésta que quedó asegurada con garantía hipotecaria sobre la finca vendida.

c) Que el vendedor cumplió con sus obligaciones haciéndole la tradición y la entrega material de la finca al señor Ramírez G.

d) Que el comprador Ramírez Giraldo vendió posteriormente a la señora Luciana Toro de Espinosa por medio de escritura número 179 de abril 16 de 1942, otorgada en la Notaría de Chinchiná, un lote de terreno de cabida aproximada de diez hectáreas, el cual formaba parte de la finca vendida al señor Ramírez Giraldo.

e) Que el precio de la venta fue de $ 1.200.00.

f) Que por escritura número 84 de 1943, otorgada en la citada Notaría de Chinchiná, canceló al señor Ramírez Giraldo la deuda hipotecaria del segundo contado hasta la cantidad de $ 600.00 que recibió con orden de imputar a la hipoteca; y que por convenio con el deudor dio por libre la caución hipotecaria, exceptuando el terreno comprado por la señora Toro de Espinosa.

g) Que excluyendo la venta que Ramírez Giraldo hizo a la señora Toro de Espinosa por la citada escritura le queda al comprador una finca de menor extensión y por los linderos indicados en la demanda.

h) Que la finca que le vendió al señor Ramírez Giraldo está afectada de la condición resolutoria tácita de que habla la ley, en razón de que tal venta fue a plazos.

i) Que el comprador señor Giraldo no le ha pagado los $ 1.500.00 que le debe y que por lo tanto ese crédito está vigente en el título y en sus inscripciones, y que por tal motivo tiene derecho a demandar al señor Ramírez Giraldo por la resolución del contrato y por la consiguiente reivindicación.

j) Que los tres créditos hipotecarios de que hablan las escrituras 105 y 179 de 1942 y 84 de 1943, aparecen con notas de cesión en favor de la señora Bárbara Espinosa Toro y que obedece a que la señora Toro de Espinosa le comunicó al demandante que pensaba conseguir el dinero para hacer el pago de las deudas garantizadas con hipoteca, pero lo cierto es que no consiguió el dinero para pagar los precitados créditos, los cuales volvieron a su poder mediante convenio que hizo con ella, para anular las cesiones y destruir la tira de papel en donde constaba uno de ellos.

k) Que posteriormente la señora Espinosa Toro suscribió en la Notaría 2ª del Circuito de Manizales la escritura 2617 de 12 de noviembre de 1953, la cual dice: que la señora Espinosa Toro, diciéndose cesionaria del demandante de los créditos hipotecarios los declaró cancelados y le agregó luego que cancelaba en su totalidad la hipoteca del segundo contado, o sea la suma de $ 1.500.00; y que por este motivo el Notario 2º aceptó la firma en esa escritura de cancelación y expidió sendos certificados para los Notarios de Chinchiná y Registrador de Manizales para que estos efectuaran las respectivas cancelaciones.

l) Que con la cancelación de esos créditos se le irrogó un perjuicios notorio al demandante.

—o—

El Juez del Circuito de Santa Rosa de Cabal por sentencia de enero 31 de 1956, declaró resuelto el contrato celebrado entre los señores Pedro Luis Jiménez Gutiérrez y Antonio Ramírez G.; ordenó al demandado Ramírez Giraldo la entrega del lote a que se contrae la declaración anterior con sus mejoras y anexidades; lo condenó también al pago de los perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato como igualmente al pago de los frutos del lote que se reservó por medio de la escritura 179; calificó al demandado Ramírez como poseedor de mala fe para el abono de las expensas a que tuviere derecho en su calidad de comprador.

Subido el anterior fallo en apelación al Tribunal Superior de Manizales, éste desató el recurso por sentencia de octubre 30 de 1956, la que revocó el fallo de primera instancia y absolvió al demandado de todos los cargos que le formularon en la demanda.

II. — Demanda de casación

Contra el anterior fallo del Tribunal Superior de Manizales interpuso el demandante recurso de casación. Le formula varios cargos.

Primer cargo.—Dentro de la causal 1ª del artículo 520 del C. J., acusa la sentencia por haber infringido en forma directa los artículos 637, 638,

683, 699 y 593 del C. J. y en forma indirecta los artículos 1546 y 1530 del C. C.

Sustenta el cargo afirmando que el sentenciador tuvo en cuenta las declaraciones de dos testigos y por ellas dio por probado que el demandado Ramírez entregó un cheque por la cantidad de $ 1.500.00 al señor Pedro Luis Jiménez.

Que la diligencia de inspección ocular al archivo de cheques correspondientes al año de 1942 a la Sucursal del Banco de Colombia de la ciudad de Santa Rosa de Cabal, y en el legajo correspondiente al 31 de marzo de dicho año, se encontró el cheque número 87, girado por el señor Antonio J. Echeverry a favor del señor Antonio J. Ramírez por la suma de $ 1.500.00 y pagado en dicho Banco el día 6 de abril del mismo año.

Dicho cheque contiene una orden al Banco de Colombia para pagar a la orden de Antonio J. Ramírez $ 1.500.00 y aparece firmado por Antonio J. Echeverry.

El Tribunal —agrega el recurrente— concluye que el deudor pagó el primer contado con un cheque de $ 1.500.00 extendido a favor de su mandante por el señor Antonio J. Echeverry el 31 de marzo de 1942, cobrado por el señor Alonso Jiménez, hijo legítimo del actor.

Cita el siguiente párrafo de la sentencia recurrida: "Efectivamente en la inspección ocular aparece demostrado lo de la existencia del cheque girado a favor del demandado, endosado por éste en blanco y cobrado por el señor Alonso Jiménez P., hijo legítimo del actor como se demostró con las respectivas partidas de matrimonio y nacimiento...".

"Los testigos demuestran que el cheque fue entregado al actor: como estaba endosado en blanco cualquier persona podía cobrarlo y aparece precisamente cobrado por un hijo del demandante".

Dice el recurrente que el anterior razonamiento demuestra a las claras que el Tribunal incurrió al apreciar el material probatorio, en el sofisma denominado por la ciencia de la prueba petición de principio, porque dio por probado lo mismo que ha debido probarse. Advierte que no se sabe si el cheque número 87, cobrado el 1º de abril del año de 1942 por el señor Alonso Jiménez P. en favor de Ramírez y a cargo del Banco de Colombia por $ 1.5000.00, es el mismo cheque número 87 girado el 31 de marzo de 1942.

En síntesis: El Tribunal dio por sentado que el demandado dio al demandante un cheque por la suma de $ 1.500.00, cuando esto no se encuentra debidamente probado.

Se considera:

En la venta que hizo el demandante por medio de la escritura 105 de 9 de marzo de 1942 por la suma de $ 3.000.00, se convino en que el comprador pagaría $ 1.500.00 al finalizar el mes de marzo de 1942. Frente a la afirmación capital del demandante de que el comprador no pagó el primer contado de $ 1.500.00, es decir, el que venció el 31 de marzo de 1942, el Tribunal afirmó que tal contado sí había sido pagado por el comprador. Para ello se fundamentó en las siguientes pruebas:

a) El 8 de marzo de 1943 se firmó en Chinchiná por el señor Pedro Luis Jiménez, la escritura número 84 en la que manifiesta el demandante que en atención a que se reciben $ 600.00 de manos de Antonio J. Ramírez G. cancela parcialmente la deuda y que, por lo tanto, declara parcialmente cancelada la hipoteca.

En otras palabras, el acreedor libertó en forma total de la garantía hipotecaria la propiedad del deudor que es materia hoy de la presente acción resolutoria.

Al respecto, dice el Tribunal, que no se concibe dentro de la naturaleza de las cosas que un acreedor impute un pago a una deuda garantizada con hipoteca, mientras deja pendiente y fuera de garantía específica una deuda puramente personal. "Lo normal en la vida jurídia y de los negocios es que quien tenga dos deudas a su favor la una garantizada con hipoteca y la otra no, y se presente el deudor a pagar una de ellas, cancele la que no tiene garantía y deje pendiente aquella que está suficientemente respaldada".

Surge de aquí un indicio que es demasiado importante en el sentido de que cuando el demandado canceló el crédito de que habla la escritura 84, es porque ya estaba cancelada la deuda puramente personal.

b) Otro indicio que encontró el Tribunal de que el primer contado de $ 1.500.00 fue cancelado, fueron las declaraciones de los testigos señores Leonidas Hernández y Alberto Ramos, quienes dijeron que habían presenciado que el comprador le entregó al demandante un cheque por la suma de $ 1.500.00 para pagar el primer contado de la venta.

El Tribunal encuentra que estas afirmaciones tienen respaldo en el expediente, pues en virtud de un acta de inspección ocular realizada el 9 de noviembre de 1944 a la Sucursal del Banco de Colombia en la ciudad de Santa Rosa de Cabal, acta por la cual se comprobó que se encontró el cheque número 87 girado el 31 de marzo por el

señor Antonio J. Echeverry y a favor del señor Antonio J. Ramírez por la suma de $ 1.500.00 y pagado en dicho Banco el día 6 de abril del mismo año. Al lado posterior de dicho cheque se encuentra lo siguiente que dice: "Antonio J. Ramírez. Cédula número 281791 S. R. Alonso Jiménez P.".

Encuentra el Tribunal que el señor Alonso Jiménez P. es hijo legítimo del actor.

En resumen: las declaraciones de testigos le sirvieron al Tribunal para tener por probado el hecho material de la entrega que el comprador hizo de un cheque por la suma de $ 1.500.00 al vendedor; y por otra parte, aparece que ese cheque fue realmente pagado por el Banco a un hijo del vendedor. Esto constituye para el juzgador otro grave indicio de que realmente el demandado recibió el primer contado de $ 1.500.00 de que habla la escritura que es objeto de examen.

Agrega el Tribunal que por tratarse aquí de comprobar el pago de una obligación mayor de $ 500.00, se argumentará que la prueba testimonial no puede crear indicio alguno sobre el particular debido a la restricción impuesta por el artículo 91 y siguientes de la Ley 153 de 1887.

A esto responde el Tribunal: "No cabe duda de que la prueba indiciaria, lo mismo que la testimonial, están restringidas para la comprobación tanto de la existencia como de la extinción de esa cuantía, pero también es cierto que lo prueba de simples hechos no es susceptible de limitación alguna aún respecto de testigos o indicios. Aquí se toman los testimonios como prueba de un hecho, cual fue el de la entrega de un cheque por el demandado al actor, cheque que en la inspección ocular resultó girado a favor del demandado, endosado por éste en blanco y cobrado por un hijo legítimo del actor; estas circunstancias, el valor del cheque, la fecha de su giro, y el hecho de la entrega declarada por los testigos, es lo que constituye el indicio de pago".

Luego agrega el Tribunal: "Para explicar el motivo por el cual el señor Alonso Jiménez recibió un cheque del demandado alega la existencia de un pretendido contrato de mutuo celebrado entre el reo y el hijo del actor, pero es preciso concluir que el demandante fracasó en la demostración de este vínculo contractual".

Más adelante agrega la sentencia del Tribunal: "¿Qué valor probatorio tienen los indicios que se han analizado? Veámoslo. Dice el artículo 664 del C. de P. C.: "Una sola presunción también prueba plenamente cuando, a juicio del juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento".

La Corte considera ajustado a la realidad jurídico-procesal el anterior examen de indicios hecho por la sentencia recurrida. Existiendo como existe, la entrega hecha por el demandado y demandante de la suma de $ 1.500.00 y que fue realmente recibida por un hijo legítimo del vendedor, y no pudiendo este hijo demostrar por qué concepto recibió esa suma, es lo lógico concluir que fue precisamente el cheque que el demandado dio al demandante el que fue cobrado por el hijo.

Por el motivo anotado no prospera el cargo.

—o—

El segundo cargo también por la causal 1ª del artículo 520 del C. J., ataca la sentencia por violar los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, 1759 del C. C. y 703 del C. J.; 1543 y 1930 del C. C.

El Tribunal toma los testimonios como prueba de un hecho como fue la entrega de un cheque por el demandado al actor, cheque que en la inspección ocular resultó girado en favor del demandado, endosado por éste en blanco y cobrado por un hijo legítimo del actor. Esta teoría del Tribunal —dice el recurrente— constituye un craso error. No es un simple hecho la afirmación de dos testigos de que el demandado entregó al demandante un cheque.

La Ley prohibe terminantemente aceptar la prueba testimonial con relación a actos o contratos cuya cuantía pase de $ 500.00.

La Corte considera:

Ciertamente el artículo 1767 del C. C. rechaza la prueba de testigos para acreditar obligaciones que hayan debido consignarse por escrito.

Los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 advierten que deberán hacerse constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de $ 500.00.

Pero también es cierto que el artículo 93 de la misma Ley 153 de 1887 agrega:

"Exceptúanse de lo dispuesto en los artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso.

"Así un pagaré de más de $ 500.00 en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor no hará plena prueba de la deuda porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que por medio de testigos se supla esta circunstancia".

El Tribunal encontró un principio de prueba por escrito de que realmente se había hecho el pago, cual fue el cheque número 67 que el 31 de marzo de 1942 entregó el comprador al vendedor; y que posteriormente aparece cobrado por el hijo del vendedor.

Ciertamente ese principio de prueba por escrito hace verosímil la cancelación de la suma de $ 1.500.00. Esta Corte por sentencia del 29 de abril de 1932 (G. J. T. 39, pág. 612), advierte que "el hecho que se menciona en el escrito, debe tener relación estrecha con el que se investiga, en término que racionalmente permita deducirlo, o complementar su existencia con la prueba testimonial o con presunciones".

Por otras sentencias de esta Corte entre las cuales merece recordarse la de 26 de mayo de 1948 (T. LXIV, pág. 394), se ha dicho:

"Por principio de prueba por escrito se entiende, según la definición legal que dio el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituir manifestación clara y expresa de él, pues en tal caso no sería mero principio de prueba sino su completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuírle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponden al principio de prueba por escrito: que exista un escrito, que no sea el contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso".

— —

Ahora bien, el cheque de que se habla reúne estas condiciones, ya que en su acepción más amplia es un documento creador o liberador de obligaciones; por cuanto se ordena cancelar un cheque ya sea para que el que lo reciba y cobre quede obligado a restituir esa misma cantidad de dinero al girador; o ya sea para cancelar una obligación previamente constituída.

En el caso de autos el cheque que es objeto de examen es documento liberador de una obligación. Recibido por el acreedor y cobrado por un hijo del mismo debe entenderse autorización para dicho cobro.

Finalmente, en el presente caso los testigos no le sirvieron al Tribunal para tener por probado que el comprador pagó al vendedor $ 1.500.00, sino para tener por probado únicamente que la suma que recibió el hijo del vendedor necesariamente tuvo que haberla recibido por orden del vendedor y para él, por no existir otra forma de explicar el recibo de ese dinero por parte del hijo legítimo.

Por los motivos anotados se rechaza el cargo.

— —

En los demás cargos el recurrente ataca la sentencia en razón de apoyarse en indisios para deducir el pago del primer contado de $ 1.500.00 con el cheque de que se habla. Pero tales cargos son reproducción de los dos anteriores, repetidos de distinta manera. Nuevamente se señalan como violados los diversos artículos del C. J. sobre pruebas; los 91 y 92 de la Ley 153 de 1887.

En ninguno de tales cargos aparece un error evidente del Tribunal; y el extenso e incoherente alegato del recurrente (66 páginas o sea 33 folios) contiene diversas apreciaciones sobre la sentencia recurrida, pero no la demostración de un solo error evidente de hecho.

Y por cierto que pocas líneas serían necesarias para acreditar un error de tal naturaleza, pues error evidente es el notorio, el que aparece de bulto, aquel que se descubre fácilmente sin necesidad de escolásticas alegaciones o de tremendos esfuerzos de imaginación.

—o—

FALLO

Por los motivos expuestos, 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 del Distrito Judicial de Manizales, el treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Lafarre Rizo—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—El Secretario, Jorge Soto Soto.

NOCION DE LA CULPA. — CULPA CONSCIENTE Y CULPA INCONSCIENTE. — LA APLICACION DE UN CRITERIO MERAMENTE SUBJETIVO HA SIDO DESECHADO UNANIMEMENTE POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CONTEMPORANEAS. — LA CULPA NO ES POSIBLE DETERMINARLA SEGUN EL ESTADO MENTAL DE CADA PERSONA, SINO QUE ES NECESARIO UN CRITERIO OBJETIVO O ABSTRACTO.—CON QUE SE RELACIONA LA CAPACIDAD DE PREVER ACTUALMENTE. — EL CONCEPTO ABSTRACTO DE CULPA Y LA TEORIA DEL RIESGO.—CULPA EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

1.—Es definida la culpa por la doctrina en los siguientes términos: "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar".

La culpa, pues, se presenta en dos casos:

a) Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así, cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación, la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado.

b) Cuando el autor no prevee el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad.

Conforme a esta definición, la culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico consistente en no haber previsto un resultado dañoso pudiéndose haber previsto, o en haberlo previsto y haber confiado en poder evitarlo.

¿Qué criterio o pauta debe seguirse para saber si una persona ha incurrido en culpa, es decir, si ha obrado negligentemente?

Si se aplica un criterioo meramente subjetivo hay que estudiar, en cada caso concreto, el estado mental y social del autor del daño.

La aplicación de un criterio meramente subjetivo ha sido desechado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. La culpa no es posible determinarla según el estado de cada persona; es necesario un criterio objetivo o abstracto. Este criterio abstracto aprecia la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como arquetipo.

De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones.

Un criterio abstracto u objetivo era exigido en el derecho romano para la culpa leve, pues, se exigía la diligencia de un BONUS PATER FAMILIAS. Sobre este particular advierte el expositor Andrea von Tuhr que "la ley quiere que el individuo se atenga para obrar, no a su personal parecer ni a sus costumbres, sino a lo que una persona razonable y ordenada —lo que los romanos decían un BONUS PATER FAMILIAS— creería estar obligado en tales circunstancias". (Tratado de las Obligaciones, trad. de W. Roces, t. I, número 46-II, Madrid, 1934).

En el mismo sentido Windscheid advierte que la culpa se aprecia comparando la conducta del que causa el daño con la conducta de un HOMBRE ORDENADO (EINES ORDENENTLICHERN MANNES); hay culpa si un hombre ordenado o medianamente prudente no hubiera cometido el acto ilícito

LEHRBUCH DES PANDEKTENRECHTS, T. I, número 101, Frankfurt, 1887).

Esta concepción fue decisiva en la elaboración del Código Civil alemán de 1900, uno de cuyos autores fue el citado Windscheid. De ahí que el parágrafo 276 observe que "obra culposamente quien omite la diligencia exigible en el comercio". Este es un criterio abstracto, pues "exigible en el comercio" según la autorizada opinión del expositor Enneccerus, "es aquel grado de diligencia que se considera suficiente por las gentes capaces y conscientes en esas relaciones y en las clases y esferas de personas de que se trata, por ejemplo, en los negocios mercantiles, el cuidado de un comerciante capaz, en la construcción, el cuidado de un arquitecto idóneo; en la operación, la diligencia de un médico capaz; en la conducción de automóviles, el cuidado, la serenidad y presencia de espíritu de un buen conductor". (Tratado de Derecho Civil por Enneccerus, Kipp y Wilf, t. I, Parte General, número 197, trad. de Pérez y Alguer).

El criterio empleado por el Código Alemán (exigible en el comercio), es equivalente a la diligencia del buen padre de familia de que habla el derecho romano; la diferencia estriba en que el Código Alemán "se refiere directamente a las exigencias del comercio, mientras que el derecho romano abstrae, en primer lugar, la figura normal del hombre capaz que cumple esas exigencias empleándolo luego como criterio". (Enneccerus, ob. cit. número 197).

En la doctrina francesa prevalece igualmente un concepto abstracto de culpa. Es célebre la definición de H. y L. Mazeaud para quienes la culpa "es un error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño". (Traité theorique et Pratique de la Responsabilite Civile, Paris, 1947, t. I, número 433).

También la doctrina italiana considera que se encuentra en culpa quien no se atiene "al comportamiento del hombre de media y normal diligencia, es decir, del buen padre de familia". (Adriano de Cupis, IL DANNO, Milán, 1951, p. 88).

Dedúcese, pues, que en derecho civil la culpa aquiliana se aprecia con un criterio objetivo o social, y no puramente con un criterio subjetivo. La prudencia con que los hombres deben obrar no depende de sus particulares puntos de vista, o de sus costumbres, o del retraso de sus facultades mentales, sino de aquella prudencia que se exija a un hombre diligente.

2.—La anterior doctrina de la culpa entendida en un sentido abstracto u objetivo es parte integrante de las doctrinas de la responsabilidad subjetiva o responsabilidad fundada en la culpa, y es bien diferente de aquellas otras doctrinas que pretenden fundar la responsabilidad civil en el riesgo (doctrinas de la responsabilidad objetiva). La doctrina del riesgo prescinde totalmente del elemento culpa para deducir la responsabilidad del agente. No debe olvidarse que la teoría del riesgo la enuncian sus partidarios afirmando que EL HOMBRE DEBE RESPONDER DE SUS ACTOS EN RAZON DE QUE CUALQUIER ACTIVIDAD ENTRAÑA RIESGOS, PELIGROS; RESPONDE, POR TANTO, SIN NECESIDAD DEL SUBJETIVO DE LA CULPA. En responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa se responde, en principio, porque se ha obrado mal, es decir, porque el autor del daño se ha portado de manera diferente a como lo hubiera hecho un hombre normal; en cambio, en la responsabilidad objetiva se responde simplemente porque se ha obrado.

Por la razón anotada se tiene que el concepto de culpa en sentido abstracto no se identifica, como a simple vista pudiera creerse, con la doctrina de la responsabilidad objetiva o teoría del RIESGO CREADO o RIESGO PROFESIONAL, etc.

3.—Este criterio social de la culpa y que sirve para apreciar la responsabilidad extracontractual en razón de los actos humanos, es igualmente aplicable al correcto ejercicio de los derechos o facultades de las personas.

No tiene mayor interés hoy día discutir si la doctrina del abuso de los derechos debe gobernarse por métodos y criterios diferentes a los de la responsabilidad extracontractual, o si debe considerarse como un capítulo de la misma. Si se dice que hay abuso del derecho cuando falta un interés legítimo en ejercitarlo en la forma que se ejercitó, se está hablando implícitamente de una culpa; y si se dice que el abuso consiste en desviar el ejercicio del derecho de su finalidad económica y social, también se tropieza con el concepto de culpa.

La jurisprudencia nacional ha seguido en general el método de gobernar el abuso del derecho con los criterios que regulan la responsabilidad extracontractual.

Es verdad que la ley penal exige a los ciudadanos el deber de dar noticia a los funcionarios del crimen de la comisión de los delitos de que tengan conocimiento.

Igualmente toda persona tiene el legítimo derecho de defender y conservar sus bienes. Desde este punto de vista es apenas lógico y natural que quien pierde uno de sus bienes trate de recuperarlo; para ello bien puede recurrir a la autoridad para que ésta le obtenga la recuperación del bien perdido.

Pero ni el cumplimiento de los deberes, ni el ejercicio de derechos o facultades pueden realizarse o ejercitarse sin miramiento alguno.

Un derecho debe ejercitarse en forma que a nadie se dañe; si se acredita que hubiera podido ejercérse sin causar el daño causado, se hace responsable y debe ser condenado a reparar.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea)

I. — Antecedentes

El señor Abraham Birbragher denunció criminalmente ante la justicia penal a los señores Santos Campos Sánchez y Alberto Lara Nieto por hurto de setenta (70) sacos de fique, hecho sucedido el cinco de mayo de 1953.

En virtud de tal denuncio fue detenido el señor Alberto Lara Nieto el día 8 de mayo del mismo año de 1953 e ingresó a la Cárcel Nacional de Detenidos y sumariados del Distrito Judicial de Barranquilla; y fue puesto en libertad el día 22 de julio del mismo año, en razón de haber sido absuelto del delito que se le imputaba, según sentencia del Juez 7º Penal Municipal de Barranquilla proferida el 17 de junio de 1953.

En aquella sentencia se advierte que Alberto Lara Nieto es hijo de familia y que sus padres lo tienen a su cuidado, a quienes ayuda en el negocio de panadería que aquellos tienen en su propia casa de habitación; que no registra antecedentes de ninguna naturaleza; que ha recibido regular educación; que durante su presencia en el Juzgado se ha mostrado temeroso y no es persona socialmente peligrosa.

En cuanto a su responsabilidad por el hurto de que se le sindicó, advierte la sentencia que se glosa, que "**se halla demostrada la inocencia del procesado Alberto Lara Nieto como auxiliar o cómplice**" en la comisión del delito. Por tal circunstancia se le absolvió en forma total.

Consultada la anterior sentencia ante el Juzgado 3º Penal del Circuito de Barranquilla, éste la confirmó mediante fallo del 21 de julio de 1953.

II. — Demanda de indemnización de perjuicios

Don Alberto Lara Nieto, auxiliado por apoderado, solicitó al Juez 1º Civil del Circuito de Barranquilla indemnización de perjuicios de la firma comercial "Industria Arrocera Costeña" de la que es Gerente o propietario el señor Abraham Birbrager, en razón de ser responsable civilmente de los perjuicios materiales y morales causados al demandante, por habérsele imputado falsamente la comisión del delito de hurto de unos sacos de fique.

Como hecho fundamental se alegó que el denuncio criminal fue temerario y que la privación de la libertad del demandante durante 78 días, le causó ingentes perjuicios materiales por una parte, y perjuicios morales en razón de la crisis moral que sufrió y que trascendió al ambiente social.

III. — Sentencia de primer grado

El Juez por sentencia de septiembre 3 de 1954 encontró probada la responsabilidad del señor Abraham Birbragher en su condición de propietario de la empresa Arrocera Costeña, y lo condenó a pagar al demandante la suma de $ 4.923.50, por concepto de los perjuicios sufridos por el demandante y discriminados así: perjuicios materiales $ 2.923.50 y perjuicios morales $ 2.000.00.

IV. — Sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla

El demandado apeló de la referida sentencia, lo que dio lugar a la que el 17 de septiembre de 1956 profirió el Tribunal Superior de Barranquilla.

Esta sentencia revoca la del Juez y absuelve al demandado de los cargos de la demanda.

Funda el Tribunal su sentencia en que no aparece comprobada la culpa en que pudo incurrir el señor Birbragher al denunciar criminalmente al

señor Alberto Lara Nieto; y que el hecho de que se haya comprobado ante la justicia penal la absoluta inocencia del denunciado, no es prueba de culpa.

V. — Recurso de casación

Alberto Lara Nieto debidamente representado solicita a la Corte que destruya o quiebre la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla en razón de ser claramente violatoria de leyes sustantivas inscritas en el Código Civil. Tres cargos se hacen a la sentencia, pero la Corte solo estudia el primero, por cuanto encuentra que este es ya suficiente para quebrar la sentencia recurrida y confirmar la de primer grado.

El cargo.—Dentro de la causal 1ª de casación del artículo 520 del C. J., la sentencia es violatoria por infracción directa del artículo 2341 del C. C. Este texto legal estatuye cuál es la sanción que merece quien cause daño o perjuicio a otro. El solo hecho de denunciar criminalmente a otra persona sin fundamento o base en tal denuncia, es ya una culpa.

VI. — Consideraciones de la Corte

I. — Es un hecho cierto que el denunciante señor Abraham Birbragher imputó mediante denuncio criminal un delito de hurto al señor Alberto Lara Nieto. Este denuncio criminal dio origen a que don Alberto Lara fuera detenido durante 78 días. Es un hecho igualmente cierto que el señor Lara Nieto es persona de buenas costumbres, trabajador y que, por tanto, la detención de que se habla le causó perjuicios materiales que fueron debidamente estimados en el dictamen pericial que se practicó ante el Juez de primera instancia, como también perjuicios morales que fueron estimados en la suma de $ 2.000.00.

También es clara la relación de causalidad entre los perjuicios que sufrió el señor Lara Nieto y el mencionado denuncio. Basta saber si el elemento culpa se encuentra configurado en la forma como lo encontró el juez de primera instancia o si tal elemento no existe, tal como lo creyó la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla.

II.—Noción de la culpa.—Es definida la culpa por la doctrina en los siguientes términos: "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar".

La culpa, pues, se presenta en dos casos:

a) Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así, cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado.

b) Cuando el autor no prevee el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad.

Conforme a esta definición, la culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico consistente en no haber previsto un resultado dañoso pudiéndose haber previsto, o en haberlo previsto y haber confiado en poder evitarlo.

¿Qué criterio o pauta debe seguirse para saber si una persona ha incurrido en culpa, es decir, si ha obrado negligentemente?

Si se aplica un criterio meramente subjetivo hay que estudiar, en cada caso concreto, el estado mental y social del autor del daño.

La aplicación de un criterio meramente subjetivo ha sido desechado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. La culpa no es posible determinarla según el estado de cada persona; es necesario un criterio objetivo o abstracto. Este criterio abstracto aprecia la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como arquetipo.

De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones.

Un criterio abstracto u objetivo era exigido en el derecho romano para la culpa leve, pues, se exigía la diligencia de un bonus pater familias. Sobre este particular advierte el expositor Andreas von Thur que "la ley quiere que el individuo se atenga para obrar, no a su personal parecer ni a sus

costumbres, sino a lo que una persona razonable y ordenada —lo que los romanos decían un **bonus pater familias**— creería estar obligado en tales circunstancias". - (Tratado de las Obligaciones, trad. de W. Roces, t. I, número 46 - II, Madrid, 1934).

En el mismo sentido Windscheid advierte que la culpa se aprecia comparando la conducta del que causa el daño con la conducta de un **hombre ordenado (eines ordenentlichern Mannes)**; hay culpa si un hombre ordenado o medianamente prudente no hubiera cometido el acto ilícito (**Lehrbuch des Pandektenrechts**, T. I, núm. 101, Frankfurt, 1887).

Esta concepción fue decisiva en la elaboración del Código Civil alemán de 1900, uno de cuyos autores fue el citado Windscheid. De ahí que el parágrafo 276 observe que "obra culposamente quien omite la diligencia exigible en el comercio". Este es un criterio abstracto, pues "exigible en el comercio" según la autorizada opinión del expositor Enneccerus, "es aquel grado de diligencia que se considera suficiente por las gentes capaces y conscientes en esas relaciones y en las clases y esferas de personas de que se trate, por ejemplo, en los negocios mercantiles, el cuidado de un comerciante capaz: en la construcción, el cuidado de un arquitecto idóneo: en la operación la diligencia de un médico capaz; en la conducción de automóviles, el cuidado, la serenidad y presencia de espíritu de un buen conductor". (Tratado de Derecho Civil por Enneccerus, Kipp y Wolff, t. I, Parte General, número 197, trad. de Pérez y Alguer).

El criterio empleado por el código alemán (exigible en el comercio), es equivalente a la diligencia del buen padre de familia de que habla el derecho romano; la diferencia estriba en que el código alemán "se refiere directamente a las exigencias del comercio, mientras que el derecho romano abstrae, en primer lugar, la figura normal del hombre capaz que cumple esas exigencias empleándolo luego como criterio". (Enneccerus, ob. cit., número 197).

En la doctrina francesa prevalece igualmente un concepto abstracto de culpa. Es célebre la definición de H. y L. Mazeaud para quienes la culpa "es un error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño". (Traité théorique et Practique de la Responsabilité Civile, Paris, 1947, t. I, número 439).

También la doctrina italiana considera que se encuentra en culpa quien no se atiene "al comportamiento del hombre de media y normal diligencia, es decir, del buen padre de familia". (Adriano De Cupis, **Il Danno**, Milán, 1951, p. 98).

Dedúcese, pues, que en derecho civil la culpa aquiliana se aprecia con un criterio objetivo o social, y no meramente con un criterio subjetivo. La prudencia con que los hombres deben obrar no depende de sus particulares puntos de vista, o de sus costumbres, o del retraso de sus facultades mentales, sino de aquella prudencia que se exige a un hombre diligente.

—o—

III.—**El anterior concepto de culpa y la teoría del riesgo.**—La anterior doctrina de la culpa entendida en un sentido abstracto u objetivo es parte integrante de las doctrinas de la responsabilidad subjetiva o responsabilidad fundada en la culpa, y es bien diferente de aquellas otras doctrinas que pretenden fundar la responsabilidad civil en el riesgo (doctrinas de la responsabilidad objetiva). La doctrina del riesgo prescinde totalmente del elemento culpa para deducir la responsabilidad del agente. No debe olvidarse que la teoría del riesgo la enuncian sus partidarios afirmando que **el hombre debe responder de sus actos en razón de que cualquier actividad entraña riesgos, peligros: responde, por tanto, sin necesidad del elemento subjetivo de la culpa.**

En la responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa se responde, en principio, porque se ha obrado mal, es decir, porque el autor del daño se ha portado de manera diferente a como lo hubiera hecho un hombre normal; en cambio, en la responsabilidad objetiva se responde simplemente porque se ha obrado.

Por la razón anotada se tiene que el concepto de culpa en sentido abstracto no se identifica, como a simple vista pudiera creerse, con la doctrina de la responsabilidad objetiva o teoría del **riesgo creado o riesgo profesional**, etc.

IV.—Culpa en el ejercicio de derechos o facultades

Este criterio social de la culpa y que sirve para apreciar la responsabilidad extracontractual en razón de los actos humanos, es igualmente aplicable al correcto ejercicio de los derechos o facultades de las personas.

No tiene mayor interés hoy día discutir si la doctrina del abuso de los derechos debe gobernarse por métodos y criterios diferentes a los de la responsabilidad extracontractual, o si debe considerarse como un capítulo de la misma. Si se dice que hay abuso del derecho cuando falta un

interés legítimo en ejercitarlo en la forma que se ejerció, se está hablando implícitamente de una culpa; y si se dice que el abuso consiste en desviar el ejercicio del derecho de su finalidad económica y social, también se tropieza con el concepto de culpa.

La jurisprudencia nacional ha seguido en general el método de gobernar el abuso del derecho con los criterios que regulan la responsabilidad extracontractual

Por este motivo se indagará concretamente si al denunciante y demandado en autos se le puede o no imputar una culpa en el ejercicio de la facultad de denunciar crímenes a la autoridad.

Es verdad que la ley penal exige a los ciudadanos el deber de dar noticia a los funcionarios del crimen de la comisión de los delitos de que tengan conocimiento.

Igualmente toda persona tiene el legítimo derecho de defender y conservar sus bienes. Desde este punto de vista es apenas lógico y natural que quien pierde uno de sus bienes trate de recuperarlo; para ello bien puede recurrir a la autoridad para que esta le obtenga la recuperación del bien perdido.

Pero ni el cumplimeinto de los deberes, ni el ejercicio de derechos o facultades pueden realizarse o ejercitarse sin miramiento alguno.

Un derecho debe ejercitarse en forma que a nadie se dañe; si se acredita qué hubiera podido ejercerse sin causar el daño causado, se hace responsable y debe ser condenado a reparar.

V. — En el caso de autos el denunciante señor Birbragher obró imprudentemente al imputar al denunciado señor Alberto Lara Nieto la comisión de un delito de hurto que no cometió.

Cumplió defectuosamente el deber de dar noticia a los jueces del crimen de la pérdida de uno de sus bienes, pues sin ningún fundamento racional, imputó la mencionada pérdida al señor Alberto Lara Nieto.

Bien hubiera podido el denunciante señor Abraham Birbragher dar noticia a los jueces de la pérdida de su bien y obtener la colaboración de las autoridades en su recuperación, pero sin imputar en la forma que lo hizo, la mencionada pérdida a una sustracción que le hubiera hecho el demandante señor Lara.

Esta conducta, que es la que corresponde al hombre diligente y prudente, al bonus paier familias de los romanos, no fue precisamente la que cumplió el denunciante. Cometió, pues, el señor Birbragher un error de conducta en que justamente no habría incurrido un hombre que hubiera obrado con una buena dosis de prudencia.

El Tribunal Superior de Barranquilla cometió un error de derecho al no interpretar correctamente el artículo 2341 y al mismo tiempo lo infringió por no haberlo aplicado siendo así que su aplicación se imponía.

—o—

VII. — Sentencia de instancia

Siendo responsable el señor Abraham Birbragher por los perjuicios que sufrió el demandante señor Alberto Lara Nieto, se impone casar la sentencia recurrida y en su lugar decretar la responsabilidad del demandado y ordenar la correspondiente reparación de perjuicios. El juzgador de primer grado, ateniéndose al dictamen pericial debidamente fundamentado, decretó como perjuicio material la suma de $ 2.923.50 y la de $ 2.000.- por concepto de perjuicios morales.

Como esta estimación de perjuicios es equitativa a juicio de la Corte, será tenida en cuenta para dictar el fallo que haya de reemplazar la sentencia recurrida.

—o—

FALLO

Por los motivos anotados, 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 Barranquilla proferida en el ordinario de Alberto Lara Nieto contra Abraham Birbragher y en su lugar,

DECLARA:

CONDENASE al señor Abraham Birbragher a pagarle al señor Alberto Lara Nieto la suma de **cuatro mil novecientos veintitrés pesos con cincuenta centavos** ($ 4.923.50) moneda legal, por concepto de perjuicios ocasionados y discriminados así: perjuicios materiales, $ 2.923.50; perjuicios morales, $ 2.000.00.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango — Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Lafoore Rizo—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

IMPUGNACION DE LA LEGITIMACION. — POR MEDIO DE ESTA, LOS HIJOS CONCEBIDOS ANTES DEL MATRIMONIO, ADQUIEREN EL CARACTER DE HIJOS LEGITIMOS CON TODAS SUS CONSECUENCIAS. — LEGITIMACION IPSO-JURE Y VOLUNTARIA. — ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. — LA LEGITIMACION PUEDE HACERSE POR LOS PADRES EN LA MISMA ACTA MATRIMONIAL, O POR ESCRITURA PUBLICA EN CUALQUIER TIEMPO.—LOS NOTARIOS ESTAN FACULTADOS PARA INSCRIBIR EN LAS PARTIDAS DE MATRIMONIO ACTAS O DECLARACIONES QUE SOBRE LEGITIMACION DE HIJOS HICIEREN LOS CONTRAYENTES. — EL RECURSO DE CASACION NO BRINDA OPORTUNIDAD PARA DECIDIR SOBRE LA LEGALIDAD O ILEGALIDAD DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL EJECUTIVO EN VIRTUD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA QUE LE OTORGA LA CONSTITUCION. TACHA DE FALSEDAD A UNA PARTIDA MATRIMONIAL. — PRUEBAS PRINCIPALES DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS. — SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS MIENTRAS NO SEAN CONTRARIAS A LA EVIDENCIA. — ERROR DE DERECHO

1.—No parece oportuno allegar ahora antecedentes históricos sobre el origen de la legitimación, basta tan sólo observar que surgió en la última época del Derecho Romano y es generalmente aceptada por la legislación universal contemporánea como una institución creada en beneficio de los hijos concebidos antes del matrimonio, quienes por el acto de la legitimación, adquieren el carácter de hijos legítimos con todas sus consecuencias.

Aquellas consecuencias o efectos jurídicos se hallan expresamente determinadas entre nosotros, en el artículo 40 de la Ley 153 de 1.887 y en los artículos 246 y 245 del Código Civil, según los cuales, los hijos legitimados quedan por el hecho de su legitimación, en igualdad de condiciones jurídicas con relación a los descendientes legítimos.

2.— Nuestro régimen civil contempla dos formas de legitimación: la que se deriva ipso-jure, por el hecho del matrimonio llamada por los doctrinantes de derecho común, y a la cual se refiere el artículo 52 de la Ley 153 de 1887, reformatorio del artículo 237 del Código Civil, Y la legitimación llamada voluntaria de la cual trata el artículo 239 del Código Civil, cuya disposición no es una mera regla de tramitación para determinados matrimonios, sino que contiene en su ordenamiento, los elementos constitutivos de la legitimación a saber:

Un matrimonio legalmente celebrado, es decir, capaz de producir efectos civiles y un acto de reconocimiento que hacen los contrayentes de sus hijos verificado de presente y del cual se deja constancia en el acta del matrimonio.

Según los términos del artículo 239 citado, es potestativo de los padres el hacer la legitimación en el acta matrimonial, o por escritura pública; y cualquiera que sea la forma que se adopte, los efectos legales del fenómeno jurídico de la legitimación, son los mismos. En todo caso, bueno es subrayarlo, la legitimación puede hacerse en la misma acta matrimonial y en esto difiere nuestro régimen civil del sistema civil francés en el cual se requieren para este caso dos actas distintas. Al efecto dicen los expositores Planiol y Ripert:

"Hasta la promulgación de la Ley 30 de 1915 el reconocimiento podía hacerse en la misma acta matrimonial. Esta ley ordena que se haga constar en acta aparte, a fin de que el acta matrimonial no contenga ningún rastro de la primitiva irregularidad del hogar y del nacimiento ilegítimo del hijo. Por tanto, debe levantarse acta de reconocimiento distinta del acta matrimonial" (Derecho Civil Francés, Tomo 2º, pág. 741).

Obsérvese además que la ley no prescribe término para efectuar la legitimación, lo cual quiere decir que puede hacerse en cualquier tiempo y así lo han entendido los comentadores de nuestro Código Civil, entre

ellos, el doctor Fernando Vélez, quien dice lo siguiente:

"Es inútil repetir que según el sistema de nuestro Código, la legitimación voluntaria pueden hacerla los padres en cualquier tiempo, puesto que aquél separándose de lo que disponen el Código de Chile y los de los antiguos Estados, no señala término para verificarla. De esto se deduce que individuos que no pudieron legitimarse cuando regían los Códigos de los Estados, porque sus padres dejaron transcurrir el término respectivo, podrán ser legitimados hoy en virtud del Código vigente". (Derecho Civil Colombiano, Tomo I, página 249, número 429).

Las anteriores observaciones están de acuerdo con la doctrina sentada sobre el particular por la Corte y que es del siguiente tenor:

"La legitimación voluntaria requiere dos elementos a saber: matrimonio que esté reconocido como válido, sea civil o canónico y un acta de reconocimiento que hacen los contrayentes de su hijo verificado de presente y del cual se deja constancia en el acta de matrimonio". (Casación 8 de septiembre de 1923, Tomo XXIX, página 241).

3.— No está de acuerdo la Corte con el concepto de que los Notarios carecen de facultad legal para inscribir en las partidas de matrimonio actas o declaraciones que sobre legitimación de hijos hicieren los contrayentes, pues habiéndose celebrado el matrimonio bajo la vigencia de la Ley 92 de 1938, orgánica del registro civil y reglamentada posteriormente, por medio del Decreto 1.003 de 1939, la correspondiente partida de aquel matrimonio debía sentarse ante el respectivo Notario. Y es este funcionario quien por mandato especial, debe expresar en las actas matrimoniales, entre otras circunstancias, "los nombres de los hijos que queden legitimados en virtud del matrimonio". Así lo dice el artículo 27 del citado Decreto.

4.—La afirmación de que el Decreto 1.003 de 1939 carece de fuerza legal, por haberse extralimitado en sus funciones el órgano ejecutivo al reglamentarlo, es inaceptable, por cuanto el recurso de casación, no brinda oportunidad para decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos realizados por el poder ejecutivo en virtud de la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución. Otros son los procedimientos que deben adoptarse para plantear estos asuntos, y otras son las autoridades a quienes compete decidir en el fondo sobre las acusaciones contra actos gubernamentales, como el de que se ha hecho referencia.

5.—Las actas de registro civil de matrimonio sentadas con las formalidades legales, ante el Notario respectivo, son documentos aptos, como lo eran las partidas de origen eclesiástico antes de la vigencia de la ley sobre registro civil, para contener la manifestación sobre legitimación que hicieran los contrayentes de conformidad con lo preceptuado en el artículo 239 del Código Civil. Y son las copias auténticas de tales actas, las conducentes para establecer como prueba principal el estado civil de las personas (Artículo 18, Ley 92 de 1938).

6.—Cuando se propone una tacha de falsedad a una partida matrimonial, es menester probar que este documento es artificial, o fue contrahecho o adulterado, etc., o que no fue otorgado en el tiempo y lugar que reza, ni tampoco autorizado por el funcionario que lo expidió.

Es por ello que la Corte desde tiempo atrás ha sentado la doctrina de que la falsedad de un documento público no consiste en que sea verdadero o nó, lo que en él se expresa, sino que sea alterado el documento mismo.

7.—Las actas del estado civil por su naturaleza y solemnidades de que están investidas, son documentos auténticos que se hallan amparados por una presunción de autenticidad y pureza, la cual sólo puede desvirtuarse cuando el impugnador aduzca la plena prueba que demuestre irrefragablemente los vicios internos de que adolece, o la falta de solemnidades o formalidades exigidas por la ley.

8. — Cuando la convicción del juzgador surge, a consecuencia del estudio y del análisis del elenco probatorio, sin que se advierta en ello manifiesto error de hecho o de derecho, su convicción debe prevalecer y es intocable en el recurso de casación. El sentenciador de acuerdo con nuestro régimen procedimental y con la jurisprudencia de la Corte, goza de libertad de criterio para enjuiciar y estimar las pruebas aportadas al juicio, siguiendo las reglas de la sana crítica y la tarifa legal.

9.—La Ley 92 de 1938, orgánica del re-

gistro civil, erigió á la categoría de prueba principal para establecer el estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones, las copias auténticas de las partidas de registro del estado civil expedidas por los respectivos funcionarios (Artículo 19 de la Ley 92).

Tales partidas no sólo tienen como documentos auténticos el valor de plena prueba que les da el artículo 632 del Código Judicial, sino que por ley especial tienen el carácter de prueba principal.

10.—El error de derecho existe cuando se le da a la prueba una fuerza que la ley no le ha asignado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio tres de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

El señor Juan de Dios Bertel por medio de apoderado, demandó a Ma. Isabel Hernández, para que por los trámites de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—La señora Columba Bertel, no tiene el carácter de hija legitimada por matrimonio posterior celebrado entre Isaías Bertel y María Isabel Hernández, por no estar reconocida antes como hija natural de ambos, ni haber sido incluido su nombre en el acta matrimonial como es de rigor;

"Segunda.—Que Juan de Dios Bertel, es hermano legítimo de Isaías Bertel;

"Tercera.—Que Juan de Dios Bertel tiene derecho a la herencia como hermano legítimo o sea colateral, junto con la viuda María Isabel Hernández viuda de Bertel, con exclusión de Columba Bertel; y

"Cuarta.—Que se le adjudique la herencia a Juan de Dios Bertel, se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales en la mitad de los bienes dejados por el de CUJUS, pues la otra mitad corresponde a la cónyuge sobreviviente".

Fundó su acción en los siguientes hechos:

a) El día doce (12) del mes de marzo del año de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), contrajeron matrimonio IN ARTICULIS MORTIS, eclesiástico, en este Municipio, los señores Isaías Bertel y María Isabel Hernández, mayores de edad y de este vecindario.

b) El día 24 del mes de marzo de 1948, falleció en la cabecera de este Municipio y fue sepultado el señor Isaías Bertel, mayor de edad y casado IN ARTICULIS MORTIS con María Isabel Hernández.

c) Del acta del matrimonio expresado se desprende este hecho: Que los contrayentes no manifestaron tener hijos naturales reconocidos a quienes el matrominio posterior legitimara IPSO JURE conforme a la legislación civil colombiana.

d) Tampoco expresaron en el Acta de matrimonio su voluntad de legitimar —indicando los nombres— hijo o hija de ambos a quienes los contrayentes tuvieran la determinación de otorgarle ese beneficio, por ser ilegítimos, firmando, como es de ley, el Acta correspondiente de matrimonio eclesiástico, celebrado éste conforme a las disposiciones del Concilio de Trento.

e) En la inscripción del Acta perteneciente al Estado Civil, ante el señor Notario Primero de este Circuito de Sincelejo, del matrimonio celebrado entre Isaías Bertel y María Isabel Hernández, aparece esa Acta con la anotación de que legitiman a una hija nombrada Columba Bertel.

f) Dicha Acta notarial contiene estos hechos inexactos a saber: Que el matrimonio se celebró en la Iglesia Parroquial de Sincelejo, el día doce (12) de marzo del año de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), no habiéndose verificado tino en la casa de habitación de los contrayentes; que el señor Notario presenció el acto y allí se dice que Isaías Bertel no sabía firmar, sabiendo como sabía hacerlo. Así mismo se le hace aparecer como concurriendo a la Notaría, cuando estaba moribundo debido a un ataque de derrame cerebral como lo certificó el médico que lo asistió, doctor Fayil Chisay, y firma por el contrayente, el marido de Columba Bertel, como se ve y se demostrará.

g) El juicio de sucesión de Isaías Bertel, está abierto y radicado en ese Juzgado y allí han comparecido como herederos Columba Bertel y Juan de Dios Bertel mi representado.

h) Afirmo como hecho cierto y como cuestión de normas y esta es una cuestión de derecho, que la única misión de los Notarios, en relación con la inscripción del Acta de registro, conforme a la ley, es llevar ese registro civil anotando nacimientos, defunciones y matrimonios, sin facultad para inscribir en las actas legitimación de hijos, porque esa Acta no es propiamente una escritura pública, ni los Notarios celebran matrimonios.

i) Que Isaías Bertel y Juan de Dios Bertel, son

hermanos legítimos, hijos de Felipe Bertel Veler y Venancia Bertel".

Cumplidos los trámites de la primera instancia, el Juez Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, por sentencia de fecha 18 de agosto de 1955, dijo, que no era el caso de declarar la nulidad de la legitimación de Columba Bertel Hernández de Gómez de que hace mérito la partida de matrimonio de origen notarial, de fecha 12 de marzo de 1948, acompañada a la demanda; declaró que Juan de Dios Bertel es hermano legítimo de Isaías Bertel; y negó las demás súplicas de la demanda, absolviendo a los demandados.

Apelado este fallo por el apoderado del actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, lo confirmó por sentencia de fecha 6 de marzo de 1957. Contra este fallo se interpuso recurso de casación, el cual fue admitido por la Corte y procede a decidirse.

EXAMEN DEL RECURSO

Dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial se han formulado dos cargos contra la sentencia que proceden a estudiarse en su orden.

Primer cargo.

Lo formula así el recurrente:

"A todo lo largo de este interesante debate jurídico se ha discutido si el acta del estado civil, relativa al matrimonio, extendida ante el Notario o ante cualquier Alcalde parroquial, conforme a la Ley 92 de 1938, tiene suficiente eficacia para legitimar hijos naturales. Y tanto el Juez de primera instancia como el H. Tribunal Superior de Cartagena se han decidido por la afirmativa, apreciando erradamente esa prueba para incurrir, así en una violación de la ley sustantiva, apreciación errada, indebida y por demás peligrosa, dada la calidad de los funcionarios que en ella intervinieron".

Consideraciones de la Corte.

No expresa concretamente el recurrente ni las disposiciones violadas ni la manera como el sentenciador incidió en la violación de la ley como lo exige la técnica de casación para estos casos. No obstante estas fallas de la demanda, que bastarían para rechazar de plano el cargo, la Corte procede a considerarlo y su examen habrá de darle oportunidad para reafirmar principios doctrinales consignados en la jurisprudencia nacional estrechamente relacionados con el tema controvertido.

Objeto principal de este debate, según reza el respectivo libelo, es obtener del órgano jurisdiccional una decisión de fondo en la cual se declare que Columba Bertel no tiene el carácter de hija legitimada de Isaías Bertel y de María Isabel Hernández por no haber sido reconocida antes como hija natural de ambos, ni haber sido incluído su nombre en el acta matrimonial; es decir, se pretende dejar sin efecto alguno un acto de legitimación voluntaria hecha por los padres de Columba Bertel en el acta matrimonial, y es en la indebida apreciación probatoria de tal acta por parte del sentenciador, en lo cual consiste por este aspecto la impugnación al fallo.

No parece oportuno allegar ahora antecedentes históricos sobre el origen de la legitimación, basta tan sólo observar que surgió en la última época del Derecho Romano y es generalmente aceptada por la legislación universal contemporánea como una institución creada en beneficio de los hijos concebidos antes del matrimonio, quienes por el acto de la legitimación, adquieren el carácter de hijos legítimos con todas sus consecuencias.

Aquellas consecuencias o efectos jurídicos se hallan expresamente determinadas entre nosotros, en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y en los artículos 244 y 245 del Código Civil, según los cuales, los hijos legitimados quedan por el hecho de su legitimación, en igualdad de condiciones jurídicas con relación a los descendientes legítimos.

Nuestro régimen civil contempla dos formas de legitimación: la que se deriva ipso-jure, por el hecho del matrimonio llamada por los doctrinantes de derecho común, y a la cual se refiere el artículo 52 de la Ley 153 de 1887, reformatorio del artículo 237 del Código Civil. Y la legitimación llamada voluntaria de la cual trata el artículo 239 del Código Civil, cuya disposición no es una mera regla de tramitación para determinados matrimonios, sino que contiene en su ordenamiento, los elementos constitutivos de la legitimación a saber:

Un matrimonio legalmente celebrado, es decir, capaz de producir efectos civiles y un acto de reconocimiento que hacen los contrayentes de sus hijos verificado de presente y del cual se deja constancia en el acta del matrimonio.

Según los términos del artículo 239 citado, es potestativo de los padres el hacer la legitimación en el acta matrimonial, o por escritura pública; y cualquiera que sea la forma que se adopte, los

efectos legales del fenómeno jurídico de la legitimación, son los mismos. En todo caso, bueno es subrayarlo, la legitimación puede hacerse en la misma acta matrimonial y en esto difiere nuestro régimen civil del sistema civil francés en el cual se requieren para este caso dos actas distintas. Al efecto dicen los expositores Planiol y Ripert:

"Hasta la promulgación de la Ley 30 de 1915 el reconocimiento podía hacerse en la misma acta matrimonial. Esta ley ordena que se haga constar en acta aparte, a fin de que el acta matrimonial no contenga ningun rastro de la primitiva irregularidad del hogar y del nacimiento ilegítimo del hijo. Por tanto, debe levantarse acta de reconocimiento distinta del acta matrimonial". (Derecho Civil Francés. Tomo 2º, página 741).

Obsérvese además, que la ley no prescribe término para efectuar la legitimación, lo cual quiere decir que puede hacerse en cualquier tiempo y así lo han entendido los comentadores de nuestro Código Civil; entre ellos, el doctor Fernando Vélez, quien dice lo siguiente:

"Es inútil repetir que según el sistema de nuestro Código, la legitimación voluntaria pueden hacerla los padres en cualquier tiempo, puesto que aquél separándose de lo que disponen el Código de Chile y los de los antiguos Estados, no señala término para verificarla. De esto se deduce que individuos que no pudieron legitimarse cuando regían los Códigos de los Estados, porque sus padres dejaron transcurrir el término respectivo, podrán ser legitimados hoy en virtud del Código vigente". (Derecho Civil Colombiano. Tomo 1, página 249, número 429).

De acuerdo están las anteriores observaciones con la doctrina sentada sobre el particular por la Corte y que es del siguiente tenor:

"La legitimación voluntaria requiere dos elementos a saber: matrimonio que esté reconocido como válido, sea civil o canónico y un acta de reconocimiento que hacen los contrayentes de su hijo verificado de presente y del cual se deja constancia en el acta de matrimonio". (Casación 8 de septiembre de 1922. Tomo XXIX, página 241).

En el caso de autos, el matrimonio celebrado entre Isaías Bertel y María Isabel Hernández, es un hecho que está fuera de todo litigio, y no lo discute la parte demandante. La controversia se halla concretada a la eficacia legal de la legitimación de Columba Bertel al sentarse la correspondiente partida de registro civil del citado matrimonio. No sobra advertir que en sentir de algunos autores, mientras no se impugne la validez del matrimonio, no puede ser impugnada la legitimación que ha resultado como consecuencia de aquel acto.

Según la partida que obra al folio cuatro del cuaderno principal, consta que Isaías Bertel y María Isabel Hernández, cuyo matrimonio celebrado por el rito católico en la Iglesia de Sincelejo, el día 12 de marzo de 1948, declararon legitimada en la misma acta matrimonial de origen civil a su hija Columba Isabel Bertel dando en estos términos, cumplimiento a los exigencias del artículo 239 del Código Civil.

Sinembargo, el demandante ha impugnado aquella acta de registro civil y por medio de su apoderado ha acusado el fallo del Tribunal por haberle dado a tal acta el mérito de plena prueba.

En sentir del recurrente los Notarios carecen de facultad legal para inscribir en las partidas de matrimonio actas o declaraciones que sobre legitimación de hijos hicieron los contrayentes.

No está de acuerdo la Corte con este concepto; pues habiéndose celebrado el matrimonio en cuestión, bajo la vigencia de la Ley 92 de 1938, orgánica del registro civil y reglamentada posteriormente, por medio del Decreto 1.003 de 1939, la correspondiente partida de aquel matrimonio debía sentarse como al efecto se hizo ante el respectivo Notario. Y es este funcionario quien por mandato especial, debe expresar en las actas matrimoniales, entre otras circunstancias, "los nombres de los hijos que queden legitimados en virtud del matrimonio". Así lo dice el artículo 27 del citado Decreto, y por lo tanto, carece por este aspecto, de fundamento la impugnación hecha a la partida de registro civil.

Y no puede aceptarse como lo afirma el recurrente en su demanda, que el mencionado Decreto carece de fuerza legal, por haberse extralimitado en sus funciones el órgano ejecutivo al reglamentarlo. El recurso de casación, debe saberse, no brinda oportunidad para decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos realizados por el poder ejecutivo en virtud de la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución. Otros son los procedimientos que deben adoptarse para plantear estos asuntos, y otras son las autoridades a quienes compete decidir en el fondo sobre las acusaciones contra actos gubernamentales, como el que se ha hecho aquí referencia. Dedúcese de todo lo expuesto que las actas de registro civil de matrimonios sentadas con las formalidades legales, ante el Notario respectivo, son documentos aptos, como lo eran las partidas de origen eclesiástico antes de la vigencia de la ley sobre registro civil, para contener la manifestación sobre legitimación que hicieron los contra-

yentes de conformidad con lo preceptuado en el artículo 239 del Código Civil. Y son las copias auténticas de tales actas, las conducentes para establecer como prueba principal el estado civil de las personas. (Artículo 18. Ley 92 de 1938).

Por las razones expuestas, se rechaza el cargo.

Segundo cargo.

Invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente acusa la sentencia por infracción de los artículos 236, 237, 238 y 239 del Código Civil, por quebrantar varias disposiciones de la ley 153 de 1887 y del artículo 50 de la Constitución Nacional, en cuyas violaciones incurrió el sentenciador, dice el recurrente, por indebida apreciación de la partida de origen civil relativa al matrimonio celebrado entre Isaías Bertel y María Isabel Hernández.

Para sustentar su cargo afirma que dicha partida contiene hechos inexactos, entre otros, en ella aparece Columba Bertel, como hija de Isaías Bertel y María Isabel Hernández, cuando ésta había confesado en posiciones, que Columba Bertel era su hija pero no la de Isaías Bertel, quien aparece como si no supiese firmar, sabiendo hacerlo. Estas inexactitudes, concluye el recurrente, le restan eficacia legal a la partida de matrimonio, tantas veces mencionada.

Consideraciones de la Corte.

El cargo tal como ha sido formulado, implica en el fondo una tacha de falsedad a la partida matrimonial, y cuando tal clase de tacha se opone, es menester probar que aquel documento es artificial, o fue contrahecho o adulterado, etc., o que no fue otorgado en el tiempo y lugar que reza, ni tampoco autorizado por el funcionario que lo expidió. Mas nada de ello probó el demandante durante la secuela del juicio.

Y es por ello que la Corte desde tiempo atrás ha sentado la doctrina de que la falsedad de un documento público no consiste en que sea verdadero o nó, lo que en él se expresa, sino que sea alterado el documento mismo, lo cual no ha ocurrido en el caso sub-judice.

Por lo demás, las actas del estado civil por su naturaleza y solemnidades de que están investidas, son documentos auténticos que se hallan amparados, por una presunción de autenticidad y pureza, la cual sólo puede desvirtuarse cuando el impugnador aduzca la plena prueba que demuestre irrefragablemente los vicios internos de que adolece, o la falta de solemnidades o formalidades exigidas por la ley.

Ciertamente las acusaciones hechas ahora contra el acta matrimonial fueron también formuladas ante los jueces de fondo, pero éstos en vista de las pruebas que obran en el expediente, no las consideraron admisibles. Al respecto dijo el sentenciador de Cartagena:

"No habiendo pues prosperado ninguno de los cargos formulados contra el acta notarial, hay que considerar que este documento es plena prueba de la manifestación atribuída a los padres de Columba Bertel".

A tal conclusión llegó el sentenciador después de haber hecho a la luz de los principios generales de la técnica probatoria, el examen de las diversas pruebas que corren a los autos. Y cuando la convicción del juzgador, surge, como en el presente caso, a consecuencia del estudio y del análisis del elenco probatorio, sin que se advierta en ello manifiesto error de hecho o de derecho, su convicción debe prevalecer y es intocable en el recurso de casación. El sentenciador de acuerdo con nuestro régimen procedimental y con la jurisprudencia de la Corte, goza de libertad de criterio para enjuiciar y estimar las pruebas aportadas al juicio, siguiendo las reglas de la sana crítica y la tarifa legal. Desde este punto de vista carece de fundamento el cargo y las razones invocadas para sustentarlo, no justifican la infirmación del fallo recurrido.

Finalmente, dice el recurrente:

"El acta de registro civil, establecida por la Ley 92 de 1938, no es la copia del acta de matrimonio, en orden á que ante los Notarios, Alcaldes y Corregidores no se celebran matrimonios. Tal inscripción tiene más bien la calidad de un dato estadístico a cerca del nacimiento, matrimonio y defunción de las personas, ya que se lleva en un libro especial suministrado por el Gobierno, y no en el Protocolo, ni está sujeta a registro".

Sentada esta premisa deduce el recurrente, que el acta de matrimonio citada ya no es elemento probatorio para demostrar la legitimación y que no obstante ser ello así, el sentenciador le reconoció eficacia legal violando la ley por errónea apreciación probatoria.

No comparte la Corte la tesis expuesta por el recurrente; pues como se dijo anteriormente, la Ley 92 de 1938, orgánica del registro civil erigió a la categoría de prueba principal para establecer el estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones, las copias auténticas de las partidas de registro del estado civil expedidas por

los respectivos funcionarios. (Artículo 19 de la Ley 92).

Así, pues, aquellas partidas no sólo tienen como documentos auténticos, el valor de plena prueba que les dá el artículo 632 del Código Judicial, sino que por ley especial tienen el carácter de prueba principal y fue en cumplimiento de tales normas como el sentenciador hizo la estimación probatoria de la partida matrimonial. No puede, pues, decirse que por haber obrado así hubiese incurrido en error de derecho, el cual existe cuando se le dá a la prueba una fuerza que la ley no le ha asignado.

Por las consideraciones expuestas, se rechaza el cargo.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha seis (6) de marzo de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio ordinario iniciado por Juan de Dios Bertel contra María Isabel Hernández de Bertel.

No hay costas en el recurso.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea.— Jorge Soto Soto, Secretario.

LA HIJUELA DE ADJUDICACION EN JUICIOS DE PARTICION ES SUFICIENTE PARA REIVINDICAR CUANDO NO ES NECESARIO HACER COMPARACION ENTRE LOS TITULOS DEL ACTOR Y LOS DEL DEMANDADO

La Corte ha declarado que "las hijuelas son títulos de adjudicación declarativos de propiedad y no atributivos de dominio y lo mismo dicen las doctrinas de los autores. (De la prueba en derecho" por Antonio Rocha, página 295, tercera edición. 1941, Gaceta Judicial, XLIX, 488 y otras) y que no es suficiente para la misma Corte la constancia del Registrador de Instrumentos Públicos sobre el registro del título que se echa de menos para suplirlo como prueba del dominio de bienes raíces.

Esos conceptos tan absolutos en lo que se refiere a la necesidad de acompañar a los títulos sucesores o hijuelas de adjudicación en juicios de partición, el título del causante, para acreditar el derecho a reivindicar, no puede prohijarse sino en los casos en que se trate de una comparación de títulos, cosa que no ocurre en el presente litigio, por haber acompañado el actor los instrumentos escriturarios, por medio de los cuales adquirió el terreno, la mitad de la casa y la hijuela de adjudicación en la sucesión de Asunción Barbosa Ramírez, todos los cuales aparecen debidamente registrados; y, la demandada no trajo a los autos título alguno para oponer a los exhibidos por el demandante, de donde resulta que no se trata de una comparación de títulos en que se pueda aplicar la doctrina demasiado general invocada por el Tribunal en que se apoya el fallo.

Corte Suprema de Justicia--Sala de Casación Civil—Bogotá, junio cuatro de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

ANTECEDENTES DEL JUICIO

El señor Abel Barbosa Ramírez demandó en reivindicación de un inmueble situado en Ibagué en la carrera 2ª entre calles 23 y 24, a la señora Aura Ospina de Barbosa.

Además de la declaratoria sobre dominio solicitó el pago de prestaciones (civiles y naturales) considerándola como poseedora de mala fe. Igualmente suplicó condenación al pago de reparaciones de la cosa, por daños sufridos; la inscripción del fallo en la Oficina de Registro de II. PP. de Ibagué, y la orden de restituir la cosa materia de la reivindicación.

El Juez de instancia (2º Civil de la expresada ciudad) falló el 19 de noviembre de 1956 de acuerdo con las pretensiones aducidas, salvo en cuanto limitó la obligación de restituir a dos piezas de la casa; no decidió sobre las plantaciones existentes en el terreno donde está la casa.

El Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué revocó el fallo por sentencia de 14 de septiembre de 1956 y absolvió a la demandada de los cargos de la demanda.

Interpuso recurso de casación el vencido, recurso que fue otorgado y se ha tramitado hasta llegar al estado de fallo, al cual se procede.

El recurrente formula los cargos a la sentencia en dos Capítulos que son: "INTERPRETACION ERRONEA DE LA PRUEBA" Y "ERROR DE HECHO Y DE DERECHO—VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA".

Respecto del primero hace una extensa exposición sobre que el Tribunal interpretó mal los títulos alegados al juicio ,pero no hace ninguna referencia, ni a las incidencias que esa pretendida interpretación tiene en relación lo que constituye motivos de casación, ni indica si hubo error de hecho y de derecho del cual resulte violación directa o indirecta de ley sustantiva, ni se citan disposiciones que hayan sido violadas.

En otros términos, no existen ninguno de los elementos de lo que conforme al artículo 520 del Código Judicial constituyen motivos de casación.

Se rechaza el cargo.

En cuanto a la segunda acusación, dice el recurrente que el Tribunal Superior incurrió en error de hecho al apreciar las pruebas y que ese error de hecho conduce al error de derecho consistente en haberle dado al actor el título de simple "copropietario"; que ha pretendido dividir el predio común por sí y ante sí, sin contar

con los otros copartícipes, cuando es lo cierto que en el juicio no existe la noción de ese predio común sobre el cual pueda incidir jurídicamente el título de copartícipe; y, luégo de referirse al caso concreto concluye:

"El juzgador, pues, al darle al demandante el título de copartícipe, que es errado en el caso debatido, porque no hay cosa común que es el supuesto jurídico de este título lo ha desconocido el derecho de propietario, cuyo título ejercita con pruebas bastantes, lo cual conduce a la violación de los artículos 946, 950, 952 y 961 del Código Civil o sea las normas sustantivas que amparan ese derecho y en las cuales se fundamenta la presente acción reivindicatoria".

Aunque tampoco este Capítulo se conforma a las condiciones de la técnica; sin embargo, por cuanto se señalan como violadas algunas disposiciones, pasa la Sala, por amplitud, a estudiarlo.

SE CONSIDERA:

Todo el problema estriba en que el revivindicante omitió hacer venir a los autos en la forma establecida por la Ley, la escritura número 1.063 de 26 de septiembre de 1945, otorgada en la Notaría Segunda de Ibagué y registrada en el Libro Primero Impar, Tomo III, folio 352, partida 381, por medio de la cual Erasmo Quiroga le vendió a María Ascensión Barbosa Ramírez la construcción levantada en terrenos del Municipio de Ibagué, terrenos que compró el demandante Abel Barbosa Ramírez por escritura número 1.028 de 23 de julio de 1952, Notaría Primera de Ibagué.

Se tiene conocimiento de la existencia de este título por lo expresado en el numeral VI del Certificado número 422, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ibagué que corre folios 19 del C. Principal solicitado debidamente, durante el juicio, por el demandante.

Barbosa Ramírez le compró al Municipio el terreno, como ya se dijo, y su madre Ascensión compró la casa existente en ese terreno por el instrumento que se acaba de mencionar y que no figura en los autos. A Barbosa se le adjudicó la mitad de la casa en la sucesión de Ascensión como consta de la respectiva hijuela que se acompañó a la demanda, la otra mitad la compró el demandante por escritura pública 1.589 de 17 de noviembre de 1954, Notaría Primera de Ibagué a Nicolás González Torres que la hubo por herencia de Ascensión Barbosa.

El Tribunal, con base en jurisprudencia de la Corte y en concepto de los doctrinantes considera que la hijuela expedida a favor del demandante en la sucesión de su madre no es suficiente para acreditar el derecho de propiedad sobre la mitad de la casa que heredó de ella y que no es bastante que conste en el Certificado de Registro que dicha señora la adquirió (es decir la casa) por compra a Erasmo Quiroga, por la mencionada escritura faltante en el acervo probatorio del reivindicante que es la número 1.063 de 26 de septiembre de 1945, ya citada.

Efectivamente la Corte ha declarado que "las hijuelas son títulos de adjudicación declarativos de propiedad y no atributivos de dominio y lo mismo dicen las doctrinas de los autores. ("De la prueba en derecho" por Antonio Rocha. Página 295. Tercera edición, 1941, Gaceta Judicial XLIX, 488 y otras) y que no es suficiente para la misma Corte la constancia del Registrador de Instrumentos Públicos sobre el Registro del título que se echa de ménos para suplirlo con prueba del dominio de bienes raíces.

SE CONSIDERA:

Esos conceptos tan absolutos en lo que se refiere a la necesidad de acompañar a los títulos sucesores o hijuelas de adjudicación en juicios de partición, el título del causante, para acreditar el derecho a reivindicar, no puede prohijarse sino en los casos en que se trate de una comparación de títulos, cosa que no ocurre en el presente litigio, por haber acompañado el actor los instrumentos escriturarios, por medio de los cuales adquirió el terreno, la mitad de la casa y la hijuela de adjudicación en la sucesión de Ascensión Barbosa Ramírez, todos los cuales aparecen debidamente registrados; y, la demandada no trajo a los autos título alguno para oponer a los exhibidos por el demandante, de donde resulta que no se trata de una comparación de títulos en que se pueda aplicar la doctrina demasiado general invocada por el Tribunal en que se apoya el fallo.

En otros términos, al exigir el Tribunal en la sentencia acusada la presencia de la escritura número 1.063 de 26 de septiembre de 1954, otorgada en la Notaría Segunda de Ibagué, por considerar que la hijuela expedida a favor del demandante en la sucesión de su madre Ascensión Barbosa de Ramírez para acreditar su derecho de propiedad sobre una mitad de la casa que heredó de ella, violó en el caso, sub lite disposiciones sustantivas especialmente el artículo 673 y sus concordantes del Código Civil, por error de derecho en la apreciación de la prueba consis-

tente en la hijuela mencionada como elemento suficiente para acreditar el derecho a reivindicar por parte de Abel Barbosa Ramírez, la casa materia del litigio. Por lo tanto la Corte habrá de casar el fallo recurrido.

SENTENCIA DE SUSTITUCION

Como la Corte considera suficientemente probado el derecho del actor a reivindicar el inmueble descrito en los hechos fundamentales de la demanda, en su totalidad, por hallarse éste en poder de la demandada Aura Ospina de Barbosa con ánimo de dueño, es el caso de acoger las peticiones de la demanda, SALVO en cuanto a considerar a la demandada como poseedora de mala fé, por no haberse probado dicha mala fé.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—administrando justicia en nombre la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia materia del recurso y en su lugar falla:

1º.—Pertenece en dominio pleno y absoluto al señor Abel Barbosa R., mayor y vecino de Ibagué, un inmueble urbano ubicado en la carrera 2ª, entre calles 23 y 24 de la nomenclatura actual de la ciudad, constituido por casa de habitación, construida de adobe o ladrillo, con cubierta de teja de barro y el lote de terreno o solar en que se encuentra edificada, el cual tiene una cabida superficiaria de 314 mts2, comprendido todo por los siguientes linderos: "Por el Norte, una línea recta de cinco (5) metros, noventa y ocho centímetros (5-98 mts.) con la carrera 2ª.; por el Sur una línea recta de ocho metros, setenta centímetros (8-70mts.) con Padión Barrios; por el Oriente, una línea que en parte mide ocho metros, noventa y cinco centímetros (8-95) y en parte treinta y cuatro metros, sesenta centímetros (34-60 mts), lo que en total dá cuarenta y tres metros, cincuenta y cinco centímetros (43-55 mts.), con Rafael Hernández y Pedro Vargas; y, por el Occidente, una línea que en parte mide ocho metros, cincuenta centímetros (8-50 mts) y en parte treinta y cinco metros, noventa centímetros, lo que en total dá cuarenta y cuatro metros, cuarenta centímetros (44-40 mts) con Gilma Rosa, Berla Aurora Lizcano".

2º.—Como consecuencia de la anterior declaración de dominio en favor del demandante, condénase a la demandada Aura Ospina de Barbosa, a restituir, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, al señor Abel Barbosa Ramírez, el inmueble urbano de que trata el numeral anterior.

3º.— La demandada Aura Ospina de Barbosa pagará al demandante los frutos naturales y civiles del referido inmueble percibido o que el dueño hubiera podido percibir a partir de la notificación de la demanda los que se determinarán por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial.

4º.— Ejecutoriada esta sentencia se inscribirá en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Ibogué en el Libro correspondiente.

Costas a cargo de la parte demandada.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón —José Hernández Arbeláez— Armando Lafarre Rizo — Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD NATURAL EN EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. — VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACION DE RENTA. — ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO

1.— El concepto de lo que constituye el error de hecho para efectos de la casación ha sido definido en diversas ocasiones por los doctrinantes y por la Jurisprudencia y en todo caso no puede ser el resultado de la apreciación de la prueba desde el punto de vista del concepto que esa prueba haya creado en el juzgador, naturalmente dentro del respeto a la realidad objetiva, pues ello pertenece al fuero interno de éste.

2.—El error de derecho supone el desconocimiento o ignorancia de la ley en forma directa por parte del que debe aplicarla o de cualquier persona que obra y que está obligada a mantenerse dentro de las normas establecidas.

Ya el jurisconsulto Labeón desde los primeros tiempos de la Epoca Imperial en Roma se ocupó de esta cuestión. "No puede alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla después de que esté en observancia", reza el artículo 56 del Código Civil y el artículo 768 del Código Civil referente a la adquisición del dominio manifiesta "que el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fé sin prueba en contrario". Aún más, el artículo 1.509 del mismo Código Civil dispone que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Estos principios se fundan en que el legislador, por razones de política social, presume, en todos los países, que todos los ciudadanos son conocedores de todas las leyes vigentes en el respectivo Estado. Es un principio incuestionable y de derecho universal.

3.—El anexo sobre "personas a su cargo" no comporta ni puede tener la calidad de una confesión del que declara la renta, tanto porque es la manifestación de terceras personas, como porque no contiene la certeza de lo dicho.

4.—El artículo 70 de la Ley 153 de 1887 prohibía la investigación de la paternidad natural o ilegítima, salvo para los efectos de pedir alimentos y la Ley 153 de 1887 estableció el procedimiento para esta investigación especial (Art. 73 ibíd.), pero la Ley 45 de 1936 abrió el campo para la investigación de la paternidad y señaló normas para llevarla a cabo.

Después de la expedición de la Ley 45 de 1936, la jurisprudencia, como es obvio, siguió la misma dirección señalada en esa Ley y se hicieron reconocimientos judiciales de la paternidad, en las condiciones allí indicadas, pero sólo a base de que el padre no hubiera muerto y se apersonara en el juicio por cuanto el artículo 7º de dicha ley mantuvo la vigencia y aplicación del artículo 403 del Código Judicial, que dice: "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre....." y la consecuencia natural indicada.

Sin embargo y, a pesar de las apreciaciones en contrario, la Jurisprudencia evolucionó y mediante una interpretación benigna admite que puedan los parientes que tengan interés en la herencia ser legítimos contradictores en juicio de filiación natural y que los presuntos hijos naturales puedan pedir su reconocimiento de tales, frente a dichos parientes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio cuatro de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en sentencia que lleva fecha 14 de mayo de 1956, confirmó el fallo de primera instancia proferido por el Juez Segundo del mismo Circuito de Pereira, el 17 de marzo de 1955, que negó las súplicas de la demanda, impetradas por Israel Giraldo o Puerta, Ofelio Puerta de Ocampo y Gonzalo Puerta, para obtener la declaratoria de que son hijos naturales de Juan Bautista Giraldo Restrepo y las consecuenciales, sobre

forma del testamento de éste, derecho a intervenir en la sucesión del presunto padre natural como herederos forzosos y condenación en costas a la opositora que lo es la señora Isabel Marquez de Giraldo. Esta demanda fue adicionada para incluír entre los demandados a los señores Rafael, Mercedes, Tulia y María de Jesús Giraldo hermanos legítimos de Juan B.

Contra el fallo dicho se alzó en casación la parte demandante y el recurso se ha tramitado con el plenum de las formas procesales, pues no solamente figura en los autos demanda de casación y memoria de oposición, presentadas por conducto de apoderados ante la Corte, sino el resumen de lo alegado en la audiencia que se celebró ante la Sala de Casación Civil el 23 de mayo de 1957, para la cual el magistrado ponente de esa época elaboró el resumen que la ley ordena.

En estas condiciones no queda otro trámite que el final del fallo, a lo cual se procede.

CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

Los cargos del recurrente que pueden destacarse del extenso alegato del 18 de enero de 1957, se vinculan todos a la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y consisten en error manifiesto de hecho y en error de derecho. También hay una acusación la SEXTA (VI) que reviste calidades varias.

Las acusaciones por error de hecho corresponden a las Secciones inicial que no tiene número III y V. Las que se fundan en error de derecho son las marcadas con los números II y IV. Conviene advertir que aunque la Sección VI se refiere fundamentalmente a violaciones directas de ley sustantiva, en parte contiene también algo relacionado con errores de hecho.

Para mejor ordenar se ocupará primeramente la Corte de los cargos de las Secciones I, III, V y VI y luégo de los contenidos en las Secciones II y IV.

Arranca el recurrente su acusación en la siguiente forma:

"Incurrió el Tribunal en error manifiesto de hecho en la apreciación de los testimonios (relación a los testigos), porque no es que los testigos discrepen en cuanto al tiempo en que les consta que Giraldo y la señora Puerta vivieron maritalmente, sino en que cada uno de ellos legítimamente depone sobre la época en que conoció a los concubinos". A continuación relaciona los años en que ocurrió esto respecto de cada testigo.

Continúa el recurrente: "El error manifiesto de hecho consistió, en primer lugar, en que el Tribunal omitió la procedencia de los testigos (hace referencia a las poblaciones de donde es oriundo cada uno de ellos). De ahí que los tres testigos nativos de la misma aldea "El Aguila": Villada, Duque y Obando, fueron los únicos que conocieron a los concubinos a los 6, 4 y 13 años de edad. Los demás los conocieron personalmente haciendo vida marital a medida que se instalaban en la aldea y se relacionaban con la gente".

"Incurrió igualmente el Tribunal en error manifiesto de hecho en la apreciación de los testimonios de (enumera varios testigos, indicando la edad de ellos y tiempo en que cada uno afirma que conoció las relaciones maritales permanentes y estables de los concubinos) y concluye: "El error manifiesto de hecho del Tribunal consiste, pues, en haber negado que los testigos hubieran precisado el lapso en que conocieron a los concubinos como tales. Para el Tribunal el único testigo que dá la razón de su dicho y de sus afirmaciones sobre el conocimiento de los concubinos es González Pulgarín. Sin embargo no lo tiene en cuenta, lo cual induce el error manifiesto de hecho de que el testigo aquotado conoció a los concubinos en su vida común por más de doce años".

Dice además el recurrente que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al apreciar el testimonio de Margarita Torres de Jiménez de 34 años de edad y el de varios otros testigos, que cita por sus nombres, y por haber omitido la apreciación de las exposiciones de esos mismos testigos en la segunda instancia en las cuales dan razón de su dicho y de sus afirmaciones sobre el conocimiento personal de los concubinos y el lapso de ese conocimiento.

Y concluye: "A consecuencia de esos errores manifiestos de hecho, el Tribunal incurrió en el error de derecho de desestimar el mérito legal que la ley concede a esa prueba, con violación del artículo 697 del Código Judicial".

Para respaldar estas afirmaciones transcribe el recurrente el siguiente aparte de la sentencia: "puede aceptarse que las personas mencionadas hicieron vida bajo el mismo techo, pero hay desacuerdo entre ellos en cuanto al tiempo o número de años en que los vieron vivir conjuntamente para poder fijar con precisión la época de la concepción de los tres reclamantes de filiación natural, porque no está demostrado el día, mes y año del nacimiento de éstos y se hace por consiguiente imposible poder aplicar la regla presuntiva de esas concepciones. El mero hecho de

hacer vida en común dos personas no es suficiente causalidad de la paternidad".

Después de hacer una exposición crítica de la Jurisprudencia sobre la materia de que se trata, dice el demandante en casación: "El error de derecho con violación de la citada norma ha consistido, también en que el Tribunal expuso un concepto erróneo respecto de los hechos en que consisten las relaciones sexuales estables y notorias previstas por el legislador. Para el Tribunal la verdadera prueba de la paternidad consistirá en acreditar el coito, porque "en la raza humana la naturaleza efectúa la gestación del individuo en el vientre materno en un período que fluctúa entre los 180 días y los 300 días contados desde aquel en que se verifique el coito y es preciso, por lo tanto, establecer el día en que pudo haberse realizado la concepción". El coito es distinto de la concepción, porque ésto es efecto de aquél, pero no necesario efecto. Por lo tanto, para el Tribunal la convivencia de la madre y del presunto padre en el momento de la concepción no es suficiente causal de la paternidad, si no se prueba la iniciación de las relaciones sexuales o sea el coito".

Después de un comentario sobre el significado del ordinal 4º. del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, dice el recurrente: "Respecto de esa desorbitada exigencia del Tribunal de pretender que se acredite exactamente, el día, mes y año en que los concubinos iniciaron sus relaciones sexuales, en forma plena y convincente, anoto esto: primero el error de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial con violación de la citada norma del Código Judicial (artículo 697), implica el desconocimiento de la certidumbre del testimonio humano porque un número considerable de testigos no puede coincidir en el mismo error o en la misma mentira cuando atestiguan un hecho que pudieron conocer o en el cual ninguno de ellos tiene un interés especial. Segundo, el lapso de la convivencia de los concubinos coincide ámpliamente con los períodos legales de la concepción de Israel, Ofelia y Gonzalo. Como culminación de lo dicho violó, pues, el Tribunal el ordinal 4º. del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

III—"Incurrió —dice el recurrente— en el Capítulo III en manifiesto error de hecho en la interpretación de la demanda y su consiguiente omisión del análisis de la prueba consistente en las "declaraciones del impuesto de renta y patrimonio hechas ante el Recaudador de Hacienda Nacional de Pereira, por Juan Bautista Giraldo Restrepo en diferentes años". El Tribunal se abstuvo de analizar esa prueba "por considerarla inadecuada e inconducente ya que no fue invocado este hecho en el libelo como causal de reconocimiento de filiación natural y en los hechos tampoco se hace referencia a estos actos del presunto padre natural. Las afirmaciones de la demanda contenidas en los hechos 1 a 18 inclusive, son susceptibles de ser acreditados por todos los medios de prueba".

"A consecuencia de este manifiesto error de hecho incurrió el Tribunal en el error de derecho de negarle el mérito legal que tiene de principio de prueba por escrito a esos documentos, con violación de los artículos 593, 594, 598, 601 del Código Judicial, artículo 93 de la Ley 153 de 1887, ordinales 3, 4 y 5, del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. En virtud del principio procesal dispositivo, en materia de filiación natural, la parte demandante no está obligada a invocar todas las causales que autorizan la investigación judicial de la paternidad natural, previstas en la Ley 45 de 1936. La parte demandante se compone de tres litis consortes, de los cuales sólo uno, González fue calificado por Giraldo como hijo natural suyo en la declaración de renta y patrimonio. A Ofelia él la calificó entre sus hijos de crianza y a los dos Gonzalo y Ofelia, como hijos adoptivos. De tal manera que ese escrito no reune las condiciones exigidas por el ordinal 3. del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, violado por el Tribunal".

"En cambio —continúa el recurrente— esos documentos reunen las condiciones exigidas al principio de prueba por escrito, porque es indudable que cualquier escrito, para no importar para que fin fué redactado, puede servir de principio de prueba por escrito sin sujeción a forma determinada. Esos documentos por sí solos no establecerían la prueba de la filiación natural, pero complementados con la prueba testimonial sirven para acreditar, sin duda alguna, el hecho de la paternidad natural. Por lo demás las condiciones requeridas para cumplir su objetivo se cumplen en esos documentos a saber: a) son documentos; b) que emanan del padre o del autor material e intelectual del documento; y c) su contenido es suficiente para hacer verosímil el hecho alegado, sin constituir pruebas del mismo, por sí solos".

Concluye: "La causal del ordinal 3, de la Ley 45 de 1936, fue prevista por el Legislador, porque cuando se dá ella, no importan las circunstancias en las cuales el padre y la madre se conocieron y fue concebido el hijo. La única exigencia es la condición de la prueba. Basta, pues, que esa determinada prueba se produzca para qué pro-

cede la declaración judicial de la paternidad".

V—En el aparte V de la demanda dice el recurrente: "Es desagradable anotar que el Tribunal fue parcial en la apreciación de varios testimonios de la parte demandada, incurriendo con ello en error manifiesto de hecho y su consecuente error de derecho, con violación del artículo 697 del Código Judicial en virtud de haberle dado a esa prueba el mérito legal de que carece. En efecto: los testigos presentados por la parte demandada que expusieron sobre el tiempo del conocimiento de Giraldo, lo hicieron en la misma forma que los de la parte demandante en relación con el tiempo del concubinato; más para el Tribunal, sin razón alguna, el dicho de aquellas acredita el lapso y el de éstos nó". Afirma que cuando conoció a la señora Puerta en 1919 el testigo Jesús Vélez Marín ésta tenía a Ofelia y a Israel y consta que Ofelia nació en 1931 e Israel en 1926; por su parte la testigo Alicia Peláez Londoño, de 40 años, oriunda de Pereira dice que conoció a Giraldo hace 35 años cuando su esposo y ella vivieron en Balboa, o sea que se casó de cinco años. Ismael Londoño de 43, dice que conoció a Giraldo en 1932 cuando el testigo era Secretario de la Inspección de Policía del Aguila y afirma que en ese entonces Ofelia tenía 6 o 7 años y que además la señora Puerta tuvo otros dos hijos y que ella se había casado con un señor cuyo nombre no recuerda. Paulina Ríos de Cardona de 63 años dice que conoció a Giraldo hace 30, pero afirma que éste vivía en Pereira porque a Balboa sólo iba los sábados y regresaba los lunes; y, "además que Pereira (sic) vivió todo el tiempo con su esposa Isabel Márquez de Giraldo. Jaime Usma de 23 años dice que Giraldo no salió de Balboa".

El recurrente concluye que todos esos errores han culminado en la violación del artículo 4 de la Ley 45 de 1936.

Agrega el recurrente que "Paulina Aguirre declaró, a pesar de ser testigo presentado por el opositor, en el sentido de la existencia del concubinato y el Tribunal no valoró este testimonio.

Finalmente dice el recurrente: "el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho y su consiguiente error de derecho por no haber valorado la presunción que brota de la cláusula 4 del testamento otorgado por Juan Bautista Giraldo, con violación de los artículos 663, 664 y 665 del Código Judicial. El vínculo que unía a Giraldo con Ofelia Giraldo y Gonzalo Puerta para hacerlos sus legatarios no puede ser otro distinto al de la sangre. De todo el material del proceso no aparece nada distinto".

SE CONSIDERA:

El concepto de lo que constituye el error de hecho para efectos de la casación ha sido definido en diversas ocasiones por los doctrinantes y por la Jurisprudencia y en todo caso no puede ser el resultado de la apreciación de la prueba desde el punto de vista del concepto que esa prueba haya creado en el Juzgador, naturalmente dentro del respeto a la realidad objetiva, pues ello pertenece al fuero interno de éste.

Sobre lo que se acaba de expresar, la Corte dijo en Casación de 23 de marzo de 1954 (Gaceta Judicial LXXVII, 119): "El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso segundo del artículo 520 del Código Judicial, ordinal 1, 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 obre en autos y que demuestre evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como bien probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como nó probado en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos".

"En todos estos casos, el error del Juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo".

No ocurre lo que se dice, con la sentencia acusada. El Tribunal sentenciador examinó una a una todas las declaraciones de testigos, tanto de la parte demandada como de la demandante y del cotejo llegó a formarse la convicción de que no era el caso de declarar la filiación natural reclamada; y, lo mismo ocurrió con las demás pruebas y otros elementos del proceso, luego no es operante el cargo.

II y II bis.—"El Tribunal incurrió —dice el recurrente en error de derecho con violación del artículo 704, de no haber apreciado la prueba testimonial en relación con la prueba documental consistente en la partida eclesiástica de nacimiento de Gonzalo Puerta (folio 12, cuaderno 1), en la partida eclesiástica del matrimonio de Juan Bautista Giraldo (folio 14 ibídem); las copias expedidas por el Juzgado Municipal de Anserma de varias piezas del expediente en el juicio

especial de alimentos de Emilia Puerta contra Juan Bautista Giraldo (folio 28 y siguiente del cuaderno 1) y en las copias expedidas por el Recaudador principal de Hacienda Nacional de Pereira (folio 11 y siguientes del cuaderno 2), como con las pruebas preconstituídas suscritas por los mismos interesados, o sea los litis-consorte demandantes, que aparecen al folio 1 y siguiente del cuaderno 1 y del documento de folio 6 del mismo cuaderno".

Continúa el recurrente: "Consideró el Tribunal que Gonzalo por haber nacido el 20 de diciembre de 1935 debió haber sido concebido entre el 20 de febrero y el 20 de junio del mismo año. "Pero como no se demostró la época precisa en que pudieron principiar las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre natural de Gonzalo Puerta, se llegó al mismo resultado negativo que para los otros reclamantes del reconocimiento".

Comenta el demandante en casación este razonamiento del Tribunal en la siguiente forma: "es muy singular y violatorio del ordinal 4. de la Ley 45 de 1936, porque para él, si no se prueba la iniciación de las relaciones sexuales en un concubinato que dura muchos años y en las postrimerías del cual nace un hijo, no hay lugar a la subsunción del caso en la norma citada".

Reproduce luégo otro aparte del fallo que dice: "Podría argüirse que si se establece que el presunto padre natural hizo vida marital, o tuvo relaciones sexuales con la madre de los reclamantes de la filiación natural en un tiempo mayor al de la edad de estos últimos, debe aceptarse que fueron concebidos durante ese interregno y deducirse la causalidad necesaria de la paternidad natural. Pero para que esto fuera así debería comprobarse plenamente la fecha en "que empezaron tales relaciones" como dice el artículo 4 de la Ley 45 de 1936, pues desde ese día deberían contarse los que señala la ley para la presunción de concepción".

En relación con esto dice el recurrente: "El Tribunal con su considerando violó la norma que él mismo invoca, porque no trata de apreciar la prueba en el sentido de indagar si con ella acreditó el día, mes y año de la iniciación de las relaciones sexuales, sino de valorarla en el sentido de enjuiciar si con ella se acreditó la existencia del concubinato en relación con el nacimiento del hijo. Y esa existencia debe indagarse para los efectos de cualquiera de estos tres supuestos a), si el concubinato existió durante los 180 días que precedieron al nacimiento del hijo, y b). Si el hijo nació dentro de los 300 días siguientes a la terminación del concubinato".

"Tal violación —concluye el recurrente— fue consecuencia del error de derecho en la apreciación de los testimonios (cita los nombres de los testigos) con violación del artículo 697 del Código Judicial, porque aun cuando, como lo analiza el Tribunal, cada uno de esos testigos conoció en distinta época a los concubinos como tales, todos están de acuerdo en la existencia del concubinato que es el que se trata de probar, durante todo el período legal de la concepción de Gonzalo Puerta, de Ofelia Puerta de Ocampo y de Israel Giraldo o Puerta".

II bis.—Bajo el número citado continúa el recurrente la acusación por error de derecho y al efecto dice:

"Incurrió el Tribunal en error de derecho en la apreciación de la prueba supletoria del nacimiento de María Ofelia Puerta y de Israel Giraldo o Puerta, levantada el 21 de julio de 1937 y consistente en las declaraciones de Manuel López, Teresa Sánchez y Jesús Gutiérrez, con violación del artículo 395 del Código Civil (hoy subrogado por el 19 de la Ley 92 de 1938), e indebida aplicación del 400 del Código Civil".

La prueba supletoria del estado civil, según el recurrente, nada tiene que ver con la calificación de su edad si no con los hechos constitutivos de su nacimiento. Esta prueba suministrada por la declaración de José Manuel López y Jesús Gutiérrez, quienes deponen por conocimiento personal y directo, no obstante lo que dice el Tribunal en contrario con lo cual violó los artículos 696, 697 y 698 del Código Judicial —afirma el recurrente— y luégo añade que no debe perderse de vista que los declarantes son labriegos, lo que explica que no expresaran que presenciaron el nacimiento de los demandantes.

"Incurrió en error manifiesto de hecho el Tribunal —según el demandante en casación— en no haber tenido en cuenta esas circunstancias que configuran, con los otros documentos que ofrece citar, la prueba indiciaria que sirve para demostrar, sin lugar a duda, la verdad del nacimiento de Israel y Ofelia en la época a que aluden los testigos".

Advierte el recurrente que la prueba supletoria no es directa sino copia tomada del juicio de alimentos, del cual se trajo a los autos lo que eligió la parte demandante.

"El otro indicio omitido por el Tribunal —añade el demandante en casación— consiste en que Juan Bautista Giraldo en sus declaraciones de Renta de los años de 1948 y 1949, denuncia en las

exenciones por personas a su cargo, á Ofelia y a Gonzalo Puerta con la edad que tenían a la sazón, lo que coincide con la época del nacimiento a que aluden los testigos de la referida prueba supletoria", y concluye.

"El mencionado error de hecho engendró el error de derecho en que incurrió el Tribunal de no dar a esos indicios el mérito legal de plena prueba del hecho del nacimiento de esos hijos dentro de la existencia del concubinato, la cual comprende un tiempo mucho mayor del necesario para los correspondientes períodos legales de las concepciones, con violación del artículo 1665 del Código Judicial. Como resultado de este error el Tribunal violó el ordinal 4. del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

IV.—El recurrente bajo este número acusa la sentencia de error de derecho en la apreciación de los testimonios de los testigos que indica, con violación del artículo 697 del Código Judicial, por haber desestimado el concepto de los hechos en que consiste el concubinato notorio, pues dice que el Tribunal expresamente se abstuvo de indagar "si en realidad existió esa vida marital" y por ese extremo también incurrió en manifiesto error de hecho.

"La culminación de los referidos errores —concluye el recurrente— consistió en la violación por parte del Tribunal del ordinal 4. del artículo 4 de la Ley 45 de 1936. El concubinato es una noción jurídica cuyo control corresponde a la Corte, aun cuando el Tribunal sea soberano para comprobar los hechos de la causa. Del estado de hecho calificado de concubinato surge la presunción que, combinada con las demás circunstancias que hayan rodeado las relaciones sexuales de dos personas que hayan caracterizado su conducta, que hayan precedido y seguido al parto, crea la base muy legítima y muy seria para las inferencias que permite afirmar que el hijo nació de las relaciones de la mujer y de su concubino".

SE CONSIDERA:

El error de derecho supone el desconocimiento o ignorancia de la ley en forma directa por parte del que debe aplicarla o de cualquier persona que obra y que está obligado a mantenerse dentro de las normas establecidas.

Ya el jurisconsulto Labeón desde los primeros tiempos de la Epoca Imperial en Roma se ocupó de esta cuestión. "No puede alegarse ignorancia de la Ley para excusarse de cumplirla después de que esté en observancia", reza el artículo 56 del Código Civil y el artículo 763 del Código Civil referente a la adquisición del dominio manifiesta "que el error en materia de derecho constituye una presunción de malá fé sin prueba en contrario". Aun más, el artículo 1.500 del mismo Código Civil dispone que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Estos principios se fundan en que el legislador, por razones de política social, presume, en todos los países, que todos los ciudadanos son conocedores de todas las leyes vigentes en el respectivo Estado. Es un principio incuestionable y de derecho universal.

Pero en el asunto que se estudia, lo que indica el recurrente en relación con errores de derecho en la sentencia no es operante. Aún más, en el desarrollo del recurso se entremezclan los términos errores de hecho y errores de derecho originados en la apreciación de las pruebas.

Los señores Magistrados del Tribunal de Pereira no han dado prueba de ignorancia de ninguna disposición legal que sea congruente con la cuestión debatida, lo que ocurre es que del examen de esas pruebas de distinta naturaleza que obran en los autos, han llegado a la convicción de que no están probados todos los elementos que conducen al reconocimiento de la filiación natural de Ofelia, Israel y Gonzalo Puerta, como hijos de Juan Bautista Giraldo.

Tanto las piezas del expediente del juicio de alimentos de Emilia Puerta, como el certificado parroquial del matrimonio de Giraldo, como las copias de la declaración de Renta de éste, fueron tomadas en cuenta, sólo que de esos documentos lo único que podría resultar y resultó es que Giraldo rechazó siempre la calidad de padre de dichos señores, oponiéndose al juicio de alimentos y declarando a dos de esos jóvenes como hijos adoptivos de crianza, lo que significa su rechazo como hijos carnales; y, respecto del otro no hizo reconocimiento de paternidad, porque el anexo sobre "personas a su cargo" no comporta ni puede tener la calidad de una confesión del que declara la Renta, tanto porque es la manifestación de terceras personas, como porque no contiene la certeza de lo dicho.

No es admisible el procedimiento de destacar supuestos errores de derecho para deducir errores de hecho y violación de la ley por tales errores de hecho.

Los errores de hecho deben aparecer evidentemente para que puedan ser apreciados como motivos de casación. El mismo numeral 1. del artículo 520 lo manifiesta con entera claridad cuando dice: "haber incurrido en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos"

Si el error de hecho es deducido de un supuesto error de derecho que implica ignorancia de la Ley, no aparece de modo manifiesto.

Como en el fondo los cargos contenidos en los apartes II, II bis y IV de la demanda de Casación inciden en el mismo tema de los apartes I, III y V, es el caso de decir una vez más que la Jurisprudencia de la Corte en forma constante ha mantenido, por sobre todo, el principio de la autonomía del Juzgador de instancia en la tarea estimativa de la prueba como consecuencia obvia de no ser la casación un recurso contra los hechos sino contra el derecho aplicado en la sentencia, razón por la cual en casación no procede el examen de pruebas sino por excepción y ello cuando los errores en que se incurre en esa disciplina sean tan graves que se quebrante por ellos la ley sustantiva, con el consecuencial derrumbe de la decisión. (Ver Sentencia de Casación de 18 de julio de 1956, publicada en la GACETA JUDICIAL número 2.170).

En consideración a estas razones u apreciaciones se deshecha el cargo o cargos contenidos en los apartes II, II bis y V de la demanda de casación.

VI—Bajo este numeral el recurrente acusa la sentencia por violación de Ley sustantiva y al mismo tiempo error manifiesto de hecho que induce error de derecho en concepto del mismo y que conducen igualmente a la misma violación.

Después de observaciones de carácter filosófico crítico a los métodos del Tribunal y de la Corte que califica de "experiencia histórica superada desde el Renacimiento por Descartes" entra en materia en la siguiente forma:

"El Tribunal violó con esos considerandos (los que (sic) sobre la posesión de estado el Tribunal) los artículos 399 del Código Civil y ordinal 5. del artículo 4 de la Ley 45 de 1936 y artículo 6. de esta última (Ley 45).

"Llegó hasta el punto de que esa posesión notoria del estado de hijo natural "viene a constituir una posición o situación jurídica igual a aquella que hubiera producido el matrimonio entre el presunto padre natural y la madre de los reclamantes de la filiación natural".

Critica el recurrente la actitud de los Tribunales y de la Corte frente a la cuestión de la posesión notoria y cita autores de cuya opinión se vale para conceptuar que la posesión de estado de hijo legítimo tiene qe ser más rigurosa que la de hijo natural", lo que debe ser así, porque dicha posesión de estado del hijo natural en nada modifica su **status** jurídica, lo que es diferente con la filiación legítima".

Continúa el recurrente: "Como el recurrente en uno de sus considerandos premisas subrayó el cólon de la norma citada del Código Civil referente a la exigencia del establecimiento de modo irrefragable de la posesión notoria en caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, afirmó que el Tribunal incurrió en el error manifiesto de hecho consistente en haber prescindido del Certificado expedido por el cura párroco del Aguila respecto del incendio que consumió los libros de registro parroquial del estado civil.

"Violó el Tribunal los artículos 398 del Código Civil y 60 citado (sic), porque exige la prueba testimonial de que "ese tratamiento y la manutención, educación y establecimiento para la vida se extendieron, continúa, constante y regularmente por lo menos en diez años. El elemento de la constancia significa que la posesión notoria aparezca y se manifieste directamente, de suyo, de manera notoria, permanente incontestada. Por eso, el sólo hecho de que hubiera necesidad de establecer esos elementos testimoniales implicaría que la posesión de estado no es constante. La notoriedad es cuestión que deduce el Juez, lo mismo que la constancia, porque los testigos mal pueden deponer honestamente sobre sucesos constantes que acaecen sin intermitencia durante diez años.

"Incurrió el Tribunal en error de derecho en la apreciación de las pruebas testimoniales mencionadas en ese capítulo, con violación del artículo 697 del Código Judicial, del 6º de la Ley 45 de 1936, 398 y 399 del Código Civil, porque los testigos afirmaron que Giraldo y la señora Puerta vivían en la misma casa con sus hijos y allí trabajaban; la una en panadería y el otro en dentistería; y todo esto en una aldea, y dentro de ese ambiente suministraban a los hijos todo lo necesario. También estimó el Tribunal erróneamente que los testigos no producen evidencia de que Giraldo proveyó a la educación establecimiento de sus hijos naturales. En primer lugar sobre este punto nuestra jurisprudencia ha sido muy absoluta y extremista. El padre natural no es el único encargado de la educación, mantenimiento y sostenimiento del hijo; también lo es la madre. La primera hipótesis es excepcional. El empleo de esas palabras, mantenimiento, educación y sostenimiento, lleva también a nuestra jurisprudencia a una exigencia excesiva que se sale de la realidad. Y esto, salta a la vista, debe tratarse como una cuestión susceptible de medida; basta una vigilancia no inmediata, con tal de que sea habitual; es suficiente que los subsidios

se den indirectamente, con tal también de que sean habituales. El padre natural muy frecuentemente sostiene a la madre, no les dá a los hijos. La importancia que debe revestir el sostenimiento de los suyos y eso significa una participación en el mantenimiento de los hijos. Es manifiesta en la continuidad nó en la cantidad; puede la madre contribuir mucho más que el padre, como es frecuente. Ahora bien, todo esto acontecía en el caso de autos; la madre tenía panadería, el padre dentistería, ambas actividades dentro de la misma casa. ¿En qué proporción cada uno de ellos contribuía al sostenimiento de sus hijos? No hay para qué averiguarlo. Basta al Juzgador lo que dicen los testigos al respecto".

Pero ello —concluye el recurrente— culminó pues con la violación por el Tribunal del ordinal 5. del artículo 4º. de la Ley 45 de 1936.

Pero no termina allí el demandante en casación sino continúa: "Lo mismo mutatis mutandi, digo en relación con lo que erróneamente considera el Tribunal respecto de la fama y del tratatus por parte de Giraldo en relación con sus hijos".

"Por último el Tribunal incurrió en el error manifiesto de hecho que engendró el derecho en no haber tenido la cláusula testamentaria de Giraldo en que instituye legatarios suyos a Ofelia y a Gonzalo como un principio de prueba por escrito de la posesión notoria del estado civil con violación del artículo 630, 593, 596, 601 del Código Judicial, 93 de la Ley 153 de 1887, 6º de la Ley de 1936 culminando en la del 4º, numeral 5º. de la Ley 45 de 1936.

SE CONSIDERA:

Bajo el enunciado de "violación de ley sustantiva" y la enumeración de varias disposiciones que dice haber violado, el Tribunal como aparece de los extractos que se hacen en las páginas anteriores, en realidad el recurrente vuelve sobre la materia de los errores de hecho que sostiene fueron cometidos en la apreciación de determinadas pruebas o de las que se relacionan con un aspecto determinado del proceso de reconocimiento o investigación de paternidad, o de los errores de derecho que inducen errores de hecho con violación de la Ley.

Estos aspectos han sido ya dilucidados en los capítulos anteriores y sería redundancia volver sobre ellos con el mismo resultado, pero es el caso de considerar las acervas críticas que hace el recurrente a la jurisprudencia en lo que se relaciona con esta materia.

Critica principalmente a los Tribunales y a la Corte y por ende a los jueces, de falta de amplitud en la prueba de posesión de estado y en la relacionada con la presunción de paternidad (la Regla de Hipócrates), pero esas críticas no se justifican porque en realidad lo que ha pasado es todo lo contrario.

El artículo 70 de la Ley 153 de 1887 prohibía la investigación de la paternidad natural o Legítima, salvo para los efectos de pedir alimentos y la Ley 153 de 1887 estableció el procedimiento para esta investigación especial (artículo 73 ibídem), pero la Ley 45 de 1935 abrió el campo para la investigación de la paternidad y señaló normas para llevarla a cabo.

Después de la expedición de la Ley 45 de 1936, la jurisprudencia, como es obvio, siguió la misma dirección señalada en esa Ley y se hicieron reconocimientos judiciales de la paternidad, en las condiciones allí indicadas, pero sólo a base de que el padre no hubiera muerto y se apersonara en el juicio por cuanto el artículo 7º de dicha Ley mantuvo la vigencia y aplicación del artículo 403 del Código Judicial, que dice: "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre...." y la consecuencia natural indicada.

Sin embargo; y, a pesar de las apreciaciones en contrario, la Jurisprudencia evolucionó y mediante una interpretación benigna admite que puedan los parientes que tengan interés en la herencia ser legítimos contradictores en juicio de filiación natural y que los presuntos hijos naturales puedan pedir su reconocimiento de tales, frente a dichos parientes.

En cuanto al asunto del testamento de Giraldo que dice el recurrente que no fue apreciado y tomado en cuenta como principio de prueba por escrito del reconocimiento o confesión de paternidad en ese testamento al dejarle un legado a dos de los señores Puerta, está en un error, puesto que es una de las bases fundamentales del fallo por haber expresamente manifestado Giraldo en ese testamento no dejar hijos naturales.

Antes de correr este fallo, se considera oportuno hacer referencia a los esfuerzos del opositor ante la Corte para combatir los fundamentos de la demanda y obtener que se sostenga el fallo del Tribunal de Pereira, negando la Casación impetrada, y al mismo tiempo resumir las razones expuestas por la defensa en tal sentido.

La parte opositora, por medio de apoderado, presentó la memoria de oposición que está datada el 7 de marzo de 1957, pero además de esto constituyó vocero que habló en ella y presentó resumen de su alegación.

Dice el opositor: "El apoderado del recurrente

califica de reaccionarios a la Corte y a los Tribunales por la forma estrecha como aplican la ley sobre filiación natural y afirma que la jurisprudencia colombiana se resiente en esta materia de concepciones medioevales y la misma ley adolece del defecto de no dejar al Juez suficiente libertad de inquisición". Agrega que comparte el concepto de que debe dársele más amplitud al Juez, pero rechaza las tachas que hace a la jurisprudencia y a la ley nacionales en la materia de que se trata, agregando que "abrir la puerta a la investigación libre y arbitraria de la paternidad, es ciertamente ir contra uno de los fundamentos básicos de la organización social".

En relación con la crítica y acusación referente a la forma de apreciación de la prueba testimonial dice: "Abundan ciertamente las declaraciones traídas por ambas partes en litigio, pero los testimonios no se cuentan sino que se pesan, dentro de las normas reguladoras del valor probatorio y atendiendo a la sana crítica" y afirma que esta fue la conducta del Tribunal, y luégo de algunas indicaciones sobre la manera como debió producirse la prueba, dice: "El Tribunal analizó y desechó uno a uno los testimonios, en razón de que no eran suficientes para acreditar el fin propuesto; bien las relaciones sexuales, estables y notorias, o bien la posesión notoria del estado de hijo natural en todos o algunos de los demandantes. No encontró probada siquiera la fecha exacta, ni el lugar de nacimiento. Como tampoco reunidos los requisitos de nomen, tractus y fama que configura una posesión notoria de estado civil.

Con relación a la prueba que se trata de fundar en las declaraciones de Renta de Giraldo Restrepo, alega:

"Hace especial hincapié el recurrente en la prueba que pueda constituir la certificación sobre declaración de Renta de Juan Bautista Giraldo, en cuanto relaciona a algunos de los demandantes en el pliego de excenciones por personas a su cargo. Esta prueba es más efectista y aparente que real. Primero porque no se trata de un documento emanado del presunto padre, sino de la declaración de testigos —dos para cada declaración— que deponen sobre el hecho de que el contribuyente tuvo a su cargo en cada año gravable a determinadas personas. Este cuadro no hace parte de la declaración juramentada del contribuyente, sino que es un anexo escrito por dos personas que hacen las veces de testigos no juramentados. Pero no puede dársele el alcance de confesión inequívoca de paternidad. Así lo entiende el propio recurrente cuando dice en su demanda: "De tal manera que esos escritos no reunen la condición exigida por el ordinal 3º. del artículo 4º. de la Ley 45 de 1936, violado por el Tribunal".

Alega que aun admitiendo que tenga el carácter de principio de prueba por escrito ese o esos documentos, sólo podría ser valedero para Gonzalo Puerta de quien se dice en ese anexo que es "hijo natural de Giraldo Restrepo" y sólo en una sola de las declaraciones, la correspondiente a 1952, pues en las otras no se habla de esto y en relación con Ofelia y Gonzalo se les trata de hijos de crianza o de hijos adoptivos. Por otra parte, en la demanda ha debido indicarse este medio como prueba del reconocimiento, y no se hizo".

Finalmente el opositor manifiesta lo siguiente: en su alegación oral en la audiencia: "TECNICA DE CASACION. Es lástima que el recurrente no hubiera aprovechado esta audiencia para aclarar algunos aspectos fundamentales de su demanda. Con razón el doctor Naranjo Marín al contestar, le apunta las fallas que ofrece el escrito del recurrente. No sabemos cuantos cargos formula el actor en casación, ni se precisan las disposiciones violadas, ni se expresa el concepto de la violación, si directa o indirecta, o por errónea interpretación.

"No en uno sino en múltiples y reiterados fallos la H. Corte está recordando a los litigantes en casación, cómo este recurso extraordinario requiere para su formulación precisos lineamientos. De no ceñirse a tales prescripciones de forma y de fondo, el recurso no puede prosperar.

Finalmente, el opositor pide el mantenimiento de la sentencia.

En mérito de las consideraciones expuestas en el cuerpo de esta providencia por la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— NO CASA la sentencia de fecha 14 de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio sobre filiación natural promovido por Israel, Gonzalo y Ofelia Puerta, contra Isabel Márquez de Giraldo y otros y condena en costas al recurrente, lo que se resuelve administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCIONES DE NULIDAD, SIMULACION Y RESCISION POR LESION ENORME DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — APRECIACION DE LA PRUEBA PERICIAL Y EN LA DETERMINACION DEL VALOR COMERCIAL DE UN INMUEBLE

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio cuatro de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango)

El señor Manuel Muñoz P. vendió al señor Eliécer Hernández por escritura 2.150 de 20 de agosto de 1954, Notaría Primera de Bucaramanga, un lote de terreno cercado de tapias, ubicado en el barrio "El Centenario" de la misma ciudad y cuyos linderos se copian en los hechos de la demanda.

El precio de la venta fue de $ 50.000.00, de los cuales entregó el comprador al vendedor $ 30.000.00, quedando obligado a pagar los $ 20.000.00 restantes dentro de los 90 días, constituyendo para seguridad garantía hipoteca sobre el mismo inmueble en la citada escritura de venta

El comprador dice en el hecho tercero de la demanda que en la escritura mencionada se estableció un precio supuesto, ficticio, irreal, no verdadero de $ 50.000.00, suma esta de la cual manifiesta el vendedor haber recibido la cantidad de $ 30.000.00, no obstante el hecho cierto, real y verdadero de que el precio efectivamente fue el de $ 64.000.00, y de que el vendedor recibió en realidad $ 44.000.00, así: $ 20.000.00 en dinero, una camioneta Ford modelo 1945 con placas número 2106 y una letra de cambio en favor de Muñoz P. por $ 12.000.00 que el Banco de Colombia Sucursal de Bucaramanga descontó al citado Muñoz P.

Agrega el comprador —demandante—, que el valor catastral del inmueble es de $ 21.400.00 y su precio comercial y justo no es superior a $ 40.000.00. Además manifiesta dicho demandante que el consentimiento suyo se obtuvo mediante dolo y con da intervención maliciosa de otras personas que obraban en nombre del demandado o colaborando con él para producir en dicho demandante-comprador, el error que sirvió de causa al contrato de que se trata.

Con base en la anterior demanda Eliécer Hernández a Muñoz P. para que en juicio ordinario se declare:

"PRIMERO. Que el precio estipulado en la escritura 2.150 de 1954, de la Notaría Primera de Bucaramanga es simulado y que el verdadero y real precio del contrato de compra-venta contenido en la referida escritura es el de $ 64.000.00.

"SEGUNDO.— Que por exceder en más de la mitad del justo precio del lote de terreno determinado en esta demanda y en la escritura pública 2.150, antes citada, el precio real verdadero del contrato, de $ 64.000.00, implica para el comprador Eliécer Hernández A. lesión enorme.

"TERCERA.— Que el consentimiento del comprador demandante Eliécer Hernández A. fue obtenido por el vendedor Manuel Muñoz Pinto, mediante el dolo propio y el de otras personas.

"CUARTA.— Que se declare, en consecuencia, rescindido el contrato de compra-venta contenido en la escritura pública 2.150 de 1954 de la Notaría Primera de Bucaramanga.

"QUINTA.— Que se declare, en consecuencia, que la hipoteca establecida en la misma escritura 2.150 de que se viene hablando, sobre el lote de terreno que se determina en esta demanda, constituída por Eliécer Hernández A. a favor del demandado Muñoz P. debe cancelarse en el respectivo libro de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.

"SEXTA.— Que se declare, del mismo modo, que el contrato de cambio por cuya virtud el demandante Hernández A. giró en favor del demandado Muñoz Pinto, por la cantidad de $ 12.000.00 una letra que descontó el beneficiario Muñoz P. en el Banco de Colombia de esta ciudad, es nulo; y, en consecuencia, carece de valor la letra girada.

"SEPTIMA.— Que se declare que el demanda-

do Muñoz Pinto está obligado a restituir en favor del demandante Hernández A. las sumas de dinero y los demás bienes o valores recibidos como parte del precio del contrato contenido en la escritura pública número 2.150 de 1954 de la Notaría Primera de Bucaramanga, dentro del término que la sentencia señale, que representan un valor de $ 44.000.00 e intereses.

"OCTAVA.— Que se declare que el demandado es responsable de los daños sufridos por el demandante por razón del contrato que se rescinde y que está obligado a indemnizarlos pagándole dentro del término que señale la sentencia la suma que pericialmente se establezca.

"NOVENO. Que el demandado debe pagar las costas que el presente juicio ocasione".

Tramitado el juicio, el señor Juez dictó sentencia el 26 de mayo de 1956 cuya parte resolutiva dice:

"PRIMERO.—Declárase que el precio estipulado en la escritura pública número 2.150 de la Notaría Primera de Bucaramanga, de fecha 20 de agosto de 1954, es simulado, siendo el verdadero y real precio del contrato de compraventa contenido en dicha escritura el de $ 64.000, que acordaron las partes privadamente.

"SEGUNDO.— Declárase que Eliécer Hernández, como comprador sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa celebrado con Manuel Muñoz Pinto como vendedor, por medio de la escritura número 2.150 de 20 de agosto de 1954, de la Notaría Primera de esta ciudad.

"TERCERO.— En consecuencia, declárase la rescisión de este contrato y en tal virtud se condena a Manuel Muñoz P. a devolver a Eliécer Hernández el precio recibido, o sea la cantidad de $ 32.000.00, más los intereses legales de esta suma desde la fecha de la demanda, y la letra de cambio por $ 12.000.00 girada a cargo del demandante y aceptada por éste, que fue descontada por Muñoz, la cual entregará debidamente descargada o su valor. Dichas restituciones las hará el demandado dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"CUARTO. El demandado podrá consentir en la rescisión decretada o devolver, dentro del mismo plazo fijado en el punto anterior, el exceso recibido sobre el justo precio en una décima parte, que asciende á la cantidad de $ 43.881.68, más los intereses legales correspondientes a esta suma desde la fecha de la demanda.

"QUINTO.—Siempre que haya lugar a la rescisión del contrato, Eliécer Hernández estará obligado a restituir al demandado, también dentro del plazo fijado, el lote de terreno determinado en la escritura número 2.150 de la Notaría Primera de este Circuito, del 20 de agosto de 1954, además de los frutos producidos desde la fecha de la demanda. Como en la escritura citada y sobre el mismo inmueble el demandante Hernández estableció un crédito hipotecario en favor del vendedor demandado, para garantizar parte del precio, en caso de que dicho crédito se hubiera cedido a terceros, el demandado estará obligado á responder de él a los acreedores hipotecarios. Por el contrario, si el titular del crédito sigue siendo el demandado, se extinguirá la hipoteca por confusión.

"SEXTO.—Si el demandado Muñoz consintiere en la rescisión del contrato, o dejare transcurrir el término señalado sin hacer uso de la opción, se librará oficio con destino a la Notaría Primera y a la Oficina de Registro de este Circuito, para la cancelación de la escritura número 2.150 de 20 de agosto de 1954 ya citada, así como de su inscripción, una vez que se hayan hecho las restituciones ordenadas.

"SEPTIMO.— No se hacen las demás declaraciones de la demanda, absolviéndose respecto de ellas al demandado.

"OCTAVO.— Condénase en costas a la parte demandada".

El Tribunal Superior en sentencia que lleva fecha 6 de febrero de 1957 decidió:

"Se confirma la providencia apelada en los puntos primero, segundo, sexto, séptimo, y octavo de la parte resolutiva y sustituye los puntos tercero, cuarto y quinto de la misma parte resolutiva con esta declaración: Declárese en consecuencia la rescisión del contrato de compraventa celebrado entre Manuel Muñoz Pinto, como vendedor y Eliécer Hernández como comprador, por medio de la escritura 2.150 del 20 de agosto de 1954 de la Notaría Primera del Circuito de Bucaramanga, quedando Muñoz Pinto obligado a devolver a Eliécer Hernández dentro del plazo de seis días, la suma de cincuenta y ocho mil pesos que recibió efectivamente en calidad de precio, con sus intereses legales desde la fecha de la demanda; y obligado Eliécer Hernández a

restituir a Muñoz Pinto, dentro del mismo plazo, el inmueble objeto de la compraventa, cuya descripción y linderos aparecen en la escritura pública antes mencionada, junto con el valor de los frutos naturales y civiles producidos desde la misma fecha de la demanda.

"El demandado Manuel Muñoz Pinto podrá consentir en la rescisión decretada o devolver, dentro del mismo plazo fijado en el punto anterior, la cantidad de treinta y siete mil novecientos ochenta y ocho pesos, con setenta y dos centavos $ 37.988.72 al comprador Eliécer Hernández, equivalente al exceso del precio recibido aumentado en una décima parte, más los intereses legales correspondientes a esta suma desde la fecha de la demanda.

"Las costas de la presente instancia las pagará el demandado.

El apoderado del demandante solicitó aclaración del fallo en lo relativo al punto sexto de la sentencia de primera instancia confirmado por el Tribunal y que por lo tanto forma parte del fallo de éste.

El memorial de aclaración está fechado el 9 de febrero de 1957, fecha que tiene también la nota de presentación. El 2 de marzo siguiente el Tribunal proveyó en el sentido de que no hay lugar de hacer la aclaración pedida.

Este auto fue notificado por estado de fecha 6 de los mismos; con la misma fecha 2 de marzo aparece en el cuaderno respectivo del expediente un auto firmado por el Magistrado sustanciador doctor Hanker Puyana en que ordena dos cosas a saber: 1. La devolución de la suma depositada como caución para obtener la inscripción de la demanda y se ordena al Registrador la cancelación de la misma; y 2. Se dispone que el demandado Muñoz Pinto reembolse a la contraparte la suma de $ 90.00, que corresponde a la mitad de los honorarios de los peritos que avaluaron el inmueble, pago que fuesha por igual a las partes y que satisfizo el señor Hernández en lo que correspondía a su contendor, suma ésta que fue reembolsada el 8 de marzo de 1957.

En la misma fecha presentó el apoderado de Muñoz Pinto un memorial en que acompaña el recibo correspondiente y ruega "al señor Magistrado atender mi petición formulada con fecha 22 de febrero del presente año (1957) por medio de la cual manifiesto a usted que no encontrándome conforme con la sentencia de segunda instancia proferida en este juicio interpongo contra ella dentro del término legal el recurso de Casación para ante la H. Corte Suprema de Justicia".

En auto de fecha 26 de marzo otorgó el Tribunal el recurso mencionado.

Según el cómputo de los días, el 8 de marzo era todavía tiempo hábil para interponer el recurso conforme al artículo 521 del Código Judicial pues el edicto notificatorio de la sentencia fue desfijado el 25 de febrero de 1957.

La Corte admitió el recurso y le dió la tramitación correspondiente hasta llegar al estado de fallo, a lo cual se procede.

CAUSAL ALEGADA:

El recurrente dice lo siguiente en su demanda de Casación:

"La causal que se aduce para pedir la afirmación (sic) del fallo proferido por el Tribunal de Bucaramanga, es la establecida en el numeral 1, del artículo 520 del Código Judicial, ya que se incurrió en error de derecho al no apreciar debidamente las pruebas aducidas por la parte demandada.

Fundamenta la causal que se aduce para pedir la infirmación del fallo y cita los textos legales que se estiman infringidos.

"Toda decisión judicial, dice el recurrente en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el título XVII del Libro 2, del Código Judicial y conocidos universalmente con el nombre de pruebas.

"Una prueba calificada de incompleta no establece por sí sola la verdad del hecho, pero dos o más constituyen plena prueba, si cada una está debidamente establecida y si son diversas, precisas y en entera conexión con el hecho averiguado.

"Las pruebas pedidas en tiempo, practicadas o agregadas inoportunamente, sirven para ser consideradas por el superior cuando los autos llegan a su estudio por apelación o consulta.

"Las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, y, a falta de ésta, en consonancia con los principios generales de equidad, conforme a los cuales **cualquier duda en esta materia se resuelve en favor del demandado.**

"Hace también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos, los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones.

"Las presunciones fundadas en pruebas in-

completas o indicios tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la relación o conexión entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar.

"Por regla general, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido.

"La fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, se aprecia por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad conque desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

"Esta es la sustancia normativa de los preceptos legales que se consideran infringidos en la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior. Son ellos los artículos 593, 594, 598, 601, 632, 662, 665 y 723 del Código Judicial. Y, como consecuencia de ello, a la falta de apreciación de determinadas pruebas aducidas oportunamente para demostrar el justo precio del inmueble vendido, siguió la violación de los preceptos legales sustantivos correspondientes a los artículos 1.946 y siguientes del Código Civil".

A continuación el recurrente manifiesta que el error de que acusa la sentencia del Tribunal consiste en haber apreciado solamente como prueba para determinar el justo precio de la cosa vendida el dictamen de los peritos señores José Herbeych y Esteban Ríos Salazar, peritos principal y tercero, nombrado éste por los principales, y en desacuerdo con el dictamen del señor Próspero Chinchilla perito principal nombrado por la parte demandada, —recurrente en casación—, cuando ha debido tener en cuenta otros factores como el avalúo catastral, el concepto de otras personas entendidas en asuntos de propiedad etc.

El señor Chinchilla avaluó el lote en $ 67.787.20, cifra que no autorizaría la rescisión por lesión enorme. Los señores Habeych y Silva Salazar estuvieron de acuerdo en que el justo precio es el de $ 23.564.80. Aquél le señaló al terreno un precio unitario por varas de $ 130.00; los otros el de $ 45.00.

Este último dictamen fue objetado, pero no prosperaron las objeciones ni en primera ni en segunda instancia.

SE CONSIDERA:

Dice el artículo 721 del Código Judicial: "Cuando se trata de avalúos o de cualquiera regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos hace plena prueba....."

En el caso sub judice, hay un dictamen uniforme de dos peritos señores Habeych y Silva Salazar y el dictamen unitario del señor Chinchilla en desacuerdo con aquél.

El concepto del señor Chinchilla es breve y sólo da como base de él "el avalúo que en días pasados hiciéramos con algunos otros miembros de la Sociedad Santandereana de Ingenieros para el terreno que en la actualidad ocupa el Colegio Santandereano, situado frente al lote de que nos ocupamos". En otros términos, lo funda en su propia autoridad y en una actuación suya anterior.

El dictamen del señor Habeych es extenso, explicado y documentado, con la relación de algunas transacciones hechas en el lugar y con otras circunstancias. El del avaluador Silva Salazar es también explicado y anota como fundamentos circunstancias que operan en estos asuntos como el de no tratarse de un sector comercial, industrial o residencial y estar rodeado de construcciones que lejos de avalorarlo le quitan valor o por lo menos no favorecen su aumento. Además, este perito se asesoró de personas que no solamente conocen en el asunto por ser hombres de negocios, especialmente relacionados con propiedad raíz, sino que son de gran responsabilidad moral y social.

De otra parte, dadas las costumbres introducidas en nuestro medio en materia de la posición de los avaluadores frente a las partes que los nombran, el dictamen del señor Silva ofrece garantías de imparcialidad y respetabilidad excepcionales.

Además, el rechazo de las objeciones formuladas por el demandado, tanto en el Juzgado de instancia como en el Tribunal, tiene un valor también excepcional en la apreciación de la prueba que por otra parte es un atributo del juzgador que no puede ser vulnerado ni disminuído en la casación.

La ley ha establecido que la prueba adecuada en asuntos de esta naturaleza es la pericial (artículo 705 del Código Judicial) y el Tribunal no violó la ley sino que se atemperó a ella, al darle el valor que le dió en el fallo recurrido al dic-

tomen de que se ha hecho mérito y en la forma en que fue estructurado.

Por tanto se rechaza la única acusación formulada a la sentencia recurrida.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA, la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 6 de febrero de 1957 en el juicio sobre rescisión por lesión enorme promovido por Eliécer Hernández A. contra Manuel Muñoz Pinto.

Se condena en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvese el expediente a la oficina de origen.

Alfredo Cock Arango—**Ignacio Escallón**— **José Hernández Arbeláez**— **Armando Latorre Rizo** — **Arturo C. Posada**—**Arturo Valencia Zea**— **Jorge Soto Soto**, Secretario.

APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL PARA ACREDITAR LAS RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS. — TESTIMONIO DE OIDAS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil— Bogotá, junio cuatro de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango)

Edilsa Casas Llanos y Juan Sarabia H. vivieron juntos como marido y mujer a partir del mes de noviembre de 1952, en la casa habitada por Nicolás Camargo, situada en la carrera 28 de la ciudad de Barranquilla entre las calles 70 y 71.

Estas relaciones, según afirma la parte demandante, eran notorias y estables y continuaron en la misma forma cuando los concubinos se trasladaron a otra residencia situada en la carrera 31 con calle 68 de la misma ciudad, lo que ocurrió en el mes de abril de 1953.

El 2 de diciembre de ese mismo año nació un niño de la señora Edilsa, o sea mes y medio después más o menos de haber desocupado la casa de la carrera 31, hecho que se verificó el 21 de octubre de 1953.

Dice el demandante que la concepción de este vástago tuvo que efectuarse necesariamente dentro de la época de las relaciones sexuales de Sarabia H. y Edilsa conforme a las fechas anotadas antes.

La señora Edilsa Casas promovió ante el Juez de Menores de Barranquilla juicio para investigar la paternidad del niño, con resultado adverso.

Ahora adelanta el presente juicio ordinario de filiación natural la mencionada Casas como representante de su hijo menor JUAN, para que se declare que Juan Sarabia H. es el padre natural de aquél. Dice la demandante que también tiene dicho juicio por objeto que se revise el juicio especial de filiación natural del menor adelantado ante el Juez de Menores en el cual se dictó sentencia adversa el 12 de diciembre de 1953.

El demandado señor Juan Sarabia H. se opuso a las declaratorias solicitadas negando los hechos de base.

El Juez del conocimiento —Segundo del Circuito en lo Civil de Barranquilla— falló el 7 de noviembre de 1955 declarando a Juan Sarabia Casas hijo natural de Juan Sarabia H.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla revocó en forma absoluta la sentencia del Juez de instancia y en consecuencia decidió que "no es el caso de hacer las declaraciones de la demanda".

Recurrió Edilsa Casas en Casación y cumplidos los trámites de rigor es la oportunidad de dictar el fallo correspondiente.

DEMANDA DE CASACION

La demanda fue presentada el 22 de junio de 1957 dentro del término legal y su autor divide en tres Apartes o Capítulos los cargos.

PRIMERO.—Dice el recurrente: "Invocando el artículo 520 del Código Judicial acuso la sentencia por violación de la ley sustantiva, por infracción directa e indirecta, aplicación indebida e interpretación errónea de las pruebas-Causal Primera del referido artículo".

Argumenta el recurrente de la manera siguiente:

"Incurrió el Tribunal en manifiesto error de hecho al omitir, como lo hizo, la apreciación del testimonio de Antonio Gómez Ruiz. Este testigo depone en el sentido de su conocimiento personal y directo de los concubinos, por la circunstancia de haber hecho como carpintero que es y por encargo del demandado, el mobiliario (que el testigo denomina casa) para refugio amoroso (sic) formado por los concubinos. Gómez Ruiz, señala que la pareja vivía en una pieza de la casa de su amigo Nicolás Camargo, quien lo relacionó con el demandado Sarabia. El testigo además expone que era amigo de la concubina Edilsa Casas y vecino de la casa donde vivían. Los muebles los fabricó por cuenta de Sarabia para regalárselos a Edilsa y su precio le fue cubierto por aquél.

"El testigo dice que como ocho meses después (hay que entender después de la fabricación de los muebles) Sarabia le dijo "que necesitaba una cuna para el niño que iba a nacer".

Al testigo le consta personalmente que los con-

cubinos se mudaron de la casa de Camargo a otra y que en el momento del trasteo estuvo presente el demandado Sarabia, que esto fue también presenciado por todo el vecindario: "En la nueva habitación los concubinos (sic), el testigo los vió cohabitar con el carácter de tales, porque al lado de ellos vivía la enfermera que diariamente inyectaba a los hijos del declarante".

"Como consecuencia del error manifiesto de hecho, consistente en la omisión dicha, el Tribunal incurrió en el error de derecho de no haberle dado a este testimonio el mérito legal que le corresponde, con violación de los artículos 696 y 697 y del C. Judicial, lo cual culminó con el quebrantamiento del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 por haberlos aplicado al caso del pleito. Por esta infracción directa acuso el fallo".

SE CONSIDERA:

La prueba testimonial presentada por la parte actora hay que dividirla, o para mejor decir hacer en ella una separación que corresponde a dos situaciones distintas:

La primera situación es la relacionada con la época de la concepción en conexión con relaciones carnales estables y notorias entre el hombre y la mujer.

La segunda se refiere a esas mismas relaciones notorias y estables con posterioridad a la época en que se presume la concepción conforme al artículo 92 del Código Civil que consagra la regla de Hipócrates reproducida por la Ley Romana (Digesto de Justiniano, Libro XXXVIII, Título XVI, Ley 3, parágrafos 11 y 12).

Según las constancias del proceso (acta de nacimiento), el niño Juan Sarabia o Casas nació el 21 de octubre de 1953, luego la concepción debió verificarse para ser viable el nacido después del 17 de abril de ese mismo año, pero naturalmente para tener las condiciones de vitalidad que supone un nacimiento en tiempo dicha concepción tuvo lugar o debió tener lugar mucho antes del mes de abril citado, vale decir en diciembre o en enero, pero ocurre que acerca de relaciones sexuales entre Sarabia y la señorita Casas antes del mes de abril solamente declaran por constancia personal dos testigos: Camilo Rojas Tinoco y Angel María de la Hoz, que se refieren a relaciones entre Sarabia y Edilsa consistentes en que aquél llegaba en su automóvil a la puerta de la casa de la carrera 28 entre calles 70 C. y 71 donde vivía la señorita Casas con su madre. Agrega Rojas Tinoco que era notorio el concubinato entre aquél y ésta y que una vez le hizo un trabajo de dentistería que canceló Edilsa con dinero suministrado por Sarabia. Igualmente agrega que presenció todo el público que Sarabia y la Casas se fueron a vivir a una casa de la carrera 29 con calle 72. Por su parte, de La Hoz afirma que Edilsa le manifestó "que ella se había salido con Juan Sarabia H." cuando vivía en la carrera 28 con calles 70 y 71, pero que no le dijera a su familia, a cuya casa iba Sarabia con frecuencia situando su automóvil en la puerta. Agrega que presenció el hecho en alguna ocasión de que Sarabia y Edilsa compartieron el lecho en la citada casa.

La declaración de Antonio Gómez Ruiz que sirve de base a la acusación que se estudia se refiere también al período citado, es decir, cuando Edilsa vivía en la carrera 28 x 70 C. y 71 y trata del encargo que le hizo Sarabia de que le hiciera una cama para regalársela a Edilsa (lo de la cama parece que sea error y que se trata de un mobiliario, pues Gómez Ruiz es carpintero). Agrega este testigo que Sarabia vivía bajo un mismo techo con la señorita Casas haciendo vida marital y manifestando relaciones sexuales estables de manera pública y notoria. También dice el testigo que ocho meses más tarde le encargó Sarabia que hiciera una cuna para el niño que iba a nacer, lo que ocurrió cuando ya vivía en la casa de la carrera 29 con calle 72.

Realmente el Tribunal no comentó esta declaración pero esta circunstancia no dá base para sustentar el cargo y menos para aceptarlo:

Primero, porque desechada por el Tribunal la prueba consistente en las declaraciones de De la Hoz y Rojas Tinoco, Gómez Ruiz quedaría como testigo único en lo tocante a las relaciones con anterioridad al mes de abril de 1953 lo que suministraría solamente un indicio, conforme al artículo 696 del Código Judicial.

Segundo, porque en sí misma esta deposición no tiene valor ninguno para acreditar las relaciones sexuales notorias y estables, pues claramente se advierte en el deponente que se limitó a contestar la pregunta que le hicieron con las mismas palabras y sin dar razón de su dicho; y,

Tercero, porque tal manifestación en conexión con la que hace el mismo testigo en esa declaración, de que Sarabia vivía en la casa del señor Camargo con Edilsa Casas, está en contradicción con las de Don La Hoz y Tinoco que se refieren a que el citado Sarabia llegaba en su automóvil a la mencionada casa de la carrera 28 x 70 y 71

entraba a ella y hasta a veces se quedaba a pernoctar allí.

Por tanto se rechaza el cargo.

SEGUNDO CARGO:

"El Tribunal incurrió asimismo en error de derecho por haberle negado a las circunstancias de modo, tiempo y lugar expuestas por el testigo Camilo Rojas Tinoco el mérito de plena prueba que asigna la ley, con violación del artículo 697 del Código Judicial".

Ya se analizó el valor de la declaración de Rojas Tinoco y se valoró su mérito. La circunstancia de que él diga que Edilsa le pagó con dinero de Sarabia nada prueba, no solamente por el principio de **testis unus testis nullus**, sino porque en sí no es indicio necesario de que Sarabia sea el padre del niño Juan y ni siquiera tiene valor de indicio. Rojas Tinoco olvidó decir cómo supo que el dinero que sirvió para pagarle el trabajo hecho en la dentadura a Edilsa salió del bolsillo de Sarabia.

Además, las informaciones que haya recibido de ésta sobre ese y otros puntos que relaciona el recurrente, carecen de mérito como prueba, tanto por proceder de parte interesada, como porque la Ley niega dicho mérito probatorio a lo que se afirma por haberlo oído de otras personas.

TERCER CARGO:

Dice el recurrente: "En la crítica del testimonio de Sándrich el Tribunal tiene un lapsus consistente en que equivocadamente escribió 1952 en vez de 1953. El sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de este testimonio, con violación del artículo 697 del Código Judicial, porque él está de acuerdo con el de Susana Valera en las circunstancias de modo tiempo y lugar y hacen plena prueba del concubinato en los meses de abril, mayo, junio y julio de 1953.

SE CONSIDERA:

La casa de la calle 29 x 71 a donde se instalaron en el mes de abril de 1953 Sarabia y la señorita Casas, pertenecía o pertenece a los testigos Sandrich y señora Varela, de modo que éstos pudieron muy bien estar al corriente de la vida que hacían aquéllos. El primero de dichos testigos habla de principios de abril, sin expresar la fecha y la Varela afirma que hicieron vida marital en la pieza que les arrendó en su casa durante los meses de abril y mayo, junio y julio de 1953, pero estos testimonios no los consideró el Tribunal suficientes para establecer el momento probable de la concepción en lo cual el Tribunal tiene amplio poder de apreciación.

El lapsus sobre el año en nada modifica esta situación y antes por el contrario sería un elemento más favorable a la tesis del Tribunal si no se tratara de una equivocación de máquina.

No existe, por lo tanto, el error de derecho que se alega y en consecuencia se rechaza el cargo.

No está por demás repetir una vez más en la apreciación de la prueba el fallador es autónomo y que no caben acusaciones de error de hecho o de derecho con violación de la Ley por dicha apreciación salvo en los casos de error evidente de hecho o de error de derecho, ambos debidamente demostrados.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso y condena en costas al recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada.—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

FILIACION NATURAL. — SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS MIENTRAS NO SEAN CONTRARIAS A LA EVIDENCIA. — RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS

Abundante y uniforme jurisprudencia tiene sentada la Corte respecto a que el recurso extraordinario de casación no es, ni puede ser una tercera instancia, en la que se reviva el debate probatorio; que en tratándose de acusaciones derivadas de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, dichos errores deben resaltar de tal modo en la sentencia atacada que no quede el menor margen de duda de que el Tribunal incurrió en ellos; que, por otra parte, el fallador de instancia es autónomo en la apreciación de las pruebas y que en casación sólo es pertinente la infirmación del fallo cuando se acredita en la demanda correspondiente al recurso extraordinario, en forma irrefragable, los errores manifiestos de hecho en que incurrió el Tribunal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

La señora Susana Orozco Casallas, en su condición de madre natural de sus menores hijos Francisco de Paula, Gloria, Nubia María y Rafael Vela Orozco, u Orozco, demandó por los trámites de la vía ordinaria a las señoras Rosa Elena Aldana viuda de Vela y María de Jesús Vela Rico, en su condición de herederas reconocidas del señor Rafael Vela Rico, cuya mortuoria se adelanta en el Juzgado Sexto Civil de este Circuito, para que con su citación y audiencia se declarase que los nombrados menores tienen la calidad de hijos naturales del causante, señor Vela Rico, y como consecuencia derecho a heredarlo.

Se adujeron en el libelo como causales para declarar judicialmente la paternidad natural, relaciones sexuales notorias y estables entre la madre de los demandantes y el presunto padre, y la posesión notoria del estado de hijos naturales de los menores respecto al señor Rafael Vela Rico.

El pleito se falló en primera instancia por sentencia de 21 de abril de 1955, en la cual se hicieron las declaraciones y condenaciones solicitadas en la demanda. Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de 23 de marzo de 1956. Contra esta última los demandados interpusieron recurso de casación, que se resuelve en la presente oportunidad.

II—LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El fallador de segunda instancia parte del hecho de que una de las demandadas, al descorrer el traslado, aceptó que entre la madre de las menores demandantes y el presunto padre existieron relaciones sexuales durante catorce años. La contestación de la demanda, en la parte pertinente, dice así:

"Es cierto lo de las relaciones sexuales durante esos catorce años, pero en cuanto a la notoriedad y publicidad me atengo a la prueba". Tomando como punto de partida ese hecho, el Tribunal manifiesta que las ocho declaraciones aportadas a los autos no hacen sino corroborar la existencia de esas relaciones sexuales, y concluye: "En cuanto a la notoriedad de dichas relaciones también aparece establecida con las mismas declaraciones que se vienen citando puesto que todos los testigos afirman que tenían relaciones de amistad con los concubinos y que el presunto padre no ocultaba en lo más mínimo la existencia de las mismas, hasta el punto de que varios declarantes, como Beatriz Patiño, Alfonso Rojas, Elvia María Bueno de Cuestas y Vicente Palacios, dicen que era tan notoria la comunidad de vida entre dichas personas que siempre los tuvieron como cónyuge hasta la muerte de Vela Rico". Con base en los anteriores razonamientos, y teniendo en cuenta las fechas de nacimiento de los menores demandantes, concluye que está probada plenamente la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

III—LA DEMANDA DE CASACION

Se acusa la sentencia por haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, como consecuencia de las cuales el Tribunal violó, por aplicación indebida, los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y los artículos 6º, 18 y 19 de la misma.

El error de derecho en la apreciación de las pruebas se hace consistir en lo siguiente:

"El artículo 688 del Código Judicial dice que el testigo debe ser responsivo, exacto y completo y que debe expresar la manera precisa como ha sabido los hechos que afirma o de que tiene noticia.

"El artículo 697 del Código Judicial dice que los testigos, en número mínimo de dos, deben concordar en el hecho y sus circunstancias de tiempo modo y lugar.

"Quieren decir estos artículos que si las declaraciones no contienen la exacta y responsiva razón del dicho, o lo que es lo mismo, que si el testigo no expone en forma convincente las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ningún valor puede tener su declaración. Y no debe existir contradicción en sus respuestas (artículo 701 del Código Judicial). El Tribunal violó por falta de aplicación, estos artículos, pues le dió valor a declaraciones que no reúnen esos requisitos fundamentales, y que son contradictorias".

El error de hecho se hace consistir en lo siguiente:

"En la contestación de la demanda se aceptó que hubo relaciones sexuales, pero no lo de su notoriedad y publicidad. Y eso sólo por una de las demandadas. Y al final se dijo que como los demandados no pueden reconocer hijos naturales..... deben atenerse a la prueba. Con lo que quedó aclarado que nada se reconocia independientemente de la prueba que se adujera.

"El Tribunal no analizó ese punto; se limitó a mencionarlo. No dijo que por sí sólo fuera prueba bastante; si no principalmente se fundamentó en la prueba testimonial. De modo que si hubo error manifiesto en la apreciación de ésta, el fallo queda desprovisto de base".

IV—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Abundante y uniforme jurisprudencia tiene sentada la Corte respecto a que el recurso extraordinario de casación no es, ni puede ser una tercera instancia, en la que se reviva el debate probatorio; que en tratándose de acusaciones derivadas de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, dichos errores deben resaltar de tal modo en la sentencia acusada que no quede el menor margen de duda de que el Tribunal incurrió en ellos; que, por otra parte, el fallador de instancia es autónomo en la apreciación de las pruebas y que en casación sólo es pertinente la infirmación del fallo cuando se acredita en la demanda correspondiente al recurso extraordinario, en forma irrefragable, los errores manifiestos de hecho en que incurrió el Tribunal.

Pues bien: la Sala no encuentra que el Tribunal haya errado en forma manifiesta y ostensible en la apreciación y valoración de las pruebas aportadas para acreditar las relaciones sexuales notorias y estables, entre la madre de los demandantes y el presunto padre. En efecto, es un hecho cierto e incontrovertible que una de las demandadas aceptó la existencia de dichas relaciones por un lapso de catorce años, y que los diversos declarantes manifestaron, cada uno de ellos por razones diferentes, que les constaba cómo Susana Orozco y Rafael Vela habían vivido, a partir de 1940, como si fueran marido y mujer, hasta el punto de que muchos de ellos se enteraron del concubinato que entre ellos existía solamente después de muerto el concubinario, señor Vela. Y dan la razón por la cual conocieron ese estado de cosas; así, por ejemplo, Beatriz Patiño (cuaderno número 2, folio 8 vuelto), afirma que conoció esas relaciones sexuales estables y notorias porque fué madrina de bautismo de uno de los hijos de los nombrados concubinos, lo que necesariamente hace pensar en que existió entre la testigo y aquellos alguna relación de amistad, que le permitió enterarse de esas relaciones; Alfonso Rojas (cuaderno número 2, folio 9 vuelto), manifiesta que vivió en casa de Susana Orozco de Vela (dice el testigo que así se firmaba dicha señora), en la calle 12 con carrera 21, por espacio de ocho meses, y por tal razón pudo darse cuenta que Susana Orozco y Rafael Vela "vivían bajo un mismo techo y se trataban como si fueran casados"; Luis Pulido (cuaderno número 2, folio 10 vuelto) expone que se enteró de las relaciones sexuales porque iba con frecuencia a la casa en donde Rafael Vela vivía con Susana Casallas; Elvia María Bueno de Cuesta (cuaderno 2, folio 11 vuelto), quien afirma que conoció desde hace muchos años a Susana Casallas y a Rafael Vela durante más de diez, da como razón para constarle las relaciones notorias y sexuales haber sido inquilina de los concubinos; Víctor Castaño (cuaderno número 2, folio 12 vuelto), por la amistad que tuvo con Rafael Vela; Vicente Palacios (cuaderno número

2, folio 13), por haber sido padrino de bautismo de uno de los hijos de los concubinos, ocasión en que según expone se dió una fiesta, a la que asistió: Inés M. de Rojas (cuaderno número 2, folio 14), por ser madrina de uno de los hijos; finalmente, Oliva Moreno de Palacios, por haber sido igualmente madrina de uno de los menores. De lo expuesto se deduce que los testimonios sí son responsivos, exactos y completos, y dan la razón por la cual les consta ser cierto sobre lo que declararon.

De otra parte, aunque es cierto que cada uno de los declarantes da motivos diferentes para explicar la causa por la cual conocieron las relaciones sexuales habidas entre Susana Orozco y Rafael Vela, no puede de allí deducirse que dichas declaraciones son contradictorias o incompletas, desde luego que en el punto fundamental que era materia de la prueba, la existencia de las relaciones con carácter de notoriedad y estabilidad, todos estuvieron acordes y fueron lo suficientemente explícitos y claros. No es, pues, indispensable que los diferentes testigos citados coincidan en la razón por la cual conocieron las relaciones sexuales; por el contrario, las diferentes razones que cada uno de ellos invoca, habla muy claro sobre la sinceridad y veracidad de los testimonios.

Ciertamente el Tribunal, al tenor de lo expuesto, no sólo no incurrió en error protuberante de hecho, ni en el error de derecho que le imputa el recurrente, si no que, por el contrario, dió a la prueba testimonial el valor probatorio que ella merecía, y en consecuencia, estando demostrada en virtud de la prueba antedicha una de las causales que para declarar judicialmente la paternidad natural consagra el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, el fallo es jurídico y se impone la necesidad de sostenerlo.

V—FALLO

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintitrés de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, dictada en el juicio ordinario de Susana Orozco Casallas en representación de sus hijos menores Francisco de Paula, Gloria, Nubia María y Rafael Vela Orozco u Orozco, contra la sucesión de Rafael Vela Rico, representada por Rosa Elena Aldana viuda de Vela y María de Jesús Vela Rico.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Alfredo Cock Arango —Alejandro Bernate, Conjuez.—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

CONSONANCIA ENTRE LA DEMANDA Y LA SENTENCIA ABSOLUTORIA DICTADA EN JUICIO PARA QUE SE DECLARE LA SIMULACION DE UN CONTRATO. — CASACION POR ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA

1.—El plano de confianza y firmeza que sustenta el desarrollo normal de la contratación, exige que la voluntad declarada tenga eficacia plena para regir el contenido y efectos del negocio jurídico, mientras no se demuestre plenamente que la voluntad real de las partes fue otra.

Sobre esa plenitud de comprobación versa el proceso tendiente a obtener que por la justicia se declare que determinado negocio es aparente apenas, o porque las partes no quisieron celebrar ningún género de contrato (SIMULACION ABSOLUTA), o porque el acto ostensible fue querido nada más que para servir de medio que ocultara el verdadero propósito de efectuar un negocio diferente (SIMULACION RELATIVA).

Está en la naturaleza de la simulación, en ambas hipótesis, que la voluntad real de las partes se encuentre desprovista de efectos contra terceros, quienes pueden abrigar su interés al amparo de la voluntad declarada, a menos que prefieran el ejercicio de la acción conducente a permitirles destruir, por todos los medios probatorios de la tarifa, el negocio aparente, para que rija, si es valedera en derecho, la voluntad real de las partes, o para que no produzca efecto alguna, si fuere el caso.

Pero desde luego que en los juicios de simulación ha de partirse del supuesto general de que la voluntad declarada expresa el verdadero consentimiento de los contratantes, la cuestión primera y principal consiste en descubrir si efectivamente se presenta el caso de excepción en que el consentimiento real de los contratantes es diverso del que hicieron ostensible.

Y si en concreto se alega simulación relativa de renta vitalicia para encubrir liberalidad, el sentenciador no se encuentra llamado a cosa distinta que a confirmar el supuesto básico de coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada, si el demandante no logra probar, por los medios admisibles, que el consentimiento fue simulado. Prevalece la declaración de voluntad. Y si a través de la controversia el negocio ostensible se mantiene incólume, quedan por fuera del cleneo todas las súplicas referentes al pretendido acto oculto, por lo que el fallo plenamente absolutorio se predica, y cubre todos los extremos contemplados en el litigio, sin asidero posible para la segunda causal de casación.

2.—Los indicios, aunque puedan llegar a ser plena prueba y conducir a la convicción judicial, no son de carácter absoluto, por su naturaleza apenas probable, y su mérito se mide subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, a menos que, por excepción, el indicio obedezca a causalidad necesaria, por ser tal la correspondencia con el hecho que se averigua, que, si el uno existe, no puede menos que existir o haber existido el otro (663 C. J.).

La correspondencia necesaria entre el hecho indicativo y el que se ventila en el juicio, no difiere de la inferencia cierta que se desprende del cumplimiento invariable de las leyes manifiestas de la naturaleza. Por eso, en todos los casos el indicio necesario prueba con plenitud. Habrá también hechos que, sin fundar relación necesaria de causa a efecto, son sin embargo de tal gravedad y precisión que un solo indicio sirve al juez para disipar la duda e inclinar su ánimo de acuerdo con su propio convencimiento para proveer la declaración jurisdiccional (664).

Pero ello no es lo que comúnmente acontece, sino que la plenitud probatoria no llega a producirse a través de hechos indicativos si no son en número plural, graves, precisos, conexos entre sí, y concurrentes a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. El hecho índice no puede ser establecido por inferencias, porque entonces la serie de conjeturas solo alcanzaría a formar un simple indicio (665, 666, 667).

Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho

que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza.

Corte Suprema de Justicia. -- Sala de Casación Civil. Bogotá, junio doce (12) de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Del matrimonio de Fernando Méndez y Obdulia Méndez, celebrado el 6 de febrero de 1895, nacieron Aristides, Alcides, Agustín, Miguel, Fernando, María del Carmen, Timoleón, Constantino y Waldina.

Esta última, Waldina, casó con Tarquino Losada el 19 de noviembre de 1921, y al morir en 11 de agosto de 1928 dejó cinco hijos: Graciela, Fortunato, José Antonio, Tomás y Stella o María Aristelia Losada Méndez.

Los abuelos, Fernando y Obdulia, por escritura pública 75 otorgada en la Notaría del Agrado el 14 de mayo de 1949, cedieron en propiedad a sus hijos Aristides, Alcides, Agustín, Fernando, Miguel, Timoleón, María del Carmen y Constantino Méndez Méndez, varios inmuebles ubicados en los Municipios del Agrado y Pital, además de 294 cabezas de ganado vacuno y algunos otros semovientes, como precio de renta vitalicia por mesadas de $ 800 y con derecho de acrecer para el beneficiario sobreviviente.

El 4 de junio de 1951 murió Fernando Méndez. Y como quiera que Graciela Losada de Valderrama, José Antonio, Fortunato y Tomás Losada Méndez, hijos de Waldina, entendieran que el contrato de renta vitalicia les perjudicara su legítima, por derecho de representación, iniciaron el presente proceso contra Aristides, Alcides, Agustín, Timoleón, María del Carmen, Constantino y Fernando Méndez Méndez, así como también contra la viuda Obdulia Méndez de Méndez.

La intención de la demanda está referida en lo esencial a que se declarara relativamente simulado el contrato de renta vitalicia, por ocultar donación de los padres a favor de los hijos contratantes, en menoscabo de la legítima de los nietos, representantes de Waldina de Losada, la hija premuerta.

En fallo de 23 de junio de 1955 el Juez Civil del Circuito de Garzón declaró que el contrato de renta vitalicia envuelve donación, "válida únicamente hasta la suma de dos mil pesos", en detrimento de "los derechos hereneiales que le pudieran corresponder a la extinta señora Waldina Méndez de Losada, hija legítima del causante Fernando Méndez, y Obdulia Méndez, representada ella (Waldina) por sus hijos legítimos...". Hizo además las condenaciones y declaraciones consecuenciales.

Contra la sentencia plenamente absolutoria proferida en segunda instancia con fecha 2 de marzo de 1956 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, fue interpuesto recurso de casación, fundado oportunamente en los motivos que pasan a estudio, después de trasladar los principales pasos del fallo acusado.

* * *

Expuso el sentenciador:

"Aunque en la petición 1ª de la demanda se solicita que se declare 'nulo o simulado relativamente' el contrato contenido en la escritura 75 de 14 de mayo de 1949, Notaría del Agrado, confundiéndose las acciones de nulidad y de simulación, claramente se advierte, sin embargo, tanto por las peticiones del libelo como por los hechos en que se apoyan, que la acción intentada es de simulación relativa, pues sostiene la parte actora que el contrato de renta vitalicia no es tal en realidad, sino la forma de que se valieron los esposos Méndez-Méndez para hacer donación de todos sus bienes a sus hijos legítimos.

"Se dijo ya que los demandantes obran como terceros, en ejercicio de un derecho propio, con miras a reconstruir el patrimonio del causante Fernando Méndez para que, volviendo los bienes enajenados a la sucesión de éste, sean reconocidos los derechos que por ley corresponden a los demandantes.

"Como terceros pueden demostrar con prueba libre la simulación del acto, según lo ha dicho la jurisprudencia.

"El apoderado de la parte actora allegó al juicio abundantes elementos probatorios con los cuales cree haber demostrado varios indicios que, en su opinión, ponen en evidencia la simulación del contrato. En su alegato de primera instancia los resume así:

"1º—Haber sido pactado (el contrato de renta vitalicia) entre padres e hijos, cuando aquellos estaban en el ocaso de la vida; 2º El hecho de no haberse pagado la cuenta de la pensión en dinero, por parte de los constituyentes, como se desprende de las contradicciones existentes al absolver las posiciones los demandados; 3º La conservación de la posesión que de los bienes siguió teniendo don Fernando Méndez después del aludido contrato; y 4º La no existencia de móviles o causas que indujeran a don Fernando y a doña Obdulia a desprenderse de todos sus bienes.

"El primero —continúa el Tribunal— es un hecho equívoco pues, como lo dice el apoderado de la parte opositora, tal indicio no puede generalizarse en forma absoluta hasta llegar a la conclusión de que siempre que el contrato se celebre entre personas ligadas entre sí por los vínculos de parentesco, carece de seriedad o es simulado. El segundo implica una afirmación carente de verdad, pues en autos consta el pago de la pensión en dinero, como se analizará más adelante. Y las contradicciones que anota el apoderado de los demandantes en las posiciones absueltas por los demandados, no desvirtúan la afirmación que han hecho sobre la seriedad del acto, porque todos sostuvieron uniformemente la realidad del contrato y el cumplimiento de su prestación, lo que, por otra parte, acreditaron en el expediente. Son explicaciones sobre puntos de detalle, sin mayor trascendencia sobre la confesión buscada por el actor, con resultados negativos. El tercero es un hecho que tampoco logró demostrar el demandante, y que no se deduce de la circunstancia de que en el acta de defunción del causante se hubiera anotado que su última ocupación fue la de hacendado. De la abundante prueba testimonial aducida para acreditarlo, se infiere, por el contrario, que Fernando Méndez no tuvo la posesión de los bienes enajenados después del contrato de renta vitalicia y que tales bienes los administraba, desde antes, su hijo Agustín. En dicho contrato se expresa, en su cláusula 7ª, que desde el día de la fecha de la escritura Fernando Méndez y su esposa hacen entrega formal y material de todos los bienes mencionados en el instrumento, a sus hijos, los debirentistas. Solamente Agustín Ardila (f. 151 v. C. 2) dice que el nombrado Fernando dispuso de la finca de Palmira como señor y dueño hasta cuando murió, pero el testigo aclara que hace más de veinte años que salió de dicha finca. Se agrega a lo expuesto que el mismo demandante acepta que los demandados están en posesión de los bienes dados a título de precio de la renta, porque manifiesta que los han estado usufructuando después de la muerte de Fernando (hecho 8º de la demanda). El cuarto y último de los hechos anotados por el actor como indicios nada demuestra, y si ha de tenerse en cuenta lo expuesto por Obdulia en posiciones, el móvil o causa determinante del contrato fue 'por hallarnos ya imposibilitados para trabajar...' y '...para asegurar a mis hijos, demandado hoy, pues creía que a mis nietos, demandantes, ya les había dado herencia ayudándolos a criar'. Este móvil no indica inequívocamente que el contrato es simulado, porque tanto con una donación como con una constitución de renta vitalicia real y efectiva, se favorecía a los hijos.

"En autos consta además que la Recaudación de Hacienda Nacional de Garzón presumió que había donación entre vivos en la enajenación de bienes hecha por los esposos Méndez-Méndez en favor de sus hijos, mediante la escritura de renta vitalicia mencionada.

"Pero como anota el señor Juez, esta presunción es solo para efectos fiscales, o mejor, para los fines de la Ley 63 de 1936, como claramente lo dice el artículo 66 de la misma. De ahí que tal hecho no constituya indicio de simulación, ni es presunción que afecte la naturaleza intrínseca de los actos jurídicos acordados conforme a la ley civil.

"También obra la prueba de las querellas o desavenimiento familiar existente entre los Losada Méndez y los Méndez Méndez, que han provocado inclusive, investigaciones penales por lesiones. Pero de este hecho no es posible inferir que Fernando Méndez y su señora quisieron defraudar los derechos de sus nietos, los demandantes, como representantes de la sucesión de su madre, porque los abuelos no figuran como implicados en tales querellas y no puede presumirse entonces animadversión por parte de ellos respecto de la familia Losada-Méndez. 'Lo natural es presumir que los señores Méndez-Méndez tuvieron igualdad de afectos para sus descendientes, como es lo humano, ya que no hay prueba de que existiá una causa que pudiera modificar los sentimientos emoti-

vos de don Fernando y doña Obdulia con relación a sus nietos', dice con razón el apoderado de la parte demandada en su alegato de segunda instancia.

"Tomando en conjunto la prueba indiciaria de que se ha hecho mérito, como es natural hacerlo, no se adquiere la certeza del hecho que se pretende demostrar, es decir, de la simulación del contrato a que se refiere la demanda.

"A lo cual se agrega que la parte demandada afirmó la realidad de tal contrato y manifestó que los debirentistas han cumplido su obligación. Para acreditar este extremo adujo con la contestación de la demanda los recibos de pago que obran a los folios 67 y ss. del cuaderno principal, y copia de la escritura 311 de 15 de septiembre de 1952, Notaría del Agrado.

"..... ....

"Frente a la prueba que se ha analizado, forzoso es aceptar la realidad del contrato atacado por el demandante y, por tanto, no prospera su demanda de simulación, ni la restitución de los bienes pedida como consecuencia".

* * *

Primer cargo

Está propuesto sobre la causal segunda de casación, por incongruencia entre lo pedido y lo resuelto. Se lee en la demanda:

"Cuando el negocio oculto es ilícito porque el aparente está encaminado a eludir una prohibición legal existen dos actos jurídicos: el negocio simulado y el negocio fraudulento o nulo, el primero que es el relativamente simulado, la materialidad aparente del contrato, el segundo la negociación aparente encaminada a eludir la prohibición, y con éste el negocio real prohibido. Y en cuanto se refiere al último puede afirmarse que descubierto el procedimiento contractual ideado para eludir la prohibición, no queda más que aplicar pura y simplemente la prohibición, o sea en este caso la nulidad según lo enseña el artículo 1458 del Código Civil.

"Como se ve, el sentenciador omite una declaración sobre una de las pretensiones deducidas por la parte demandante, porque la sentencia resuelve sobre la simulación del contrato aparente o sea de la venta o trasmisión de los bienes, y no sobre la declaración de nulidad de la donación encubierta por aquella y que fue claramente formulada en la demanda, cuando en ella se dijo que el contrato objeto de la litis era simulado o nulo. El Tribunal dice que se formuló la petición de simulación y no la de nulidad, pero el error proviene esencialmente de que no tuvo en cuenta la regla específica del artículo 593 del Código Judicial que le ordena tomar en cuenta **todos los hechos conducentes de la demanda** y que resulten plenamente probados. En efecto no se leyeron atentamente los hechos e, f y h donde claramente se invocaba la nulidad en cuanto a la naturaleza onerosa de la causa del contrato contenido en la escritura número 75 de mayo de 1951 de la Notaría del Agrado o sea que la causa del contrato no era adquirir de parte de los vendedores una renta vitalicia sino una donación o liberalidad a favor de sus hijos legítimos con exclusión de los herederos de Waldina Méndez. El artículo 471 del Código Judicial lo ordena al Juez decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, es decir que la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones de las partes".

Y concluye el cargo así:

"Resulta pues nítida la falta de consecuencia entre la sentencia y la demanda; es decir dejó de pronunciarse sobre lo pedido en materia de nulidad de la donación por no reunir los requisitos legales y por tener como propósito hacerle fraude a la ley".

Se considera:

El plano de confianza y firmeza que sustenta el desarrollo normal de la contratación, exige que la voluntad declarada tenga eficacia plena para regir el contenido y efectos del negocio jurídico, mientras no se demuestre plenamente que la voluntad real de las partes fue otra.

Sobre esa plenitud de comprobación versa el proceso tendiente a obtener que por la justicia se declare que determinado negocio es aparente apenas, o porque las partes no quisieron celebrar ningún género de contrato (**simulación absoluta**), o porque el acto ostensible fue querido nada más que para servir de medio que ocultara el verdadero propósito, de efectuar un negocio diferente (**simulación relativa**).

Está en la naturaleza de la simulación, en ambas hipótesis, que la voluntad real de las partes se encuentre desprovista de efectos contra terceros, quienes pueden abrigar su interés al amparo de la voluntad declarada, a menos que prefieran el ejercicio de la acción conducente a permitirles destruir, por todos los medios probatorios de la tarifa, el negocio aparente, para que rija, si

es voledera en derecho, la voluntad real de las partes, o para que no produzca efecto alguno, si fuere el caso.

Pero desde luego que en los juicios de simulación ha de partirse del supuesto general de que la voluntad declarada expresa el verdadero consentimiento de los contratantes, la cuestión primera y principal consiste en descubrir si efectivamente se presenta el caso de excepción en que el consentimiento real de los contratantes es diverso del que hicieron ostensible.

Y si en concreto se alega simulación relativa de renta vitalicia para encubrir liberalidad, el sentenciador no se encuentra llamado a cosa distinta que a confirmar el supuesto básico de coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada. Si el demandante no logra probar, por los medios admisibles, que el consentimiento fue simulado, prevalece la declaración de voluntad. Y si a través de la controversia el negocio ostensible se mantiene incólume, quedan por fuera del cuadro todas las súplicas referentes al pretendido acto oculto, por lo que el fallo plenamente absolutorio se predica, y cubre todos los extremos contemplados en el litigio, sin asidero posible para la segunda causal de casación.

* * *

Segundo cargo

En referencia a la causal primera, se aducen "errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba y a consecuencia de ellos (el sentenciador) viola los preceptos sustantivos invocados en la demanda para sustentar la acción, o sea los artículos 1224, 1458, 1740, 1766 del Código Civil, ya que el contrato 75 de mayo de 1949 de la Notaría del Agrado fue realizado en perjuicio o fraude de los demandantes, afectando su legítima y del Estado para defraudar el impuesto de donaciones y en consecuencia han debido ser decretadas las peticiones de la demanda".

En seguida se ocupa el recurrente en impugnar el fallo cuanto a la apreciación de la prueba por indicios.

Afirma que el Tribunal desconoció el hecho de que el contrato de renta vitalicia fue celebrado entre padres e hijos, con prescindencia de que así ocurre generalmente cuando se encubre una donación, con lo que estima violado el artículo 662 del Código Judicial, "porque —dice— una cosa es que el hecho tenga más o menos relación o conexión con la simulación y puede ser susceptible de aplicación en todos los casos de la misma especie, y otra muy diferente es que ese hecho no sea indicio en el caso del pleito y que es la conclusión injurídica del sentenciador".

Más adelante expone:

"Es obvio que no siempre que se celebran contratos entre padres e hijos estos son simulados, pero la lógica y la experiencia dice que esto suele ocurrir en la mayoría de los casos. Y si esto no es así ¿por qué del precepto de la Ley 63 de 1936 que presume simulados y donaciones encubiertas esta clase de contratos? No hay que presumir que el legislador se ha equivocado al pronunciar dicha regla, sino que es el razonamiento lógico e imparcial del que dicta las normas sobre los derechos de las personas. Como se ve resulta probado el error de hecho y el error jurídico, que lleva a desconocer una de las pruebas con las cuales se puede fundar una declaración de simulación. Y si lo que se persigue con la prueba conjetural es averiguar la intención de las partes en el contrato, ¿cómo esperar aclarar esa intención, si esta clase de pruebas, analizada como lo hizo el Tribunal siempre sería equívoca, ya que cada especie o contrato cobra distintos matices y es imposible dar una regla general?".

Contradice al sentenciador en lo que atañe al pago demostrado de la pensión vitalicia, al imputarle yerro manifiesto de hecho, consistente en no deducir falta de seriedad en el contrato, habida consideración de que los demandados discrepan en lo tocante a si el pago era o no anticipado, lo que le resta sinceridad a las respectivas declaraciones.

Cuanto a la administración de los bienes con posterioridad al contrato de renta vitalicia, dice la demanda que el Tribunal no vio que el indicio de simulación está referido a falta de ejecución de ese contrato, y afirma:

"En efecto, si el contrato era real, lo natural es que por él se cambie la situación material de las partes referente a su objeto, pues en caso contrario, claramente se precisa que no ha habido mutación en la posición de hecho de ambos contratantes, sino una simple modificación jurídica que no ha pasado de la simple escritura pública".

Se detiene la demanda en varias especulaciones mentales alrededor del propósito simulatorio que un sentir del recurrente guió a los contratantes de la renta vitalicia, y critica, además, el que no se hubieran tenido en cuenta "ciertas presunciones 'tipos' que llevan al ánimo del juzgador la convicción de que el acto ostensible es simple-

mente aparente, careciendo de otro objeto que esconder el objeto real".

Añade a continuación:

"La idea de cariño, de afecto, el deseo de beneficiar a una persona de su intimidad o pariente, juegan un papel importantísimo en esta clase de simulación, generalmente esos contratos las más de las veces se efectúan entre una persona y un pariente preferido. Pero es obvio que no todas ellas son simuladas y que siempre que existe contrato de renta vitalicia como donación se ayuda efectivamente a ese pariente. Lo que no ve el sentenciador en la confesión y en el contrato 75, es la falta de motivo para que los enajenantes vendan, ya que dada su situación holgada es más natural y lógico que realice con sus hijos un acto a título gratuito que un acto con espíritu de lucro...".

En forma muy minuciosa expresa el recurrente el criterio personal que se ha formado sobre los hechos que, en su sentir, demuestran la simulación, para enfrentarlo a la sentencia del Tribunal, de quien dice incurrió en "un error de hecho y otro de derecho". El primero porque hace deducciones fundadas en el discrecionalismo, o lo que es lo mismo porque desconoce la existencia de la prueba, y lo segundo porque esas pruebas de conformidad con los artículos 604, 630, 632, 662 a 665 del Código Judicial tienen pleno valor sobre el hecho del cual debe deducirse las interferencias lógicamente".

Alude a que el sentenciador valoró indebidamente las pruebas relacionadas con las desavenencias entre los Méndez-Méndez y los Méndez-Losada, con la resolución que dictara la Recaudación de Hacienda Nacional de Garzón, y, además, a que "La sentencia no valora pruebas valiosas como lo eran la edad y el hecho de que se enajenaran todos los bienes de parte de los esposos Méndez".

Y concluye:

"Naturalmente si se demuestra un error de hecho y de derecho manifiesto como sucede en el caso de autos, no hay necesidad de entrar en la prueba de todos ellos, porque con ello queda rota la cadena indiciaria que ha llevado al sentenciador al desconocimiento de la valoración de conjunto".

* * *

Se considera:

Los indicios, aunque pueden llegar a ser plena prueba y conducir a la convicción judicial, no son de carácter absoluto, por su naturaleza apenas probable, y su mérito se mide subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, a menos que, por excepción, el indicio obedezca a causalidad necesaria, por ser tal la correspondencia con el hecho que se averigua, que, si el uno existe, no puede menos que existir o haber existido el otro. (663, C. J.).

La correspondencia necesaria entre el hecho indicativo y el que se ventila en juicio, no difiere de la inferencia cierta que se desprende del cumplimiento invariable de leyes manifiestas de la naturaleza. Por eso, en todos los casos el indicio necesario prueba con plenitud. Habrá también hechos que, sin fundar relación necesaria de causa a efecto, son sin embargo de tal gravedad y precisión que un solo indicio sirva al juez para disipar la duda e inclinar su ánimo de acuerdo con su propio convencimiento para proveer la declaración jurisdiccional. (664).

Pero ello no es lo que comúnmente acontece, sino que la plenitud probatoria no llega a producirse a través de hechos indicativos si no son en número plural, graves; precisos, conexos entre sí, y concurrentes a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. El hecho indice no puede ser establecido por inferencias, porque entonces la serie de conjeturas solo alcanzaría a formar un simple indicio. (665, 666, 667).

Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza.

Si la sentencia al estudio hubo de partir de la base de que la voluntad declarada rige mientras no se demuestre que la voluntad real de los contratantes fue otra, y si los hechos invocados por el demandante no tuvieron a juicio del senten-

ciador caracteres de gravedad y precisión suficientes para llevar a su ánimo el convencimiento de que el contrato de renta vitalicia fue simulado, no puede sopeditarse la decisión del Tribunal, que penetra en lo íntimo de su fuero interno, desde luego que la motivación del fallo no pugna con el buen sentido, no desconoce las leyes de la naturaleza ni los hechos probados dentro del juicio.

Aún en el supuesto de que surgieran dudas a través del nuevo examen de los indicios que se alegan, es bien claro que el recurso extraordinario no podría fundarse en base tan deleznable como el estado dubitativo para decretar la quiebra de la sentencia objeto de la acusación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 2 de marzo de 1956 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Alfredo Cock Arango — Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

RECURSO DE REVISION DE UNA SENTENCIA. — NO SE ADMITE LA DEMANDA POR NO HABERSE INDICADO LA CAUSAL PARA PEDIRLA

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

El anterior escrito no es una demanda de revisión, sino una alegación sobre los errores en que incurrieron el Juez del Circuito de Tunja, el Tribunal del Distrito y la Corte Suprema de Justicia, al proferir las decisiones correspondientes en el juicio seguido entre el Obispo de Tunja, como representante de la Hermandad del Clero y Virgilio Sánchez.

En efecto, toda la alegación aparece resumida en el siguiente pasaje:

"La primera sentencia fue: no consta que el señor Crisanto Luque sea Obispo de Tunja; la segunda fue: sí consta que el señor Crisanto Luque es Obispo de Tunja, pero no consta que el Obispo de Tunja pueda representar a la Hermandad del Clero; la tercera fue: sí consta que el señor Crisanto Luque es Obispo de Tunja; también consta que el Obispo de Tunja representa a la Hermandad del Clero, pero no consta que la Hermandad del Clero sea persona jurídica".

Ahora bien, el artículo 542 del Código Judicial establece que una sentencia puede revisarse en cuatro casos, que son: 1º si después de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida; 2º, si recayó en virtud de documentos que al tiempo de dictarse no eran conocidos como falsos por una de las partes, o cuya falsedad se ha reconocido o declarado después; 3º, si habiéndose basado en prueba testimonial los testigos han sido condenados por falso testimonio en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia; y 4º, si la sentencia se dictó injustamente, por cohecho, violencia o fraude.

Además el artículo 205 del mismo Código estatuye que el demandante debe expresar, entre otras cosas, "lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos y omisiones", ello porque toda decisión judicial, en materia civil, tiene que fundarse, "en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados" de manera plena, como lo manda el artículo 593 del mentado Código.

En ninguna parte del escrito que se comenta se dice cuál es la causa de la revisión, de las señaladas en el artículo 542 citado, que son las únicas procedentes al efecto de la revisión. El mismo autor de dicho escrito expresa que no es "abogado titulado e inscrito" y que opta "por una intervención directa". Pero luego le da poder a un abogado, que prohija y hace suyo el "escrito sustentatorio del recurso", que, se repite, no es una demanda, sino un alegato de instancia.

Por lo expuesto, se resuelve:

Se reconoce al doctor Ramón Ignacio Avella como apoderado especial del Excelentísimo señor Obispo de la Diócesis de Tunja, Angel María Ocampo B., en los términos y para los efectos indicados en el memorial poder que obra en autos.

No se admite la anterior demanda de revisión, por no reunir los requisitos legales.

Tómese nota en los libros de depósitos de la Corte, de la consignación que por valor de doscientos pesos ($ 200.00) moneda corriente hizo el Excelentísimo señor Obispo de Tunja en el Banco de la República, a la orden de la Sala de Casación Civil, guárdese el título número 128966, de 14 de los corrientes, en el lugar destinado a ello, y devuélvase dicha consignación al interesado, una vez ejecutoriada esta providencia.

Notifíquese.

Agustín Gómez Prada—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA CORTE REVOCA LA ANTERIOR PROVIDENCIA

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

El 15 de mayo de 1954, esta Corte profirió sentencia en el juicio promovido por el Sr. Obispo de Tunja, Excmo. señor Crisanto Luque, en nombre y representación de la Hermandad del Clero, contra el señor Virgilio Sánchez sobre declaratoria de nulidad de un instrumento público.

Esta sentencia fue desfavorable a la parte demandante en primera y segunda instancia, pues el Juez **a quo** declaró que no se había cumplido el presupuesto de la acción llamado: "LEGITIMATIO AD CAUSAM" de la parte demandante, por no haberse presentado la prueba de que el Excelentísimo señor Crisanto Luque tuviera, en el momento de la demanda, la calidad de Obispo de Tunja.

El Tribunal confirmó el fallo de primera instancia con el mismo fundamento jurídico, aunque esta Corporación lo basó en "falta de personería sustantiva por parte del actor para poder incoar la acción de nulidad instaurada".

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, negó la casación tomando como argumento principal la circunstancia de no haberse probado que la "Hermandad del Clero sea persona jurídica".

Faltando un día para cumplirse los dos años, a contar de la fecha de la publicación del fallo de la Corte, presentó ante esta Corporación, el Excelentísimo señor Angel María Ocampo Berrío, un largo memorial, con caracteres de demanda, con el fin de obtener la revisión del fallo mencionado, y con fundamento en los cánones 1003-1.687 a 1.689 y 1.905 a 1.907 del Código de Derecho Canónico y en los artículos 520, 542 y 543 del Código Judicial, a cuyo efecto hizo las siguientes súplicas:

"Que el señor Virgilio Sánchez sea condenado:

"1. A devolver la finca "El Iris" a su legítimo dueño: "La Hermandad del Clero".

"2. A pagar los arrendamientos desde el 8 de marzo de 1949, avaluados por peritos.

"3. A indemnizar a la Hermandad de todos los perjuicios.

"El último no lo hará efectivo la Hermandad, si el señor Sánchez no entraba la ejecución en los dos primeros puntos.

Este memorial firmado por el Excelentísimo señor Obispo de Tunja, fue coadyuvado por el abogado Ramón Ignacio Avella, en memorial fechado el 14 de mayo de 1956 con el cual se acompañó la constancia de haber depositado en el Banco de la República la cantidad de $ 200.00 conforme a lo preceptuado por el artículo 544 del Código Judicial, un Certificado expedido por el señor Vicario General de la Diócesis de Tunja y por el Vicecanciller de la misma, conforme al cual, Monseñor Ocampo Berrío fue designado Obispo de Tunja por Bula fechada el 6 de diciembre de 1950, expedida por Su Santidad Pío XII, según original que reposa en el Archivo de la Curia de la misma Diócesis y de que tomó posesión el 21 de enero de 1951, según consta en el respectivo Libro de Actas del Capítulo Catedral. Igualmente certifican que el Excelentísimo y Reverendísimo señor Ocampo ocupa el cargo.

Igualmente acompañó el memorialista una nota del Canciller de los Breves Apostólicos en el Vaticano de 4 de enero de 1956 en que manifiesta el Excelentísimo señor Ocampo que por falta de índice fue imposible a la Cancillería encontrar el original del Breve por medio del cual se otorgó personería canónica a la "HERMANDAD DEL CLERO" DE LA NATIVIDAD DE NUESTRA SEÑORA LA VIRGEN MARIA DE TUNJA".

También se acompañó un Certificado del Administrador de la Renta Nominal y Tesoro de Diezmos de la Diócesis de Tunja por el cual certifica que la "Hermandad del Clero" ha figurado reconocida por el Gobierno Nacional como beneficiaria de la suma de $ 187.35, anuales por concepto de Renta nominal.

Repartido el asunto al Magistrado doctor Gómez Prada dictó, con fecha 23 de mayo de 1956, una providencia por medio de la cual negó la admisión de la demanda, alegando falta de los requisitos legales y contra esta providencia el actor interpone recurso de súplica.

Al entrar a fallar sobre el recurso interpuesto, el señor Magistrado doctor José Hernández Arbeláez se declaró impedido por haber hecho parte de la Sala que falló el proceso original, impedi-

mente que no fue allanado y hubo de sortearse un Conjuez, habiendo sido favorecido por la suerte el doctor Bernate quien entró a integrar la Sala.

Para decidir el recurso la Sala considera:

En conformidad con el artículo 545 del Código Judicial: "interpuesto el recurso de revisión, la Corte pide el proceso a la oficina donde se halle, y una vez recibido en la Secretaría, ordena que de la demanda se dé traslado a quienes fueron parte en el juicio".

El señor Magistrado, doctor Gómez Prada omitió darle cumplimiento a la primera parte de la disposición copiada o sea la de pedir el proceso a la Oficina de origen de plano rechazó la demanda; es el caso de corregir esta informalidad, tanto por cuanto se trata de un ordenamiento legal, como porque la Sala considera necesario ilustrarse directamente sobre los documentos de origen; lo que sólo puede hacerse mediante la revocatoria del auto suplicado.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA EL AUTO MATERIA DEL RECURSO, que lleva por fecha 23 de mayo de 1956 y dispone que por la Secretaría se pida el proceso al lugar donde se halle y una vez recibido y con vista del mismo se dicte por el señor Magistrado ponente la providencia sobre admisión o inadmisión de la demanda de Revisión.

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

Alfredo Cock Arango — **Ignacio Escallón**—**Alejandro Bernate**, Conjuez.—**Armando Latorre Rico**. **Arturo C. Posada** — **Arturo Valencia Zea**—**Jorge Soto Soto**, Secretario.

CARACTERISTICAS DE LA BUENA FE PARA INVOCAR LA PRESCRIPCION AGRARIA DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 200 DE 1936. — EN REIVINDICACION, NO HAY LUGAR A REFORMATIO IN PEJUS CUANDO EL TRIBUNAL CONFIRMA EL FALLO ABSOLUTORIO DE PRIMER GRADO CON LA ADICION DE DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

1— Si por altas finalidades que persiguen el desarrollo de la riqueza pública, está previsto en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, que por medio de explotación económica quieta y pacífica durante cinco años continuos, sea propietario quien de buena fé crea estar en posesión de tierras baldías, cuando en verdad se establece en terrenos del dominio privado, el modo extraordinario de adquirir no se cumple si no en condiciones limitativas que demandan el más cuidadoso y severo análisis.

Basta, en los términos del propio artículo 12, que el globo general de que forma parte el terreno poseído esté o haya estado demarcado por cerramientos artificiales, o que existan en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular, para que del ocupante no se predique la buena fé. Por donde se destaca la necesidad de que la toma de posesión se apoye en error jurídicamente excusable y, por ello mismo, exento de toda culpa.

Con mayor razón habrá de encontrarse ausencia de buena fé si a tiempo de ocupar el terreno enseña obras demostrativas de explotación económica.

Por consiguiente, quien invoque prescripción agraria de corto tiempo no sólo debe demostrar el corpus posesorio durante cinco años continuos, en forma económica, quieta y pacífica, sino que además se encuentra en la necesidad ineludible de probar plenamente las proposiciones de que el terreno no era objeto de actos económicos a tiempo de ocuparlo, de que el globo general no estaba demarcado por cerramientos artificiales, ni tenía ninguna señal que revelara ser propiedad particular. No se trata, en efecto, de autorizar la quiebra del derecho ajeno, sino de proteger a quien, de buena fé y con laudables propósitos, consagra a la tierra su esfuerzo creador de riqueza, y toma posesión de aquella que, por su absoluto abandono, en apariencia a nadie pertenece.

2.—Si se considera que la condena en juicio reivindicatorio lleva en forma no menos clara, por lo implícita, la declaración de no estar probadas las excepciones (desde luego que en caso contrario se habría absuelto), surge como consecuencia necesaria que en nada se agrava la suerte del litigante vencido por hacer explícito lo que en el fallo de primera instancia contiene y significa de acuerdo con su propia virtud jurídica.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diecisiete de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Ante el Juzgado del Circuito de Apía y contra Antonio Cifuentes, en libelo de 2 de febrero de 1954 Benilda Granada viuda de Guzmán inició acción reivindicatoria sobre un predio de seis cuadras de superficie, comprendido dentro del terreno ubicado en el paraje de "Buenavista" de aquel Municipio, que ella adquiriera por compra a José María Guzmán según escritura 264 de 25 de octubre de 1939, otorgada en la Notaría del propio Circuito de Apía.

Concluyó el litigio en primera instancia con fallo del 9 de mayo de 1955, que condena a Cifuentes a la restitución del inmueble, y a Benilda a satisfacer $ 2.382 por concepto de mejoras, con derecho de retención para seguridad del pago. Sin costas.

Se alzó el demandado y terminó la segunda instancia en el 23 de abril de 1956, mediante fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, confirmatorio y con la adición de que "declara no probadas las excepciones propuestas".

Tres cargos aduce la demanda de casación for-

mulada oportunamente en nombre de Antonio Cifuentes, y pasan al estudio:

PRIMER CARGO

Consiste en "violación directa del artículo 12 de la Ley 200 de 1936 y de los artículos 673, 2.512 y 2.518 del Código Civil".

El recurrente sostiene que la sentencia "no contempla la **prescripción agraria** configurada en los hechos exceptivos alegados y probados por el poseedor demandado como motivo de su defensa".

"Allí sí habla, en cambio —continúa— de la presunción consagrada en el artículo 1º de la misma ley, en el sentido de no ser baldíos sino de propiedad privada los terrenos poseídos por particulares en las circunstancias determinadas en esa norma".

De donde deduce que "el Tribunal vino a fusionar dos institutos distintos traídos por la Ley 200: a) La presunción de no ser baldíos los fundos rurales poseídos por particulares mediante explotación económica, y b) La prescripción de corto tiempo en favor de los poseedores de tierras de propiedad privada, que crean de buena fé ser terrenos baldíos.

"Pero esta última figura —añade— tiene sus propios y esenciales elementos, independientemente de la presunción legal, y requiere: a) Posesión; b) Dominio privado; c) Buena fé en la creencia de ser baldíos; d) Falta de explotación económica del dueño, y sí por el poseedor y e) Duración de cinco años. (Artículo 12, Ley 200).

"El artículo 12 del estatuto de tierras contiene la consagración legislativa de la máxima de derecho error communis facit ius. También otras disposiciones de nuestra ley positiva dan a la apariencia del derecho basada en la buena fé la facultad de producir efectos jurídicos, como fuente creadora de obligaciones".

Y tras de citas doctrinales, remata el cargo así:

"En el caso de estudio se cumplen todos los requisitos indispensables para que opere la prescripción agraria, a saber:

"a). Antonio Cifuentes es poseedor, desde hace más de cinco años, en forma continua, pacífica y quieta, con explotación económica, del predio materia de reivindicación

"b) La buena fé del demandado está reconocida en los mismos fallos de primera y segunda instancia, para efecto de las prestaciones mutuas, y la creencia común y colectiva de ser baldíos los terrenos ocupados, se acreditó con las declaraciones de Angel María Alzate, Pablo Galeano y Luis Felipe Quiroz, citados en el fallo.

"c) El dueño de la finca no tenía cultivos, ni explotaba económicamente en otra forma el mismo fundo.

"En tales circunstancias se imponía la aplicación del texto contenido en el artículo 12 de la Ley 200, en un caso en que ha debido aplicarse, y el quebranto de esta norma atrajo también el de los artículos 2.512 y 2.518 del Código Civil, que establecen la prescripción como modo de adquirir el dominio".

* * *

Sobre la sujeta materia de esta primera acusación se trascriben los siguientes pasajes de la sentencia:

"**Posición del demandado.**—La posición jurídica que presenta el demandado, según la respuesta a la demanda, es la de que posee el lote de terreno que se le pide en reivindicación, con fundamento en la compra a las señoritas María Alicia y Blanca Elisa Guzmán, de los derechos hereditarios que a éstas corresponden o puedan corresponder en la sucesión de su finado padre señor Joaquín Guzmán, la cual hizo por escritura número 662 de 4 de mayo de 1948 de la Notaría Tercera de Pereira, registrada el 6 de los mismos en los libros 2º y de causas mortuorias. (Folios 7 y 8, cuaderno 3º).

La posición asumida por el demandado no es valedera o no tiene solidez porque el inmueble que la señorita Benilda Granada compró a José María Guzmán, lo había adquirido éste a su vez por compra al señor Joaquín del mismo apellido, según escritura número 435 de 28 de julio de 1928 otorgada en la Notaría de Apía, registrada el 1º de agosto del año dicho, como lo dice el Registrador del mismo Circuito al relatar la tradición del inmueble en certificado de 4 de mayo de 1954, visibles estos documentos de folios 18 a 20 del cuaderno 2º, escritura cuya fecha es anterior a la muerte del vendedor señor Joaquín Guzmán, que aconteció el 21 de noviembre del año de 1929, según partida de origen eclesiástico que obra a folios 21 del cuaderno 2º, lo que significa que el inmueble ya había salido del patrimonio del causante y por lo mismo no es bien de la sucesión y sobre él no podían recaer los derechos hereditarios que el señor Antonio Cifuentes dice haber adquirido por compra a las señoritas Guzmán Blandón..."

"**Prescripción adquisitiva de dominio en terrenos baldíos.**— Pretende fundarse en que el demandado ha poseído en forma tranquila y no

interrumpida el terreno de la reivindicación, ejecutando permanentemente actos que implican explotación económica del suelo. En armonía con el artículo 1º de la Ley 200 de 1936 estima el demandado que ha ganado el dominio por prescripción ordinaria de cinco años, porque el terreno no ha salido del dominio del Estado y por no haber sido adjudicado a ninguna persona.

"Para demostrar la posesión adujo el excepcionante las declaraciones de los señores Angel María Alzate, Pablo Galeano, Luis Felipe Quiroz, Miguel Calderón y Pablo Emilio Díaz Mejía que figuran de folios 15 a 17 del cuaderno número 3, quienes aseveran que desde hace más de seis años conocen la finca donde habita el señor Antonio Cifuentes, llamada "Bellavista" o "La Travesía", y expresan la alinderación, en donde éste tiene mejoras de plátano, caña y café puestas por el mismo con sus propios recursos; que también compró algunas mejoras a la señora Carmen Blandón de Blandón y varios de los declarantes dicen que el terreno donde están las mejoras es reputado como baldío.

"A su vez la parte actora aportó las declaraciones de los señores Aureliano Flórez y Bertulfo Correa Hincapié, folios 14, cuaderno 2º y 18, cuaderno 3º, respectivamente, quienes afirman conocer en forma directa y personal el inmueble adquirido por ésta por la escritura número 264 de 25 de octubre de 1939 de la Notaría de Apía, como también las mejoras que en ella se detallan y que tanto la casa de habitación como las sementeras de café que ha venido ocupando Antonio Cifuentes han sido de propiedad de la demandante.

"Al absolver posiciones el demandado Cifuentes, (folios 18, 19 y 20, cuaderno 3º) dijo que desde hace más de treinta años conoció como de propiedad del señor Joaquín Guzmán el predio rural llamado "Las Travesías" en jurisdicción del Municipio de Apía, a que hace mérito la escritura 264 de 25 de octubre de 1939 otorgada por José María Guzmán a Benilda Granada viuda de Guzmán, cuyas mejoras consisten en dos casas de habitación, sementeras de café, plátano, rastrojos y montes, alinderada como consta en dicha escritura; que ha venido ocupando una parte de aquella propiedad desde el año de 1948 en que compró acción y derecho a las señoritas Blanca Elisa y María Alicia Guzmán Granada hijas de Benilda Granada y de su difunto esposo Joaquín Guzmán y por compra que hizo a Carmen Blandón de Blandón, según consta en las escrituras número 662 de 4 de mayo de 1948 y 234 de 13 de julio de 1949, otorgadas respectivamente en las Notarías Segunda de Pereira y en la de Apía, y que entró a ese terreno con plena derecho a las diez cuadras que actualmente ocupa con mejoras, puestas unas con su propio esfuerzo y las otras compradas a Carmen Blandón; que es cierto que el lote que ocupa es parte del alinderado en la escritura 264 de que se ha tratado, lote que está alinderado en el punto cuarto de la demanda y que los linderos de tal punto corresponden tanto al lote de mejoras comprado a la señora Carmen Blandón como al lote comprado a las herederas Blanca Elisa y María Alicia Guzmán Granada, quienes desde la fecha de las respectivas escrituras lo pusieron en posesión de los compradores y desde entonces está en posesión cuidando de las mejoras compradas y sembrando las mejoras nuevas que hoy tiene"

La sentencia se refiere en seguida al informe de dos peritos que identificaron el inmueble y, dentro de su cabida, el terreno de unas seis cuadras ocupado por Cifuentes, en el cual "hay una casa de habitación de bahareque y madera, con una edad mayor de quince años, tres cuadras de cafetal nuevo, de dos a seis años de edad, matas de caña, media cuadra en rastrojo y una pequeña roza de maíz; que los cafetales aparecen sombreados con plataneras nuevas y viejas y una pequeña cantidad de guamos. (Folio 10, cuaderno 2º)".

Después comenta:

"De las posiciones absueltas por Cifuentes se deduce que entendió que el inmueble pertenecía al señor Joaquín Guzmán de donde procede mediatamente el título de la reivindicación, de lo cual resulta que es contradictoria la alegación de prescripción, porque es obvio que reconociendo que la actual dueña del inmueble tiene como fuente de adquisición un causante aceptado como dueño por quien ahora pretende negar el dominio a la causahabiente, tal conducta es manifiestamente ilógica. Admitiendo Cifuentes que Joaquín Guzmán fue dueño del inmueble, no puede ahora alegar prescripción contra un adquirente de éste, porque ello repugna a la lógica jurídica.

"Ahora bien: Del dictamen de los peritos se infiere que en el terreno que ocupa el señor Cifuentes existían mejoras con mucha anterioridad a la época en que entró a ocuparlo, o sea la casa, plantaciones de café, plátano y sombrío, razón por la cual no puede pretender ser ocupante de terrenos baldíos. Por lo anterior la excepción de prescripción en este caso resulta inadecuada o ineficaz".

* * *

Se considera:

La transcripción pone en claro que si el sentenciador no se detuvo a exponer la naturaleza y efectos de la prescripción agraria de corto tiempo, fue sin embargo bastante explícito en negar, por dos fundamentos jurídicos que expone, el cumplimiento del fenómeno adquisitivo del dominio en el asunto ventilado en juicio.

Si por altas finalidades que persiguen el desarrollo de la riqueza pública, está previsto en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, que por medio de explotación económica quieta y pacífica durante cinco años continuos, sea propietario quien de buena fé crea estar en posesión de tierras baldías, cuando en verdad se establece en terrenos del dominio privado, el modo extraordinario de adquirir no se cumple si no en condiciones limitativas que demandan el más cuidadoso y severo análisis.

Basta, en los términos del propio artículo 12, que el globo general de que forma parte el terreno poseído esté o haya estado demarcado por cerramientos artificiales, o que existan en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular, para que del ocupante no se predique la buena fé. Por donde se destaca la necesidad de que la toma de posesión se apoye en error jurídicamente excusable y, por ello mismo, exento de toda culpa.

Con mayor razón habrá de encontrarse ausencia de buena fé si a tiempo de ocupar el terreno enseña obras demostrativas de explotación económica.

Por consiguiente, quien invoque prescripción agraria de corto tiempo no sólo debe demostrar el corpus posesorio durante cinco años continuos, en forma económica, quieta y pacífica, si no que además se encuentra en la necesidad ineludible de probar plenamente las proposiciones de que el terreno no era objeto de actos económicos a tiempo de ocuparlo, de que el globo general no estaba demarcado por cerramientos artificiales, ni tenía ninguna señal que revelara ser de propiedad particular. No se trata, en efecto, de autorizar la quiebra del derecho ajeno, si no de proteger a quien, de buena fé y con laudables propósitos, consagra a la tierra su esfuerzo creador de riqueza, y toma posesión de aquélla que, por su absoluto abandono, en apariencia a nadie pertenece.

Lo cual no es precisamente el caso que el litigio revela. El demandado conocía aquellas tierras como de propiedad de Joaquín Guzmán con antelación de más de treinta años; manifiesta que su parcela está dentro de lo adquirido por Bonilda Granada viuda de Guzmán mediante compra a José María Guzmán, quien a su vez recibió el dominio de Joaquín Guzmán, y ampara su interés en compra de derechos hereditarios, que no le dan titularidad para prevalecer, pero que son elocuentes para proclamar el hecho de conocer su establecimiento en tierras del dominio privado. Si, por otra parte, del dictamen pericial se infiere que existían mejoras con mucha anterioridad a la toma de posesión por Cifuentes, cómo entonces encontrar cumplidas las condiciones para que la prescripción agraria pudiese prosperar? —Falta notoriamente la buena fé cualificada que ese especial modo de adquirir exige por modo expreso y claro, sin que pueda confundirse con la buena fé presumida por la ley como requisito que, junto con el justo título, sirve a la posesión regular conducente a la usucapión ordinaria, y para efecto, además, de las prestaciones mutuas en juicio reivindicatorio.

SEGUNDO CARGO

Alega violación directa del artículo 1º del Decreto Legislativo 3.694 de 1954, y aplicación indebida de los artículos 749, 756, 2.637, 946, 949, 950 del Código Civil y 54 del Decreto Legislativo 1.778 de 1954.

Toma este aparte de la sentencia:

"El derecho de dominio sobre inmuebles se acredita con títulos registrados, o sea con escrituras públicas inscritas. (Artículos 749, 756 y 2.637 numeral 1º del Código Civil), sustituída esta última disposición por el numeral 1º del artículo 54 del Decreto extraordinario número 1.778 de 1954, que entró a regir el 1º de septiembre de dicho año, por el cual se suspenden los Títulos 42 y 43 del Código Civil que trataban, respectivamente, de 'Los notarios públicos en los Territorios y del Registro de instrumentos públicos' ".

Alude a los Decretos Legislativos 2.506 de 25 de agosto y 3.694 de 22 de diciembre, ambos de 1954, que aplazaron la vigencia del 1.778 del mismo año, con excepción de los artículos 2º, sobre manera de nombrar Notarios, y 5º, sobre creación del Departamento de Vigilancia de Notariato y Registro en el Ministerio de Justicia, y después de referirse a que el Tribunal aplicó "una norma escrita que todavía no ha entrado en vigencia", el recurrente expresa:

"Para concretar el cargo, baste decir que el artículo 2.637, en su numeral 1º, trae como uno de los objetos principales del registro o inscripción el siguiente: '1º.—Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los

otros derechos reales constituídos en ellos, de que se ha hecho mención en el capítulo 3º, Título 'De la Tradición'. Y el Tribunal lo aplicó al caso de autos, en la forma a que se contrae la reforma, así:

'..... 1º.—Servir de medio para constituír y transferir los derechos reales inmuebles'.

"Es innegable que la aplicación, en la forma indebida en que lo hizo el Tribunal, desquicia la posición de las partes en litigio, toda vez que la reforma habla no solamente de los modos de adquirir, sino también de los modos de constituír los derechos reales, el dominio entre ellos. Entonces, la posición del actor obligado a demostrar su calidad de dueño, cambia, pero también la del demandado en reivindicación se hace más difícil y precaria en su defensa. Si la ocupación que dió origen a la posesión que ostente, es el modo de constituír el derecho, se le exigirá entonces, nueva ley un título registrado?".

* * *

Se considera:

El error de entender suspendidos los Títulos XLII y XLIII del Código Civil, sobre notariato y registro, cuando en realidad su vigencia no ha experimentado solución de continuidad, carece de relieve en el recurso. Como el dominio de la actora resulta acreditado por la competente titularidad inscrita según los artículos 749, 756 y 2.637 del mismo Código, la Corte no podría menos que admitir ese elemento estructural de la reivindicación, sin que, por lo demás, el anotado error haya conducido a la exigencia de título registrado para la ocupación, a que el recurrente alude. Tampoco ha hecho más gravosa la posición del actor, y no se descubre el interés que pueda tener el demandado al formular por este aspecto el reparo al fallo que es objeto de acusación.

TERCER CARGO

Se refiere a aplicación indebida del artículo 191 del Código Judicial, por cuanto el recurrente considera que hubo **reformatio in peius** cuando el sentenciador, al confirmar el fallo condenatorio de primera instancia, declaró no probadas las excepciones propuestas.

Pero si se considera que la condena en juicio reivindicatorio lleva en forma no menos clara, por lo implícita, la declaración de no estar probadas las excepciones (desde luego que en caso contrario se habría absuelto), surge como consecuencia necesaria que en nada se agrava la suerte del litigante vencido por hacer explícito lo que el fallo de primera instancia contiene y significa de acuerdo con su propia virtud jurídica.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de fecha 23 de abril de 1956 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

No aparecen costas.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

EFECTOS DE LA PROMESA DE VENTA. — EFICACIA PROBATORIA DE LA ATESTACION ENFATICA Y NO CONTRADICHA EN NINGUN MOMENTO, SOBRE UN HECHO PROCESAL CONCRETO, EFECTUADA POR UN NOTARIO. — ERROR EN LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA

1.—En nuestro régimen civil, como es sabido, la promesa de venta cuando reune todos los requisitos prescritos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, es válida, y si bien es cierto que no genera aquélla derechos reales, sino meramente personales, también lo es que cuando no es cumplida oportunamente, otorga al acreedor los derechos consagrados en el artículo 1.610 del Código Civil, pues en el fondo es una obligación de hacer. Por ello dice acertadamente don Andrés Bello en su comentario sobre este particular:

"La promesa de celebrar un contrato es una obligación de hacer y está sujeta al artículo 1.610 del Código Civil".

El artículo 1.609 del Código Civil, que consagra la "Exceptio non adimpleti contractus", como un medio de defensa o una excepción dilatoria, como la llaman algunos autores, opera cuando pretende exigirse el cumplimiento de una obligación sin hallarse en condiciones de mora las partes vinculadas al convenio.

2.—No constituye un documento auténtico, tal como lo define el artículo 632 del Código Civil, pero por tal circunstancia no se le puede negar toda su eficacia probatoria a la atestación enfática y no contradicha en ningún momento sobre un hecho procesal concreto efectuada por un Notario, a quien debe presumírse veraz y honorable, máxime cuando dicho ciudadano por razón de las funciones que ejerce, es el depositario de la fé pública; es decir, se trata del dicho de un testigo de excepción.

Si bien es cierto que de conformidad con lo prescrito en el artículo 696 del Código Judicial, la declaración de un testigo no forma plena prueba, no es menos cierto, como reza el mismo artículo que "aquella constituye una presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la claridad de su exposición". Por razones de orden doctrinal, esta Sala ha juzgado oportuno hacer las observaciones anteriores.

3.—No puede casarse la sentencia acusada cuando confrontando la parte resolutiva con las súplicas formuladas en el libelo, se llega a la conclusión de que la sentencia comprende todos los extremos de la demanda y no aparece en forma alguna que el sentenciador hubiese resuelto sobre materias ajenas a la controversia, ni se abstuvo de decidir sobre los que fueron objeto del litigio, ni dejó de fallar sobre las excepciones propuestas al contestar la demanda, ni condenó en más de lo pedido, que son los casos, como lo tiene establecido una constante jurisprudencia de la Corte en que puede proceder la infirmación del fallo acusado por error en la interpretación de la demanda.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Por libelo de fecha 15 de septiembre de 1954, presentado ante el Juez Civil del Circuito de Armenia, el señor Luciano Fernández, por medio de apoderado, demandó al señor Abraham Szpiegiel, para que previos los trámites del juicio civil ordinario, se hicieran contra dicho señor las siguientes condenaciones:

"a) Que el señor Abraham Szpiegiel está en la absoluta obligación de dar cumplimiento a lo pactado en el documento de permuta de fecha 6 de agosto de 1954, y conforme lo estipulado en él.

"b) Que el señor Szpiegiel es responsable de los perjuicios materiales causados a mi mandante Fernández, debido al incumplimiento del contrato de permuta que consta en el documento a que me vengo refiriendo.

"c) Que como consecuencia de las anteriores declaratorias el señor Abraham Szpiegiel, sea

condenado bajo apremios legales a otorgar a mi mandante Luciano Fernández, la correspondiente escritura, conforme lo estipulado en el documento de contrato, lo que deberá hacer en el término que Ud. fije en la sentencia.

"d) Que sea condenado, así mismo, el señor Abraham Szpiegiel a indemnizar a mi mandante Fernández de todos los perjuicios causados y resultantes de la infracción del contrato.

"e) Que subsidiariamente y si no se accediere a las condenaciones solicitadas, que se declare la nulidad de las letras que mi mandante firmó a favor de Szpiegiel por la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000.00) y sea condenado al pago de los perjuicios causados a consecuencia del incumplimiento del contrato de permuta de que hablo, regulación que se hará de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial".

Fundó su acción en varios hechos que pueden resumirse así:

a) Que por documento privado que lleva fecha 6 de agosto de 1954, Abraham Szpiegiel y Luciano Fernández, celebraron un contrato de permuta de varias propiedades, situadas en el Municipio de Armenia en el Departamento del Valle;

b) Al día siguiente de verificado el contrato Szpiegiel entregó a Fernández los inmuebles que se había comprometido a darle en permuta, y a su vez, Fernández entregó tres letras a favor de Szpiegiel por la suma de $ 20.000.00 moneda corriente;

c) Por medio de la cláusula séptima, los permutantes se comprometieron a otorgar la correspondiente escritura pública en la Notaría Tercera de Armenia, al vencimiento del plazo de quince días, contados desde la fecha del respectivo contrato;

d) De conformidad con lo estipulado en la cláusula séptima bis), Fernández concurrió a la Notaría para firmar la respectiva escritura pública, por la cual debería formalizarse el negocio de permuta celebrado por documento privado y no pudo llevarse a cabo el acto notarial, por no haber concurrido el demandado Szpiegiel, con lo cual violó el contrato y causó perjuicios al demandante.

Cumplidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado Civil del Circuito de Armenia por medio de sentencia de fecha 27 de octubre de 1955 decidió la litis en los siguientes términos:

"1º.—No se hacen las declaraciones pedidas por el demandante en su libelo de fecha quince de septiembre del año último de que se ha hecho mérito, ni se accede a las demás peticiones en él formuladas.

"2º.—Absuélvese al demandado de los cargos formulados en la demanda.

"3º.—Condénase en costas a la parte demandante".

No satisfecho el demandante con la anterior providencia, interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el cual por sentencia de fecha 26 de marzo de 1957, falló el recurso en los siguientes términos:

"1º.—El demandado Abraham Szpiegiel está en la obligación de dar cumplimiento a lo pactado en el documento de promesa de permuta firmado por él y el señor Luciano Fernández E., de fecha seis de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro en la ciudad de Armenia y conforme a lo estipulado en él;

"2º. Como consecuencia de la anterior declaratoria, tanto el demandado Szpiegiel como el demandante Fernández E. otorgarán la correspondiente escritura pública ante el Notario Tercero del Circuito de Armenia. Este otorgamiento tendrá lugar en forma coetánea dentro de los quince días comunes siguientes a aquel en que quede ejecutoriado el auto de "obedézcase y cúmplase". Si el último día del plazo fuere feriado se otorgarán al día siguiente.

"3º.—Se absuelve al demandado del pago de indemnización de perjuicios.

"4º.—Sin costas en las instancias"

Contra la anterior sentencia interpuso el recurso de casación el apoderado de la parte demandada, que le fue concedido, y una vez que fue admitido por reunir las condiciones legales ha llegado el momento de decidirlo, por hallarse cumplidas todas las formalidades propias de este recurso

DEMANDA DE CASACON

Tres cargos ha formulado el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cuales proceden a examinarse en su orden.

Primer cargo.

Lo formula el recurrente así:

"Acuso la sentencia recurrida por violación de la ley sustantiva, a virtud de infracción directa e indirecta, aplicación indebida e interpretación errónea, y como consecuencia de apreciación errónea de las pruebas".

Sustenta el anterior cargo el recurrente en los siguientes términos:

"Pero como quiera que el sentenciador en la

parte resolutiva de su fallo hizo caso omiso del artículo 1.609 del Código Civil, a pesar de haberlo transcrito, ello quiere decir, que el artículo 1.609 invocado por el propio sentenciador, fue quebrantado directamente por éste, por haberlo aplicado indebidamente al caso del pleito y por haber olvidado el contenido del mismo pasaje, pues si lo hubiera tenido en cuenta, no habría hecho el pronunciamiento que motiva el presente recurso"

La Corte considera:

La acción incoada por el actor tiende a obtener que mediante un fallo judicial el demandado sea obligado a cumplir lo pactado en el documento de promesa de venta de fecha 6 de agosto de 1954 e impropiamente llamado por el demandado como contrato de permuta. A obtener este resultado procesal se enderezan en resumen las súplicas formuladas en el respectivo Libelo y la controversia planteada ante el órgano jurisdiccional ha girado en todas sus instancias en torno a tal objetivo.

En nuestro régimen civil, com es sabido, la promesa de venta cuando reune, como en el presente caso, todos los requisitos prescritos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, es válida, y si bien es cierto que no genera aquélla derechos reales, sino meramente personales, también lo es que cuando no es cumplida oportunamente, otorga al acreedor los derechos consagrados en el artículo 1.610 del Código Civil, pues en el fondo es una obligación de hacer. Por ello dice acertadamente don Andrés Bello en su comentario sobre este particular:

"La promesa de celebrar un contrato es una obligación de hacer y está sujeta al artículo 1.610 del Código Civil". Y fue justamente la disposición que acaba de citarse la norma a la cual se ciñó el fallador para decidir el presente litigio, que no podía ser gobernado por el artículo 1.609 del Código Civil, pues, este artículo que consagra la "Exceptio non adipleti contractus", como un medio de defensa o una excepción dilatoria, como la llaman algunos autores, opera cuando pretende exigirse el cumplimiento de una obligación sin hallarse en condiciones de mora las partes vinculadas al convenio, y éste no es el caso de autos, pues como lo declararon enfáticamente los jueces de fondo en las motivaciones de sus respectivos fallos, el demandado no cumplió oportunamente con sus obligaciones contractuales. Al efecto, el Juez Civil del Circuito de Armenia, dice en la parte motiva de su sentencia de fecha 27 de octubre de 1955:

"Porque si bien el demandado no ha cumplido con sus obligaciones que contrajo por el contrato de promesa que celebró con el demandante y en que dicha letra o letras tuvieron su origen, tal contrato aunque incumplido conserva todo su vigor y no ha sido invalidado".

A su vez, el Tribunal de Pereira coincidiendo con la apreciación del Juez de primera instancia, dijo en forma categórica en la parte motiva de la sentencia recurrida:

"Quedan por consiguiente, comprobados los hechos que son fundamentales en esta litis: a) Que el demandado no ha cumplido con su obligación; y b) Que el actor se ha allanado a cumplir con la suya".

Fundáronse los jueces de instancia para hacer las anteriores declaraciones en la circunstancia de que el demandado no adujo durante la secuela del juicio, prueba alguna encaminada a demostrar que cumplió por su parte, lo estipulado en la promesa de venta. En cambio, el demandante adujo oportunamente a los autos varios elementos probatorios, que aunque deficientes, llevaron al ánimo del juzgador la convicción de que se había allanado a cumplir sus prestaciones contractuales.

Entre tales pruebas obra al folio 10 del expediente, el certificado expedido por el Notario 3º. del Circuito de Armenia y que es del tenor siguiente:

"Que durante varias veces y hasta las cinco de la tarde del día de ayer veinte de agosto de 1954, estuvo presente en esta Notaría el señor Luciano Fernández Echeverri, manifestando que aguardaba al señor Abrahom Szpiegiel para legalizar por escritura pública un contrato de promesa de venta que habían suscrito con fecha 6 de agosto en curso y que tenía por vencimiento la fecha indicada; es decir, que se presentaba a esta oficina porque por su parte estaba dispuesto a dar cumplimiento a lo pactado; y

"Que como quienes tenían que suscribir la escritura de venta al señor Szpiegiel, por ser los poseedores inscritos del inmueble prometido en venta, eran los señores Gustavo Angel M. y Rodrigo Mejía G., dichos señores también se hicieron presentes en la Notaría a mi cargo en horas hábiles de trabajo, manifestando dichos señores estar listos a firmar la respectiva escritura, siempre y cuando el contratante Szpiegiel se presentara al mismo fin y en la fecha pactada. El documento aludido y demás papeles los tuve presentes.

"En constancia firmo el presente hoy veintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

(Firmado) Ricardo Monsalve Duque".

En rigor, claro está, el anterior certificado no constituye un documento auténtico, tal como lo define el artículo 632 del Código Civil, pero por tal circunstancia, no hay razón, como lo hicieron los jueces de fondo, para negarle toda su eficacia probatoria pues se trata de una atestación enfática y no contradicha en ningún momento sobre un hecho procesal concreto efectuada por un ciudadano a quien debe presumirse veráz y honorable, máxime cuando dicho ciudadano por razón de las funciones que ejerce, es el depositario de la fé pública; es decir, se trata del dicho de un testigo de excepción.

Y si bien es cierto que de conformidad con lo prescrito en el artículo 696 del Código Judicial, la declaración de un testigo no forma plena prueba, no es menos cierto, como reza el mismo artículo que "aquella constituye una presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la claridad y sinceridad de su exposición". Por razones de orden doctrinal, esta Sala ha juzgado oportuno hacer las observaciones anteriores. Así las cosas, para la Corte resulta evidente, como resultó para el Tribunal, mediante la adopción de otro criterio probatorio, que el demandante hizo todo lo que estuvo a su alcance allanándose a cumplir la promesa de venta, como lo demuestra entre otros hechos, el haber concurrido a la Notaría respectiva el día convenido para otorgar y firmar la correspondiente escritura pública, cuyo acto notarial no se llevó a cabo porque el demandado no concurrió, como era su deber.

Siendo esto así, claro resulta el derecho del demandante para haber apremiado al demandado mediante esta acción, como lo prescribe la regla primera del artículo 1.610 del Código Civil, que aplicó correctamente al caso sub-lite el Tribunal de Pereira, el cual no podía dar aplicación por no ser pertinente, las normas que el recurrente ha considerado como infringidas en la sentencia recurrida.

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

Segundo cargo.

Este cargo lo hace consistir el recurrente, en los errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador, y que lo llevaron a infringir los artículos 1.609 y 1.610 del Código Civil. Mas como este asunto fue tratado al examinarse el primero de los cargos propuestos, por las razones allí expuestas, se considera improcedente este segundo motivo de impugnación a la sentencia.

Tercer cargo.

En resumen lo formula así el recurrente:

"Por error interpretativo de la demanda quebrantó el sentenciador directamente, el artículo 1.609 del Código Civil, porque olvidó la bilateralidad del contrato de promesa, base de la acción que el demandante no cumplió con las obligaciones a su cargo y que el allanamiento de que se habla en la demanda, al cumplirlas, es aparente y no real; y porque no aplicó el texto legal citado, al caso del pleito, como ha debido hacerlo".

La Corte considera:

Según consta en el respectivo libelo, el demandante formuló cinco súplicas, cuatro de ellas con carácter principal, y la última como subsidiaria. Las primeras, se concretan a pedir que el demandado sea obligado a cumplir lo pactado en el contrato de promesa de venta, de fecha 6 de agosto de 1954, debiéndosele apremiar legalmente para el otorgamiento de la correspondiente escritura y condenándosele al propio tiempo, al pago de los perjuicios causados al demandante por el incumplimiento contractual. La petición subsidiaria se encamina a obtener una declaración de nulidad de las letras por la suma de $ 20.000.00, que el demandante giró a favor del demandado como parte del precio de los inmuebles que prometiéronse vender al celebrarse la promesa referida.

En los anteriores términos que son claros, precisos y que no admiten ninguna clase de equívocos fué planteada la controversia, y fue sobre tales extremos sobre los cuales falló el Tribunal de Pereira, como puede verificarse, leyendo la parte resolutiva de su decisión anteriormente transcrita.

Y confrontando aquella parte resolutiva con las súplicas formuladas en el libelo, se llega fácilmente a la conclusión de que la sentencia comprende todos los extremos de la demanda y no aparece en forma alguna, que el sentenciador hubiese resuelto sobre materias ajenas a la controversia, ni se abstuvo de decidir sobre los que fueron objeto del litigio, ni dejó de fallar sobre las excepciones propuestas al contestar la demanda, ni condenó en más de lo pedido, que son los casos, como lo tiene establecido una constante jurisprudencia de la Corte en que puede proceder la infirmación del fallo acusado, cuando se im-

pugna por el motivo invocado por el recurrente.

Por las razones expuestas se rechaza el cargo.

* * *

FALLO:

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiséis (26) de marzo de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio ordinario iniciado por Luciano Fernández contra Abraham Szpiegiel.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

ELEMENTOS FUNDAMENTALES QUE CONFIGURAN LA ACCION DE DOMINIO. — QUIEN PUEDE ALEGARLA. — PARA EL EXITO DE TAL ACCION BASTA QUE EL ACTOR ADUZCA TITULOS QUE REVELEN SU PROPIEDAD EN EPOCA ANTERIOR A LA EN QUE COMENZO LA POSESION DEL DEMANDADO. — EFECTOS DE LA ACCION REIVINDICADORA

1.—La acción de dominio, a tenor del artículo 946 del Código Civil, está configurada por cuatro elementos fundamentales para que pueda prosperar. Son ellos: a) dominio del demandante; b) cosa singular reivindicable; c) posesión del demandado; y, d) identidad de la cosa que se reivindica con la poseída por el reo.

2.—La presunción de dominio expresamente establecida por el artículo 762 del Código Civil, no puede alegarla la parte que no tenga un título de propiedad igual o superior al exhibido por su contendiente en la litis.

3.—En la acción de dominio, el demandante sólo está obligado a presentar un título regular que revele su propiedad en época anterior a la en que se inició la posesión del demandado, sin que sea menester certificado de libertad expedido por el Registrador del Circuito.

4.—La sentencia que pone fin a la acción reivindicatoria, no reconoce al reivindicante dominio absoluto o erga omnes, sino que sus efectos procesales, se concretan al poseedor vencido, según lo establecido por una tradicional jurisprudencia de la Corte.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón)

ANTECEDENTES

Luis Yarce Macías, demandó ante el Juez Promiscuo del Circuito de Santo Domingo, a Jesús Mesa Díez, para que previos los trámites del juicio civil ordinario, se hicieran contra éste las siguientes declaraciones:

"a) Que soy dueño de los lotes de terreno individualizados y descritos en el numeral primero de la presente demanda;

"b) Que el demandado Jesús Mesa D. está en la obligación de devolverme o restituírme los mencionados lotes, inmediatamente quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al juicio que ahora se inicia;

"c) Que la devolución o restitución debe comprender los frutos naturales y civiles del bien descrito; y no sólo los percibidos sino los podidos percibir con administración diligente;

"d) Que el actual poseedor, señor Jesús Mesa D. es de mala fe;

"e) Que son de cargo del demandado los gastos que el juicio ocasione si se opone a las declaraciones solicitadas;

f) Que como consecuencia de la mala fé, el demandado en el momento de la restitución no podrá oponerse y que de hacerlo, su oposición no será oída".

Fundó su demanda en los siguientes hechos:

Que el demandante es dueño de los lotes de terreno, situados en el paraje de "San Miguel", Municipio de San Roque, lotes que se designan con los números 3 y 4 y comprendidos dentro de los linderos particulares que se detallan en el número primero de la demanda; que el predio distinguido con el número 3, lo adquirió por compra a la señora Petronila y Rosa Adela Cataño, según las escrituras números 138 de 23 de agosto de 1942, y 13 de 5 de enero de 1954, de las Notarías de San Roque y Santo Domingo, respectivamente; que el señor Mesa Díez es poseedor material de mala fé de los aludidos inmuebles, posesión que debe a la entrega que por error de hicieron las autoridades, y que al tiempo de ésta existían en el terreno mejoras de consideración que desaparecieron por extinción que de ellas hizo el contradictor.

Admitida la demanda se le corrió traslado al demandado, quien negó los hechos fundamentales de ella, se opuso a las declaraciones solicitadas y propuso la excepción de carencia de acción, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 329 del Código Judicial.

Cumplidos los trámites de la primera instan-

cia, el Juez Promiscuo del Circuito de Santo Domingo, por sentencia de fecha 1º. de diciembre de 1955, desató la litis no haciendo las declaraciones impetradas en la demanda y declarando no probadas las excepciones propuestas al contestarla.

No conforme con esta providencia la parte demandante recurrió en apelación al Tribunal Superior de Medellín, el cual, por sentencia de fecha 29 de octubre de 1956, revocó el fallo de primera instancia, declarando que el demandante era el dueño de los lotes marcados con los números 3 y 4 alinderados en la forma determinada en la parte resolutiva del fallo. Así mismo se condenó al demandado Jesús Mesa Díez a entregar a Luis Yarce Macías, una vez ejecutoriada la sentencia los mencionados lotes de terreno y al pago de sus frutos civiles y naturales a partir de la fecha de la notificación de la demanda.

Contra esta providencia interpuso el recurso de casación la parte vencida el cual le fue concedido y una vez admitido por la Corte, se procede a decidirlo por haberse cumplido todos los trámites legales.

DEMANDA DE CASACION

En dos capítulos distintos referentes a los lotes números 3 y 4, el recurrente ha formulado dos cargos contra la sentencia, los cuales proceden a examinarse.

Primer cargo.

Impugna el recurrente la sentencia por infracción de los artículos 946 y 950 del Código Civil, y por su incorrecta aplicación, por los errores de hecho en que incurrió el sentenciador, al no haber apreciado las pruebas sobre el juicio divisorio del predio general de San Miguel, y por haber aceptado que la escritura número 133 de 1942 (agosto 23) de la Notaría del Circuito de San Roque, acreditaba el dominio del actor sobre el lote número 3, a que se refiere la demanda, cuando tal instrumento se refiere a un lote distinto.

Examen de los cargos.

El actor del juicio, como ya se dijo, en los antecedentes de este fallo, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 946 del Código Civil, demandó a Jesús Mesa Díez, con el fin de que se declarase que el demandante es dueño de los inmuebles relacionados en el numeral primero de la demanda.

El demandante logró probar durante el término probatorio los cuatro elementos configurativos de la acción reivindicatoria, a saber: a) dominio del demandante; b) Cosa singular reivindicable; c) Posesión del demandado; y, d) Identidad de la cosa que se reivindica con la poseída por el reo. Así hubo de reconocerlo el Tribunal de Medellín, que dijo al respecto en la motivación de su fallo:

"Resulta así, que el demandante acreditó suficientemente los factores que integran la acción intentada, a saber: titularidad del derecho de dominio sobre los bienes reivindicables poseído por el demandado; precisa e inconfundible determinación de éstos, así en los títulos como sobre el terreno y por ende aquella debe prosperar".

A tal conclusión llegó el fallador después de un análisis del elenco probatorio y como resultado del cual, formóse la convicción judicial del derecho que asistía al actor del juicio y de la carencia de razón por parte del opositor, cuya presunción de dominio expresamente establecida por el artículo 762 del Código Civil, quedó desvirtuada durante la secuela del juicio al no haber logrado presentar un título de propiedad igual o superior al presentado por el actor del juicio, quien plenamente comprobó con la prueba prescrita por la ley, ser dueño de dos lotes de terreno, situados en el paraje de San Miguel, Municipio de San Roque, designados con los números 3 y 4, habiendo adquirido el primero por compra a Petronila y a Rosa Adela Cataño, según escritura número 133, de 23 de agosto de 1942, de la Notaría de San Roque, y el segundo, por compra a las mismas Catáños, según escritura número 13 de 5 de enero de 1954, de la citada Notaría

Pero es el caso de que el recurrente en su demanda sostiene que la primera de las escrituras antes citadas, no es título eficaz para la procedencia de esta acción reivindicatoria, porque en su sentir, los linderos generales del predio de San Miguel, determinados en el respectivo juicio divisorio, son completamente distintos a los que figuran en la escritura de venta hecha por las Catáños a Yarce Macías. Sentada esta premisa, deduce el recurrente, que el sentenciador incurrió en error de hecho al no haber apreciado la prueba documental del juicio divisorio seguido por José Antero Zuluaga y otros contra Juan N. Ortega, Nemesio Carmona, Adela, Petronila y Martín Ca-

taño, en cuyo juicio se hallan expresados los linderos generales del globo de terreno denominado "San Miguel".

En sentir de la Sala, no responde a la realidad procesal la afirmación del recurrente, pues, el sentenciador de Medellín, como consta en la motivación de su fallo tuvo en cuenta los elementos probatorios a que alude el demandante, especialmente las respectivas inspecciones oculares y dictámenes periciales llevados a cabo, para identificar los linderos del inmueble materia de este reivindicatorio, y fue en vista de tales pruebas como llegó a la siguiente conclusión. Dice así la sentencia:

"Que el predio denominado "San Miguel" al dividirse materialmente entre los comuneros, se parceló en cinco lotes distinguidos en el respectivo plano y en las hijuelas de adjudicación, con los números 1, 2, 3, 4 y 5; que los lotes números 1 y 2 fueron adjudicados en la partición a Martín, Carlos, Evangelina y Manuel Cataño y a Juan N. Ortega respectivamente y que fueron los que adquirió el demandado por escritura número 8.212; que los lotes 3 y 4 adjudicados en la misma partición a Petronila y Adela Cataño y a la señora Waldina Echeverri Z., respectivamente, los hubo el demandante por las mencionadas escrituras número 138 y 111 y que a pesar de éstos y debido a la mala alinderación general de que se ha hablado y que se hizo la escritura número 8.212, el contradictor Mesa Díez, es el poseedor de los cuatro lotes, que por otra parte han sido suficientemente singularizados e identificados en el proceso, entendiéndose por este último la demostración de que los inmuebles a que se contraen los títulos del actor y cuya reivindicación se solicita, son los mismos que él posee".

La operación de crítica llevada a cabo en los términos anteriores por el sentenciador y realizada con arreglo a los principios generales de la técnica probatoria y que además, se halla fundada en diversos elementos probatorios de singular eficacia legal, que obran en el proceso, es cuestión que escapa a la casación. Una operación de esta naturaleza no puede en sana lógica jurídica tacharse por error evidente de hecho, según normas jurisprudenciales vigentes.

Así, pues, habiendo el Tribunal encontrado que el demandante acreditó no sólo el dominio sobre los lotes que pretende reivindicar, mediante escrituras públicas debidamente registradas, y cuyos linderos fueron debidamente identificados en la inspección ocular llevada a cabo, sino los otros elementos esenciales del reivindicatorio, la sección incoada debía proceder en cumplimiento de los artículos 946 y 950 del Código Civil los cuales, lejos de haber sido violados, como dice el recurrente, fueron oportuna y eficazmente aplicados por el sentenciador.

Por las razones expuestas, no prospera el cargo.

Segundo cargo.

En el segundo capítulo de su demanda, el recurrente impugna el fallo por violación de los artículos 739, 946 y 950 del Código Civil, por no haberse apreciado la escritura pública número 6.510 de 25 de julio de 1950 de la Notaría Cuarta de Medellín, por la cual el demandante vendió a Ernesto López de Mesa un lote de la finca denominada "El Guanábano", ubicada en jurisdicción del Municipio de San Roque, y por no haberse apreciado el certificado de libertad expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Santo Domingo.

La Corte observa:

Ciertamente, el sentenciador en la motivación de su fallo pretermitió el examen probatorio de los documentos aludidos, pero tal omisión no justifica por sí sola la infirmación de la sentencia. En realidad, la cuestión suscitada ahora por el recurrente constituye un medio nuevo de casación, pues en ningún momento del litigio fue planteado ni discutido tal asunto. No obstante, la Corte juzga oportuno hacer las siguientes consideraciones:

En cuanto a la precitada escritura número 6.510 no coinciden los linderos en ella expresados, con los mencionados en la demanda. Se trata, como lo dice el propio recurrente, y lo hace constar el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Santo Domingo, de la venta de un lote o parcela incluído dentro del bien que pretende reivindicarse. Mas esta circunstancia no enerva ni puede enervar la acción, pues aun suponiendo que dentro del lote objeto de la reivindicación hubiere algún otro dueño, sería éste, quien tendría interés jurídico para reclamarlo, y no el demandado que carece de dicho interés. Sabido es que la sentencia que pone fin a la acción reivindicatoria no reconoce al reivindicante dominio absoluto o erga-omnes, sino que sus efectos procesales, se concretan al poseedor vencido, según lo establecido por una tradicional jurisprudencia de la Corte.

En cuanto hace relación al certificado de libertad expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Santo Domingo, conviene advertir, que tanto dicho certificado, que obra a los folios 12 y 13 del cuaderno número

1, como el que corre a los folios 10 y 11 del mismo cuaderno, fueron ambos presentados simultáneamente con la demanda, se hallan ambos expedidos con la misma fecha, son originarios de la misma Oficina de Registro, y se refieren a un mismo inmueble.

En el primero de los citados certificados, consta que se hizo debidamente la inscripción de la escritura número 111 de 17 de mayo de 1937, de la Notaría de Santo Domingo, por la cual José Antero Zuluaga y Waldina Echeverri, vendieron a Luis Yarce Macías el lote número 4 (finca El Guarábano). Y fue justamente, basado en dicho título, como el sentenciador reconoció a Luis Yarce Macías como dueño del inmueble que pretende reivindicar, según consta del siguiente pasaje de la sentencia:

"Lote número cuatro.—En la partición que del predio general de "San Miguel" llevó a cabo el señor Félix Cataño, le correspondió y fue adjudicado a los cónyuges José Antero Zuluaga y Waldina Echeverri el lote número 4, inmueble que ellos vendieron al señor Luis Yarce Macías, por escritura número 111, de 17 de mayo de 1937, de la Notaría del Circuito de Santo Domingo, que en copia se presentó con la demanda. Por esta compraventa como título y la consiguiente tradición como modo, el demandante se hizo dueño del lote, y su posesión, sin embargo, la mantiene el demandado".

En sentir de la Corte, al darle el Tribunal en los términos antes transcritos, eficacia legal a la citada escritura, obró con arreglo a la ley, porque el artículo 756 del Código Civil establece que la tradición del derecho de dominio se ejecuta por medio de la inscripción del título en la oficina de registro de Instrumentos Públicos.

Ahora bien, en cuanto dice relación al segundo de los certificados citados, declara con fecha 23 de abril de 1954, el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, lo siguiente:

"Que el señor Luis Yarce Macías sigue siendo el poseedor inscrito del bien de que trata el certificado primitivo, ya que dicha adquisición no ha sido cancelada por ninguno de los medios de que trata el artículo 789 del Código Civil".

Como se advertirá, los elementos probatorios que dejó de apreciar el Tribunal concurren a demostrar, que subsiste la posesión inscrita a favor del demandante, sobre el inmueble objeto de la reivindicación, y en consecuencia de ello, el demandado no ha adquirido la posesión de dicho inmueble, como lo prescribe expresamente el artículo 789 del Código Civil, a cuyo ordenamiento se atuvo el Tribunal. Por este aspecto, carece de fundamento el recurrente, cuando impugna el fallo por violación del artículo citado.

En realidad, los certificados del Registrador a que se ha hecho mención no eran esenciales para la comprobación del derecho de dominio del demandante, pues la ley no exige la exhibición de tales documentos en tratándose de la acción de dominio, en la cual, el demandante sólo está obligado a presentar, como al efecto lo hizo en el caso sub-lite, un título regular que revele su propiedad en época anterior a la en que se inició la posesión del demandado. Acertadamente, así lo dijo el Tribunal en la sentencia recurrida, y llegó a la conclusión de que como el actor del juicio había acreditado plenamente, los presupuestos procesales configurativos de la acción reivindicatoria, consagrada en los artículos 946 y 950 del Código Civil debían despacharse favorablemente las peticiones principales de la demanda, no sólo por haber sido probados los hechos fundamentales del libelo, sino por ser aquellas compatibles con la acción intentada. Así las cosas, no aparece que se hayan violado por ningún aspecto, los artículo 946 y 950 del Código Civil, los cuales sin razón alguna, dice el recurrente, fueron infringidos en el fallo que ha sido materia de este recurso.

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

* * *

FALLO:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintinueve (29) de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario iniciado por Luis Yarce Macías contra Jesús Mesa Díez.

No hay costas en el recurso.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

LA PRESCRIPCION QUINQUENAL DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 200 DE 1936.— POSESION AGRARIA QUE DEBE PROBAR EL ACTOR PARA QUE PROSPERE ESTA ACCION DE PERTENENCIA. — AGREGACION DE POSESIONES

1.— La prescripción de cinco años que consagra el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, se refiere a terrenos apropiados pero no explotados económicamente por sus dueños, que son ocupados por personas deseosas de buscar una forma estable de vida y los explotan económicamente. Es la consagración del derecho del trabajo con el "título del hecho", mas para invocar tal título se exigen por la disposición mencionada dos condiciones:

a)—Que el terreno de que se trata, no era objeto de una explotación económica en la época en que inició la explotación el ocupante; y

b)—Que el globo general del cual forma parte el terreno poseído, no estaba en el momento de iniciarse la ocupación demarcado por cerramientos artificiales, ni existían en él señales inequívocas de las cuales apareciera que era de propiedad particular.

Lo primero, porque si el lote había sido ya explotado, digamos abierto y cultivado, no se puede hablar del "título del hecho" ni del derecho del trabajo; y lo segundo, porque si el colono encontraba señales inequívocas de apropiación privada no podía considerarse de buena fé al iniciar la ocupación o al recibir las mejoras de otros; y, en el hecho, no podía existir la creencia de tratarse de terrenos baldíos, como lo indica la norma citada, en el ocupante, o en el adquirente de las mejoras.

El artículo 12 de la Ley 200 fue reglamentado por medio de los artículos 46 y 47 del Decreto 59 de 1938. La primera de estas disposiciones indica que la prescripción quinquenal puede hacerse valer por vía de acción o de excepción, según el caso, y que para demostrar que se ha realizado aquélla no basta probar la posesión de que trata el Código Civil, sino una posesión traducida en explotación económica del suelo consistente en hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica, sin que sea suficiente la construcción de edificios o el cerramiento o cerca del terreno.

El artículo 47 atiende a la forma probatoria y contempla dos casos:

I)—Ni el lote sobre el cual se pretende la declaratoria de prescripción, ni el globo del cual forma parte el primero, deben presentar cerramientos artificiales ni señales que demuestren en forma inequívoca la apropiación por otros. Si existen tales medios de convicción no puede invocarse la prescripción y el que se acoge a ella está obligado a probar la inexistencia de esos medios inequívocos de que el terreno es de propiedad privada.

II. — Si no se prueba la inexistencia de cerramientos o señales de apropiación en el curso del juicio y si se prueba que existen con relación al globo general apropiado del cual hace parte el ocupado por el que invoca la prescripción, debe aparecer que el ocupante o el que recibe por título traslaticio de dominio las mejoras, ha procedido de buena fé.

En otros términos, probando la existencia de señales de apropiación la buena fé se presume. Si no se prueba tal inexistencia o el opositor demuestra que existen esas señales respecto del globo principal no cabe la buena fé en el poseedor.

2.—El artículo 12 de la Ley 200 de 1936, no limitó el derecho a gozar del beneficio de la prescripción adquisitiva especialísima en exclusivo favor del primitivo poseedor que lo ha ocupado de hecho sino que, por el contrario, se siguen en estas materias los principios del Código Civil de que hablan los artículos 778 y 2.521 de allí.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veinte de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

ANTECEDENTES DE JUICIO

Ante el Juzgado del Circuito de Ciénaga, presentó demanda el señor Luis R. Asendra contra el señor Pablo García Franco para obtener las siguientes declaraciones:

"A). Que mi mandante señor Luis R. Asendra, con posesión y explotación económica de las tierras identificadas en el hecho 1. de la demanda, se encuentra bajo el amparo del artículo 4. de la Ley 200 de 1936 y demás disposiciones pertinentes;

"B). Que a más de ello, pertenecen a mi mandante, por prescripción adquisitiva, las tierras materia de esta demanda, según se dispone en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936;

"C). Que el señor Pablo García Franco debe pagar los gastos de este juicio, en caso de oposición.

Los hechos de base se resumen así: Luis Ramón Asendra, en virtud de diversas y sucesivas adquisiciones, es poseedor y cultivador de varios lotes o globos de terreno, situados en el Corregimiento de Riofrío, región de Varela, Municipio de Ciénaga en el paraje de "Las Playitas" los cuales tienen en conjunto 80 hectáreas. Estas tierras empezaron a ser poseídas y explotadas económicamente desde hace algo más de veinte años por diversos cultivadores, de quienes adquirió Asendra los respectivos derechos por compras, bien a ellos mismos, bien a personas que las habían recibido de aquéllos por títulos traslaticios de dominio, continuando el actor la posesión y explotación económica, la que viene haciendo desde fecha anterior a la vigencia de la Ley 200 de 1936 y cubren un período no solamente de cinco años, sino de veinte o más con plantaciones, sementeras, frutos de pan-coger, algodón, cría y levante de ganados etc.

Ultimamente el señor Pablo García Franco ha querido perturbar e interrumpir la tranquila posesión de esas tierras, alegando ser dueño de ellas y tratando de obtener para su pretendido derecho la protección y tutela de la autoridad policiva.

El señor Juez en sentencia fechada el 20 de mayo de 1955, decidió que el demandante ha adquirido por prescripción el derecho de dominio sobre los tres globos de terreno mencionados en los literales a) y b) y c) del hecho primero de la demanda, negó respecto del cuarto, señalado bajo la letra d) y condenó en costas al demandado.

Este fallo fue revocado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santamarta en sentencia del 21 de junio de 1956 en la parte favorable al demandante y la confirmó en el resto.

DEMANDA DE CASACION:

Contra esta providencia se alzó en casación el señor Asendra, recurso que fue otorgado y al cual se le ha dado la tramitación de regla, siendo llegada la oportunidad de que la Corte falle.

Dos son los cargos que formula el demandante en casación con base en la causal primera del artículo 520. Se pasa a su examen en el respectivo orden.

"PRIMER CARGO-CAUSAL PRIMERA (artículo 520-1 Código Judicial).

"Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta de ser violatoria por infracción directa —falta de aplicación— del artículo 12 de la Ley 200 de 1936 y de los artículos 46 y 47 del Decreto 59 de 1938, reglamentario de esa ley; y por aplicación indebida de los artículos 2.528, 2.532 (Ley 50 de 1936) y 778 del Código Civil.

El cargo lo vincula específicamente el recurrente a los siguientes considerandos de la sentencia acusada, que sirvieron de base para negar la prescripción quinquenal que consagra el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, dicen:

"De todo lo anterior se obtiene la clara conciencia de que el Legislador de 1936, creó la prescripción adquisitiva especialísima del artículo 12 del Estatuto Agrario en favor del ocupante de hecho, del primitivo poseedor, en quien hace radicar la presunción de buena fé, y sólo en él, como fundamento de la referida prescripción adquisitiva de dominio".

"El ocupante de hecho que no haga uso de las facultades que le concede el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, porque hubiere vendido esas mejoras, por ejemplo, antes del vencimiento de los cinco años no convierte al comprador en usucapiente o prescribiente de él, a menos que éste demuestre la buena fé del ocupante de hecho, puesto que al adquirir el comprador mediante un título de venta, entra a poseer ese mismo bien inmueble en calidad de poseedor regular, según el Código Civil, y sólo podría hacer uso de la prescripción como acción real, cuando llenara esos requisitos, al cabo de diez años, o al de veinte, conforme a la Ley 50 de 1936, si prefiere apelar a la extraordinaria".

SE CONSIDERA:

La prescripción de cinco años que consagra el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, se refiere a terrenos apropiados pero no explotados económicamente por sus dueños, que son ocupados por personas deseosas de buscar una forma estable de vida y los explotan económicamente. Es la consagración del derecho del trabajo con el "título del hecho", mas para invocar tal título se exigen por la disposición mencionada dos condiciones:

a) Que el terreno de que se trata, no era objeto de una explotación económica en la época en que inició la explotación el ocupante; y,

b) Que el globo general del cual forma parte el terreno poseído, no estaba en el momento de iniciarse la ocupación demareado por cerramientos artificiales, ni existían en él señales inequívocas de las cuales apareciera que era de propiedad particular.

Lo primero, porque si el lote había sido ya explotado, digamos abierto y cultivado, no se puede hablar del "título del hecho" ni del derecho del trabajo; y lo segundo, porque si el colono encontraba señales inequívocas de apropiación privada nó podía considerarse de buena fé al iniciar la ocupación o al recibir las mejoras de otros; y, en el hecho, no podía existir la creencia de tratarse de terrenos baldíos, como lo indica la norma citada, en el ocupante, o en el adquirente de las mejoras.

El artículo 12 de la Ley 200 fue reglamentado por medio de los artículos 46 y 47 del Decreto 59 de 1938. La primera de estas disposiciones indica que la prescripción quinquenal puede hacerse valer por vía de acción o de excepción, según el caso, y que para demostrar que se ha realizado aquélla no basta probar la posesión de que trata el Código Civil, sino una posesión traducida en explotación económica del suelo consistente en hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica, sin que sea suficiente la construcción de edificios o el cerramiento o cerca del terreno.

El artículo 47 atiende a la forma probatoria y contempla dos casos:

I.—Ni el lote sobre el cual se pretende la declaratoria de prescripción ni el globo del cual forma parte el primero, deben presentar cerramientos artificiales ni señales que demuestren en forma inequívoca la apropiación por otros. Si existen tales medios de convicción no puede invocarse la prescripción y el que se acoge a ella está obligado a probar la inexistencia de esos medios inequívocos de que el terreno es de propiedad privada.

II.—Si no se prueba la inexistencia de cerramientos o señales de apropiación en el curso del juicio y si se prueba que existen con relación al globo general apropiado del cual hace parte el ocupado por el que invoca la prescripción, debe aparecer que el ocupante o el que recibe por título traslaticio de dominio las mejoras, ha procedido de buena fé.

En otros términos, probando la inexistencia de señales de apropiación la buena fé se presume. Si no se prueba tal inexistencia o el opositor demuestra que existen esas señales respecto del globo principal, no cabe la buena fé en el poseedor.

En concepto de la Corte, el artículo 12 de Ley 200 de 1936, no limitó, como lo dice el fallo del Tribunal en uno de los apartes copiados, el derecho a gozar del beneficio de la prescripción adquisitiva especialísima en exclusivo favor del primitivo poseedor que lo ha ocupado de hecho sino que, por el contrario, se siguen en estas materias los principios del Código Civil que hablan los artículos 778 y 2.521 de allí.

Erró, por consiguiente, el Tribunal al no dar aplicación a las mencionadas disposiciones citadas en el párrafo anterior al caso del litigio.

Estando probada una causal de Casación suficientemente para infirmar la sentencia en su totalidad, no hay lugar a entrar a considerar las restantes.

SENTENCIA DE SUSTITUCION:

El fallo de primer grado que fué revocado por el Tribunal del Distrito Judicial de Santa Marta, contiene para la Corte todos los elementos que, conforme a la dirección del pensamiento de la misma, deben estructurar el fallo que se impone en el caso de la litis, pues el señor Juez del Circuito de Ciénaga apreció en debida forma las pruebas que establecen que el señor Asendra ha venido poseyendo de buena fé por un término mayor de cinco años los lotes de que trata la demanda, que ha continuado mejorándolos y que no hay ninguna circunstancia excluyente de los contenidos en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936 y 46 y 47 del Decreto 59 de 1938, que la reglamenta, que impida declarar la prescripción especialísima quinquenal.

El opositor frente al cargo relacionado expone la idea de que solamente puede aprovecharse de la prescripción quinquenal el primer ocupante de hecho y nó los que han recibido de él su derecho por actos de transmisión invoca la doctrina

de que solamente ese ocupante de hecho goza de la presunción de buena fé, pero como precisamente la infirmación del fallo se basa en que la Corte rechaza esas teorías, considerándolas contrarias al texto de la ley y sobre ello versa el estudio que contiene esta sentencia no es el caso de repetirla.

Por tanto, 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 materia del recurso y en su lugar resuelve:

1º. Declárase que Luis R. Asendra ha adquirido por prescripción el derecho de dominio sobre los siguientes inmuebles situados en el Municipio de Ciénaga corregimiento de Riofrío, región de Varela en el sitio conocido con el nombre de "Las Playitas", Departamento del Magdalena.

a). Un globo de terreno alindado así: Por el Norte con propiedades de los señores Alfredo Cruz, Desiderio Jiménez, Luis Quintero, Benilda Barranco y Pablo García Franco; por el Sur propiedades de Rafael Capdevila, José María Meneses, antes de José A. Monsalvo y Abraham Hussid; por el Este, carretera de por medio, tierras de Pablo García Franco y del mismo Asendra; por el Oeste propiedades de Alfredo Ruiz y Nelson Ariza".

b). Un globo de terreno así alinderado: "Por el Norte, propiedad de Nelson Ariza; por el Sur, propiedades de Jorge Fergusson y Rafael Capdevila; por el Este, propiedad de Rafael Capdevila; y por el Oeste, propiedad de Pablo García Franco.

c). Un globo de terreno, alinderado así: "Por el Norte, Pablo García Franco y Angel Carrillo; por el Sur, Desiderio Jiménez, Luis Quintero y Benilda Barranco; por el Este, Angel Carrillo y Pablo García Franco, camino viejo de los indios en medio; y, por el Oeste, Pablo García Franco y Desiderio Jiménez".

2º. No se accede a hacer la misma declaración con respecto al lote número 4, situado en la misma región, con estos linderos: "Por el Norte, Sur y Este, tierras de Pablo García Franco y por el Oeste, carretera en medio, tierras de Luis R. Asendra.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez— Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

POR EL SOLO HECHO DE TENER LA POSESION MATERIAL DE UNA COSA, CUALQUIERA QUE SEA EL ORIGEN Y NATURALEZA DE AQUELLA, NO SE PUEDE ALEGAR QUE SE HAYA CONSOLIDADO PLENA Y LEGITIMAMENTE EL DOMINIO EN CABEZA DE QUIEN POSEE, MERCED A PRESUNCION ALLI ESTABLECIDA. — LAS HIJUELAS FORMADAS EN PARTICIONES MATERIALES Y NOMINALES DE BIENES, SIN LOS TITULOS DE ADQUISICION DEL CAUSANTE, SON INSUFICIENTES PARA PROBAR EL DOMINIO DEL REIVINDICANTE, EXCEPTO CUANDO LA CONTRAPARTE NO PRESENTA TITULO ALGUNO INSCRITO ANTERIOR A DICHAS HIJUELAS. — SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS MIENTRAS NO SEAN CONTRARIAS A LA EVIDENCIA. — AL POSEEDOR CORPORE-ALIENO NO PUEDE RECONOCERSELE COMO LEGITIMO DUEÑO. — MEDIO NUEVO DE CASACION

1.—El Derecho Civil Colombiano contiene una serie de disposiciones que forman un coherente sistema jurídico encaminado a proteger eficazmente la posesión, porque sin ella no podría garantizarse debidamente el derecho de propiedad. Entre tales disposiciones, se halla el artículo 762 del Código Civil, que consagra la presunción de dominio a favor del poseedor. Pero tal ordenamiento jurídico, no puede interpretarse en forma absoluta, y en cuanto a la presunción allí establecida, es de carácter legal (artículo 66, Código Civil), es decir, admite prueba en contrario para desvirtuarla. Precisamente, es por ello, que el inciso 2º del precitado artículo 762, deja a salvo los derechos del verdadero dueño, para que los pueda hacer efectivos mediante los medios procesales respectivos.

Se ha dicho que el principio consagrado en el artículo 762 no es de carácter absoluto, esto es, que por el mero hecho de tener la posesión material de una cosa, cualquiera que sea el origen y naturaleza de aquélla, no se puede alegar que se haya consolidado plena y legítimamente el dominio en cabeza de quien posee, merced a la presunción allí establecida. Bien enseñan por ello, las normas legales y jurisprudenciales, que una cosa es la posesión efectiva, es decir, la posesión legal; y otra, la mera tenencia material de la cosa. Y cuando surge conflicto sobre aquella posesión, y apareciere el verdadero dueño oponiendo un título eficaz a quien materialmente posee, desaparece ipso-jure la presunción legal de dominio que ampara al poseedor, en virtud del artículo ya citado, en cuyo caso, la ley desplaza toda su acción protectora para garantizar los derechos del legítimo titular del bien disputado.

2. — La jurisprudencia ha considerado tradicionalmente, que las hijuelas formadas en particiones materiales y nominales de bienes, sin los títulos de adquisición del causante, son insuficientes para probar el dominio del reivindicante.

Por razones de orden doctrinal la Sala juzga oportuno hacer la siguiente aclaración:

Dichas hijuelas sacadas de particiones materiales y nominales, como título de propiedad, tienen eficacia legal, cuando la parte demandada no presenta título alguno inscrito anterior a dichas hijuelas. Esta declaración está en un todo de acuerdo con la doctrina de la Corte que se halla consignada en numerosos fallos, uno de los cuales corre publicado en la GACETA JUDICIAL número LXXX, página 512.

3.—El sentenciador goza, de acuerdo con nuestro régimen procedimental y con la jurisprudencia de la Corte, de libertad de criterio para estimar y enjuiciar las pruebas aportadas al juicio, siguiendo las reglas de la sana crítica y la tarifa legal. De conformidad con lo expuesto, no le es dado a la Corte proceder a una nueva calificación probatoria en el recurso, salvo haberse demostrado error de derecho o evidente error de hecho que hayan incidido en la violación de la ley sustantiva.

4.— Si del acervo probatorio producido por la parte demandada emerge como ésta sabe el inmueble cuyo dominio se pretende, un título precario de posesión, mal puede pretender que se le reconozca como legítima dueña, ya que no cabe tal reconocimiento cuando el demandado está poseyendo corpore-alieno. Además, quien está poseyendo a nombre ajeno y se niega a restituirlo a su legítimo dueño, se convierte, como dicen los civilistas, en detentador de la cosa cuya situación jurídica, según Planiol y Ripert, es completamente definida y distinta en sus consecuencias jurídicas, de la verdadera posesión.

Siendo la demandada poseedora material del inmueble, pero a nombre y lugar de su verdadero dueño, su tenencia no puede convertirse en posesión ni en tales condiciones puede prosperar la excepción de prescripción extraordinaria, por no concurrir las dos circunstancias exigidas para ello en el artículo 2.531 del Código Civil.

5.—Cuando la cuestión propuesta por el recurrente no fue planteada, ni alegada ante los Jueces de instancia, en casación constituye un medio nuevo. Este recurso extraordinario no brinda dentro de su técnica, dentro de su reglamentación taxativa, oportunidad para alegar y decidir sobre extremos que no fueron oportunamente propuestos ni alegados.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Sixta Tulia Reyes de Montoya, por medio de apoderado, demandó ante el Juez Civil del Circuito del Espinal a Belisario Mogollón y Marco Tulio Mogollón, Flaminio Mogollón y Francisca Mejía de Mogollón, para que previos los trámites del juicio civil ordinario de mayor cuantía, se hicieran contra las personas nombradas las siguientes declaraciones:

Primera.—Que la demandante es dueña de un inmueble situado en la fracción de "Talura", en el Municipio del Espinal, de siete hectáreas aproximadamente de extensión, junto con las mejoras allí establecidas y alinderado en la forma expresada en el respectivo libelo de demanda.

Segunda.—Que por consiguiente, los demandados están obligados a restituir a la demandante el referido inmueble dentro del término que se fije en la sentencia.

Tercera.—Que los demandados deben pagar a la actora los frutos naturales y civiles.

Cuarta.—Que los demandados deben pagar la cantidad que señale la sentencia o la que posteriormente se fije por la vía indicada en el artículo 553 del Código Judicial, por concepto de los aludidos frutos naturales y civiles.

Quinta.—Que el pago de las mejoras establecidas con posterioridad al 22 de febrero de 1954, se hará a los demandados considerándolos de mala fé, quienes a la vez, deben pagar las costas del juicio.

Fundó la acción en varios hechos, que pueden resumirse así:

a) La demandante Sixta Tulia Reyes de Montoya, es dueña del inmueble que pretende reivindicar por adjudicación que se le hizo en la partición de bienes de Fernando Reyes, protocolizada en la Notaría del Espinal, por medio de la escritura pública número 434 de 26 de agosto de 1953 de la Notaría del Espinal.

b) Fernando Reyes adquirió la mencionada finca por escritura pública número 567 de 28 de octubre de 1905, consta además que, tanto la demandante como el anterior propietario del inmueble lo venían ocupando con el ánimo de dueño y su posesión la venían ejerciendo por intermedio de su arrendatario Emiliano Mogollón, quien edificó en el precitado lote una casa de habitación, y estableció allí algunas mejoras que le fueron vendidas por el citado Mogollón a la demandante, según reza la escritura número 63 de 22 de febrero de 1954 de la Notaría del Espinal.

c) A partir del 22 de febrero de 1954, los demandados desconociendo el dominio del demandante, entraron a ocupar sin título alguno el inmueble en cuestión, y se han negado a restituirlo a la demandante.

En derecho fundó su acción en el artículo 947, 948 y demás concordantes del Código Civil. Admitida la demanda se dió traslado de ella a los demandados, habiéndola contestado tres de ellos: Francisco, Belisario y Marco Tulio, por medio de procurador, quien se opuso a la acción, negando los hechos 3º., 4º., 5º., 7º. y 8º. del respectivo libelo, y además propuso la excepción de prescripción adquisitiva del dominio.

Cumplidos los trámites de primera instancia, el Juzgado del Espinal, desató la litis, por medio de sentencia de fecha 24 de julio de 1956, accediendo a las súplicas de la demanda.

La parte vencida ocurrió en apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el cual, por sentencia de fecha 1º de abril de 1957, confirmó la sentencia de primer grado, y contra el fallo del Tribunal el apoderado de la parte demandada, interpuso el recurso de casación que le fue concedido y procede a resolver por hallarse cumplidos todos los trámites de rigor.

DEMANDA DE CASACION

Dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, los cuales proceden a estudiarse.

Primer cargo.

Lo formula el recurrente en los siguientes términos:

"La sentencia de segundo grado, da por probado plenamente el derecho real de dominio a favor de la demandante, por considerar que ésta demostró plenamente su calidad de poseedora del inmueble reivindicado, en virtud de la presunción de dominio consagrada a favor del poseedor en el inciso 2º. del artículo 762 del Código Civil".

Al dar por establecido tal hecho, el Tribunal dice el recurrente, violó por aplicación indebida el artículo 946 del Código Civil.

Consideraciones de la Corte.

El juicio incoado por la demandante Sixta Tulia Reyes de Montoya, tiene por objeto obtener, se le declare judicialmente dueña del terreno y mejoras del inmueble rural ubicado en la fracción de "Talura", Municipio del Espinal, y pide se condene a los demandados a su restitución.

Según los términos de la demanda se ha ejercitado la acción de dominio consagrada en el artículo 946 del Código Civil, la cual, en este caso, está constituída por dos elementos, a saber: uno petitorio o declarativo del carácter de dueño de la cosa que se reivindica; y otro restitutorio que dice relación al demandado.

Planteada la controversia en estos términos, correspondía al actor del juicio probar los cuatro elementos configurativos de la acción reivindicatoria, y ellos fueron procesalmente establecidos, como hubieron de reconocerlo los jueces de instancia, y por tal motivo, prosperaron las súplicas impetradas por el demandante en su respectivo libelo.

El recurrente acusa la sentencia de segundo grado afirmando que por evidentes errores del sentenciador en la apreciación de las pruebas, se reconoció a la demandante su condición de dueña del inmueble objeto de esta acción, y al efecto, menciona algunas de las pruebas que en su concepto, fueron indebidamente apreciadas, con lo cual se violó indirectamente el inciso 2º. del artículo 762 del Código Civil, y se aplicó indebidamente el artículo 946 de la citada obra.

En primer término dice el recurrente:

"En el fallo acusado, el juzgador nada dice sobre el hecho 8º de la demanda, ni sobre su valor probatorio. Esta omisión en el estudio de esa prueba de confesión, implica un error de hecho en la apreciación de la prueba, por cuanto existiendo en el proceso, no la tuvo en cuenta, la omitió injustificablemente".

El hecho octavo a que alude el recurrente, dice así:

"Que a partir del 22 de febrero de 1954, los demandados, Belisario, Marco Tulio, Flaminio, Demetrio Mogollón y Francisca Mejía de Mogollón, entraron a ocupar este inmueble, negándose a restituirlo al demandante, desconociendo su dominio y ejercitando actos de posesión material sobre el mismo, con ánimo de señor y dueño".

Para el recurrente el anterior hecho tal como fue formulado equivale a una confesión judicial de la demandante, quien expresamente declaró ser los demandados quienes como poseedores del inmueble en cuestión estaban ejerciendo sobre él verdaderos actos de dominio.

La errónea interpretación dada por el recurrente al hecho octavo de la demanda lo condujo a darle a lo allí declarado una consecuencia procesal que realmente no tiene pues en tratándose, como se trata, de un juicio reivindicatorio, constituye factor esencial del presupuesto de la acción el hecho de que el bien que pretende reivindicarse se halle en posesión del demandado o demandados, y por ello, lógica resulta la afirmación que al respecto hizo el actor sobre este particular en su libelo. Y tan no desconoció este hecho el Tribunal que lo dió por establecido entre otras razones, porque implícitamente, dice el juzgador, lo aceptaron los demandados al contestar el traslado legal de la demanda. Por este aspecto no tiene fundamento la impugnación formulada.

Dice además el recurrente:

"Al configurar a la demandada Francisca Mogollón como arrendataria o como tenedora, o como poseedora precaria, según el Tribunal, se le

desconoció el derecho de invocar una posesión verdadera, (Animus domini et corpus) y se le desconoció el derecho de que se le presumiera dueña, según el artículo 762, inciso 2º. del Código Civil, se le aplicaron indebidamente los artículos 777 y 780 del Código Civil y se le dió éxito a la acción de dominio contra ella". Sobre el particular la Corte observa:

El Derecho Civil Colombiano contiene una serie de disposiciones que forman un coherente sistema jurídico encaminado a proteger eficazmente la posesión, porque sin ella no podría garantizarse debidamente, el derecho de propiedad. Entre tales disposiciones, se halla el artículo 762 citado por el recurrente y que consagra la presunción de dominio a favor del poseedor. Pero tal ordenamiento jurídico, no puede interpretarse en forma absoluta, como lo pretende el recurrente, y en cuanto a la presunción allí establecida, es de carácter legal (artículo 66, Código Civil), es decir, admite prueba contraria para desvirtuarla. Precisamente, es por ello, que el inciso 2º del precitado artículo 762, deja a salvo los derechos del verdadero dueño, para que los pueda hacer efectivos mediante los medios procesales respectivos, que es en resumen, lo que en el litigio que se estudia ha hecho la demandante al promover esta acción.

Se ha dicho que el principio consagrado en el artículo 762 no es de carácter absoluto, esto es, que por el mero hecho de tener la posesión material de una cosa, cualquiera que sea el origen y naturaleza de aquella, no se puede alegar que se haya consolidado plena y legítimamente el dominio en cabeza de quien posee, merced a la presunción allí establecida. Bien enseñan por ello, las normas legales y jurisprudenciales, que una cosa es la posesión efectiva, es decir, la posesión legal; y otra, la mera tenencia material de la cosa. Y cuando surge conflicto sobre aquella posesión, y apareciere el verdadero dueño oponiendo un título eficaz a quien materialmente posee, desaparece ipso-jure la presunción legal de dominio que ampara al poseedor, en virtud del artículo ya citado en cuyo caso, la ley desplaza toda su acción protectora para garantizar los derechos del legítimo titular del bien disputado. Así lo entendió el sentenciador y por ello, una vez que hubo formado con las pruebas aducidas al proceso la convicción judicial de ser la demandante la legítima dueña del inmueble en cuestión ordenó su restitución dándole en esta forma cumplimiento a las normas sustantivas, que el recurrente considera sin fundamento fueron infringidas. Por este aspecto no tiene fundamento la impugnación formulada.

Como ya se dijo en los antecedentes de este fallo, la demandante para probar su propiedad en el predio del litigio adujo como prueba la escritura pública número 434 de 26 de agosto de 1953, de la Notaría del Espinal en que consta la adjudicación que se le hizo en la sucesión de Fernando Reyes Vera, quien a su vez, adquirió el mencionado lote por escritura de fecha 28 de octubre de 1905 de la Notaría del Guamo. Ciertamente, se trata de hijuelas formadas en particiones materiales y nominales de bienes, y la jurisprudencia ha considerado tradicional que dichas hijuelas sin los títulos de adquisición del causante, son insuficientes para probar el dominio del reivindicante. Obrando de acuerdo con tal jurisprudencia el sentenciador no les dió a las mencionadas hijuelas el adecuado valor probatorio y consideró que en el caso sub-lite, "la simple comparación de posesiones era bastante para establecer el derecho de dominio del reivindicante".

Por razones de orden doctrinal esta Sala juzga oportuno hacer la siguiente aclaración con respecto a la tesis del Tribunal de Ibagué.

Para la Corte, en este caso, bastaban las escrituras antes mencionadas, para comprobar el derecho de propiedad de la reivindicante, porque si bien es cierto que se trata de hijuelas sacadas de particiones materiales y nominales, dichas hijuelas como título de propiedad tienen eficacia legal cuando como en el caso de autos la parte demandada no presentó título alguno inscrito anterior a dichas hijuelas. Esta declaración está en un todo de acuerdo con la doctrina de la Corte que se halla consignada en numerosos fallos, uno de los cuales corre publicado en la GACETA JUDICIAL número LXXX, página 512.

Y no podía tampoco despacharse favorablemente la excepción de prescripción extraordinaria de dominio propuesta por los apoderados de los demandados al contestar la demanda, dada la circunstancia de su precario título.

A este respecto arguye el recurrente diciendo que debido a una errónea apreciación probatoria de la prueba documentaria y testimonial, por parte del sentenciador, llegó éste a la conclusión de que la parte demandada, tenía el inmueble en lugar y a nombre de la demandante, como arrendataria de ésta, habiendo así incurrido en manifiesto error de hecho, que se tradujo en la violación de las disposiciones que al efecto se citaron en la demanda.

Ante todo, conviene advertirlo, el sentenciador goza, de acuerdo con nuestro régimen procedimental y con la jurisprudencia de la Corte, de libertad de criterio para estimar y enjuiciar las pruebas aportadas al juicio, siguiendo las reglas de la sana crítica y la tarifa legal. De conformidad con lo expuesto, no le es dado a la Corte proceder a una nueva calificación probatoria en el recurso, salvo haberse demostrado error de derecho o evidente error de hecho que hayan incidido en la violación de la ley sustantiva, y ninguno de tales errores ha sido demostrado, ni se halla objetivado en el presente caso.

Pero aún suponiendo que los documentos aducidos por la demandante en los cuales constan los contratos de arrendadamiento referentes al inmueble que pretende reivindicarse, carecieran de eficacia probatoria, por los motivos expuestos por el recurrente, el hecho de que la parte demandada es arrendataria y como tal, simple tenedora del inmueble, quedó debidamente establecido con los testimonios que adujo durante la secuela del juicio la misma parte demandada. Los declarantes a que se ha hecho referencia, no sólo afirman de común acuerdo, que la demandada y su esposo Emiliano Mogollón, establecieron mejoras en la finca, objeto de esta litis, sino que tres de dichos declarantes, al contestar el contrainterrogatorio formulado por la contraparte, dicen que la demandada ocupa el inmueble en calidad de arrendataria.

Fundándose en las declaraciones a que se ha hecho referencia, y en otras pruebas pertinentes, como la escritura número 63 de 22 de febrero de 1954 de la Notaría del Espinal por la cual la demandante ratificó la compra que hizo a Emiliano Mogollón de las mejoras existentes en el predio que se reivindica, dedujo el sentenciador que la demandante había venido ejerciendo actos positivos de dominio sobre el inmueble del cual es simple tenedora la demandada, y al hacer esta valoración probatoria no incidió en error de hecho, pues la eficacia legal que dió a la mencionada prueba la consagra expresamente el artículo 697 del Código Judicial. Como se ve, por este aspecto tampoco tiene razón el recurrente, cuando afirma que hubo error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial.

Si del mismo acervo probatorio producido por la parte demandada emerge tener ésta, sobre el inmueble un título precario de posesión, mal podía pretender que se le reconociese como legítima dueña, ya que no cabe tal reconocimiento, cuando como en el asunto debatido en juicio, el demandado está poseyendo corpore-alieno. Además, quien está poseyendo a nombre ajeno y se niega a restituirlo a su legítimo dueño —que es el caso sublite—, se convierte, como dicen los civilistas, en detentador de la cosa cuya situación jurídica, según Planiol y Ripert, es completamente definida y distinta en sus consecuencias jurídicas, de la verdadera posesión.

Igualmente, cabe observar, que siendo la demandada poseedora material del inmueble, pero a nombre y lugar de su verdadero dueño, su tenencia no podía convertirse en posesión ni en tales condiciones podía prosperar la excepción de prescripción extraordinaria, por no concurrir las dos circunstancias exigidas para ello en el artículo 2.531 del Código Civil. Y en el evento de haber tenido éxito aquella excepción, habría sido con infracción de la regla tercera del artículo 2.531 del Código Civil, el cual expresamente dice que el título de mera tenencia no dá lugar a la prescripción extraordinaria.

Coincide, en consecuencia, el criterio de la Corte sobre el particular, con el adoptado por el sentenciador, que dice en la motivación de su fallo, lo siguiente:

"Ni el transcurso del tiempo, ni las partes por sí mismas, pueden mudar la naturaleza del título con que poseen, de modo que quien comenzó como poseedor precario, continúa siéndolo mientras no exhibe otro título distinto del primitivo, que justifique en él la presunción de dueño, ya que a nadie le es permitido intervertir el título de posesión que ejerce".

Finalmente, habiendo probado el actor del juicio, como ya se dijo, los presupuestos de la acción por él instaurada, el sentenciador despachó favorablemente sus pedimentos de conformidad con el artículo 946 del Código Civil, cuyo ordenamiento, lejos de haber sido infringido, como lo afirma sin razón el recurrente fue cabal y oportunamente aplicado por el juzgador.

Por las razones expuestas, se rechaza el cargo.

Segundo cargo.

Para el efecto de no prosperar la acusación formulada en el primer capítulo de la demanda, dice el recurrente, la sentencia debe ser casada por improcedencia de la acción, pues en su sentir, no era viable la de dominio, sino otra distinta v. gr., la de desahucio y lanzamiento, en la hipótesis de admitir que la demandada o demandados, fueran arrendatarios de la demandante.

Se considera:

En realidad, el cargo formulado constituye en el fondo, un nuevo medio de casación, pues la

cuestión propuesta por el recurrente no fue planteada, ni alegada ante los jueces de instancia. Siendo ello así, y teniendo en cuenta que el recurso de casación no brinda dentro de su técnica, ni dentro de su reglamentación taxativa, oportunidad para alegar y decidir sobre extremos que no fueron oportunamente propuestos ni alegados, es lógico concluir que el cargo formulado no puede prosperar.

* * *

RESOLUCION:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha primero (1º.) de abril de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio ordinario seguido por Sixta Tulia Reyes de Montoya contra Belisario Mogollón y otros. No hay costas.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

PERSONERIA PARA PROMOVER PETICION DE HERENCIA. — LA SUCESION NO ES PERSONA JURIDICA. — COMO SE DEMANDA A UNA SUCESION. — ACCIONES DE HEREDERO Y DE LA SUCESION. — DESHEREDAMIENTO POR GRAVE INJURIA AL HONOR Y BIENES DEL TESTADOR

1.—A los demandantes les basta acreditar su condición de legitimarios para promover la acción de reforma del testamento.

2.— Es un principio aceptado reiteradamente por la jurisprudencia que la sucesión carece de personalidad jurídica porque en ella no se ve la existencia de un ser colectivo; "ni un interés diferente de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asignatarios o a utilizar los bienes para un fin común; ni vida interna, voluntad social, gobierno, nombre propio, domicilio; ni nacionalidad; ni activo de su patrimonio que no sea esencialmente un bien de los herederos" (Casación, 18 de noviembre de 1937, Gaceta Judicial, número 1.930, página 844).

Podían los demandantes legalmente enderezar su acción contra los herederos testamentarios, sin necesidad de demandar a la sucesión puesto que ésta no es una persona jurídica distinta de los herederos y éstos la representan lo mismo que al testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (artículo 1.155 del Código Civil).

Con razón ha dicho la Corte:

"Precisamente por no ser la sucesión persona jurídica, distinta de los herederos individualmente considerados, quienes son los sucesores de los derechos del causante y responden de sus obligaciones, es lo mismo demandar a los herederos para que respondan de las obligaciones de la herencia. La herencia es una comunidad sui géneris sobre la universalidad de los bienes del causante, que responde de las obligaciones de éste por conducto de los herederos que hayan aceptado el título de tales, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa a ese adjudicatario en las deudas hereditarias". (Casación, 30 de agosto de 1939. G. J. número 1.949, página 469).

Es evidente que hay acciones que correspondían al causante, o las tenía antes de su muerte, y que cualquiera de los herederos puede ejercitar para la sucesión, como en el caso de que aquél fuera dueño de un predio cuya posesión hubiera perdido y estaba, por consiguiente, en condiciones de ejercitar la acción reivindicatoria; así como también hay acciones que son propias del heredero en su carácter de tal, que pueden promover en su favor y no para la sucesión. Entre estas se destacan principalmente la de petición de herencia y la de reforma de testamento.

3.— La grave injuria al honor se hace consistir en que las demandantes expresaron o propalaron la especie de que habían sido engañadas o desfavorecidas al efectuarse la partición de bienes de su señora madre, como resultado de una combinación o acuerdo entre su padre y el partidor nombrado para tales efectos; así como también en que algunas de tales demandantes intentaron posteriormente acciones judiciales contra la mencionada partición.

Como puede observarse, las razones en que el testador funda la grave injuria a su honor carece de importancia desde el punto de vista legal, se apoyan en simples rumores o consejas y no pueden dar margen para el desheredamiento de la mayor parte de sus hijas legítimas.

Considera la Corte que esos hechos no constituyen injuria grave que pueda servir para fundamentar un desheredamiento de acuerdo con lo establecido expresamente por los artículos 1.266 y 1.267 del Código Civil.—Es necesario tener en cuenta que se trata de personas desprovistas en absoluto de instrucción y cultura que necesariamente emplean términos impropios y excesivos para expresar su descontento por actuacio-

nes que consideran les han causado perjuicio.

4.—La grave injuria a los bienes del testador, por parte de una de sus hijas, se funda en la circunstancia de haber vendido un lote de propiedad del causante; no puede considerarse como tal en el presente caso porque éste tuvo oportunidad de hacer uso de las acciones judiciales pertinente para recobrar la posesión del predio vendido por quien no era el dueño.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil— Bogotá, veintitrés de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Armando Latorre Rizo).

Las señoras Carmen, Susana, María Elvia, Vicenta, Eusebia, Juana María y Encarnación Gómez Gutiérrez demandaron por medio de apoderado ante el Juzgado Civil del Circuito del Espinal a Marcelina Sánchez Reyes y a Gabriel Gómez Gutiérrez con el fin de que se decretara la reforma del testamento de Hipólito Gómez Galeano otorgado ante el Notario del Circuito del Espinal por medio de la escritura pública número 596 de 29 de octubre de 1953, "reforma que debe hacerse en favor de las demandantes, en virtud de la cláusula QUINTA que las desheredа sin justa causa y contra expresa prohibición de la ley, y en su lugar se ordene en su favor la aplicación de las reglas de la sucesión intestada" para que concurran a la sucesión de su padre legítimo señor Hipólito Gómez Galeano en su condición de hijas legítimas del causante.

También se pidió que los albaceas Marcelina Sánchez Reyes y Gabriel Gómez Gutiérrez fueran relevados de sus cargos y obligados a restituir a la sucesión los bienes, frutos y aumentos pertenecientes a ésta; que los mismos albaceas sean condenados a restituir a la sucesión los frutos naturales y civiles de la herencia desde el día del fallecimiento del testador hasta cuando se efectúe su cambio o remoción de acuerdo con lo solicitado; que se suspenda el juicio de sucesión de Hipólito Gómez Galeano hasta cuando se hayan decidido las cuestiones relacionadas con la reforma testamentaria que se ha demandado.

El Juez del conocimiento resume así los hechos en que se fundamentó la demanda: "1º.—Que el señor Hipólito Gómez Galeano, otorgó el testamento ya mencionado; 2º.—Que mediante el mismo instrumento desheredó a sus hijas legítimas ya conocidas; 3º. — Que Gómez murió el 20 de agosto de 1954 y su testamento está vigente; 4º.— Que fue casado con la señora Micaela Gutiérrez ya fallecida y que fueron sus hijos, los ya conocidos; 5º.—Que dejó como herederos universales a Marcelina Sánchez Reyes y Gabriel Gómez Gutiérrez, excluyendo al representante de Anunciación Gómez G., Sixto Gómez, quien, ni tuvo herencia, ni fue desheredado; 6º.— Que fueron desheredados también sus poderdantes; 7º.—Que los albaceas son Marcelina Sánchez Reyes y Gabriel Gómez Gutiérrez; 8º.— Que el juicio fue abierto y radicado en ese Juzgado; 9º.—Que los bienes herenciales están en jurisdicción de este Circuito; 10º.—Que no ha pasado un año de la fecha en que se tuvo conocimiento del testamento; 11º.— Que los albaceas son analfabetos; 12º.—Que las señoras ya nombradas confirieron el poder correspondiente".

Los demandados, por medio de apoderado contestaron demanda aceptando algunos hechos, negando otros y manifestando que eran fundadas las causas que el testador había tenido para hacer el desheredamiento de sus hijas. Al mismo tiempo propusieron demanda de reconvención para que se declarara "que están probadas la causa o causas alegadas por el señor Hipólito Gómez Galeano para el desheredamiento pronunciado por dicho señor en la cláusula QUINTA de su testamento solemne contenido en la escritura número 596 de fecha 29 de octubre de 1953 otorgada en la Notaría del Circuito del Espinal, debidamente registrada, cláusula que es de este tenor: "QUINTA: Desheredo, sin limitación de ninguna especie, a mis descendientes legítimas Eusebia Gómez Gutiérrez, Juana María Gómez Gutiérrez, Vicenta Gómez Gutiérrez, Encarnación Gómez Gutiérrez, Carmen Gómez Gutiérrez, Susana Gómez Gutiérrez y María Elvia Gómez Gutiérrez por grave injuria a mi honor, irrogada por las citadas señoras quienes han propalado públicamente la especie de que soy un padre desnaturalizado y cruel, que les hizo violencia a las citadas señoras y usé de maniobras dolosas para causarles perjuicios en sus intereses en la ejecución de la sucesión de Micaelina Gutiérrez de Gómez, mi finada esposa, todo lo cual es falso; y también respecto de Susana Gómez Gutiérrez por grave injuria a mis bienes, al sustraer dicha señora de mi patrimonio, el lote de terreno llamado "El Tejar" y ponerlo en manos de Alberto Oliveros a quien le hizo traspaso de él por la escritura pública número 643 de 14 de noviembre de 1951 de la Notaría del Espinal, registrada..... creándome con ello una grave y em-

barazosa situación perjudicial'" y para que se declarara también que el desheredamiento hecho en la cláusula transcrita produce todos sus efectos legales contra cada una de las demandadas.

Esa contrademanda se apoyó en los hechos ya relacionados y en que la especie que sirvió de fundamento al desheredamiento fue propalada por las herederas y sus apoderados; que el terreno que hoy tiene en su poder Alberto Oliveros A. pertenece a la sucesión de Hipólito Gómez Galeano y en que la venta de ese predio "constituyó grave injuria" para el testador, en cuanto a sus bienes.

Las demandantes, por medio de apoderado, contestaron la demanda de reconvención negando los hechos en que se apoya y expresando que "por el contrario, quien ha podido ejercer violencia moral ha sido Hipólito Gómez para con sus hijas, al llevar a su concubina, con quien se casó días antes de morir, a vivir a la misma casa donde ellas habitaban con su madre Micaelina Gutiérrez de Gómez. No es cierto lo de la 'grave injuria a mis bienes', contra ninguna de las personas enumeradas en la cláusula QUINTA. Lo que ha habido es una partición de bienes en la sucesión de Micaelina Gutiérrez de Gómez que se habla en la cláusula QUINTA citada, pero este hecho y las discrepancias con el partidor, que representó a todas las herederas, no es materia de ofensa grave, de injuria grave, ni cosa parecida, para que tenga cabida un desheredamiento....."

El Juez del Espinal, por sentencia de fecha tres de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco decretó la reforma del testamento de Hipólito Gómez Galeano con el objeto de que los bienes sean repartidos entre los legítimos herederos, de acuerdo con las normas señaladas para la sucesión testada en el Código Civil y teniendo en cuenta lo dispuesto en el aparte SEXTO de los considerandos del fallo o sea el derecho que tiene el testador de disponer de la cuarta de mejoras en favor de cualquiera de sus descendientes legítimos, sus hijos naturales y los descendientes legítimos de éstos, negó las demás peticiones de la demanda; las excepciones propuestas por los demandados y las declaraciones implordas en la demanda de reconvención.

El Tribunal Superior de Ibagué por sentencia de fecha 8 de marzo de 1956, revocó los numerales 1º y 2º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, "y por hallar demostradas las excepciones perentorias temporales de ilegitimidad de la personería sustantiva tanto de la parte demandante como de la parte demandada, y acumulación indebida o imposible de acciones en un mismo libelo de demanda" resolvió que no es el caso de hacer los pronunciamientos a que se refiere la demanda principal.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación que la Corte entra a resolver:

* * *

El recurrente acusa la sentencia por violación directa de los artículos 1.008, 1.013, 1.155, 1.297, 1.298, 1.299, 1.274, 1.275 y 1.277 del Código Civil y 85 de la Ley 153 de 1887, así como también el 18 de la Ley 45 de 1936. Para demostrar la validez del cargo el demandante discurre así:

"Se observa en primer lugar, siguiendo la doctrina sentada por la H. Corte, que el fallo no alude a los presupuestos procesales de la capacidad para ser parte, ni de la capacidad para obrar, sino al elemento integral de la acción conocido con el nombre de LEGITIMACION EN CAUSA, tanto activa como pasiva. Esta desviada posición del H. Tribunal lo llevó a desconocer la titularidad de la demandante en cuanto al ejercicio de algunas acciones encaminadas a asegurar la efectividad de sus derechos y la conservación de los bienes sucesorales. Y alegar también la titularidad de los sujetos pasivos de la acción incoada para la reforma del testamento".

Por estas circunstancias el Tribunal declaró la ilegitimidad de la personería sustantiva tanto de la parte demandante como de la parte demandada y la acumulación indebida de acciones, como excepciones perentorias temporales.

Para llegar a esa conclusión afirma que "de igual manera es viable la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por 'ilegitimidad de la personería sustantiva, tanto de la parte demandante como de la parte demandada', primero, porque las demandantes sin haber obtenido el reconocimiento de herederas mediante la acción de reforma del testamento, piden contra los demandados, para la sucesión del causante Hipólito Gómez, que no representan, las acciones de remoción de los albaceas, la restitución de los bienes relictos y el pago de los frutos naturales y civiles (peticiones d) y e) de la demanda), y luego, por que las citadas demandantes dirigen en su propio nombre, lo que es corriente, y contra los demandados, en el propio nombre de éstos, y no como representantes herederos o albaceas de la sucesión del causante Gómez Galeano, la acción de reforma del testamento. O lo que es lo mismo que debiendo las demandantes demandar, según se vió, no a personas determinadas,

sino a la sucesión representada por los herederos o el albacea, cometieron el error de enderezar su libelo contra las personas naturales llamadas Marcelina Sánchez Reyes y Gabriel Gómez Gutiérrez y no contra la entidad sucesoral representada debidamente".

Se considera:

1.—A las demandantes les basta acreditar su condición de legitimarias para promover la acción de reforma del testamento, que fue la que en realidad intentaron, ya que la remoción de los albaceas y el reintegro de frutos naturales y civiles se pidieron como consecuenciales de la declaración de reforma testamentaria y no como acciones principales que puedan considerarse opuestas a la primera o incompatibles con ésta.

Lo anterior se desprende claramente del respectivo poder que oportunamente otorgaron en el cual manifiesta que autorizan a su apoderado para demandar en juicio ordinario a Marcelina Sánchez Reyes y a Gabriel Gómez Gutiérrez, mediante "la acción de reforma testamentaria" de la escritura pública número 501 de 29 de octubre de 1953 otorgada en la Notaría del Espinal, y para que se suspende la sucesión testada de Gómez Galeano "hasta tanto se defina la reforma testamentaria por sentencia proferida en su Juzgado". Además en el hecho 12º de la demanda manifiesta el apoderado de las demandantes que éstas le "han conferido poder suficiente para el ejercicio de la acción de reforma testamentaria en todas las cláusulas que las perjudique, que vayan contra expresa prohibición de la ley, y contra sus bienes e intereses en dicha sucesión...." Por otra parte, cualesquiera de los herederos puede pedir para la sucesión, acreditando el grado de parentesco que tiene con el causante, con mayor razón si, como en el presente caso, se trata de legitimarios.

No hubo acumulación indebida o imposible de acciones en un mismo libelo de demanda, puesto que la única acción principal que se ejerció fue la de reforma testamentaria y las demás solicitudes se hicieron con el fin exclusivo de obtener declaraciones consecuenciales a dicha reforma. Así se desprende indudablemente de las piezas que obran en el proceso, principalmente de los poderes otorgados, de los hechos de la demanda y de las peticiones formuladas en éste.

Si no existe esa acumulación indebida de acciones y está establecida la legitimación en causa, es decir "las cuestiones de fondo (meritae causae) que se llaman así en frente de los presupuestos procesales que son apenas necesarios para que en el proceso sobrevenga un fallo estimatorio de la demanda", y estando al mismo tiempo establecidos tales presupuestos procesales, el Tribunal ha debido entrar a desatar la controversia en el fondo acogiendo o rechazando las solicitudes formuladas. Esta omisión en que incurrió el Tribunal dará lugar a que se case la sentencia proferida por él.

2.—Declaró también el Tribunal la ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandada "porque las citadas demandantes, dirigen en su propio nombre, lo que es corriente, y contra los demandados, en el propio nombre de éstos, y no como representantes herederos o albaceas de la sucesión del causante Gómez Galeano, la acción de reforma del testamento".

Es un principio aceptado reiteradamente por la jurisprudencia que la sucesión carece de personalidad jurídica porque en ella no se ve la existencia de un ser colectivo; "ni un interés diferente de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asignatarios o a utilizar los bienes para un fin común; ni vida interna, voluntad social, gobierno, nombre propio, domicilio; ni nacionalidad; ni activo de su patrimonio que no sea esencialmente un bien de los herederos" (Casación, 18 de noviembre de 1937. G. J. número 1.930, página 844).

Podían las demandantes legalmente enderezar su acción contra los herederos testamentarios, sin necesidad de demandar a la sucesión puesto que ésta no es una persona jurídica distinta de los herederos y éstos la representan lo mismo que al testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. (Artículo 1.155 del Código Civil).

Con razón ha dicho la Corte:

"Precisamente por no ser la sucesión persona jurídica, distinta de los herederos individualmente considerados, quienes son los sucesores de los derechos del causante y responden de sus obligaciones, es lo mismo demandar a los herederos para que respondan de las obligaciones de la herencia. La herencia es una comunidad sui géneris sobre la universalidad de los bienes del causante, que responde de las obligaciones de éste por conducto de los herederos que hayan aceptado el título de tales, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa a ese adjudicatario en las deudas hereditarias" (Casación, 30 agosto 1939, G. J., número 1.949, página 469).

Es evidente que hay acciones que correspondían al causante, o las tenía antes de su muerte, y que cualquiera de los herederos puede ejercitar para la sucesión, como en el caso de que aquél fuera dueño de un predio cuya posesión hubiera perdido y estaba, por consiguiente, en condiciones de ejercitar la acción reivindicatoria; así como también hay acciones que son propias del heredero en su carácter de tal, que pueden promover en su favor y no para la sucesión. Entre éstas se destacan principalmente la petición de herencia y la de reforma de testamento.

* * *

DEMANDA PRINCIPAL:

3.—El artículo 1.274 del Código Civil consagra la acción de reforma del testamento en favor de los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, y el 1.275 establece que "lo que por ley corresponde a los legitimarios, y lo que tienen derecho a reclamar por la acción de reforma, es su legítima rigurosa o la efectiva en su caso".

Las demandantes han acreditado su condición de legitimarias del causante Hipólito Gómez Galeano y esa calidad no les ha sido desconocida, sino por el contrario se ha aceptado expresamente por los demandados. Esa circunstancia les da pleno derecho a que prospere la acción de reforma testamentaria para que se les entregue su legítima rigurosa, teniendo en cuenta que el testador dispuso legalmente de la cuarta de libre disposición y de la cuarta de mejoras en favor de uno de sus descendientes legítimos. (Artículo 23 Ley 45 de 1936).

* * *

DEMANDA DE RECONVENCION:

4.—Oportunamente el apoderado de los demandados propuso demanda de reconvención para que se declarara que están probadas la causa o causas alegadas por el señor Hipólito Gómez Galeano para el desheredamiento pronunciado por dicho señor en la cláusula QUINTA (5ª) de su testamento, y para que dicho desheredamiento produzca todos sus efectos legales contra las demandantes.

Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así: que el señor Hipólito Gómez Galeano otorgó su testamento abierto por medio de la escritura pública número 596 de 29 de octubre de 1953, Notaría del Espinal, que los únicos herederos testamentarios son Gabriel Gómez Gutiérrez y Marcelina Sánchez Reyes; que el desheredamiento a que se refiere la cláusula QUINTA del citado testamento es valedero para todas las demandantes; "que la especie en que el señor Hipólito Gómez Galeano hace consistir la grave ofensa o injuria a su honor por parte de las demandadas (sic), fue propalada por éstas personalmente y también por intermedio de apoderado de ellas, en vida del testador; que el terreno que hoy tiene en su poder el señor Alberto Oliveros, por venta que le hizo Susana Gómez Gutiérrez, pertenece al patrimonio sucesoral de Hipólito Gómez Galeano, y que esa venta "constituyó por sí sola y por sus consecuencias para Hipólito Gómez Galeano, grave injuria a éste en sus bienes, tal como lo expresa en la cláusula QUINTA de la carta testamentaria de dicho señor".

La grave injuria a su honor respecto de sus otras hijas la hace consistir el testador en que éstas "han propalado públicamente la especie de que soy un padre desnaturalizado y cruel, que les hizo violencia a las citadas señoras y usó de maniobras dolosas para causarles perjuicio en sus intereses en la ejecución de la partición de bienes de la sucesión de Micaelina Gutiérrez de Gómez, mi finada esposa, todo lo cual es falso".

Como puede observarse, las razones en que el testador funda la grave injuria a su honor carece de importancia desde el punto de vista legal, se apoyan en simples rumores o consejas y no pueden dar margen para el desheredamiento de la mayor parte de sus hijas legítimas. Que Gómez Galeano es desnaturalizado, que profesaba muy poco afecto a sus hijas y que no tuvo para con éstas los sentimientos que todo padre experimenta para con sus descendientes, lo demostró al pronunciar un desheredamiento total sin tener en cuenta el grave perjuicio económico y moral que les causaba y empleando expresiones que demuestran claramente la inquina o desafecto que tenía para con sus hijas.

La grave injuria al honor se hace consistir en que las demandantes expresaron o propalaron la especie de que habían sido engañadas o desfavorecidas al efectuarse la partición de bienes de su señora madre Micaelina Gutiérrez de Gómez, como resultado de una combinación o acuerdo entre su padre y el partidor nombrado para tales efectos; así como también en que algunas de tales demandantes intentaron, posteriormente acciones judiciales contra la mencionada partición.

Considera la Corte que esos hechos no cons-

tituyen injuria grave que pueda servir para fundamentar un desheredamiento de acuerdo con lo establecido expresamente por los artículos 1.266 y 1.267 del Código Civil. Es necesario tener en cuenta que se trata de personas desprovistas en absoluto de instrucción y cultura que necesariamente emplean términos impropios y excesivos para expresar su descontento por actuaciones que consideran les han causado perjuicio.

En cuanto a la grave injuria a los bienes del testador, por parte de una de sus hijas, que se funda en la circunstancia de haber vendido a Alberto Oliveros un lote de propiedad del causante; tampoco puede considerarse como tal en el presente caso porque éste tuvo oportunidad de hacer uso de las acciones judiciales pertinentes para recobrar la posesión del predio vendido por quien no era el dueño.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y seis dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio ordinario iniciado por Carmen Gómez Gutiérrez y otras contra Marcelino Sánchez Reyes y Gabriel Gómez Gutiérrez; REFORMA la de fecha tres de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco dictada por el Juzgado Civil del Circuito del Espinal, y en su lugar

RESUELVE:

1º.— DECRETASE la reforma del testamento otorgado por el señor Hipólito Gómez Galeano por medio de la escritura pública número 596 de 29 de octubre de 1953, otorgada en la Notaría del Espinal, por la cual el causante hizo el reparto de sus bienes en favor de Gabriel Gómez Gutiérrez y Marcelina Sánchez Reyes, desheredando expresamente a sus hijas, Carmen, Susana, María Elvia, Vicenta, Eusebia, Juana María y Encarnación Gómez Gutiérrez.

2º.—La reforma se hace con el objeto de que los bienes sean repartidos entre los herederos legítimos, de acuerdo con las normas que rigen para la sucesión testada, teniendo en cuenta que el causante dispuso legalmente de la cuarta de libre disposición, y de la cuarta de mejoras en favor de uno de sus descendientes.

3º.—Se niegan las peticiones b), c), d), e), f), g) y h) de la demanda principal.

4º.—Se niegan las excepciones propuestas por los demandados.

5º.—Igualmente se niegan las declaraciones solicitadas en la demanda de reconvención.

No hay lugar a condenación en costas en las instancias ni en el recurso de casación.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

EN EL JUICIO DE SUCESION, PRINCIPALMENTE, ES DONDE EL CESIONARIO TIENE QUE HACER VALER SU CARACTER DE TAL. — TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. — ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA HIJUELA EN RAZON DE NO CONSTAR U OBRAR EN ELLA, LA COPIA DEL AUTO POR EL CUAL SE DECLARO EJECUTORIADA LA LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION DE LOS BIENES. — NINGUNA DISPOSICION LEGAL ESTABLECE QUE LA INSCRIPCION DE UNA SENTENCIA SIN LA DECLARACION DE ESTAR EJECUTORIADA ES NULA, Y QUE LA SENTENCIA SE AFECTE TAMBIEN DEL MISMO VICIO. — ERROR DE HECHO O DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA DEMANDA. — LA HIJUELA SIN LOS TITULOS DE ADQUISICION DEL CAUSANTE ES INSUFICIENTE PARA PROBAR EL DOMINIO DEL REIVINDICANTE, SOLAMENTE CUANDO EL POSEEDOR DEMANDADO PRESENTA UN TITULO ANTERIOR A LA HIJUELA

1.—Conforme a lo preceptuado por el artículo 1377 del Código Civil, el cesionario de los derechos de un coasignatario tiene igual derecho que el vendedor o cedente para pedir la partición e intervenir en ella. Siendo la partición de los bienes hereneiales la finalidad perseguida por los diversos trámites que componen el juicio de sucesión, es principalmente en éste donde el cesionario tiene que hacer valer su carácter de tal, presentando la escritura registrada, cuando se trata del caso contemplado sobre sucesión hereditaria en el artículo 1.857 del mismo Código, para que, reconociéndole su calidad de cesionario, se haga parte en el juicio y pueda intervenir en la partición, a fin de que se le adjudiquen los bienes de la masa herencial que correspondan al derecho de sus cedentes. Es, por lo tanto, en el juicio sucesorio donde deben obrar las actas del estado civil que acrediten los nexos matrimoniales o de consanguinidad de los que se pretenden herederos del causante, el reconocimiento de los sucesores a título universal, y del que se presenta como cesionario de los derechos de alguno o algunos herederos.

Cuando en un juicio se presenta la hijuela de adjudicación de bienes en el trabajo de partición a una persona, como cesionaria de herederos, hay que aceptar que en el sucesorio a que alude la partida obraron todos los documentos indispensables para que el Juez le hubiera reconocido tal calidad, para llegar a la aprobación de la partición.

Solamente cuando el cesionario no ha hecho valer su derecho en el juicio de sucesión, puede presentarse en un reivindicatorio contra el mismo cedente, o un tercero, y entonces sí necesitaría presentar la escritura de venta o cesión de los derechos, la hijuela de adjudicación en la mortuoria de que se trata.

2.—En el recurso extraordinario de casación, basta el incumplimiento de cualquiera de las formalidades que para fundar los cargos exige la ley, para que no puedan prosperar aquel o aquellos que no cumplan con ellas, dado el carácter excepcionalísimo del recurso.

En él, no puede resolverse sino exclusivamente con los medios de juicio que tuvo a la vista el fallador de segunda instancia.

3.— El que en la copia de la hijuela no conste que la sentencia aprobatoria de la partición se haya declarado ejecutoriada de conformidad con lo ordenado en la parte final del artículo 468 del Código Judicial, no es óbice para privar al instrumento público del valor probatorio de que adolecen los títulos que no han sido inscritos o registrados, debiendo serlo, a tenor de los artículos 2.637 y 2.674 del Código Civil.

En efecto, si conforme al nombrado artículo 468 la sentencia es firme, entre otros casos, cuando habiendo algún recurso contra ella, "se han dejado pasar los términos sin interponerlo", es el factor tiempo el que le da ejecutoria o firmeza a una sen-

tencia. En tratándose de la aprobatoria de la partición, el recurso de apelación que tienen los interesados no favorecidos con ella, deben interponerlo dentro de los tres días siguientes a la notificación. Habiendo constancia de que fue publicada y notificada la sentencia, y de que no se propuso ningún recurso contra ella, quedó en firme según los términos del artículo 468 ibídem. La declaratoria de haberse ejecutoriado, no es entonces requisito indispensable para que la ejecutoria en sí se cumpla sino una mera formalidad por medio de la cual se deja constancia de tal hecho, a fin de evitar dificultades, dudas o ambigüedades entre las partes o interesados para la exigibilidad de las prestaciones nacidas de la sentencia respecto de los términos o plazos fijados a partir de la fecha de ejecutoria. Tan cierto es que la declaratoria de ejecutoria no puede confundirse con la misma ejecutoria, que aunque la providencia judicial del caso se profiere, como es lógico, ya en firme la sentencia, los términos que ésta fije, para un pago o para una entrega, por ejemplo, se cuentan siempre desde que quedó notificada aquélla, no desde la ejecutoria del auto que hace esta declaración, de conformidad con lo estatuido en el artículo 327 del Código Judicial, conforme al cual toda resolución produce efecto desde su notificación. Una cosa es la firmeza de una sentencia y otra la declaración de la ejecutoria.

No se puede hablar de error de hecho en la apreciación de la hijuela en razón de no constar o no obrar la copia del auto por el cual se declaró ejecutoriada la sentencia, si, por lo demás, resulta evidente que el registro se efectuó estando ya en firme la sentencia aprobatoria de la partición.

4.— Ninguna disposición legal establece que la inscripción de una sentencia sin la declaración de estar ejecutoriada es nula, y que la sentencia se afecte también del mismo vicio; y, por otra parte, la nulidad así establecida no se gobernaría por lo que preceptúan los artículos 1740, 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, que se refieren a los actos jurídicos, o sea, a las declaraciones unilaterales o bilaterales de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos, y especialmente a los contratos.

5.—En la mala apreciación de la demanda, como una prueba que es, puede haber un error de hecho o de derecho. El haber estimado el fallador que el reo fue demandado como coheredero o comunero y así lo condena, a pesar de haber sido citado como poseedor exclusivo y a nombre propio, sería el tipo del error de hecho en la apreciación de la demanda o de una prueba. Constituiría error de derecho si a la confesión que puede encerrar una demanda se le dá un valor que no reconoce la ley. Cuando en la apreciación de la demanda se ha incurrido en esta clase de errores, la acusación de la sentencia solamente procedería por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

Podría dar base la mala interpretación de la demanda a que la sentencia fuera acusada por la causal segunda, pero cuando la mala estimación de ella hubiera llevado al sentenciador a dejar de fallar sobre alguna de las cuestiones planteadas en la litis, o sobre puntos ajenos a la controversia, o se hubiera condenado en más, o no se hubiera resuelto sobre la excepción o excepciones perentorias resultantes en el proceso.

6.—La jurisprudencia ha considerado que la hijuela sin los títulos de adquisición del causante o causantes es insuficiente para probar el dominio del reivindicante, solamente cuando el poseedor demandado presenta un título anterior a la hijuela (G. J., número 2159. Tomo LXXXI, pág. 512).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cincuenta y ocho.

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

A J. de Jesús Ramírez, en el juicio de sucesión acumulada de Luis Alvarez Patiño y Tadea López, seguido en el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí, como cesionario de varios herederos, le fueron adjudicados en el trabajo de partición, entre otros, los inmuebles denominados Los Riscos y El Carmen situados en la vereda de San José, municipio de Rondón, comprendidos por los linderos expresados en las partidas b) y c) de la hijuela correspondiente.

El adjudicatario Ramírez, por intermedio de apoderado, demandó ante el Juez de aquel circuito a Luis Hipólito Alvarez, Pedro Romero y

Emperatriz Alvarez, para que en juicio ordinario se les condenara:

1º.—A entregarle, dentro del término señalado por el Juez, los predios llamados Los Riscos y El Carmen situados y alindados en la forma como reza la cartilla de adjudicación; y 2º. —Al pago de los frutos.

Deriva la causa de la demanda de los siguientes hechos:

1º. En el juicio sucesorio de Luis Alvarez Patiño y Tadea López, le fueron adjudicados al actor, como subrogatario de Graciliana Alvarez y otros, los inmuebles Los Riscos y El Carmen.

2º. - Aprobada y debidamente registrada la partición, el juicio de sucesión fue protocolizado en la Notaría de Ramiriquí por escritura 447 de 7 de julio de 1955.

3º. El demandado Luis N. Alvarez desde la muerte del causante Luis Alvarez ha "venido usufructuando" todo el terreno llamado Los Riscos y una fanegada del denominado El Carmen; y los esposos Pedro Romero y Emperatriz Alvarez, una fanegada del Carmen desde la misma época.

4º.- Los demandados, coherederos en la sucesión Alvarez López, se han negado a entregar la posesión de los bienes reclamados a sabiendas de que le fueron adjudicados a otros herederos.

El Juzgado dió término a la primera instancia en sentencia de siete de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, por la cual condenó a los demandados a entregar al actor en el término de diez días después de la ejecutoria del fallo las fincas Los Riscos y El Carmen en la proporción expuesta en el libelo, y a pagar los frutos de ellas desde el 26 de abril de 1955 en adelante, como poseedores de mala fé.

Interpuesta apelación contra el fallo del Juzgado por el apoderado del demandado Luis H. Alvarez, el Tribunal Superior de Tunja la resolvió por sentencia de agosto primero de 1956 mediante la cual "confirma en todas sus partes" la del Juzgado.

DEMANDA DE CASACION

El mismo demandado Alvarez, por medio de su representante judicial, propuso contra la sentencia del Tribunal recurso extraordinario de casación que, habiéndole sido concedido, se admitió y tramitó debidamente, por lo cual, la Corte entra a resolverlo.

La demanda alega como causales de casación las consagradas en los ordinales 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial por ser la sentencia violadora de la ley sustantiva "por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, y estar viciada de errores de hecho manifiestos y de derecho en la apreciación de la demanda y de la réplica del demandado opositor y de los elementos probatorios aducidos por los litigantes y por "no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Con fundamento en la causal primera, le formula ocho cargos a la sentencia que se consideran en su orden:

I

Sobre el primero, dice el recurrente:

El sentenciador ha debido estudiar lo relativo a la personería sustantiva de los litigantes a la luz de los elementos probatorios aportados al juicio sobre la condición en que comparecen en él.

El demandante comparece como comprador cesionario de derechos de varios herederos de los causantes Luis Alvarez y Tadea López. Ha debido traer las escrituras registradas o los autos del Juez en que lo reconocieron como cesionario, por mandato de los artículos 1312 y 1857 del Código Civil, 935 y 953 del Código Judicial por una parte, y, por otra, las partidas probatorias de la calidad de los herederos que dice le vendieron sus derechos sucesorales, o los autos del Juez de la causa por los cuales fueron reconocidos tales.

Nada de esto presentó el demandante para probar la "exactitud y juricidad" de la partición, de la sentencia aprobatoria de la misma "y la legitimidad reconocida de la calidad de legítimo subrogatario y dueño de los bienes relictos como tal".

Esta calidad y sus elementos probatorios no pueden suplirse con la escritura de protocolización y el trabajo de partición, como se desprende de los artículos 340 y 347, entre otros, del Código Civil y 596 del Código Judicial.

Ni la sentencia de primer grado ni la de segundo estudiaron ni resolvieron estas cuestiones, como lo exigen los artículos 471 y 593 del Código Judicial, por lo mismo, están viciadas de error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda y la contestación, y en error de derecho "puesto que le otorgan al demandante las calidades y derechos que alegan sin haberlos probado como mandan las disposiciones que he invocado, las cuales resultan infringidas por lo mismo".

Considera la Corte:

El demandante en el juicio reivindicatorio no comparece como comprador cesionario de los derechos de varios herederos en la sucesión de Luis Alvarez y Tadea López, sino como adjudicatario en esta mortuoria, fuera de otros, de los dos inmuebles que son objeto del presente juicio, en su condición de cesionario de tres herederos, entre ellos, del demandado Luis Hipólito Alvarez, según reza la hijuela.

Conforme a lo preceptuado por el artículo 1377 del Código Civil, el cesionario de los derechos de un cosignatario tiene igual derecho que el vendedor o cedente para pedir la partición e intervenir en ella. Siendo la partición de los bienes herenciales la finalidad perseguida por los diversos trámites que componen el juicio de sucesión, es principalmente en éste donde el cesionario tiene que hacer valer su carácter de tal, presentando la escritura registrada, cuando se trata del caso contemplado sobre sucesión hereditaria en el artículo 1857 del mismo Código, para que, reconociéndole su calidad de cesionario, se haga parte en el juicio, y pueda intervenir en la partición, a fin de que se le adjudiquen los bienes de la masa herencial que correspondan al derecho de sus cedentes. Es, por lo tanto, en el juicio sucesorio donde deben obrar las actas del estado civil que acrediten los nexos matrimoniales o de consanguinidad de los que se pretenden herederos del causante, el reconocimiento de los sucesores a título universal, y del que se presenta como cesionario de los derechos de alguno o algunos herederos.

Cuando en un juicio se presenta la hijuela de adjudicación de bienes en el trabajo de partición a una persona como cesionaria de herederos, hay que aceptar que en el sucesorio a que se alude la cartilla obraron todos los documentos indispensables para que el Juez le hubiera reconocido tal calidad, para llegar a la aprobación de la partición.

Solamente cuando el cesionario no ha hecho valer su derecho en el juicio de sucesión, puede presentarse en un reivindicatorio contra el mismo cedente, o un tercero, y entonces sí necesitaría presentar la escritura de venta o cesión de los derechos, la hijuela de adjudicación en la mortuoria de que se trata y posiblemente alguno de los demás actos procesales a que se refiere el recurrente. Pero éste no es el caso contemplado aquí, sino el primero, en el cual no cabe el cargo en consideración, que por lo mismo, debe rechazarse.

II

Sintetizando, el segundo cargo lo expone así:

El demandado Alvarez opone a la demanda su calidad de poseedor durante mucho tiempo de los terrenos reclamados, por haberlos recibido materialmente para usufructuarlos de los verdaderos dueños, y presentó los instrumentos citados en la contestación de la demanda. El actor mismo, la inspección ocular, el peritazgo invocados en la sentencia, así como los cultivos de larga duración y desarrollo observados por el Juez y los peritos, evidenciaron la posesión alegada. No obstante esto, la sentencia se la desconoció, y sin prueba alguna lo coloca en el campo de coheredero y comunero sucesoral, condición en la cual no compareció. Por este aspecto la sentencia recurrida "incurre en los errores de que trata el cargo antecedentes y en infracción de las disposiciones de los artículos que dejo invocados".

Se considera: El ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial dispone en su segundo aparte que, cuando se pretenda por el recurrente que "la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos".

En la forma como hace este cargo el recurrente, es manifiesto que falta la demostración de haber cometido el fallador de segunda instancia el error de hecho manifiesto o el de derecho. Esto sería suficiente para rechazarlo, ya que en el recurso extraordinario de casación el incumplimiento de cualquiera de las formalidades que para fundar los cargos exige la ley, basta para que no puedan prosperar aquel o aquellos que no cumplen con ellas, dado el carácter excepcionalísimo del recurso.

La Sala, empero, para mayor fundamento en sus decisiones, entra a considerar el cargo de que se le desconoció la posesión al demandado, no obstante los títulos que presentó y los resultados de la inspección ocular y el peritazgo practicados en la primera instancia.

La sentencia, estimando que el demandado ha pretendido colocarse en el caso en que, además de su posesión, presenta un título, y corresponde entonces al fallador hacer un estudio comparativo de los títulos remontándose en sus orígenes hasta encontrar cuál tiene prevalencia, dice:

"Pretendiendo el demandado Luis H. Alvarez

colocarse en el segundo de éstos eventos, trajo a los autos los títulos que obran a los folios 39 y 40 del cuaderno primero.

"Consiste el primero en un documento privado suscrito entre Luis Alvarez P. y Pedro Suárez en San Rafael el 12 de noviembre de 1934 en el cual se dice celebrar un contrato de compraventa de una finca raíz.

"Parece innecesario recordar que por mandato expreso del Código Sustantivo la venta de bienes inmuebles sólo puede hacerse por escritura pública, siendo, por tanto, inválida la venta a que falte este requisito (artículos 1.857 y 1.741 del Código Civil).

"En estas condiciones, el aludido documento, por más que se hubiera protocolizado, continúa siendo impropio para el fin que se perseguía. Ni la protocolización ni el registro le cambian su calidad de documento privado, y precisamente como tal se registró en el libro destinado por la ley para esta clase de documentos. No puede, por tanto, dedicarse ningún análisis en el estudio de la titularidad.

"Por lo que hace a la escritura 529, cabe observar:

"Consta en ella que Nohemí González de Borda dió en venta a José Pedro J. Romero y Luis Hipólito Alvarez el derecho que la vendedora tenía en un globo de terreno ubicado en la vereda de San José jurisdicción de San Rafael o Rondón y demarcado por los linderos que allí se expresan, linderos que no concuerdan con los de ninguno de los terrenos a que se refiere la demanda. Basta revisarlos en los respectivos documentos aducidos para confrontar esta afirmación y en el curso del juicio no se procuró ningún medio de convicción tendiente a demostrar la identidad.

"En esas circunstancias aparece que el instrumento se refiere a un bien distinto y por ende resulta inadmisible considerarlo como título de propiedad de los bienes que se pretenden reivindicar.

"Planteado así el desarrollo del proceso, se contempla en él el primer caso previsto, esto es, que a la titularidad del demandante sólo se enfrenta la posesión del demandado, caso en que es admisible y eficaz como título la hijuela de la adjudicación.

"Sobre lo referente a la determinación de la época en que se inició la posesión, tratará el Tribunal al estudiar la excepción propuesta".

Debe aclararse que el documento a que alude el fallo, si bien en sus cláusulas iniciales habla de la venta que Pedro Suárez M. le hace Luis Alvarez P. de dos fanegadas de tierra en la vereda de San José, municipio de San Rafael, posteriormente expresa que Suárez M. se compromete a otorgarle la correspondiente escritura o título de propiedad al comprador en el término de dos meses". Pero así se trate de venta como de promesa, no puede considerarse como título de propiedad para enfrentarlo al presentado por el demandante.

Hecha esta aclaración, son evidentes todas las apreciaciones del Tribunal en la parte trascrita de la sentencia en cuanto a los títulos, pues ni el terreno a que alude la promesa, ni la escritura 529 de 13 de mayo de 1953, por la cual Noemí González de Borda vende a José Pedro J. Romero y José Luis H. Alvarez lo que por el sobrante le corresponde en el terreno ubicado en la vereda de San José, jurisdicción del Municipio de San Rafael o Rondón, tienen por su alinderación ninguna relación o semejanza siquiera con los inmuebles especificados en la demanda y en la cartilla de adjudicación. Y, como, de otra parte, el demandado Alvarez P. no adujo medio alguno tendiente a identificarlos, es imposible aceptar que los predios de que tratan la promesa y la escritura aportadas por Alvarez P. son los mismos que se encuentran sub lite.

En estas condiciones, no se ve el error en que el Tribunal haya incurrido por considerar que la situación del demandado Alvarez P. es la del poseedor amparado con la presunción del artículo 762 del Código Civil, enfrentado al reivindicante que presenta título de propiedad, y sin que hubiera demostrado la usucapión que alegó.

Se rechaza el cargo.

III

El tercer cargo lo desarrolla en los siguientes términos:

El recurrente insiste en que el actor no presentó las escrituras de cesión, ni el auto de reconocimiento de cesionario junto con la copia de las providencias por las cuales fueron reconocidos herederos los cedentes así como tampoco los títulos inscritos de propiedad de los causantes. Sin llenar a cabalidad estos requisitos, agrega, la adjudicación, hecha por el partidor sobre inmuebles que así especificados no figuran en el inventario, no prueba el dominio de ellos. Como la sentencia comete este error de darle el alcance de plena prueba a la hijuela presentada por el demandante sobre adjudicación de bienes inmuebles no inventariados "ni titulados por los causantes Alvarez y López", está viciada de error de derecho "porque los artículos 762 y 981 del Có-

digo Civil 1º, 3º y 4º de la Ley 200 de 1936 y 1º de la 100 de 1944 consagran la presunción de dueño a favor del demandado, mientras otra persona no justifique tener mejor derecho de propiedad de esos mismos terrenos singularizados. Y esta presunción, por ministerio de las normas citadas, coloca al demandado en condición invulnerable frente a la partición y adjudicación aducidas por el demandante. Por tanto la sentencia infringe las normas sustantivas invocadas".

Prosigue exponiendo que en el supuesto de que, según lo sostiene la sentencia, el demandado no hubiera demostrado la identidad de los inmuebles a que se refieren los instrumentos que presentó con la contestación de la demanda, esta falta no inhibiría al fallador para reconocer el éxito de la oposición, dado que los lotes "especificados y singularizados en la demanda no figuran en el inventario de los bienes alistados en el juicio de sucesión de Luis Alvarez Patiño y Tadea López", y es, por lo mismo, el demandante, quien no comprobó esa identidad, a lo cual estaba obligado por la calidad con que se presenta en el juicio y la naturaleza de su título.

En efecto, en las partidas segunda y tercera del inventario de bienes en dicha sucesión, se especifican bienes por cuya ubicación y linderos "son semejantes, al menos en parte, e idénticos en su contenido", a los que ha tenido en posesión el opositor. En cambio, los linderos de la hijuela traída por el demandante carecen de identidad con los expresados en las partidas dichas, y por no hacer parte de ellos carecen de título de propiedad, porque Luis Alvarez y Tadea López no tuvieron ni transmitieron título de dominio en tales bienes a sus herederos, ni éstos a sus cesionarios, como el demandante, a términos de los artículos 34 de la Ley 63 de 1936 y 752 del Código Civil. La misma partición consigna que "se ignoran los títulos de propiedad". Y si se alistaron en el inventario bienes no titulados legítimamente, no se justifica la partición, adjudicación y registro, ni priva al poseedor de sus derechos preferentes. El inventario no es título de propiedad ni la partición basada en éste.

Para "probar este cargo, o corroborarlo o justificarlo" añade el recurrente que presenta copia auténtica del acta de inventario y de la escritura 553 de 13 de septiembre de 1902 de la Notaría de Tunja, debidamente inscrita, por la cual Josefina y Manuel Vásquez venden a Justo Mateus y otro derechos de propiedad sobre el gran lote que abarca todos los inventariados en la sucesión Alvarez-López.

Concluye que, patentizados los errores de hecho y los de derecho que afectan la sentencia acusada, ésta violó las normas sustantivas invocadas por no haberlas aplicado, y también las que invoca y aplica expresamente para justificar la acción del demandante y la condenación de los demandados.

Se considera:

Descartada la repetición del primer cargo, el que hace como tercero, consiste, en suma, en que los bienes raíces alinderados en la hijuela traída para probar el dominio de ellos, no se identifican con los que figuran en las partidas segunda y tercera del inventario de bienes efectuado en la mortuoria Alvarez López. En cambio, "sí son semejantes, en parte", al menos, "e idénticos en su contenido" con los que ha tenido en posesión el recurrente. De esto concluye que el actor carece de título porque los causantes nada transmitieron a sus herederos ni éstos a sus cesionarios.

Como para estudiar el cargo habría que tener en cuenta las copias de la diligencia de inventario y de la escritura acompañadas a la demanda de casación, que no han obrado en el proceso antes, es el caso de rechazarlo, dado que el recurso de casación no puede resolverse sino exclusivamente con los medios de juicio que tuvo a la vista el fallador de segunda instancia. Debe repetirse lo que en ocasión semejante dijo la Corte: "No es de recibo en casación presentar pruebas, como lo hizo el recurrente allegando copias de escrituras".

Se rechaza el cargo.

IV

El cuarto cargo lo funda así:

"La sentencia es violatoria de la última parte del artículo 488 del Código Judicial".

Transcribe este artículo, que considera firme una sentencia cuando contra ella no hay recurso alguno, o se han dejado transcurrir los términos sin interponerlo, y agrega: "En este último caso la ejecutoria se declara de oficio por el Juez que la ha pronunciado".

Y prosigue el recurrente observando que la partición fue objetada, y sustanciado el incidente, el Juez dictó sentencia por la cual declaró no probadas las objeciones, y la aprobó. Este fallo no fue apelado porque los interesados dejaron vencer el término sin interponer el recurso. Pero el Juez omitió la formalidad de declarar la ejecutoria del fallo.

No obstante estar visible esta falta en la copia de la hijuela presentada por el actor con la de-

manda, la sentencia le dá pleno valor probatorio del dominio alegado por aquél, debiendo saber que solamente puede registrarse la sentencia ejecutoriada conforme a los artículos 757, 2º y 2652 del Código Civil.

Por tanto, la sentencia está visiblemente afectada de error manifiesto de hecho por mala apreciación del título presentado por el demandante como base de su acción, y de error de derecho, por cuanto infringe los artículos ya citados y, además, el 748 y el 749 del Código Civil "puesto que le da pleno valor de título traslaticio de dominio a una partición aún no aprobada por sentencia legalmente ejecutoriada y a una tradición inexistente ante la ley".

La Corte considera:

En realidad, en la copia de la hijuela no consta que la sentencia aprobatoria de la partición se haya declarado ejecutoriada de conformidad con lo ordenado en la parte final del artículo 468 del Código Judicial. Pero el vacío de esta constancia o la omisión de aquella formalidad no puede privar a un instrumento público del valor probatorio de que adolecen los títulos que no han sido inscritos o registrados, debiendo serlo, al tenor de los artículos 2637 y 2674 del Código Civil.

En efecto, si conforme al nombrado artículo 468 la sentencia es firme, entre otros casos, cuando habiendo algún recurso contra ella, "se han dejado pasar los términos sin interponerlo", es el factor tiempo el que le da ejecutoria o firmeza a una sentencia. En tratándose de la aprobatoria de la partición proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí, el recurso de apelación que tenían los interesados no favorecidos con ella, debían interponerlo dentro de los tres días siguientes a la notificación. Hay constancia de que fue publicada y notificada la sentencia, y, como lo reconoce el recurrente, no se propuso el recurso. El fallo, por lo tanto, quedó en firme, según los términos del artículo 468 del Código Judicial. La declaratoria de haberse ejecutoriado, no es entonces requisito indispensable para que la ejecutoria en sí se cumpla sino una mera formalidad por medio de la cual se deja constancia de tal hecho, a fin de evitar dificultades, dudas o ambigüedades entre las partes o interesados para la exigibilidad de las prestaciones nacidas de la sentencia respecto de los términos o plazos fijados a partir de la fecha de ejecutoria. Tan cierto es que la declaratoria de ejecutoria no puede confundirse con la misma ejecutoria, que aunque la providencia judicial del caso se profiere, como es lógico, ya en firme la sentencia, los términos que ésta fije, para un pago o para una entrega, por ejemplo, se cuentan siempre desde que quedó notificada aquélla, no desde la ejecutoria del auto que hace esta declaración, de conformidad con lo estatuido en el artículo 327 del Código Judicial conforme el cual toda resolución produce efecto desde su notificación. Una cosa es la firmeza de una sentencia y otra la declaración de la ejecutoria.

No se puede hablar de error de hecho en la apreciación de la hijuela en razón de no constar o no obrar la copia del auto por el cual se declaró ejecutoriada la sentencia, si, por lo demás, resulta evidente que el registro se efectuó estando ya en firme la sentencia aprobatoria de la partición.

No prospera el cargo.

V

El quinto cargo dice textualmente:

"5º—En vista de dicha solemnidad o requisito exigido por norma expresa de la ley, el Honorable Tribunal ha debido declarar la nulidad del registro de la partición y la sentencia a términos de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936. Como así no lo hizo, la sentencia peca contra estas disposiciones aplicables".

Considerandos:

En primer lugar, se observa que ninguna disposición legal establece que la inscripción de una sentencia sin la declaración de estar ejecutoriada es nula, y que la sentencia se afecte también del mismo vicio; y, en segunda lugar, la nulidad así establecida no se gobernaría por lo que preceptúan los artículos 1740, 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, que se refieren a los actos jurídicos, o sea, a las declaraciones unilaterales o bilaterales de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos, y especialmente a los contratos. El cargo carece de todo fundamento legal, y no prospera.

VI

El sexto cargo en lo fundamental reza:

El demandante no probó su calidad de cesionario de herederos de los causantes Luis Alvarez Patiño y Tadea López, ni el estado civil de quienes le vendieron sus derechos herenciales en estas mortuorias, ni la calidad de dueños que en los inmuebles inventariados como cuerpo cierto tuvieron los de cujus. Las "linderaciones" consignadas en la partición y adjudicación de los

bienes reclamados no concuerdan con las expresadas en las partidas segunda y tercera de la diligencia de inventario, que tampoco adujo no obstante citarlo el trabajo de partición. La sentencia aprobatoria de la partición, por no haberse declarado ejecutoriado, no tiene el carácter de firme ni ha debido inscribirse por tanto, los registros efectuados son ilegales o carentes de valor.

Así las cosas, visibles en el proceso, resultan las excepciones de ilegitimidad sustantiva de la persona y falta de legitimación en causa, carencia de título o ineficacia del aducido para establecer ante la justicia el derecho de dominio.... nulidad de los registros y falta de personería sustantiva del demandado para hacerlo comparecer como heredero de los causantes y comunero hereditario y sucesoral en los inmuebles "que ha venido usufructuando y cuya posesión no ha querido entregar" por haberlos recibido materialmente de terceros. El Tribunal ha debido fallar el pleito, aplicando el artículo 343 del Código Judicial en consonancia con dichas excepciones. Como así no lo hizo, pues la sentencia confirma en todas sus partes la de primera instancia, viola la norma citada y las contenidas en los artículos 471, 472, 593 y 597 del mismo Código así como las invocadas como fundamento de la acción reivindicatoria.

Considerandos de la Corte:

Como en él se repiten los cinco cargos anteriores, que el recurrente estima fundados, para que se declaren probadas las excepciones que alega, lo expuesto por la Corte en cada uno de ellos para rechazarlos, la relevo de nuevas consideraciones al respecto, ya que ninguno de ellos tiene asidero legal. No prospera este cargo.

VII

El séptimo cargo lo funda de la siguiente manera:

El demandado Luis Hipólito Alvarez presentó con la contestación del libelo el documento fechado el 12 de noviembre de 1934, registrado el 20 de diciembre del mismo año, protocolizado en la Notaría de Ramiriquí por escritura 447 de 7 de julio de 1955, por el cual Pedro Suárez M. prometió vender a Luis Alvarez P. dos fanegadas de tierra de su propiedad, ubicadas en la vereda de San José, jurisdicción del Municipio de San Rafael, y le hizo entrega de ellas. Esta obligación fue cedida por Alvarez P. a Luis H. Alvarez en nota que lleva fecha 27 de diciembre de 1937.

Este documento, incorporado en certificación expedida por el Notario de Ramiriquí, lo presentó Luis Hipólito Alvarez para probar que el lote que se le reivindica con el nombre del Carmen, lo ocupó y recibió de quienes tenían la calidad de dueños, y para destruir la afirmación del actor de que la ha poseído como coheredero y a nombre de la sucesión Alvarez López. Presentado este instrumento con la intención probatoria que le da la contestación de la demanda, la sentencia cometió error manifiesto de hecho al apreciarlo e interpretarlo como "inepto o inapto" para adquirir por ese medio el derecho de dominio del inmueble por la cabida expresada en él, y "justificar la oposición del demandado".

El documento no suple la falta de la escritura pública para la "traslación y tradición del derecho de propiedad sobre inmuebles, pero ante las normas 632 y 648 del Código Judicial 1757, 1761, 1762, 1765 del Código Civil 91 de la Ley 153 de 1887, sí prueba plenamente la entrega material que del inmueble se hizo a Luis Hipólito Alvarez y su posesión de él por tiempo inmemorial, ajustada al artículo 981 del Código Civil y probada de conformidad con el artículo 91 de la Ley 153 de 1887. Con el error manifiesto de hecho expresado infringió las normas jurídicas citadas.

Se considera:

En el estudio del segundo cargo, se vio que el inmueble especificado en el documento no guarda ninguna relación con el que se reivindica bajo la denominación del Carmen, dado que las alindaciones de uno y otro son completamente diferentes. Y, se repite, no habiendo sido identificados por el demandado Alvarez P. por ningún medio probatorio, es imposible aceptar que la finca El Carmen, en cuya posesión fue encontrado Alvarez P. el día en que se practicó la inspección ocular, para identificación de los predios demandados con los poseídos por aquél, sea el mismo de que trata el documento de promesa. No apareciendo ninguna relación entre el inmueble El Carmen y el que por tal determinan la demanda y la inspección ocular con el especificado en la promesa, no incurrió en error el Tribunal, al no tener en cuenta ésta como medio probatorio de la posesión del demandado en este bien.

El cargo no puede prosperar.

VIII

El octavo cargo, compendiado, dice:

El demandado presentó la escritura 529 de 13 de mayo de 1953, extendida en la Notaría Se-

gunda de Tunja, para comprobar que, con el derecho que ella le dá, ocupó y ha continuado en la posesión de su tradente y antecesores de éste en el gran lote especificado en dicha escritura "que resulta ser el mismo o estar comprendido en el especificado en la partida Segunda del inventario de la sucesión en que dice apoyarse la partición e hijuela y sentencia aducidos por el actor. Esta pretensión se confirma con la inspección ocular y el peritazgo producidos en el juicio, puesto que el Juez y los peritos observaron que "Luis Hipólito Alvarez tiene cultivos de caña, café, etc. etc. y posee el lote "Los Riscos" reclamado en la demanda".

Del instrumento 529, acompañado a la contestación de la demanda por Alvarez, y de la escritura que su apoderado presenta con la demanda de casación, deduce el recurrente que él es un continuador de la posesión de sus antecesores y un comunero del gran lote enmarcado en la alinderación expresada en aquel instrumento, y como a tal debe respetársele su posesión objetiva, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 981 del Código Civil, 1º, 3º y 4º de la Ley 200 de 1936 y 1º de la Ley 100 de 1944.

La citada escritura 529 continúa el recurrente, prueba plenamente, al tenor de las normas citadas y de los artículos 745, 756 y 2652 del Código Civil, que el demandado Alvarez ha tenido y continuado en la posesión inmemorial de sus antecesores dentro del bien raíz común especificado en las nombradas escrituras, y no en calidad de heredero de los causantes Alvarez López; que el demandado (sic) carece de título, derecho y acción, por no ser comunero ni alegar esta calidad en la comunidad indivisa de Vásquez, Mateus y sus compradores, y no haber probado que Luis Alvarez Patiño y Tadea López adquirieron derechos en esa comunidad.

De otra parte, la inspección ocular y el peritazgo establecieron que el demandado Luis Hipólito Alvarez estaba al frente del inmueble a que se refiere la demanda, y lo tiene con plantaciones sementeras como poseedor directo y por medio de arrendatarios. Resalta también la evidencia de que este lote hace parte del especificado en la escritura 529 de 13 mayo de 1953, y queda a la vez dentro del que determina la escritura que presenta con la demanda de casación.

Todo esto constituye plena prueba de que Luis Hipólito Alvarez ha poseído y posee con justo título y buena fé el predio que se le pretende arrebatar, sin hacer la división de la gran comunidad que configuran aquellas escrituras, y sin que se hubiera allegado título de adquisición de algún derecho en el lote determinado en la partida segunda del inventario, el cual se identifica o, por lo menos, hace parte del que se especifica en la escritura 529 citada. Siendo irrefutable la prueba presentada por el demandado como poseedor, el error en la apreciación e interpretación de esa prueba en que incurrió la sentencia es manifiesto, y visible el error de derecho por no haber aplicado los artículos 740, 749, 752, 756, 759, 1857 del Código Civil y los citados en el desarrollo del cargo.

Consideraciones de la Corte:

El cargo debe analizarse y resolverse en cuanto se basa en la escritura 529 traída al juicio con la contestación de la demanda, pero no en el fundamento que busca en el inventario y en la escritura 535 de 13 de septiembre de 1902 aducidas en copia por el recurrente con la demanda de casación

También se observa, como queda dicho, que de los linderos de la finca de que trata la escritura 529 de 13 de mayo de 1953, no resulta que sea la misma adjudicada al demandante Ramírez M. en la sucesión de Luis Alvarez Patiño y Tadea López con el nombre de Los Riscos, ni que ésta sea parte de aquélla. No se solicitó siquiera la práctica de pruebas con qué demostrar la identificación de los dos bienes raíces. El haber hallado el predio Los Riscos en posesión del demandado Alvarez, por el vacío anotado, no permite concluir que sea el mismo o parte del que aparecen adquiriendo él y Pedro J. Romero, por medio de la escritura 529.

Así las cosas, no se ve el error de hecho ni de derecho en que haya podido incurrir el fallador de segunda instancia, al no tener el instrumento ameritado como título de la posesión alegada por el demandado Alvarez.

Así, el cargo debe rechazarse.

Fundado en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, le hace tres cargos al fallo del Tribunal, que se estudian en el orden propuesto:

El primero dice en resumen:

No hay consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque el actor ejercita la acción reivindicatoria de los dos inmuebles, objeto de ella, contra quienes declaran los poseen, y se niegan a entregárselos a sabiendas de que le fueron adjudicados en la partición de bienes de la mortuoria de Luis Alvarez Patiño y Tadea López, en los términos de la hijuela aprobada y registrada que acompaña, y como cesionario de varios herederos. El demandado Luis Hipólito Alvarez

aceptó ser poseedor de los bienes por haberlos recibido de los verdaderos dueños, y por cuanto los causantes Alvárez Patiño López no los adquirieron ni los transmitieron a sus sucesores.

La sentencia, en abierta discordancia con esto, le niega al demandado Alvarez la calidad de poseedor, y lo coloca como tenedor a nombre de la comunidad herencial asignándole la calidad de coheredero con el demandante subrogado. Y a renglón seguido, lo condena como poseedor a restituir, lo cual es contradictorio, porque el comunero no es poseedor sino mero tenedor, ya que la poseedora es la comunidad, o la herencia o la sucesión, que no pueden confundirse con el demandado que es poseedor de cuerpos ciertos no pertenecientes ya a la comunidad; sin prueba idónea de que los causantes y el demandante Alvarez hayan adquirido esos bienes de acuerdo con las normas sobre tradición de inmuebles (artículos 756, 757-2º- 759, 740 y 669 del Código Civil y sin que el actor haya comparecido como comunero y a nombre de comunidad alguna, ni el demandado haya aceptado la condición de coheredero o comunero que le atribuye la sentencia. Esta discordancia constituye un error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda y su réplica, un cambio en la calidad en que comparecen al juicio las partes y un error de derecho, ya que los artículos 471 y 593 del Código Judicial disponen que la sentencia se profiera en consonancia con la demanda y la contestación y las pruebas aducidas debiendo absolver al demandado, si el actor no prueba sus pretensiones o en caso de duda. "Por tanto, la sentencia recurrida viola dichas disposiciones legales aplicables".

Se considera:

Si Alvarez fue demandado como poseedor de los bienes que se le reclaman a él, si acepta esta condición por haberlos recibido de sus verdaderos dueños, y si la sentencia le niega esta calidad de poseedor á nombre propio, le asigna la de coheredero y lo condena a restituir en esta condición, indudablemente el sentenciador habría incurrido en una mala apreciación de la demanda.

Pero en la mala apreciación de la demanda, como una prueba que es, puede haber un error de hecho o de derecho. El haber estimado el fallador que el reo fue demandado como coheredero o comunero y así lo condena, a pesar de haber sido citado como poseedor exclusivo y a nombre propio, sería el tipo del error de hecho en la apreciación de la demanda o de una prueba. Constituiría error de derecho si a la confesión que puede encerrar una demanda se le dá un valor que no reconoce la ley. Cuando en la apreciación de la demanda se ha incurrido en esta clase de errores, la acusación de la sentencia solamente procedería por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

Podría dar base la mala interpretación de la demanda a que la sentencia fuera acusada por la causal segunda, pero cuando la mala estimación de ella hubiera llevado al sentenciador a dejar de fallar sobre alguna de las cuestiones planteadas en la litis, o sobre puntos ajenos a la controversia, o se hubiera condenado en más, o no se hubiera resuelto sobre la excepción o excepciones perentorias resultante en el proceso.

Como aquí se trataría solamente de un error de hecho en la apreciación de la demanda, tocante con la *legitimatio ad causam* del demandado, la invocación de él no cabía sino por la causal primera y no por la segunda.

El cargo debe rechazarse.

Agrega la Corte, para abundar en la motivación del fallo, que tanto Alvarez como los otros dos demandados, quienes manifestaron no oponerse a las peticiones de la demanda, fueron citados al juicio en nombre propio y no como comuneros o coherederos en la sucesión Alvarez López. Y mal podía demandarlos así, ya que la partición, una vez registrada, pone fin a la comunidad existente entre los herederos.

Ni en su parte motiva ni en la resolutiva la sentencia ha tenido a Alvarez como comunero o coheredero sino como poseedor sin título, que no probó la prescripción adquisitiva que alegó.

Se sintetiza el segundo cargo en estos términos:

La sentencia no guarda la debida armonía con las pretensiones deducidas por los litigantes, ya que las del demandante se derivan de haber adquirido los inmuebles por muerte de Luis Alvarez Patiño y Tadeo López, por lo tanto, ha debido traer al proceso, el título o títulos por los cuales adquirieron ellos, pues la sola hijuela, la sentencia aprobatoria y sus registros no podían transferirle el dominio de bienes que pertenecieron a tales causantes, a términos del artículo 752 del Código Civil. Así la condición del demandado como poseedor aceptada por el actor queda invulnerable al tenor de los artículos 762, 981, 951 del Código Civil 1º, 3º y 4º de la Ley 200 de 1936, y 1º de la Ley 100 de 1944.

Como la sentencia declara propicitario de mejor derecho al demandante sin que éste lo haya probado en la forma expresada, y niega al demandado opositor la prelación que le corresponde como poseedor, comete error manifiesto en la apreciación del juicio y error de derecho porque

ha debido aplicar esas normas y fallar en consonancia en favor del demandado Alvarez. Como así no lo hizo infringió las normas citadas.

La Corte considera:

El haber reconocido al demandante como propietario de los inmuebles poseídos por Alvarez P. sin que aquél haya presentado el título o títulos mediante los cuales fueron adquiridos por los causantes Alvárez López, constituiría un error de derecho manifiesto por cuanto estimó como probado el dominio teniendo en cuenta un medio probatorio, la hijuela, que por sí solo no podía demostrarlo. Se trataría de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y no de la segunda, porque no hay incongruencia propiamente dicha entre lo resuelto por el fallador y las pretensiones oportunamente deducidas. Por lo tanto, el cargo está mal invocado y no puede prosperar.

Se observa sí que, no habiendo presentado el demandado Alvarez ningún título de propiedad de los bienes que posée y que están sub lite, le bastaba al demandante la adjudicación en la partición Alvarez López, pues solamente cuando el poseedor hace valer títulos anteriores se impone el estudio de los traídos por ambas partes para saber cuál es el prevalente.

El tercero se resume:

Demandante y demandado opositor están de acuerdo en que los bienes, objeto de la demanda, y los que éste posee son los mismos; la sentencia sostiene que no lo son, puesto que echa de menos la prueba de identidad. Están de acuerdo en que "se ignoran los títulos de propiedad de la sucesión y herencia de los Alvarez Patiño y Tadea López", lo cual prueba la carencia de títulos de propiedad de los bienes raíces adjudicados al demandante en la partición. La sentencia los da por existentes y declara dueño de mejor derecho al actor vulnerando la situación jurídicamente privilegiada del demandado Alvarez. La Corte ha dicho reiteradamente que la hijuela no es suficiente título para reivindicar, porque ella no prueba suficientemente el derecho de propiedad del adjudicatario. La sentencia declara que sí constituye título suficiente para reivindicar, "debido a que el poseedor no adujo título inscrito de mayor valía y preferencia". Comete error de hecho manifiesto y de derecho porque la muerte de una persona no transmite al heredero o cesionario lo que el causante no adquirió legalmente; y la hijuela y la sentencia aprobatoria y el registro no transfieren el dominio, ni confiere posesión de ninguna clase por imperio del artículo 752 del Código Civil "por consiguiente viola dicha norma legal y las que ya citó del Código Judicial".

Considerandos:

Este cargo radicaría en el error de hecho de haber tenido como existentes en el expediente los títulos de propiedad de los causantes Alvarez López, sin obrar en el juicio, para dar por demostrado el dominio del reivindicador. El cargo enmarcaría, empero, dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial no en la segunda, porque en razón de él no se da ninguno de los casos de inconsonancia entre lo resuelto por el fallador y las pretensiones deducidas. El cargo debe rechazarse por lo indebidamente fundado.

Es oportuno advertir que la jurisprudencia ha considerado que la hijuela sin los títulos de adquisición del causante o causantes es insuficiente para probar el dominio del reivindicante, solamente cuando el poseedor demandado presenta un título anterior a la hijuela (G. J., número 2159, Tomo LXXXI, página 512).

En mérito de las razones expuestas, 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 del Distrito Judicial de Tunja el primero de agosto de mil novecientos cincuenta y seis.

Condénase al recurrente a pagar las costas del recurso.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

EL ORDENAMIENTO JURIDICO NO ESTA CONSTITUIDO POR UNA SUMA MECANICA DE TEXTOS LEGALES. — EXISTEN PRINCIPIOS O REGLAS GENERALES DE FORZOSA APLICACION AUNQUE NO SE ENCUENTREN ENUNCIADOS POR EL CODIGO.—EL ALCANCE DEL ARTICULO 8º DE LA LEY 153 DE 1887. — LA REGLA "NEMO PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS POTEST", AUNQUE NO INSCRITA EXPRESAMENTE EN EL CODIGO, ES DE PERFECTA APLICABILIDAD EN DERECHO COLOMBIANO. — TAL REGLA INDICA QUE NADIE PUEDE ALEGAR A SU FAVOR, NI A FAVOR DE TERCEROS SU PROPIO DOLO O MALA FE. — LOS CULPABLES DE DOLO SON INDIGNOS DE SER ESCUCHADOS POR LA JUSTICIA. — LA REGLA GENERAL DE LA BUENA FE. CONCEPTO DE LA BUENA FE. — EFECTOS GENERALES DE LA BUENA FE SIMPLE. — LA BUENA FE CUALIFICADA (BUENA FE CREADORA DE DERECHOS O SITUACIONES; BUENA FE EXENTA DE CULPA). — LA BUENA FE SIMPLE Y LA BUENA FE CUALIFICADA.—APLICACIONES QUE EL CODIGO HACE DE LA BUENA FE CREADORA DE DERECHOS. — INTERPRETACION DE LAS LEYES. — METODOS ANTIGUOS Y METODOS NUEVOS. — EL DERECHO NO SE COMPONE DE CASOS EMPIRICOS, SINO DE INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS GENERALES. — LA INTERPRETACION SISTEMATICA CONDUCE A APLICAR LA LEY A HIPOTESIS QUE EL LEGISLADOR NO PREVIO, O SEA, A DAR AL TEXTO LEGAL UN ALCANCE SUPERIOR AL QUE SE DESPRENDE DE SU TENOR LITERAL

1.— El ordenamiento jurídico no está constituído por una suma mecánica de textos legales. No es como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuales, sin duda, se han hecho aplicaciones concretas en casos singulares.

Ya el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, prescribe que a falta de leyes aplicables a los casos controvertidos, deberán aplicarse las reglas generales del derecho. Entre los principios generales vigentes en el derecho positivo deben recordarse dos de importancia capital: el que prohibe a una persona fundarse en su propia torpeza o inmoralidad para obtener beneficios a su favor, principio enunciado mediante la máxima de los latinos "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", y el principio de la buena fé exenta de culpa: "Error communis facit jus".

2.—El principio que prohibe a una persona fundarse en su propia torpeza o inmoralidad para obtener beneficios a su favor, enseña que a nadie se le permite aprovecharse de su propio dolo; y que, por tanto, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la mala fé o dolo en que ha incurrido.

Con razón se ha dicho que constituye inmoralidad (torpeza) pretender beneficiarse de la mala fé o dolo que alguien ha cometido; los culpables de dolo son indignos de ser escuchados por la justicia.

Los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es el dolo o mala fé cometido por el demandante, de acuerdo con la máxima "Nemo auditur suam turpitudinem allegans', pues ello, según advierten los autores, "es contrario a la moral y a la dignidad de la magistratura".

Es contrario no sólo a las buenas costumbres sino también al orden público, que el culpable de dolo pretenda sacar ventajas del mismo.

Este principio se encuentra vigente en el derecho civil positivo. Algunos textos legales contienen aplicaciones particulares del mismo. En primer término, el artículo 1744 del Código Civil, advierte que si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. En segundo término, el artículo 1525, prevista que

no podrá pedirse o repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

Estas aplicaciones no deben considerarse como casos aislados, sino como derivaciones de una regla más general vigente en nuestro derecho, cual es la de que a nadie se le permite beneficiarse de su propio dolo.

3.—Otro principio igualmente vigente en el derecho positivo es el de la buena fé. La expresión buena fé" (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones, y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobla en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás, esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (o buena fé) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente.

En el sistema jurídico de los romanos es posible indicar estas dos condiciones generales de la buena fé, las que se encuentran también en nuestro Código Civil, según se verá después. Pero en todo caso, una estructuración total de este principio se debe a los juristas germanos, quienes han reemplazado dichos términos por los de Treu y Glauben. Treu: nuestro deber de ser leales para con los demás; Glauben: nuestra creencia en la lealtad de los demás.

¿Cómo se determina la lealtad o buena fé?

Si la buena fé hace relación a una conciencia honesta, es decir, a un sentimiento de honradez —tener la conciencia de que se obra decorosamente, la confianza legítima de que los demás obran honestamente en sus negocios—, no obstante, es un sentimiento que tiene la virtud de objetivarse, de darse a conocer mediante ciertos módulos de conducta preestablecidos en una agrupación de hombres.

Obrar con lealtad, es decir, de buena fé, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas costumbres.

Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fé, su alcance y la ausencia de ella. La buena fé no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.

Así, pues, la buena fé equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fé será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fé. En general, obra de mala fé quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fé. El hombre de buena fé trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre.

El derecho, desde los más antiguos tiempos, ha protegido siempre al hombre de buena fé y condenado al de mala fé. El orden jurídico dicta sus normas teniendo siempre presente al hombre probo, al hombre recto, no a aquél que obrando con astucia, con rapacidad o viveza, trate de aprovecharse de la ingenuidad, de los pocos conocimientos o falta de experiencia de otras personas, para sacar ventajas para sí, que repugnan al pensar del hombre que obra con decoro, social.

La más moderna doctrina advierte que la lealtad o buena fé de las personas debe equipararse o a la conducta de quien obra "con espíritu de justicia y de equidad"; al proceder razonable del "comerciante honesto y cumplidor".

4.—Mirando a los efectos de la buena fé, ésta es susceptible de dos grados: la buena fé simple y la buena fe cualificada (buena fé creadora, o buena fé exenta de culpa).

La buena fe simple es la exigida normalmente en los negocios. Esta buena fé simple es definida por el artículo 768 del Código

Civil, al referirse a la adquisición de la propiedad como "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio".

Los efectos de esta buena fé consisten en cierta protección que se otorga a quien de tal manera obra. Si alguien de buena fé obtiene un derecho, no protegida su adquisición por la ley, en razón de no ser el transmitente titular de aquel derecho o no estar autorizado para transmitirlo, no obstante la falta de protección del derecho que se pretendió adquirir, la ley otorga a quien obró de buena fé ciertas garantías o beneficios. Sin duda tal persona será vencida en un debate judicial, pero el ordenamiento jurídico amengua los efectos de la pérdida del derecho.

Tal sucede cuando alguien de buena fé pretende adquirir la propiedad de una cosa y entra en posesión de la misma. Si posteriormente se descubre que el enajenante carecía de derecho para hacerle la mencionada transmisión de la propiedad, será condenado el poseedor de buena fé a entregar la cosa a su verdadero propietario. Pero la ley atempera aquí los efectos de la condena de la entrega de la cosa absolviendo al poseedor de buena fé, de pagar los frutos o provechos que le produjo la cosa durante el tiempo que la tuvo en su poder (artículo 964, párrafo 3º.).

Aquí estima la ley prudente hacer una expropiación por motivos de utilidad privada, de los frutos que tenía derecho a reclamar el dueño de la cosa. También el poseedor de buena fé adquiere facultad para hacer suya la cosa poseída, junto con un título idóneo de transferencia, *por* el tiempo necesario para adquirir por prescripción ordinaria (artículos 2528 y 2529).

La buena fé simple es también un elemento fundamental de interpretación de los negocios jurídicos. Desde este punto de vista obliga la ley a cada contratante a celebrar y ejecutar su compromiso según enseñan las buenas costumbres, es decir, los usos vigentes en la sociedad.

5.—La buena fé cualificada o buena fé creadora de derechos o situaciones, tiene efectos superiores a los de la buena fé simple.

Como su nombre lo indica, tiene la virtud de crear de la nada una realidad jurídica, vale decir, de dar por existente ante el orden jurídico, un derecho o situación que realmente no existe.

La buena fé creadora o buena fé cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: "Error communis facit jus".

Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fé simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa.

Se pregunta: ¿quién ha cometido un error semejante debe ser tratado en la misma forma en que es tratado quien obra con una buena fé simple o buena fé no cualificada, o si por el contrario, habrá necesidad de dotar de efectos jurídicos superiores la buena fé exenta de culpa?.

El derecho antiguo al decir que un error común creaba derecho, pretendió gobernar con otro criterio la buena fé exenta de culpa. Para ello se llegó al extremo de expropiar el derecho al titular verdadero para adjudicarlo a quien había obrado con una fé exenta de culpa, vale decir, convirtió lo que resultó aparente, en realidad, o lo que es lo mismo, el propio orden jurídico creaba por sus propias energías el derecho o situación que realmente no existía.

6.—A fin de interpretar correctamente los principios que informan el Código Civil y los diversos textos legales del mismo, y evitar confusiones, es necesario dar unas aclaraciones complementarias para diferenciar los casos en que el Código se refiere a una buena fé simple que no crea derechos, sino que simplemente atempera los efectos de la buena fé cualificada y que es objeto de examen aquí.

La buena fé simple tan sólo exige una

conciencia recta, honesta, pero no exige una especial conducta. Es decir, la buena fé simple puede implicar cierta negligencia, cierta culpabilidad en el contratante o adquirente de un derecho. Así, la definición del artículo 768 corresponde únicamente a la buena fé simple y sólo se hace consistir en la conciencia de adquirirse una cosa por medios legítimos. Una aplicación importante de esa buena fé es la ya examinada del artículo 964 del Código Civil. En general, quien compra una cosa mueble a otra persona, actúa con una buena fé simple y no adquiere el dominio si el tradente no era el verdadero dueño, según lo dispone el artículo 752 del Código Civil. Ello, porque tan sólo se tuvo la conciencia de que el tradente era el propietario, pero no se hicieron averiguaciones ó exámenes especiales para comprobar que realmente era propietario.

En cambio, la buena fé creadora de derechos o buena fé exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana "Error communis facit jus") exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fé simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fé simple exige tan sólo conciencia, la buena fé o cualificada creadora de derechos, conciencia y certeza.

7.—Prescindiendo de las aplicaciones hechas en materia de matrimonio y sin pretender agotar todas las posibles aplicaciones hechas por el código de la buena fé creadora de derechos, los siguientes seis casos son aplicaciones concretas de la buena fé creadora de derechos o buena fé exenta de culpa ("Error communis facit jus").

Primera aplicación.—Adquisición de bienes muebles en establecimientos comerciales.—Establece el artículo 947 del Código Civil: "Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

"Exceptúanse las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

"Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla".

El artículo 947 no se refiere a la buena fé simple, sino a un grado superior, a la que se ha denominado buena fé cualificada o creadora de derechos y situaciones. Si se refiriera a la buena fé simple, resultaría que el adquirente de cosa mueble comprada en establecimiento comercial, sería obligado a restituirla a su verdadero dueño con la única facultad de hacer suyos los frutos durante el tiempo que lo tuvo en su poder. Pero no es así. El adquirente de la cosa no puede ser desposeído de ella, mientras nó se le pague lo que le costó y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. Por tanto, el 947 del Código Civil se refiere a otra clase de buena fé, a la que se ha denominado buena fé creadora de derechos. El comprador, desde luego, ha debido adquirir la cosa en un establecimiento comercial, o sea, en un establecimiento abierto al público en el que usualmente se venden cosas de la misma naturaleza.

La buena fé protegida por el artículo 947 reúne ampliamente las condiciones ya anotadas, o sea, conciencia de adquirir la cosa de quien es dueño, y certeza de que el tradente es el verdadero dueño. Porque, según la costumbre, el comprador que quiere estar seguro de comprar de quien es dueño, se dirige a uno de tales establecimientos autorizados por la ley y los usos sociales para vender cosas al público. Nadie concibe que un comerciante con autorización del propio orden jurídico y a la vista de todos, abra un establecimiento para vender cosas de que no es propietario o que no se encuentra debidamente autorizado para venderlas.

En resumen: quien compra una cosa mueble en sitio diverso a un establecimiento comercial, ha comprado apenas con una buena fé simple. Y si resulta adquiriendo de quien no es propietario, queda gobernado por los artículos 752 y 964 del Código Civil; pero quien compra en establecimientos comerciales queda gobernado por el artículo 947 del Código Civil.

Esta es una razón muy clara, si es que se aspira a interpretar el Código Civil según sus principios esenciales, de que existen dos

grados de buena fé: la buena fé simple y la buena fé creadora de derechos.

Segunda aplicación—La resolución de los contratos.— Si alguien adquiere por título escriturario debidamente inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, un inmueble bajo condición resolutoria, pero ésta no se expresa en el título y lo enajena a un tercero, el cumplimiento de la condición no afecta al tercero adquirente, según los veces del artículo 1548 del Código Civil.

Si no contuviera ese texto legal una reglamentación de la buena fé creadora de derechos, justamente la condición resolutoria obraría también contra el tercer adquirente, pues desapareciendo el dominio en el tradente, lógicamente debiera desaparecer el dominio adquirido por el tercero. Y sin embargo, no es así; el tercero que encuentra el dominio radicado correctamente en cabeza del tradente; que no tiene maneras o formas de descubrir la condición resolutoria que lo afecta, ha obrado con una buena fé exenta de culpa y es por ese motivo que se hace definitivamente propietario.

Tercera aplicación.—Nulidades de contratos frente a terceros de buena fé.—Según el artículo 2048 del Código Civil "la nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fé, contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho".

Este texto legal no representa otra cosa sino una aplicación del principio de la buena fé cualificada o buena fé creadora de derechos. Justamente la nulidad del contrato lo extingue, extingue todos los efectos que haya producido. Pero frente a terceros de buena fé, la ley restringe los efectos de tal nulidad para considerar existente y válida la sociedad anulada y que degeneró en una de hecho.

En el mismo sentido prescribe el artículo 472 del Código de Comercio, que la omisión de la escritura social, y la de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470, producen nulidad absoluta entre los socios. Estos, sin embargo, responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho.

Esta mencionada responsabilidad solidaria, en verdad no tiene otro fundamento sino la aplicación del principio de la buena fé exenta de culpa.

Confirma la idea expuesta en el artículo 477 del mismo Código, según el cual los socios no podrán alegar la nulidad del contrato de sociedad, por vía de acción o excepción, contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad. Además, estos terceros podrán acreditar la existencia de una sociedad por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por el Código del Comercio.

Limítanse, pues, en nombre de la buena fé cualificada, o buena fé creadora de derechos, los efectos normales que corresponden a la declaración de nulidad de una sociedad.

Y con carácter más general, el artículo 1748 del Código Civil advierte que "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales".

Es entendido, dentro de los principios lógicos, que si un tercero ha adquirido un derecho y la fuente de adquisición de su antecesor es inválida, también se invalida la suya (Resolutio jure dantis resolvitur accipientis); ya este texto legal advierte que tales efectos tienen excepciones legales. Una de tales excepciones, unánimemente enseñada por la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la necesidad de proteger la buena fé creadora, o sea la buena fé cualificada. Es por tal motivo que la declaración de nulidad no alcanza al tercero que ha obrado con una fé invencible, es decir, cuando el derecho que adquirió el tercero aparecía regularmente constituido por el tradente.

Tal sucede cuando en tratándose de la adquisición de un inmueble, no existe manera de examinar el vicio de nulidad de algunos de los títulos adquisitivos, por ser un vicio oculto.

Aquí lo mismo que en el caso reglamentado por el artículo 1548 del Código Civil y los reglamentados por los artículos 472, 476 y 477 del Código de Comercio, la ley transforma la simple apariencia en realidad y crea a favor de terceros un derecho, pues a ello equivale el hacerlo inmune frente a la acción reivindicatoria ejercida por quien pidió la nulidad.

Cuarta aplicación.—Los efectos de los negocios simulados frente a terceros.— Dispone el artículo 1766 que las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros", y agrega que "tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de su escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero". De tal texto legal se deduce que la simulación en los contratos no produce efectos frente a los terceros de buena fé.

En efecto, a un tercero le es imposible estar al tanto de los pactos secretos de los contratantes que alteran lo declarado en un acto público. El adquirente que se atiene al acto público (escritura pública) y con base en tal escritura adquiere un derecho o una situación jurídica, ha obrado con una buena fé exenta de culpa, con una buena fé cualificada. El hecho de que más tarde se declare que el contrato público era simulado, tal declaración sólo produce efectos entre las partes, pero no alcanza al tercero de buena fé.

Aquí como en las situaciones anteriores, la ley ha estimado prudente convertir en realidad lo meramente aparente. Crear a favor del tercero una situación que aplicando un riguroso criterio lógico, no existía.

Quinta aplicación.— Pagos hechos a un falso acreedor.—Ordena el artículo 1634 en su primer párrafo, que el pago para que sea válido debe hacerse al acreedor mismo o a quien lo represente. Por tanto, por regla general, el pago hecho a un falso acreedor es inválido. Pero también es cierto que el segundo párrafo de tal texto legal agrega que "el pago hecho de buena fé a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".

Indudablemente este segundo párrafo del 1634 contiene una aplicación de la buena fé creadora de derechos. Quien paga a quien se encuentre en posesión del crédito, sin duda puede cometer un error, pero es un error que se justifica ampliamente, pues cualquier persona que quiere pagar al verdadero acreedor se cerciora previamente de que se encuentre en posesión del crédito y si aún así tal posesión resulta aparente, la ley convierte el pago inválido en un pago válido, para satisfacer la exigencia del comercio.

En resumen: el deudor que paga al acreedor que se encuentra en posesión del crédito, no ha cometido ninguna culpa y ha reunido las dos condiciones de la buena fé cualificada o la buena fé exenta de culpa: conciencia recta y certeza.

Tal sucede cuando el acreedor muere y la acreencia pasa a los herederos. El deudor para no incurrir en un error, espera que la justicia indique quiénes son tales herederos. Y una vez que sabe quiénes fueron declarados como tales, y que han entrado en posesión de los créditos del causante, cancela la deuda.

Pero resulta que si la justicia declaró como herederos a los padres cuando en realidad el muerto tenía hijos, vendrá una nueva sentencia judicial que dejará sin efectos la primera declaración de herederos y serán declarados como herederos definitivos los hijos.

Pero si entre tanto el deudor pagó indebidamente a los padres, no tendrá que pagar dos veces, pues el anterior pago se mira como válido.

Obsérvese de cómo el legislador sacrifica al legítimo acreedor (los hijos) para declarar válido el pago hecho al primer acreedor, es decir, al acreedor que resultó falso, simplemente aparente.

Obsérvense nuevamente los requisitos que exige la ley para que pueda valer la excepción que se estudia: 1º. Pago de buena fé, y 2º. Error invencible al tomar por verdadero un falso acreedor pues la ley exige que se trate de un acreedor que esté "en posesión del crédito", es decir, lo haya adquirido por medios legítimos. Aquí el legislador sin más, transforma la simple apariencia en realidad, crea de la nada un derecho.

Sexta aplicación.—Herederos o legatarios putativos reconocidos por decreto judicial.— El artículo 766 advierte que no son justos títulos de adquisición de derechos los falsificados, los conferidos por personas en calidad de mandatarios de otra sin serlo, el que adolece de un vicio de nulidad y los meramente putativos.

Pero el párrafo final de tal texto legal agrega que al heredero o legatario putativo a quien por decreto judicial se haya da-

do la posesión efectiva, servirá de justo título el Decreto; como al legatario putative el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

Esta hipótesis se relaiza cuando alguien se hace declarar heredero por la justicia y obtiene la posesión efectiva y más generalmente la adjudicación de determinados bienes de la herencia. Si enajena un tercero, éste adquiere definitivamente el derecho, aunque posteriormente resulten inválidos los decretos judiciales de reconocimientos de herederos y las sentencias judiciales que otorgaron ya la posesión efectiva o aprobaron la partición y adjudicación de la herencia. Aquí se protege una buena fé cualificada, una buena fé exenta de culpa.

Estas aplicaciones son de interpretación restrictiva, o por el contrario, son apenas aplicaciones de un principio superior no inscrito expresamente en el Código Civil, pero vigente dentro del ordenamiento jurídico que los jueces deben aplicar a todos los casos que guarden analogía, es decir, que obedezcan a la misma orientación de los que expresamente reglamenta el Código Civil?.

La respuesta a esta pregunta la dió esta misma Corte en su sentencia de 20 de mayo de 1936 (G. J., Tomo XLIII, página 44 y siguientes). Después de examinar la Corte varios artículos del Código Civil que contienen aplicaciones de la buena fé creadora o buena fé exenta de culpa, advirtió que aquellas disposiciones no podían "ser interpretadas y aplicadas con un criterio rigidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador — para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente— del principio general y superior de derecho consignado en la máxima "error communis facit jus", de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico positivo colombiano....., y que a su turno no es otra cosa que la explicación y reglamentación técnica de algunas de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fé".

Y la solución que dió la Corte en aquel entonces sobre la pregunta planteada, armoniza perfectamente con claras disposiciones de la ley positiva. El artículo 8º de la Ley 153 de 1887, prescribe que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, las reglas generales del derecho.

Así, pues, que la analogía en sus dos variedades principales, analogía legis y analogía júris, son de perfecta aplicabilidad en derecho civil colombiano por mandato expreso de la ley.

8.—Los métodos antiguos de interpretación enseñaron que en el Código Civil se encontraba todo el derecho civil; que el intérprete debía aplicarlo sin poder extender los casos previstos por el legislador a otros casos y siéndole prohibido investigar la existencia de ciertas reglas o principios generales tradicionales reconocidos por las naciones civilizadas.

Pero esta identificación del derecho civil con el Código Civil, o más exactamente, entre el derecho y la ley escrita, ha sido rota definitivamente en nuestra época y reemplazada por una metódica distinción entre derecho y ley escrita. La ley escrita es apenas una de las fuentes formales del derecho, la más importante desde luego, pero no la única.

El derecho en general, es un sistema compuesto no de casos empíricos, sino integrado por verdaderas instituciones y principios generales. Esta concepción se encuentra vigente en nuestro derecho por mandato expreso del ya citado artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que habla de las reglas generales del derecho; el mismo artículo 4º de tal ley que habla de los principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia; el artículo 5º de la misma ley que se refiere a la equidad natural; el artículo 32 del Código Civil que ordena interpretar los pasajes oscuros o contradictorios de la ley, del modo que más conforme aparezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Todas estas expresiones, principios generales de derecho, reglas de la jurisprudencia, principios de la equidad, espíritu general de la legislación, son expresiones que no tienen cabida dentro de una concepción exegética del derecho civil, sino dentro de una concepción sistemática, es decir, dentro de aquella idea que enseña que el derecho civil no se compone de casos aislados o empíricos, sino que es una ciencia de principios generales.

El juzgador debe, pues, en cada caso con-

creto, investigar los principios, los conceptos generales y con su ayuda extraer el sentido propio de los textos legales.

Toda ley, en última instancia, no representa otra cosa sino aplicación de algún principio general (interpretación sistemática).

La interpretación sistemática conduce a aplicar la ley a hipótesis que el legislador no previó, es decir, a dar al texto legal un alcance superior al que se desprende de su tenor literal; conduce también a extender las aplicaciones singularizadas que de un principio general se hizo a otros casos análogos.

La interpretación sistemática, según advierte un autor, debe trabajar con los datos de la historia, del derecho comparado y de la filosofía; pero sus conclusiones deben tener como fin la adaptación de las soluciones jurídicas a las actuales necesidades económicas y éticas (Enneccerus, tomo, 1º, número 22).

Está acreditado que el Código ha hecho aplicaciones del principio general de la buena fé cualificada, buena fé exenta de culpa ("Error communis facit jus"). Este principio general deroga para ciertos casos aquella regla de orden lógico de que nadie puede transmitir o constituir a favor de otro más derechos que aquellos de que es legítimo titular (Nemo plus jus ad alium transferre potest quam ipse habet"). Esta regla de orden lógico continúa vigente en el orden positivo; es una columna fundamental de cualquier ordenamiento jurídico; pero sufre limitaciones frente a aquella otra regla que predica la protección de la buena fé exenta de culpa, es decir, producto de un error invencible ("Error communis facit jus").

En otros términos: el derecho se funda en la realidad de las situaciones y no en simples apariencias; es más: su misión consiste en hacer predominar lo realmente adquirido por los contratantes, o sea la naturaleza objetiva de las situaciones jurídicas; debe desenmascarar lo simplemente aparente para hacer predominar lo legítimo o verdadero.

Pero la buena fé creadora de derechos constituye un límite a esa misión de la norma; se hace valer en determinado caso lo aparente ante lo real.

Para una mayor precisión y exactitud de la vigencia de las dos reglas enunciadas, o sea la que enseña que nadie puede transmitir a otro más derechos que aquellos que se encuentran radicados en su cabeza, y la de la buena cualificada o buena fé creadora de derechos, es necesario señalar los campos respectivos de aplicación de ambas. La regla clásica de que nadie puede transmitir a otro más derechos que aquellos de que es legítimo titular, se encuentra vigente en el derecho y se aplica a los casos normales.

La regla de la buena fé cualificada o buena fé creadora de derechos, se aplica a casos excepcionales. Esta regla de la buena fé cualificada y que ha dado lugar a la conocida teoría de los derechos aparentes, tiene rasgos que le son característicos y se concretan a continuación:

I).—Ciertamente todo derecho es susceptible de ser ejercido ya personalmente, ya mediante un representante. En todo caso, a quien ejerce un derecho se le presume titular de él. Normalmente así suceden las cosas en el comercio; los poseedores de las cosas suelen coincidir con los dueños legítimos; pero en ocasiones se rompe esta simetría; se rompe cuando una persona aparece ante los demás como titular de un derecho sin serlo.

Si en tales circunstancias quien aparece como titular de un derecho que tiene todos los elementos de existencia, lo enajena, el adquirente de buena fé se convierte en propietario definitivo. Lo cual indica que el verdadero titular que permanecía escondido a los ojos de los demás, pierde definitivamente su derecho.

II).—En los casos en que la ley convierte en real un derecho o situación jurídica aparentes, para satisfacer las exigencias de la buena fé, se está refiriendo a la concurrencia conjunta de estos elementos:

a).—Que el derecho o situación jurídica aparentes, tengan en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la acreencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijeran que la apariencia del derecho debía estar constituida de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente existía, sin

existir. Este es el error communis, error común a muchos.

b).— Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y,

c).—Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fé en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil— Bogotá, veintitrés de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

CAPITULO I

ANTECEDENTES

I—RELACION DE HECHOS

1º.—Por escritura pública número 1213 de 10 de agosto de 1942, otorgada en la Notaría Segunda de Cali y debidamente registrada, el señor Félix Cardona compró al señor Martiniano Lenis un terreno o solar en el barrio "Jorge Isaacs", de la ciudad de Cali, en la calle 31 entre carreras 4ª y 5ª, de diez metros de frente por treinta metros de fondo.

2º.—El inmueble de que trata el punto anterior fue adquirido por Félix Cardona cuando ya estaba legítimamente casado con Judith Llanos, pues éstos contrajeron matrimonio el 5 de abril de 1940.

3º.—De esta suerte el inmueble de que se viene hablando entró al patrimonio de la sociedad conyugal Cardona-Llanos. Durante la existencia de dicha sociedad, Cardona construyó en el terreno una casa de habitación de paredes de ladrillo y adobe, con techos de teja de barro, fachada de cemento, constante de ocho piezas, con sus correspondientes servicios de agua, luz y sanitarios.

4º.—La sociedad conyugal Llanos-Cardona se disolvió por la muerte de la señora Judith Llanos de Cardona el 24 de marzo de 1949. Por consiguiente, el inmueble de que tratan los puntos anteriores, con sus edificaciones y mejoras entró al patrimonio de la sociedad conyugal disuelta y a la herencia ilíquida de Judith Llanos de Cardona.

5º.—No obstante lo anterior, el cónyuge supérstite señor Félix Cardona, por escritura número 1586 del 8 de julio de 1949, otorgada ante el Notario Tercero de Cali, vendió el inmueble al señor Aquilino Mosquera por la cantidad de diez mil pesos, habiendo cancelado el vendedor por esta misma escritura el crédito hipotecario que gravaba el inmueble a favor de Alfonso Buriticá por $ 6.500.00. En el mismo contrato el comprador Aquilino Mosquera gravó el inmueble con hipoteca en favor de la señora Leticia Vivas de Echeverry, para responder por un crédito de $ 6.500.00.

6º.—La venta llevada a cabo por Félix Cardona, de un cuerpo cierto, se efectuó sin intervención de los herederos de la causante Judith Llanos de Cardona, o sean los hijos legítimos de ese matrimonio de nombre Marleny, Yolanda, Edgar, María Libia y James Cardona Llanos, quienes representan la sucesión y a la cual pertenece el inmueble de que se ha hecho mérito.

7º.—El inmueble de que tratan los puntos anteriores lo posee actualmente la señora Leticia Vivas de Echeverry, en virtud de haberlo comprado a Aquilino Mosquera, como consta por la escritura pública número 355 de 9 de febrero de 1950 de la Notaría Tercera de Cali. En el mismo instrumento se canceló el gravamen hipotecario que se había constituído sobre el inmueble, en favor de la señora Leticia Vivas de Echeverry.

II—LAS SUPLICAS EN LA DEMANDA

Con fundamento en la anterior relación de hechos el propio Félix Cardona demanda a la señora Leticia Vivas de Echeverry solicitando:

1ª.—Que pertenece en pleno dominio a la sucesión ilíquida de Judith Llanos de Cardona, representada por sus hijos James, María Libia, Edgar, Yolanda, y Marleny Cardona Llanos y a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Judith Llanos de Cardona y Félix Cardona, representada por éste, el inmueble con casa de habitación de paredes de ladrillo y adobe, constante de ocho piezas, con sus servicios completos de agua, luz y sanitarios, más el terreno en que está construída, ubicada en la ciudad de Cali, prolongación del barrio "Jorge Isaacs", calle 31 entre carreras 4ª y 5ª.

2ª.—La demandada Leticia Vivas de Echeverry debe restituir a la herencia de Judith Llanos de Cardona, representada por los herederos mencionados y a la sociedad conyugal disuelta y aún ilíquida formada entre los esposos Félix Cardona y Judith Llanos de Cardona, representada por el cónyuge supérstite y que es el demandante.

3ª.—La demandada Leticia Vivas de Echeverry es poseedora de mala fé y debe pagar a los de-

mandantes los frutos naturales y civiles del inmueble.

III—LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juez Primero Civil del Circuito de Cali falló las súplicas de la demanda el 24 de septiembre de 1954. Estimó el juzgador que no puede prosperar la acción reivindicatoria a favor de la sociedad conyugal disuelta pero iliquida, porque es necesario que antes se haya efectuado la división de bienes de que trata el artículo 1832 del Código Civil.

Agrega el Juzgado que "la venta efectuada por el señor Cardona de un bien perteneciente a la sociedad conyugal disuelta pero iliquida, no puede considerarse en las actuales circunstancias como venta de cosa ajena, porque si al cónyuge Félix Cardona se le adjudica en virtud de la liquidación de la sociedad ese inmueble o una cuota de éste, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 1401 del Código Civil. Antes de la partición del haber social, se ignora si el cónyuge Félix Cardona va a ser adjudicatario del bien que es objeto de este litigio y en consecuencia, no se sabe si existe venta de cosa ajena. Si se declarara que la sociedad conyugal Cardona-Llanos es dueña del inmueble en referencia y si ordenara su restitución, entonces el inmueble volvería nuevamente a la sociedad, con grave lesión de los derechos de la última adquirente señora Leticia Vivas de Echeverry y con violación del artículo 1401 del Código Civil. Sería injusto e ilega. la resolución favorable de las peticiones del actor, porque al señor Félix Cardona en la liquidación que se haga de la sociedad conyugal, le podría corresponder determinada cuota de ese inmueble. Y con respecto a esta cuota no existiría venta de cosa ajena, por disposición expresa del artículo 1401 del Código Civil".

Fundado en las anteriores consideraciones encontró el juzgador probada la excepción perentoria de petición de modo indebido; y como consecuencia, se absolvió a la parte demandada de los cargos formulados en la demanda.

IV—SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO

Apelada la sentencia anterior, correspondió conocer del negocio al Tribunal Superior de Cali. Este lo decidió mediante sentencia de abril 30 de 1956. De tal sentencia son las siguientes consideraciones:

"Aunque evidentemente repugna reconocer la acción reivindicatoria instaurada por el señor Félix Cardona como representante de sus hijos menores, por haber intervenido él mismo como vendedor en el contrato que prácticamente trata de desconocerse y porque el nombrado Cardona vendría a beneficiarse de su propia culpa con el triunfo de las pretensiones de sus representados, y aun cuando la excepción de petición antes de tiempo a que se acoge el sentenciador de primer grado morigera un tanto el rigor del precedente ya aceptado, al dar oportunidad de que se definan y concreten previamente los derechos que como gananciales o como herencia pudo transmitir el cónyuge tradente con las consecuencias a que se contrae el artículo 752 del Código Civil, el hecho es que la jurisprudencia ha pasado siempre por alto estas consideraciones, como también las que pudieran desprenderse de la estricta aplicación del artículo 1401 de la misma obra, en cuanto parece asignar exclusivamente al adjudicatario la correspondiente acción de dominio, cuando dice en su segundo inciso: 'Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena...'; o como lo sugiere también el artículo 779 del Código expresado, al hablar de las enajenaciones o gravámenes que haya hecho por sí sólo alguno de los partícipes de la cosa común —y el cónyuge como socio de la sociedad conyugal es partícipe de las cosas o bienes sociales—, para declarar que no pueden extenderse a más de lo adjudicado, ni subsistir contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios..... No distinguiendo, pues, la doctrina entre las diversas situaciones que puedan presentarse, y otorgándose, en consecuencia, la acción reivindicatoria lo mismo a los adjudicatarios como a quienes todavía no tienen ese carácter....., la excepción temporal de petición antes de tiempo debe considerarse descartada desde su origen, por no ser ella operante en el estado actual de las cosas o estar en contradicción con lo que hoy constituye la jurisprudencia más probable en consonancia con el artículo 4º de la Ley 169 de 1869".

En mérito de estas observaciones el Tribunal revocó la sentencia de primer grado y en su lugar condenó a la señora Leticia Vivas de Echeverry a restituir el inmueble referido a la sucesión conyugal iliquida. También condenó a la señora Leticia Vivas de Echeverry a pagar a las dichas sucesiones y sociedad conyugal iliquidas. También condenó a la señora Leticia Vivas de Echeverri a pagar a las dichas sucesiones y sociedad conyugal iliquidas los frutos naturales

y civiles percibidos desde la fecha de la demanda.

V—RECURSO DE CASACION

La señora Leticia Vivas de Echeverry representada por apoderado interpuso recurso de casación contra la referida sentencia del Tribunal Superior de Cali. Le formula varios cargos.

Mediante el primer cargo, se afirma que la sentencia es violatoria de los artículos 1524, 1525, 769, 1602 y 1603 del Código Civil, por cuanto estos preceptos definen la buena fé y la eficacia del contrato entre las partes; definen la ilicitud de la causa y prohiben que sea alegada por el culpable en acción o en excepción.

Debe tenerse en cuenta, agrega el recurrente, que la venta del inmueble la hizo el propio demandante afirmando ser propietario del mismo; y que ahora se presenta a la justicia para decir que vendió lo ajeno y pide, por tanto en representación de sus menores hijos y de la sociedad conyugal disuelta e iliquida, que se condene a un tercero de buena fé a restituir el inmueble que él mismo vendió.

Agrega, que el demandante al vender como propio lo que sabía que era ajeno cometió dolo. Sobre el particular, continúa diciendo: "Desde las más remotas fuentes de la organización social se consideró el dolo, lo mismo que la malicia y el engaño, como exente de dignidad y de interés legal para utilizar los instrumentos del Estado en actos punibles, impidiendo al delincuente confeso presentarse a reclamar el beneficio derivado de aquellos para sí, o en asocio de otro.

"En el caso de autos, el Tribunal cometió doble error, pues sanciona la buena fé con que adquirió la demandada Leticia Vivas de Echeverry y en cambio premia el dolo con que obró el demandante".

Los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, continúa el recurrente, ordenan que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fé. El demandante sin duda obró de mala fé al vender lo ajeno "sin que esta circunstancia hubiera sido manifestada en el contrato mismo". "Un demandante de tal calidad no tiene acción para validar su dolo, ni puede utilizar el poder público para que le ayude a enriquecerse a base de su ilícito, cuando ya ha percibido el precio de la cosa reclamada".

Los artículos 1602 y 1603 del Código Civil al decir que el contrato debe celebrarse de buena fé, deben conjugarse con los preceptos del mismo estatuto contenido en los artículos 1524 y 1525 que hablan de causa ilícita el primero y denegante de la acción el segundo, cuando la ilicitud se patentiza.

"Los contratos tienen en lo privado la eficacia que la buena fé les brinda, siempre a favor de quien pueda exhibir esa buena fé".

En cuanto al segundo cargo, insiste el recurrente, en el dolo cometido por el vendedor al declarar que vendió como propio lo que sabía que era ajeno. Y señala como violados los mismos artículos 1602 y 1603, 1525 y 946 del Código Civil.

Y en cuanto al tercer cargo, advierte el recurrente, que la sentencia es violadora de los artículos 752, 779 y 1401 del Código Civil. Sostiene este cargo afirmando que "la demandada representa los derechos que en la herencia tendría el señor Félix Cardona, si se acepta en gracia de discusión que la señora Vivas de Echeverry no es dueña de todo el inmueble". Y bien podría suceder, como lo dijo el Juez de primera instancia, que el inmueble se adjudicase en su totalidad al demandante, en su condición de cónyuge supérstite para pagarle la mitad de gananciales. En este caso, no habría venta de cosa ajena sino venta de cosa propia, al tenor del artículo 1401 del Código Civil.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES DE LA CORTE

I -Las reglas generales del derecho.

El ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuales, sin duda, se han hecho aplicaciones concretas en casos singulares.

Ya el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, prescribe que a falta de leyes aplicables a los casos controvertidos, deberán aplicarse las reglas generales del derecho. Entre los principios generales vigentes en el derecho pósitivo deben recordarse dos de importancia capital para fallar el presente negocio: el que prohíbe a una persona fundarse en su propia torpeza o inmoralidad para obtener beneficios a su favor, principio enunciado mediante la máxima de los latinos **"Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"**, y el principio de la buena fé exenta de culpa: **"Error communis facit jus"**.

II—Nadie puede alegar a su favor, ni a favor de terceros su propio dolo o mala fé.

El primer principio citado enseña que a nadie se le permite aprovecharse de su propio dolo; y que, por tanto, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la mala fé o dolo en que ha incurrido.

Con razón se ha dicho que constituye inmoralidad (torpeza) pretender beneficiarse de la mal fé o dolo que alguien ha cometido; los culpables de dolo **són indignos de ser escuchados por la justicia.**

Los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es el dolo o mala fé cometidos por el demandante, de acuerdo con la máxima: **"Nemo auditur suam turpitudinem allegans"**, pues ello, según advierten los autores, **"es contrario a la moral y a la dignidad de la magistratura".**

Es contrario, no sólo a las buenas costumbres sino también al orden público, que el culpable de dolo pretenda sacar ventajas del mismo.

Este principio se encuentra vigente en el derecho civil positivo. Algunos textos legales contienen aplicaciones particulares del mismo. En primer término, el artículo 1744 del Código Civil, advierte que si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. En segundo término, el artículo 1525, precisa que no podrá pedirse o repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

Estas aplicaciones no deben considerarse como casos aislados, sino como derivaciones de una regla más general vigente en nuestro derecho, cual es la de que a nadie se le permite beneficiarse de su propio dolo.

III—La regla general de la buena fé.
a)—Concepto de la buena fé.

Otro principio igualmente vigente en el derecho positivo es el de la buena fé. La expresión "buena fé" (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobla en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (o buena fé) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente.

En el sistema jurídico de los romanos es posible indicar estas dos condiciones generales de la buena fé, las que se encuentran también en nuestro Código Civil, según se verá después. Pero en todo caso, una estructuración total de este principio se debe a los juristas germanos, quienes han reemplazado dichos términos por los de **Treu** y **Glauben. Treu:** nuestro deber de ser leales para con los demás; **Glauben:** nuestra creencia en la lealtad de los demás.

¿Cómo se determina la lealtad o buena fé?

Si la buena fé hace relación a una conciencia honesta, es decir, a un sentimiento de honradez —tener la conciencia de que se obra decorosamente, la confianza legítima de que los demás obran honestamente en sus negocios—, no obstante, es un sentimiento que tiene la virtud de objetivarse, de darse a conocer mediante ciertos módulos de conducta preestablecidos en una agrupación de hombres.

Obrar con lealtad, es decir, de buena fé, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas costúmbres.

Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fé, su alcance y la ausencia de ella. La buena fé no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.

Así, pues, la buena fé equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fé será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fé. En general, obra de mala fé quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fé. El hombre de buena fé trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre.

El derecho, desde los más antiguos tiempos, ha protegido siempre al hombre de buena fé y con-

denado al de mala fé. El orden jurídico dicta sus normas teniendo siempre presente al hombre probo, al hombre recto, no aquél que obrando con astucia, con rapacidad o viveza, trate de aprovecharse de la ingenuidad, de los pocos conocimientos o falta de experiencia de otras personas, para sacar ventajas para sí, que repugnan al pensar del hombre que obra con decoro social.

La más moderna doctrina advierte que la lealtad o buena fé de las personas debe equipararse a la conducta de quien obra "con espíritu de justicia y de equidad"; al proceder razonable del "comerciante honesto y cumplidor".

b)—Efectos generales de la buena fé simple.

Mirando ahora a los efectos de la buena fé, ésta es susceptible de dos grados: **la buena fé simple** y **la buena fé cualificada** (buena fé creadora, o buena fé exenta de culpa).

La **buena fé simple** es la exigida normalmente en los negocios. Esta buena fé simple es definida por el artículo 768 del Código Civil, al referirse a la adquisición de la propiedad como "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio".

Los efectos de esta buena fé consisten en cierta protección que se otorga a quien de tal manera obra. Si alguien de buena fé obtiene un derecho, no protegido su adquisición por la ley, en razón de no ser el transmitente titular de aquel derecho o no estar autorizado para transmitirlo, no obstante la falta de protección del derecho que se pretendió adquirir, la ley otorga a quien obró de buena fé ciertas garantías o beneficios. Sin duda tal persona será vencida en un debate judicial, pero el ordenamiento jurídico aminora los efectos de la pérdida del derecho.

Tal sucede cuando alguien de buena fé pretende adquirir la propiedad de una cosa y entra en posesión de la misma. Si posteriormente se descubre que el enajenante carecía de derecho para hacerle la mencionada transmisión de la propiedad, será condenado el poseedor de buena fé a entregar la cosa a su verdadero propietario. Pero la ley atempera aquí los efectos de la condena de la entrega de la cosa absolviendo al poseedor de buena fé, de pagar los frutos o provechos que le produjo la cosa durante el tiempo que la tuvo en su poder (artículo 964, párrafo 3º).

Aquí estima la ley prudente hacer una expropiación por motivos de utilidad privada, de los frutos que tenía derecho a reclamar el dueño de la cosa. También el poseedor de buena fé adquiere facultad para hacer suya la cosa poseída, junto con un título idóneo de transferencia, por el tiempo necesario para adquirir por prescripción ordinaria (artículos 2528 y 2529).

La buena fé simple es también un elemento fundamental de interpretación de los negocios jurídicos. Desde este punto de vista obliga la ley a cada contratante a celebrar y ejecutar su compromiso según enseñan las buenas costumbres, es decir, los usos vigentes en la sociedad.

c) **La buena fé cualificada** (buena fé creadora de derechos o situaciones; buena fé exenta de culpa). Máxima: "**Error communis facit jus**".

La buena fé cualificada o buena fé creadora de derechos o situaciones, tiene efectos superiores a los de la buena fé simple acabada de examinar.

Como su nombre lo indica, tiene la virtud de crear de la nada una realidad jurídica, vale decir, de dar por existente ante el orden jurídico, un derecho o situación que realmente no existe.

La buena fé creadora o buena fé cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: "**Error communis facit jus**".

Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fé simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada **buena fé cualificada** o **buena fé exenta de toda culpa.**

Se pregunta: ¿quien ha cometido un error semejante debe ser tratado en la misma forma en que es tratado quien obra con una buena fé simple o buena fé no cualificada, o si por el contrario, habrá necesidad de dotar de efectos jurídicos superiores **la buena fé exenta de culpa**?

El derecho antiguo al decir que un error común creaba derecho, pretendió gobernar con otro criterio la buena fé exenta de culpa. Para ello se llegó al extremo de expropiar el derecho al titular verdadero para adjudicarlo a quien había obrado con una fé exenta de culpa, vale decir, convirtió lo que resultó aparente, en realidad, o

lo que es lo mismo, el propio orden jurídico crea-ba por sus propias energías el derecho o situación que realmente no existía.

d) La buena fé simple y la buena fé cualificada.

A fin de interpretar correctamente los principios que informan el Código Civil y los diversos textos legales del mismo, y evitar confusiones, es necesario dar unas aclaraciones complementarias para diferenciar los casos en que el Código se refiere a una buena fé simple que no crea derechos, sino que simplemente atempera los efectos de la buena fé cualificada y que es objeto de examen aquí.

La buena fé simple tan sólo exige una conciencia recta, honesta; pero no exige una especial conducta. Es decir, la buena fé simple puede implicar cierta negligencia, cierta culpabilidad en el contratante o adquirente de un derecho. Así, la definición del artículo 768 corresponde únicamente a la buena fé simple y sólo se hace consistir en la conciencia de adquirirse una cosa por medios legítimos. Una aplicación importante de esa buena fé es la ya examinada del artículo 964 del Código Civil. En general, quien compra una cosa mueble a otra persona, actúa con una buena fé simple y no adquiere el dominio si el tradente no era el verdadero dueño, según lo dispone el artículo 752 del Código Civil. Ello, porque tan sólo se tuvo la conciencia de que el tradente era el propietario, pero no se hicieron averiguaciones o exámenes especiales para comprobar que realmente era propietario.

En cambio, la buena fé creadora de derechos o buena fé exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana "**Error communis facit jus**") exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fé simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fé simple exige tan sólo conciencia, la buena fé cualificada o creadora de derechos, exige **conciencia y certeza.**

Débese investigar ahora: contiene el Código Civil **aplicaciones concretas de la buena fé cualificada o buena fé creadora (o buena fé exenta de culpa)?.**

e)—Aplicaciones que el Código hace de la buena fé creadora de derechos.

Prescindiendo de las aplicaciones hechas en materia de matrimonio y sin pretender agotar todas las posibles aplicaciones hechas por el Código de la buena fé creadora de derechos, los siguientes seis casos son aplicaciones concretas de la buena fé creadora de derechos o buena fé exenta de culpa ("**Error communis facit jus**").

Primera aplicación.— Adquisición de bienes muebles en establecimientos comerciales.—Establece el artículo 947 del Código Civil: "Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

"Exceptúanse las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

"Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla".

El artículo 947 no se refiere a la buena fé simple, sino a un grado superior, a la que se ha denominado buena fé cualificada o creadora de derechos y situaciones. Si se refiriera a la buena fé simple, resultaría que el adquirente de cosa mueble comprada en establecimiento comercial, sería obligado a restituirla a su verdadero dueño con la única facultad de hacer suyos los frutos durante el tiempo que lo tuvo en su poder.

Pero no es así. El adquirente de la cosa no puede ser desposeído de ella, mientras no se le pague lo que le costó y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. Por tanto, el 947 del Código Civil se refiere a otra clase de buena fé, a la que se ha denominado buena fé creadora de derechos. El comprador, desde luego, ha debido adquirir la cosa en un establecimiento comercial, o sea, en un establecimiento abierto al público en el que usualmente se vendan cosas de la misma naturaleza.

La buena fé protegida por el artículo 947 reúne ampliamente las condiciones ya anotadas, o sea, conciencia de adquirir la cosa de quien es dueño, y certeza de que el tradente es el verdadero dueño. Porque, según la costumbre, el comprador que quiere estar seguro de comprar de quien es dueño, se dirige a uno de tales establecimientos autorizados por la ley y los usos sociales para vender cosas al público. Nadie concibe que un comerciante con autorización del propio orden jurídico y a la vista de todos, abra un establecimiento para vender cosas de que no es propie-

tario o que no se encuentra debidamente autorizado para venderlas.

En resumen: quien compra una cosa mueble en sitio diverso a un establecimiento comercial, ha comprado apenas con una buena fé simple; y si resulto adquiriendo de quien no es propietario, queda gobernado por los artículos 752 y 964 del Código Civil; pero quien compra en establecimientos comerciales queda gobernado por el artículo 947 del Código Civil.

Esta es una razón muy clara, si es que se aspira a interpretar el Código Civil según sus principios esenciales, de que existen dos grados de buena fé: la buena fé simple y la buena fé creadora de derechos.

Segunda aplicación.—La resolución de los contratos.—Si alguien adquiere por título escriturario debidamente inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, un inmueble bajo condición resolutoria, pero ésta no se expresa en el título y lo enajena a un tercero, el cumplimiento de la condición no afecta al tercero adquirente, según las voces del artículo 1548 del Código Civil.

Si no contuviera ese texto legal una reglamentación de la buena fé creadora de derechos, justamente la condición resolutoria obraría también contra el tercer adquirente, pues desapareciendo el dominio en el tradente, lógicamente debiera desaparecer el dominio adquirido por el tercero. Y sin embargo, no es así; el tercero que encuentra el dominio radicado correctamente en cabeza del tradente; que no tiene maneras o formas de descubrir la condición resolutoria que lo afecta, ha obrado con una buena fé exenta de culpa y es por ese motivo que se hace definitivamente propietario.

Tercera aplicación. — Nulidades de contratos frente a terceros de buena fé.—Según el artículo 2048 del Código Civil "la nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que correspondan a terceros de buena fé, contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho".

Este texto legal no representa otra cosa sino una aplicación del principio de la buena fé cualificada o buena fé creadora de derechos. Justamente la nulidad del contrato lo extingue, extingue todos los efectos que haya producido. Pero frente a terceros de buena fé, la ley restringe los efectos de tal nulidad para considerar existente y válida la sociedad anulada y que degeneró en una de hecho.

En el mismo sentido prescribe el artículo 472 del Código de Comercio, que la omisión de la escritura social, y la de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470, produce nulidad absoluta entre los socios. Estos, sin embargo, responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho.

Esta mencionada responsabilidad solidaria, en verdad no tiene otro fundamento sino la aplicación del principio de la buena fé exenta de culpa.

Confirma la idea expuesta en el artículo 477 del mismo Código, según el cual los socios no podrán alegar la nulidad del contrato de sociedad, por vía de acción o excepción, contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad. Además, estos terceros podrán acreditar la existencia de una sociedad por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por el Código del Comercio.

Limítanse, pues, en nombre de la buena fé cualificada, o buena fé creadora de derechos, los efectos normales que corresponden a la declaración de nulidad de una sociedad.

Y con carácter más general, el artículo 1748 del Código Civil, advierte que "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales".

Es entendido, dentro de los principios lógicos, que si un tercero ha adquirido un derecho y la fuente de adquisición de su antecesor es inválida, también se invalida la suya (**Resolutio jure dantis resolvitur accipientis**); ya este texto legal advierte que tales efectos tienen excepciones legales. Una de tales excepciones, unánimemente enseñada por la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la necesidad de proteger la buena fé creadora, o sea la buena fé cualificada. Es por tal motivo que la declaración de nulidad no alcanza al tercero que ha obrado con una fé invencible, es decir, cuando el derecho que adquirió el tercero aparecía regularmente constituido en el tradente.

Tal sucede cuando en tratándose de la adquisición de un inmueble, no existe manera de examinar el vicio de nulidad de algunos de los títulos adquisitivos, por ser un vicio oculto

Aquí lo mismo que en el caso reglamentado por el artículo 1548 del Código Civil y los reglamentados por los artículos 472, 476 y 477 del Código de Comercio, la ley transforma la simple apariencia en realidad y crea a favor de terceros un derecho, pues a ello equivale el hacerlo inmune frente a la acción reivindicatoria ejercida por quien pidió la nulidad.

Cuarta aplicación.—Los efectos de los negocios simulados frente a terceros.—Dispone el artículo 1766 que "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros", y agrega que "tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de su escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero". De tal texto legal se deduce que la simulación en los contratos no produce efectos frente a los terceros de buena fé.

En efecto, a un tercero le es imposible estar al tanto de los pactos secretos de dos contratantes que alteran lo declarado en un acto público. El adquirente que se atiene al acto público (escritura pública) y con base en tal escritura adquiere un derecho o una situación jurídica, ha obrado con una buena fé exenta de culpa, con una buena fé cualificada. El hecho de que más tarde se declare que el contrato público era simulado, tal declaración sólo produce efectos entre las partes, pero no alcanza al tercero de buena fé.

Aquí como en las situaciones anteriores, la ley ha estimado prudente convertir en realidad lo meramente aparente. Crear a favor del tercero una situación que aplicando un riguroso criterio lógico, no existía.

Quinta aplicación.— Pagos hechos a un falso acreedor.— Ordena el artículo 1634 en su primer párrafo, que el pago para que sea válido debe hacerse al acreedor mismo o a quien lo represente. Por tanto, por regla general, el pago hecho a un falso acreedor es inválido. Pero también es cierto que el segundo párrafo de tal texto legal agrega que "el pago hecho de buena fé a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".

Indudablemente éste segundo párrafo del 1634 contiene una aplicación de la buena fé creadora de derechos. Quien paga a quien se encuentre en posesión del crédito, sin duda puede cometer un error, pero es un error que se justifica ampliamente, pues cualquier persona que quiere pagar al verdadero acreedor se cerciora previamente de que se encuentre en posesión del crédito y si aún así tal posesión resulta aparente, la ley convierte el pago inválido en un pago válido, para satisfacer la exigencia del comercio.

En resumen: el deudor que paga al acreedor que se encuentra en posesión del crédito, no ha cometido ninguna culpa y ha reunido las dos condiciones de la buena fé cualificada o la buena fé exenta de culpa: conciencia recta y certeza.

Tal sucede cuando el acreedor muere y la acreencia pasa a los herederos. El deudor para no incurrir en un error, espera a que la justicia indique quiénes son tales herederos. Y una vez que sabe quiénes fueron declarados como tales, y que han entrado en posesión de los créditos del causante, cancela la deuda.

Pero resulta que si la justicia declaró como herederos a los padres cuando en realidad el muerto tenía hijos, vendrá una nueva sentencia judicial que dejará sin efectos la primera declaración de herederos y serán declarados como herederos definitivos los hijos.

Pero si entre tanto el deudor pagó indebidamente a los padres, no tendrá que pagar dos veces, pues el anterior pago se mira como válido.

Obsérvese de cómo el legislador sacrifica al legítimo acreedor (los hijos) para declarar válido el pago hecho al primer acreedor, es decir, al acreedor que resultó falso, simplemente aparente.

Obsérvense nuevamente los requisitos que exige la ley para que pueda valer la excepción que se estudia: 1º. Pago de buena fé, y segundo, error invencible al tomar por verdadero un falso acreedor, pues la ley exige que se trate de un acreedor que esté "en posesión del crédito", es decir, lo haya adquirido por medios legítimos. Aquí el legislador sin más, transforma la simple apariencia en realidad crea de la nada un derecho.

Sexta aplicación.—Herederos o legatarios putativos reconocidos por decreto judicial.—El artículo 766 advierte que no son justos títulos de adquisición de derechos los falsificados, los conferidos por personas en calidad de mandatarios de otra sin serlo, el que adolece de un vicio de nulidad y los meramente putativos.

Pero el párrafo final de tal texto legal agrega que al heredero o legatario putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva; servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

Esta hipótesis se realiza cuando alguien se hace declarar heredero por la justicia y obtiene la posesión efectiva y, más generalmente la adjudicación de determinados bienes de la herencia. Si enajena a un tercero, éste adquiere definitivamente el derecho, aunque posteriormente resulten inválidos los decretos judiciales de reconocimiento de herederos y las sentencias judiciales que otorgaron ya la posesión efectiva o aproba-

ron la partición y adjudicación de la herencia. Aquí se protege una buena fé cualificada, una buena fé exenta de culpa.

* * *

f).— ¿Estas aplicaciones son de interpretación restrictiva, o por el contrario, son apenas aplicaciones de un principio superior no inscrito expresamente en el Código Civil, pero vigente dentro del ordenamiento jurídico que los jueces deben aplicar a todos los casos que guarden analogía, es decir, que obedezcan a la misma orientación de los que expresamente reglamenta el Código Civil?.

La respuesta a esta pregunta la dió esta misma Corte en su sentencia de 20 de mayo de 1936 (G. J., Tomo XLIII, página 44 y siguientes). Después de examinar la Corte varios artículos del Código Civil que contienen aplicaciones de la **buena fé creadora** o **buena fé exenta de culpa**, advirtió que aquellas disposiciones no podían "ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador —para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente— del principio general y superior de derecho consignado en la máxima **"error communis facit jus"**, de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico positivo colombiano....., y que a su turno no es otra cosa que la explicación y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fé".

Y la solución que dió la Corte en aquel entonces sobre la pregunta planteada, armoniza perfectamente con claras disposiciones de la ley positiva. El artículo 8º de la Ley 153 de 1887, prescribe que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, las reglas generales del derecho.

Así, pues, que la analogía en sus dos variedades principales, analogía legis y analogía juris, son de perfecta aplicabilidad en derecho civil colombiano por mandato expreso de la ley.

En el presente caso se trata de dar aplicación a la analogía *juris*, es decir, aplicaciones concretas que el Código hizo, pero que se derivan de un principio superior no inscrito expresamente. Corresponde, en consecuencia al juzgador, en posesión del principio y teniendo en cuenta, desde luego, las aplicaciones hechas por el Código, su sentido y orientación, aplicar tal principio a otros casos análogos.

Pero además, es necesario tener en cuenta que el intérprete está facultado para aplicar las reglas generales del derecho aún en los casos en que de ellas no se hubiera hecho ninguna aplicación.

g)—La sentencia del 20 de Mayo de 1936 y la buena fé cualificada o creadora de derechos.

Por otra parte, la jurisprudencia nacional ha extendido por analogía el principio examinado de la buena fé cualificada, entre los cuales se encuentra el fallado por esta Corte el 20 de Mayo de 1936. Consistió en lo siguiente: Alonso Triviño y Adelaida Paz contrajeron matrimonio en 1865. Alonso Triviño por medio de la escritura número 16 de 1873 de la Notaría Segunda de Cali, compró un lote de terreno situado en esa misma ciudad. El 29 de agosto de 1894 falleció la señora Adelaida Paz de Triviño. Por escritura de marzo de 1920, otorgada en Cali, Triviño vendió como de su propiedad a Francisco A. Palacios la mitad del lote de terreno que había comprado en 1873, y por escritura pública vendió la otra mitad a Francisco Luis Velásquez.

En el juicio de sucesión de la señora Adelaida Paz de Triviño, que cursó en el Juzgado segundo Civil del Circuito de Palmira, se le adjudicó a la señora Aquilina Paz viuda de Potes, como descendiente legítima, el inmueble que en 1920 había vendido el señor Triviño a Palacios y a Velásquez.

Fundándose en esta adjudicación, la señora Aquilina Paz viuda de Potes y los doctores Ernesto González P. y Hernando Caicedo que le habían comprado a dicha señora la mitad del inmueble, demandaron en juicio ordinario de reivindicación al señor Apolinar Guzmán, poseedor actual, por compras hechas a Palacios y Velásquez.

El Juez de primera instancia, como el Tribunal Superior de Cali, condenaron a Apolinar Guzmán a restituir el inmueble a los demandantes.

La Corte en aquella sentencia casó la del Tribunal Superior de Cali, por cuanto encontró que tal sentencia había desconocido el principio de la buena fé creadora de derechos (**"error communis facit jus"**). La Corte encontró que el demandado Apolinar Guzmán había actuado con una fé invencible exenta de culpa, en razón de no haber tenido maneras de conocer la disolución de la sociedad conyugal que Triviño había formado con la señora Adelaida Paz. Textualmente advierte la sentencia que "ni del matrimonio Triviño-Paz, ni de la muerte de la esposa quedó rastro alguno en las escrituras públicas ni en el certificado que pudo tener a la vista para negociar el señor Apolinar Guzmán".

Agregó la sentencia: "Mejor dicho: los medios de publicidad establecidos por nuestra ley, tampoco le brindaron, ni podrían brindarle, al demandado, datos que fueron bastantes para suscitar dudas sobre la legitimidad de la operación que iba a celebrar o para inducir a un hombre avisado, prudente y diligente, a hacer averiguaciones adicionales tendientes a completar la información de las escrituras públicas y del certificado".

Agrega aún la sentencia que "la noción de error común es una noción que está íntimamente relacionada con los usos establecidos en un determinado país. Tomando como base tales sistemas de publicidad, así como las demás circunstancias susceptibles de ser apreciadas desde el punto de vista de la exculpabilidad del error, se llega a constatar la inculpabilidad de éste, es decir, el hecho de que un hombre diligente y avisado, colocado en las mismas circunstancias externas, sin faltar a las obligaciones de prudencia, habría incurrido en el mismo error y de ahí se infiere o se deduce el carácter de común o colectivo de éste".

Finalmente, en el capítulo que sigue se examinará la situación jurídica de las partes en este pleito y especialmente si es o no el caso de dar aplicación a los principios generales que fueron expuestos en este capítulo o sea, aquel que prohibe que los particulares se beneficien de su propio dolo y el principio de la buena fé creadora de derechos.

CAPITULO III

La situación de las partes en este pleito. I—La situación del demandante.

El demandante, señor Cardona, contrajo matrimonio el 5 de abril de 1940. Por la escritura pública 1213 de 10 de agosto de 1942 compró el inmueble objeto de controversia, al señor Martiniano Lenis. Por haber sido una adquisición a título oneroso, tal inmueble entró a formar parte de la sociedad conyugal que en 1940 se formó entre Cardona y la señora Judith Llanos.

La sociedad conyugal que en 1940 se formó entre Cardona y la señora Llanos de Cardona se disolvió el 25 de marzo de 1949, por haber muerto la esposa.

Posteriormente, el 8 de julio de 1949, el cónyuge sobreviviente Félix Cardona, vendió el inmueble que había adquirido en el año de 1942 al señor Aquilino Mosquera. En aquella escritura el vendedor expuso: que el inmueble objeto de venta era "de su exclusiva propiedad; que lo había adquirido por compra hecha en 1942 y por construcción realizada a sus expensas"; igualmente declaró que de acuerdo con la ley se obligaba al saneamiento de la propiedad transmitida. En la misma escritura el comprador constituyó hipoteca del inmueble comprado a favor de la señora Leticia Vivas de Echeverry, por la cantidad de $ 6.500.00. Meses después, en febrero de 1950, el comprador Aquilino Mosquera vendió el inmueble a la señora Leticia Vivas de Echeverry.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que la demanda ordinaria, causa de todo este pleito, está suscrita por el señor Félix Cardona y se funda en que la adquisición que hizo en 1942, fue adquisición hecha para la sociedad conyugal que tenía formada con la señora Judith Llanos; que al haberse disuelto esta sociedad en marzo de 1949, por muerte de la citada señora, el inmueble entró de plano a formar parte de la herencia de dicha señora y de la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida, que representa el demandante.

Los anteriores hechos debidamente probados, demuestran muy a las claras que el demandante en la venta que hizo en agosto de 1949, obró sabiendo que el inmueble pertenecía a una sociedad conyugal disuelta, no obstante afirmó en forma expresa, que el inmueble le pertenecía en plena propiedad. Vendió como propio lo que sabía que era ajeno.

Los contratos, como lo dice el artículo 1603, deben ejecutarse de buena fé. Esta disposición legal aplicada al caso de autos, enseña que el señor Cardona al vender como propia una cosa ajena, estaba obligado a buscar por todos los medios posibles la adquisición de la propiedad, a fin de que adquiriéndola con posterioridad a la venta, aquélla se ratificara con retroactividad, según los términos del artículo 1375 del Código Civil.

En consecuencia, el hecho de vender como propia una cosa ajena y el de recurrir posteriormente a la justicia para solicitar que el poseedor actual sea condenado a restituír el inmueble vendido a su verdadero dueño, implica claramente la intención de aprovecharse en su beneficio particular del dolo o mala fé cometidos en la venta hecha en agosto de 1949.

Como ya se dijo, repugna que el autor de un dolo pretenda aprovecharse de él en su beneficio particular o en beneficio de terceros.

La vigencia del principio expuesto de que las acciones judiciales carecen de viabilidad cuando su objetivo esencial es el aprovechamiento del dolo que alguien haya cometido y la aplicabili-

dad de tal principio al negocio que se examina, lleva a la firme conclusión de que el demandante no debe ser oído.

Pero esta es apenas una de las razones que se tendrán en cuenta al fallar este negocio.

II—**La situación jurídica de la demandada en el presente juicio.**

Como se ha visto, la poseedora actual del inmueble que se pretende reivindicar, lo es la señora Leticia Vivas de Echeverry, quien lo compró al señor Aquilino Mosquera, sucesor del demandante.

Se deja entrever que frente a la mala fé del demandante, se encuentra la buena fé con que ha obrado la citada señora Vivas de Echeverry.

En efecto: esta señora aparece prestando la suma de $ 6.500.00 y obteniendo una garantía hipotecaria sobre el inmueble que en agosto de 1949 el demandante vendió al señor Aquilino Mosquera. Tal señora tuvo en cuenta la afirmación que hacía el demandante de haber adquirido en 1942 para sí el inmueble y la de que tal inmueble le pertenecía actualmente; afirmaciones respaldadas por títulos correctamente inscritos en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados. Dicha señora no estaba al tanto, ni podía estarlo, de la mala fé con que en aquel entonces actuaba el demandante. Posteriormente compró el inmueble y lo compró con fundamento en la buena fé con que obró inicialmente.

En la contestación de la demanda la señora Leticia Vivas de Echeverry advierte que compró el inmueble a Aquilino Mosquera "previa revisión de todos los títulos y después de cerciorarse de que su vendedor era el propietario, actuando con la más completa buena fé, la cual aparece de manifiesto y ha de favorecerla, de conformidad con la ley y la jurisprudencia".

"Quien obró de mala fé, delictuosamente, como aparece de la demanda que contesto, y de las pruebas acompañadas a ella..., es precisamente el demandante señor Félix Cardona, quien en la correspondiente escritura de venta que hizo, no a mi mandante sino al señor Aquilino Mosquera, afirmó ser de su exclusiva propiedad el inmueble materia del contrato, lo cual ahora contradice con la mira de obtener inmoralmente un nuevo provecho, lo que no permitirá ni la justicia civil ni la justicia penal, a la cual acudiré a fin de que se investigue el hecho ilícito que el demandante manifiesta haber cometido y que encaja precisamente en el artículo 409 del C. de P. P.".

Ciertamente, sólo con la demanda que presentó el señor Félix Cardona ante el Juez Civil de Cali, pudo saberse que la sociedad conyugal Cardona-Llanos se disolvió en virtud del certificado expedido por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cali el 29 de agosto de 1952.

Los contratantes en sus transacciones se atienen, y no de otra manera podría serlo, a la publicidad que se dá a las diversas situaciones jurídicas de las personas. En el año de 1949 lo único público y notorio era la escritura pública del año de 1942 por la que el demandante adquirió el inmueble y su respectivo registro; la escritura pública de venta que hizo el demandante en agosto de 1949 al señor Aquilino Mosquera y su respectivo registro.

En la escritura pública por la cual adquirió la señora Vivas de Echeverry en 1950, no sabía aún esta señora nada en relación con la sociedad conyugal de uno de sus antecesores. De manera que tal señora adquirió de buena fé; y con una fé exenta de culpa, pues encontró el dominio regularmente constituído en cabeza de su tradente señor Mosquera. Dos hechos desconocía esa señora, hechos imposibles de conocer: en primer término, la mala fé con que el vendedor había actuado en 1949 al venderle el inmueble a Aquilino Mosquera y, en segundo término, la disolución de una sociedad conyugal realizada en marzo de 1949, que no había obtenido aún ninguna clase de publicidad.

La buena fé de la poseedora actual es fuente de derechos a su favor. La aplicación concreta que es necesario dar a los dos principios enunciados conducen a la casación del fallo recurrido.

CAPITULO IV

Recapitulación y fallo.

I—**La aplicabilidad y requisitos de la buena fé creadora de derechos.**—La parte motiva de esta sentencia y la resolutiva, consecuencia necesaria de aquélla, se inspiran en esta idea fundamental: **en los textos legales del C. C. o leyes que lo complementan y modifican, no se encuentra todo el derecho civil.**

Los métodos antiguos de interpretación enseñaron que en el Código Civil se encontraba todo el derecho civil; que el intérprete debía aplicarlo sin poder extender los casos previstos por el legislador a otros casos y siéndole prohibido in-

vestigar la existencia de ciertas reglas o principios generales tradicionalmente reconocidos por las naciones civilizadas.

Pero esta identificación del derecho civil con el Código Civil, o más exactamente, entre el derecho y la ley escrita, ha sido rota definitivamente en nuestra época y reemplazada por una metódica distinción entre **derecho y ley escrita.** La ley escrita es apenas una de las fuentes formales del derecho, la más importante desde luego, pero no la única.

El derecho en general, es un sistema compuesto no de casos empíricos, sino integrado por verdaderas instituciones y principios generales. Esta concepción se encuentra vigente en nuestro derecho por mandato expreso del ya citado artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que habla de las **reglas generales del derecho;** el mismo artículo 4º de tal ley que habla de los **principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia;** el artículo 5º de la misma ley que se refiere a la **equidad natural;** el artículo 32 del Código Civil que ordena interpretar los pasajes oscuros o contradictorios de la ley, **del modo que más conforme aparezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.** Todas estas expresiones, **principios generales de derecho, reglas de la jurisprudencia, principios de la equidad, espíritu general de la legislación,** son expresiones que no tienen cabida dentro de una concepción exegética del derecho civil, sino dentro de una concepción sistemática, es decir, **dentro de aquella idea que enseña que el derecho civil no se compone de casos aislados o empíricos, sino que es una ciencia de principios generales.**

El juzgador debe, pues, en **cada caso concreto,** investigar los principios, los conceptos generales y con su ayuda extraer el sentido propio de los textos legales.

Toda ley, en última instancia, no representa otra cosa sino aplicación de algún principio general (interpretación sistemática).

La interpretación sistemática conduce a aplicar la ley a **hipótesis que el legislador no previó,** es decir, a dar al texto legal un alcance superior al que se desprende de su tenor literal; conduce también a extender las aplicaciones singularizadas que de un principio general se hizo a otros casos análogos.

La interpretación sistemática, según advierte un autor, debe trabajar con los datos de la historia, del derecho comparado y la filosofía; pero sus conclusiones deben tener como fin la adaptación de las soluciones jurídicas a las actuales necesidades económicas y éticas (Enneccerus, Tomo I, número 22).

Está acreditado que el Código ha hecho aplicaciones del principio general de la **buena fé** cualificada, **buena fé exenta de culpa** (**"error communis facit jus"**). Este principio general deroga para ciertos casos aquella regla de orden lógico de que nadie puede transmitir o constituir a favor de otro más derechos que aquéllos de que es legítimo titular (**"Nemo plus jus ad alium transferre potest quam ipse habet"**). Esta regla de orden lógico continúa vigente en el orden positivo; es una columna fundamental de cualquier ordenamiento jurídico; pero sufre limitaciones frente a aquella otra regla que predica la protección de la **buena fé exenta de culpa,** es decir, producto de un error invencible (**"error communis facit jus"**).

En otros términos: el derecho se funda en la realidad de las situaciones y no en simples apariencias; es más: su misión consiste en hacer predominar lo realmente adquirido por los contratantes, o sea la naturaleza objetiva de las situaciones jurídicas; debe desenmascarar lo simplemente aparente para hacer predominar lo legítimo o verdadero.

Pero la **buena fé creadora de derechos** constituye un límite a esa misión de la norma: se hace valer en determinado caso lo aparente ante lo real.

Para una mayor precisión y exactitud de la vigencia de las dos reglas enunciadas, o sea la que enseña que nadie puede transmitir a otro más derechos que aquellos que se encuentran radicados en su cabeza, y la de la buena fé cualificada o buena fé creadora de derechos, es necesario señalar los campos respectivos de aplicación de ambas. La regla clásica de que nadie puede transmitir a otro más derechos que aquellos de que es legítimo titular, se encuentra vigente en el derecho y se aplica a los casos normales.

La regla de la buena fé cualificada o buena fé creadora de derechos, se aplica a casos excepcionales. Esta regla de la buena fé cualificada y que ha dado lugar a la conocida teoría de los derechos aparentes, tiene rasgos que le son característicos y que se concretan a continuación:

1. Ciertamente todo derecho es susceptible de ser ejercido ya personalmente, ya mediante un representante. En todo caso, a quien ejerce un derecho se le presume titular de él. Normalmente así suceden las cosas en el comercio; los poseedores de las cosas suelen coincidir con los dueños legítimos; pero en ocasiones se rompe esta

simetría; se rompe cuando una persona aparece ante los demás como titular de un derecho sin serlo.

Si en tales circunstancias quien aparece como titular de un derecho que tiene todos los elementos de existencia, lo enajena, el adquirente de buena fé se convierte en propietario definitivo. Lo cual indica que el verdadero titular que permanecía escondido a los ojos de los demás, pierde definitivamente su derecho.

2. En los casos en que la ley convierte en real un derecho o situación jurídica aparentes, para satisfacer las exigencias de la buena fé, se está refiriendo a la concurrencia conjunta de estos elementos:

a).—Que el derecho o situación jurídica aparentes, tengan en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente y diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la sereencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijeran que la apariencia del derecho debía estar constituída de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente existía, sin existir. Este es el error communis, error común a muchos.

b).—Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y,

c).—Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fé en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño.

II—El caso fallado por la Corte el 20 de Mayo de 1936 y el de autos.

La sentencia recurrida en uno de sus apartes advierte, después de estudiar la sentencia del 20 de mayo de 1936 de esta Corte, que el caso fallado en aquel entonces no es equivalente al de autos.

Sobre el particular debe advertirse que jamás se presentan entre particulares dos conflictos que sean matemáticamente iguales. Pero la analogía entre un caso y otro se refiere, como es obvio, a una identidad esencial y no a una identidad de circunstancias secundarias o accidentales.

Las diferencias secundarias que existen entre el caso fallado por esta Corte el 20 de mayo de 1936 y el presente, permiten dar una aplicación con mayor certeza y mayor seguridad a los principios que han servido de soporte a la motivación de este fallo, que al que se refirió la Corte el 20 de mayo de 1936.

1.—En 1936 se presentó a la justicia la hija del vendedor de un inmueble de la sociedad conyugal, a quien se había adjudicado tal inmueble, a reivindicarlo de terceros poseedores. En el presente caso, es el propio vendedor quien se presenta a la justicia a decir que lo que él vendió como de su propiedad exclusiva, no le pertenecía por hacer parte de una sociedad conyugal disuelta pero ilíquida.

Se deduce de esto que en el caso fallado en 1936, por lo menos, no existía mala fé en el reivindicante; en el caso de autos, existe esta mala fé, pues se trata de un vendedor que quiere aprovecharse de su propio dolo. Así, pues, en el caso de 1936, los terceros poseedores se defendieron con su buena fé invencible, únicamente. En el caso presente se enfrentan por una parte, la buena fé invencible de la demandada frente al dolo o mala fé del vendedor.

2.—En el caso fallado por esta Corte el 20 de mayo de 1936, se trataba de una sociedad conyugal disuelta y liquidada; en cambio, en el presente caso, se trata de una sociedad conyugal disuelta pero ilíquida.

3.—En lo demás coinciden las circunstancias esenciales que existieron para fallar el caso del 20 de mayo de 1936, y el caso que se falla mediante esta sentencia.

Los compradores de 1936 lo hicieron con base en títulos escriturarios debidamente registrados, en donde aparecía debidamente constituída una propiedad a favor del vendedor; exactamente lo mismo sucede en el presente caso, en que la señora Leticia Vivas de Echeverry, por título escriturario encuentra que la propiedad que compró se encontraba constituída en el tradente señor Aquilino Mosquera y a su vez, éste había comprado al señor Félix Cardona una propiedad constituída correctamente en su cabeza.

Ni los poseedores de 1936, ni la poseedora del caso de autos, tuvieron formas de conocer la existencia de una sociedad conyugal ya disuelta en razón de la ninguna publicidad que se dió a la existencia y disolución de tal sociedad.

Textualmente advierte la sentencia del 20 de mayo que "ni del matrimonio Triviño-Paz, ni de la muerte de la esposa quedó rastro alguno en las escrituras públicas, ni en el certificado que pudo tener a la vista para negociar el señor Guzmán.

"Mejor dicho: los medios de publicidad establecidos por nuestra ley tampoco brindaron, ni

podían brindarle, al demandado, datos que fueran bastantes para suscitar siquiera dudas sobre la legitimidad de la operación que iba a celebrar o para inducir a un hombre prudente y diligente a hacer averiguaciones adicionales tendientes a completar la información de la escritura pública y del certificado".

Estas mismas circunstancias se realizan en el caso de autos. Por la escritura pública 1213 de 10 de agosto de 1942, Félix Cardona compra a Martiniano Lenis un inmueble. En ninguna parte de esta escritura se advierte que el señor Félix Cardona tuviera formada una sociedad conyugal con la señora Judith Llanos. Por escritura 1586 de 8 de julio de 1949, Félix Cardona afirmando ser propietario de un inmueble y precisamente del mismo que compró en 1942, cuyo título se cita allí, lo vende al señor Aquilino Mosquera, advirtiendo que tal inmueble se encuentra libre de todo gravamen o limitación de dominio, a excepción de una hipoteca.

En ninguna parte de esta escritura se dice que el señor Félix Cardona haya sido casado, ni se hace referencia alguna a que la sociedad conyugal que tuvo formada con la señora Llanos se hubiera ya disuelto.

Los registros de todos estos títulos en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, son correctos.

Finalmente, por la escritura 355 del mes de febrero de 1950, Aquilino Mosquera vende la misma propiedad a Leticia Vivas de Echeverry.

De manera que a una correcta publicidad del dominio en cabeza de Félix Cardona, se opone un absoluto silencio de la existencia de una sociedad conyugal disuelta a la que, según los principios generales, pertenecía el inmueble cuando lo compró la demandada.

Así que al comparar los dos casos se encuentra que entre ellos existe una identidad esencial; y que las diferencias entre los dos casos, una de ellas esencial, como el hecho de que sea el propio vendedor el que pretende aprovecharse de su propio dolo, conduce a la firme convicción de que merece más protección la buena fé exenta de culpa con que actuó la demandada Leticia Vivas de Echeverry, que la buena fé que la Corte encontró en los demandados en el año de 1936.

III—FALLO

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 Cali, en el ordinario de Félix Cardona contra Leticia Vivas de Echeverry, y en su lugar, ABSUELVE a la demandada de todos los cargos de la demanda.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

ES OBLIGACION INELUDIBLE DE LOS JUZGADORES, CUANDO RECHAZAN LAS PETICIONES FORMULADAS COMO PRINCIPALES, ESTUDIAR Y RESOLVER A RENGLON SEGUIDO LAS PRESENTADAS COMO SUBSIDIARIAS. — CUANDO EL DEMANDANTE GANA EL PLEITO EN RAZON DE QUE EL JUZGADOR FALLO FAVORABLEMENTE LAS SUPLICAS PRINCIPALES, NO TIENE POR QUE APELAR DEL FALLO. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. —CUANDO ES PROCEDENTE. CUANDO EL SENTENCIADOR DE SEGUNDO GRADO ESTIMA QUE LA PARTE QUE GANO EL PLEITO EN PRIMERA INSTANCIA POR LA PROSPERIDAD DE SUPLICAS PRINCIPALES, NO DEBE GANARLO POR TALES SUPLICAS SINO POR LAS SUBSIDIARIAS, ASI DEBE DECLARARLO SIN QUE ELLO CONSTITUYA REFORMATIO IN PEJUS

1.—Cuando el Tribunal rechaza las peticiones principales formuladas por el demandante, debe en forma inmediata entrar a estudiar las súplicas subsidiarias. Esta es una obligación ineludible de los juzgadores cuando a su consideración se someten súplicas principales y súplicas subsidiarias. Si se rechasan las principales, débese a renglón seguido estudiar y resolver las formuladas como subsidiarias.

Si el litigante en primera instancia gana el pleito en razón de la prosperidad de las súplicas principales, y luego en segunda instancia la sentencia es revocada, es natural que no ha perdido el derecho a que se resuelva el pleito, por las peticiones subsidiarias.

2.—El argumento de que cuando el demandante no apeló del fallo, el juzgador no tiene que resolver sino sobre lo que es objeto de la apelación, constituye muy a las claras un grave error, una grave equivocación. Es lógico y natural que el demandante que gana un pleito en razón de que el juzgador falla favorablemente las súplicas principales, no tiene por qué apelar del fallo. Ha ganado el pleito. Y el argumento enunciado al principio no haría otra cosa sino convertir en apelantes a las partes vencedoras en un litigio judicial. Por ningún motivo, pues, debe aceptarse tal tesis.

3.—La causal segunda de casación es procedente, ha dicho esta Corte, en numerosas sentencias, cuando el fallo decide sobre puntos ajenos a la controversia (ultra petita), o cuando deja de resolver sobre alguno de los que fueron objeto del litigio (extra petita), o ya porque se condenara a más de lo pedido (plus petita), o se dejare de fallar sobre algunas de las peticiones o excepciones oportunamente alegadas, cuando era el caso de hacerlo (minima petita).

4.—Es verdad que el artículo 494 del C. J. al estatuir que la apelación se entiende interpuesta solo en lo desfavorable al apelante, ha prohibido la figura jurídica de la REFORMATIO IN PEJUS.

Pero la REFORMATIO IN PEJUS no inhibe al juzgador de segundo grado del estudio de las súplicas subsidiarias en los casos en que uno de los litigantes gana el pleito en primera instancia por haber prosperado alguna de las súplicas principales, y la parte vencida apela y es revocada la sentencia, aunque el vencedor no haya apelado.

Si el sentenciador de segundo grado estima que la parte que ganó el pleito en primera instancia por la prosperidad de súplicas principales, no debe ganarlo por tales súplicas sino por las subsidiarias, así debe declararlo sin que ello constituya REFORMATIO IN PEJUS.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea)

I. — ANTECEDENTES

El señor Santiago Carmona Sánchez solicitó al Juez 2º Civil del Circuito de Pereira que se hiciesen las siguientes súplicas:

Súplicas principales

1ª—Que se declare que es nula la escritura 1969 de 31 de agosto de 1951, de la Notaría 1ª de Pereira, por la cual la Cooperativa de Habitaciones Obreras Económicas del barrio de la Providencia Limitada de Pereira, vendió un inmueble al señor Tomás Mejía S. y a la señora Tulia Ospina de Mejía.

2ª—Que se declare que es nula la Resolución, fechada el 20 de junio de 1951, dictada por el Consejo de Administración de la mencionada Cooperativa, y por medio de la cual se declaró excluído al demandante, señor Santiago Carmona, como socio de tal Cooperativa.

3ª—Que se declaren sin ningún valor los autos interlocutorios dictados por el Juez 1º Civil de Pereira el 24 de noviembre de 1952 y el Tribunal Superior de Pereira, de 27 de febrero de 1953, autos interlocutorios por los cuales se abstuvieron de dar cumplimiento a lo resuelto en sentencia ejecutoriada del mismo Tribunal con fecha 17 de octubre de 1952.

4ª—Que como consecuencia de la declaración primera se condene al señor Tomás Mejía S. y a la señora Tulia Ospina de Mejía a restituir el inmueble que le fue escriturado por la Cooperativa por la citada escritura 1969 de agosto de 1951.

5ª—Que como consecuencia de la declaración segunda, se resuelva que el demandante queda reintegrado como socio activo de la citada Cooperativa, con los mismos derechos y deberes que tienen los demás socios.

6ª—Que como consecuencia de la declaración tercera se resuelva que la sentencia que debe producir efectos jurídicos entre las partes litigantes es la de 17 de octubre de 1952.

7ª—Que se condene de manera solidaria a la Cooperativa de Habitaciones Obreras Económicas del barrio la Providencia de Pereira, a pagar al demandante todos los daños y perjuicios que haya sufrido éste, desde el 1º de julio de 1952 a causa de haber tenido que desocupar su casa de habitación y no habérsela entregado nuevamente, no obstante haber ganado el juicio, mediante sentencia del Tribunal Superior de Pereira de 17 de octubre de 1952.

8ª—Que se ordene la cancelación del registro de la escritura 1969 de 31 de agosto de 1951, de la Notaría 1ª de Pereira.

Peticiones subsidiarias

Entre las peticiones subsidiarias debe tenerse en cuenta la tercera que dice así: "Pido que se condene a la Cooperativa de Habitaciones Obreras Económicas del barrio de la Providencia Limitada, representada en este juicio por su Gerente, el doctor Rafael Agudelo Correa, a pagar a mi mandante, señor Santiago Carmona Sánchez, las siguientes sumas de dinero:

"a) La suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) y en subsidio la que se establezca dentro del juicio por concepto de valorización que ha recibido el inmueble a que se refiere el hecho 6º de esta demanda, a partir de noviembre de 1946, fecha en que entró a poseerlo y mejorarlo mi mandante señor Santiago Carmona Sánchez, valorización que debe estimarse en el momento de avaluarse el bien dentro de los términos probatorios de este juicio.

"b) — La suma de siete mil pesos ($ 7.000.00), correspondientes al valor actual de todas las mejoras puestas por el señor Santiago Carmona S., en el inmueble a que se refiere el hecho 6º de este libelo de demanda.

"En subsidio, la suma de dinero que se demuestre dentro del juicio, valen las anotadas mejoras.

"c)—La suma de mil cien pesos ($ 1.100.00) que el señor Santiago Carmona S., entregó a la supradicha Cooperativa, con el fin de que éste le escriturara el inmueble, objeto de este litigio, más los intereses legales de esta suma, a partir del 1º de julio de 1952, hasta el día en que se cubra el capital.

"d)—La suma de cien pesos ($ 100.00) mensuales, a partir del 1º de julio de 1952 (fecha para la cual ya había entregado el inmueble en virtud de providencia judicial), hasta el día en que se le vuelva a poner en posesión material de sus mejoras, o se le paguen, o se le asegure su importe".

Hechos de la demanda

Las anteriores súplicas fueron respaldadas por treinta y tres hechos, los cuales fueron sintetizados así, por la sentencia recurrida.

Que de acuerdo con certificación expedida por la Superintendencia Nacional de Cooperativas del Ministerio de Fomento, fueron aprobados los Estatutos de la Cooperativa de Habitaciones Obreras, Económicas del barrio de la Providencia Limitada, de Pereira, y se le concedió personería jurídica por medio de la Resolución número 632

de 9 de octubre de 1947, del Ministerio del Trabajo.

Que por medio de la escritura 600 de 13 de octubre de 1947, otorgada en la Notaría 3ª de Pereira, fueron protocolizados los citados Estatutos y demás elementos constitutivos de la sociedad y que el Gerente de ella, es el doctor Rafael Agudelo Correa.

Que de conformidad con el artículo 5º de los Estatutos de la Cooperativa, su finalidad es la "de construir casas de habitación para sus socios".

Que casi un año antes de tener la Cooperativa personería jurídica, el demandante señor Santiago Carmona Sánchez, fue admitido como socio desde el mes de noviembre de 1956.

Que el Gerente de la Cooperativa, en cumplimiento del artículo 5º de los Estatutos, entregó a Carmona Sánchez en el mes y año que ingresó como socio, un solar con los muros destinados para la construcción de una casa de habitación, en la carrera 20-bis y por los linderos y especificaciones indicados por el demandante.

Que el demandante con su trabajo material, el de su esposa e hijos, construyó una magnífica casa sobre el terreno y muros que le fueron entregados.

Que tanto el Gerente de la Cooperativa como el señor Tomás Mejía, como Presidente del Consejo Administrativo de la misma entidad, le exigieron al demandante la entrega de su casa al Presidente Mejía, para escriturársela a éste en cambio de otra que le haría la Cooperativa, lo cual no aceptó. Que ante esta negativa del demandante, el Presidente de la Cooperativa dictó la Resolución número 1º de 20 de junio de 1951, por medio de la cual expulsó a Carmona por su renuencia en la entrega, sin someter el caso de la expulsión a la "Junta Social Arbitral" del Consejo de Administración, como lo disponen los Estatutos de la sociedad.

Que el citado Gerente en vez de cumplir una orden de la Superintendencia Nacional de Cooperativas procedió a escriturarle al Presidente Mejía la casa que construyó el señor Carmona.

Que como el demandante continuaba habitando el inmueble de que se trata, la Cooperativa inició contra él un juicio de lanzamiento, el cual no prosperó; que posteriormente el señor Tomás Mejía S. y su esposa iniciaron contra él otro juicio que culminó con una sentencia que le obligaba a entregar la casa y solar de que se habla y que por tal motivo tuvo que desocuparla para no ser lanzado por la policía. Pero que interpuso apelación contra la sentencia aludida y que el Tribunal Superior de Pereira, mediante providencia de 17 de octubre de 1952, revocó la de primer grado, declarando nulo todo lo actuado en el juicio y en su lugar se dispuso que "el Juez debe volver las cosas al estado en que estaban antes de la demanda".

Que el demandante solicitó entonces al Juzgado la entrega de la casa que había desocupado y entregado al señor Tomás Mejía y señora. Pero que esta petición le fue negada.

Sentencias de primero y segundo grado

El Juez 2º Civil del Circuito de Pereira, mediante sentencia de abril 18 de 1956 falló en la siguiente forma las súplicas que se le hicieron:

"1º—No está probada ninguna de las excepciones propuestas por los demandados; — 2º No es el caso de resolver nada sobre las peticiones primera y cuarta de la demanda. — 3º Debe ejecutarse el auto con fuerza de sentencia de octubre 17 de 1952, pronunciado por el H. Tribunal Superior de este Distrito, en el juicio de lanzamiento que en el Juzgado del Circuito en lo civil de esta ciudad (hoy 1º) propusieron los señores Tomás Mejía y Tulia Ospina de Mejía, contra el señor Santiago Carmona, providencia por la cual el H. Tribunal declaró nulo todo lo actuado en el juicio expresado, y ordenó que "el Juez debe volver las cosas al estado en que estaban antes de la demanda". — 4º Se declare nula por ilícita, la Resolución de fecha 20 de junio de 1951, emanada del Consejo Administrativo de la Cooperativa de Habitaciones Obreras Económicas de Pereira del barrio de la Providencia Limitada, de esta ciudad, en cuanto por ellas se expulsa o se excluye de la nombrada entidad al socio Santiago Carmona. En consecuencia, el señor Santiago Carmona recobra su calidad de socio de la Urbanización nombrada y esta entidad hará lo que sea conducente y de su incumbencia para el cumplimiento de esta declaración. — 5º Los demandados pagarán al demandante los perjuicios sufridos por éste y que consisten en haber perdido el demandante el uso de la casa que había recibido de la Cooperativa nombrada, casa cuya situación y linderos están relacionados en el hecho 6º de la demanda. Los perjuicios se determinarán por el valor del arrendamiento de la casa, del 1º de julio de 1952, a la fecha en que Carmona reciba la casa de nuevo".

Apelado el anterior fallo por quienes perdieron el juicio, o sea los demandados, correspondió co-

nocer de él al Tribunal Superior de Pereira, quien desató la litis mediante sentencia de noviembre doce de 1957. Dicha sentencia revocó la de primer grado y absolvió a los demandados.

II. — RECURSO DE CASACION

El señor Santiago Carmona Sánchez, representado por apoderado, interpuso recurso de casación y en la respectiva demanda se le formulan dos cargos.

El primer cargo se hace por la causal 2ª del artículo 520 del C. J., en razón de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por el demandante. Dice el recurrente que la demanda instaurada por el señor Santiago Carmona contiene súplicas principales y súplicas subsidiarias. El Tribunal solo decidió sobre las súplicas principales, habiéndose abstenido de fallar sobre las subsidiarias, especialmente sobre la tercera.

Como el Juzgado admitió varias de las súplicas principales, tuvo razón en no entrar a estudiar las subsidiarias. Era natural que habiendo ganado el pleito el demandante y estando conforme con la sentencia, no tenía por qué apelar de ella.

Pero como el Tribunal negó la procedencia de la totalidad de las solicitudes principales, tenía, entonces, la obligación de entrar a resolver sobre las súplicas subsidiarias, pero no lo hizo. Y para ello da la siguiente razón: "El asunto no puede ser tratado en esta sentencia, puesto que para ello hubiera debido ser tratado en el fallo de primera instancia y aun cuando estaba comprendido dentro de la tercera petición subsidiaria, el juez a quo no lo incluyó en el fallo, porque aceptó algunas de las peticiones principales y no tenía para qué considerar las subsidiarias. Y que no habiendo quedado incluido este punto en el fallo que se revisa, tampoco apelado por el actor, el Tribunal estaba impedido para considerarlo y revisarlo".

Termina el recurrente diciendo que parte del litigio está por fallar, y todo por la incomprensión del Tribunal, quien probablemente y con ingenuidad consideró que establecería una reformatio in pejus si fallaba sobre lo que estaba sometido a su decisión. El caso es sobremanera nítido para que requiera mayor argumentación.

III. — CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. — Tiene razón el recurrente. El Tribunal al rechazar las peticiones principales formuladas por el demandante, ha debido en forma inmediata entrar a estudiar las súplicas subsidiarias, especialmente la tercera. Esta es una obligación ineludible de los juzgadores cuando a su consideración se someten súplicas principales y súplicas subsidiarias. Si se rechazan las súplicas formuladas como principales, débese a renglón seguido estudiar y resolver las subsidiarias.

La sentencia de primer grado acogió varias de las súplicas principales formuladas por el señor Carmona; y no tenía, por tanto, obligación de estudiar la tercera súplica subsidiaria; pero el Tribunal al rechazar todas las súplicas principales ha debido estudiar y resolver sobre la tercera súplica subsidiaria.

El argumento del Tribunal de que como el demandante señor Carmona no había apelado el fallo, no tenía por qué resolver sino sobre lo que era objeto de la apelación, constituye muy a las claras un grave error, una grave equivocación. Es lógico y natural que el demandante que gana un pleito en razón de que el juzgador falla favorablemente las súplicas principales, no tiene por qué apelar del fallo. Ha ganado el pleito. Y la razón del Tribunal no haría otra cosa sino convertir en apelantes a las partes vencedoras en un litigio judicial. Por ningún motivo, pues, puede aceptarse tal tesis.

El litigante que en su demanda formula peticiones principales y peticiones subsidiarias, obviamente pretende ganar el pleito, ante todo, por la prosperidad de las súplicas principales; y para el caso de que éstas no prosperen, por las súplicas subsidiarias.

Y si el litigante en primera instancia gana el pleito en razón de la prosperidad de las súplicas principales, y luego en segunda instancia la sentencia es revocada, es natural que no ha perdido el derecho a que se resuelva el pleito, por las peticiones subsidiarias.

En resumen: el señor Santiago Carmona, por no apelar del pleito que había ganado, en manera alguna perdió el derecho a que su demanda sea fallada también por la súplica subsidiaria en razón de haber estimado el Juzgador de segunda instancia que no prosperaban las súplicas principales.

Por los motivos anotados, la sentencia recurrida no se encuentra en consonancia con las pretensiones oportunamente alegadas y deducidas por uno de los litigantes, o sea el demandante señor Santiago Carmona.

La causal segunda de casación es procedente,

ha dicho esta Corte, en numerosas sentencias, cuando el fallo decide sobre puntos ajenos a la controversia (ultra petita), o cuando deja de resolver sobre alguno de los que fueron objeto del litigio (extra petita), o ya porque se condenara a más de lo pedido (plus petita), o se dejare de fallar sobre algunas de las peticiones o excepciones oportunamente alegadas, cuando era el caso de hacerlo (mínima petita).

2. — Es verdad que el artículo 494 del C. J. al estatuir que la apelación se entiende interpuesta solo en lo desfavorable al apelante, ha prohibido la figura jurídica de la *reformatio in pejus*.

Pero la *reformatio in pejus* no inhibe al juzgador de segundo grado del estudio de las súplicas subsidiarias en los casos en que uno de los litigantes gana el pleito en primera instancia por haber prosperado alguna de las súplicas principales, y la parte vencida apela y es revocada la sentencia, aunque el vencedor no haya apelado.

Si el sentenciador de segundo grado estima que la parte que ganó el pleito en primera instancia por la prosperidad de las súplicas principales, no debe ganarlo por tales súplicas sino por las subsidiarias, así debe declararlo sin que ello constituya *reformatio in pejus*.

En razón de la prosperidad del cargo formulado contra la sentencia recurrida, es necesario proceder a casarla.

« « »

IV. — SENTENCIA DE INSTANCIA

La sentencia que haya de dictar esta Corte se concretará sobre la tercera súplica subsidiaria, por cuanto el fallo recurrido no ha sido atacado por ninguna de las razones que tuvo el Tribunal para rechazar las súplicas principales.

Como se vio ya, la tercera súplica subsidiaria se refiere a una indemnización de perjuicios sufrida por el demandante, indemnización que se concreta a las sumas de dinero que el demandante entregó a la Cooperativa a buena cuenta del valor del solar de que fue despojado, el valor de las mejoras hechas sobre el solar, la valorización de todo el inmueble y los frutos del mismo desde el día en que dejó de poseerlo hasta que se verifique el pago.

Tiene derecho el demandante a ser indemnizado por la empresa demandada y en caso afirmativo cuál es el importe de la indemnización?

1. — Como lo anota el sentenciador de primer grado, el objeto de la Cooperativa de Habitaciones Obreras y Económicas del barrio la Providencia Limitada de Pereira, según sus Estatutos "Es el de construir casas de habitación para sus socios" (artículo 5º); el socio una vez admitido puede ocupar una de las casas construidas por la Cooperativa, pagando una cuota como canon de arrendamiento pero, 'siendo entendido que esta cantidad se imputará a amortización del valor de dicha vivienda' al recibir el socio ocupante 'la escritura en propiedad' (artículo 25). En el período de ocupación de la casa el socio ocupante puede hacer mejoras en ella (artículo 27); por el hecho de ocupar la casa y poder hacer en ella mejoras, adquiere la perspectiva de que la casa que ocupa 'sea la que pueda serle entregada en forma definitiva'' (Resolución número 6 de septiembre 8 de 1950), emanada del Consejo de Administración de la Cooperativa, que se lee al folio 12 del cuaderno 4º).

En el presente caso, a Santiago Carmona como socio de la Cooperativa, se le entregó un solar con principios de construcción, que posteriormente la Cooperativa le exigió que le entregara; que Santiago Carmona se negó a entregarlo alegando que por su propio esfuerzo y el de su familia había realizado mejoras en dicho inmueble; que la Cooperativa, por intermedio de su Consejo de Administración, decidió expulsar a Carmona, por negarse a la entrega.

¿Podía la Cooperativa exigir a Carmona que desocupara la casa que ya le había adjudicado en la forma dicha?

Con buenas razones el juzgador de primer grado responde que no. "Porque siendo el objeto de la Cooperativa construir casas para sus socios, pero con la condición de que estos solo adquieren el dominio cuando las cuotas que hayan dado cubren el valor de la casa que reciben, es apenas natural que la casa que se les entregue para que la vayan pagando, sea la que después de pagada se les adjudique o transmita definitivamente. Por eso el artículo 24 de los Estatutos de la Cooperativa dice que "los socios adquirirán el derecho de propiedad en el momento en que hayan cancelado totalmente el valor del costo de su casa". ¿De cuál casa? Pues de la que la Cooperativa les entregó para que fueran pagando.

Por eso también, agrega la citada sentencia, el artículo 27 le permite a los socios plantar mejoras en las casas que reciben de la Cooperativa para ocuparlas. De modo que de acuerdo con los Estatutos de la Cooperativa, el socio que de ella recibe una casa para ocuparla y pagarla por cuotas, tiene derecho a que esa casa se le adjudique de-

finitivamente en propiedad, después de haber pagado el valor total de ella.

Finalmente, el artículo 34 de los Estatutos de la Cooperativa, advierte que "las diferencias surgidas entre la sociedad y sus socios, o simplemente entre éstos", se decidirán en Junta Social Arbitral.

De manera que al surgir una diferencia entre el socio Carmona y la Cooperativa, como realmente surgió, tal asunto ha debido someterse a la sentencia de la Junta Arbitral. Pero no fue esto lo que sucedió, sino que la Cooperativa sin más, procedió a vender la casa a un tercero, y a expulsar al socio Carmona, tanto de la Cooperativa como de la casa que se le había entregado en la forma ya anotada.

En esta forma la Cooperativa se puso en imposibilidad de cumplir sus obligaciones para con el demandante, generándose por tal motivo su responsabilidad por incumplimiento.

2.—En cuanto a la cuantía de la indemnización, ella debe comprender en primer término, las cuotas que el demandante pagó a la Cooperativa por concepto del valor del solar que ocupó; en segundo término, el valor de las mejoras que hizo en el inmueble, para lo cual debe tenerse en cuenta el valor actual y no el que pudieron tener cuando se hicieron; finalmente, el lucro cesante, en razón de haber sido lanzado indebidamente Carmona de la casa que ocupaba.

F A L L O

En mérito de las observaciones hechas, 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 Pereira con fecha doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, y en su lugar,

DECLARA:

CONDENASE a la Cooperativa de Habitaciones Obreras Económicas del Barrio de La Providencia Ltda., con domicilio en Pereira, a pagar al señor Santiago Carmona Sánchez las siguientes sumas de dinero por concepto de indemnización de perjuicios:

1º — Las sumas de dinero que el demandante Santiago Carmona Sánchez entregó a la empresa demandada como cuotas de amortización del valor del solar que le fue adjudicado y del cual se le desposeyó posteriormente, solar situado en Pereira, en el barrio denominado La Providencia, en la carrera 20-bis, distinguido hoy en su puerta de entrada con el número 21-14 y debidamente especificado y alinderado por el hecho sexto de la demanda.

2º—El valor de las mejoras que el señor Santiago Carmona Sánchez hizo en el inmueble a que se refiere la letra anterior. Tales mejoras se avaluarán según su valor actual y por el procedimiento que indica el artículo 553 del C. J.

3º—El lucro cesante del inmueble a partir del primero de julio de mil novecientos cincuenta y dos, fecha en que fue desposeído del inmueble, hasta el día en que el pago se verifique. Este lucro cesante se determinará teniendo en cuenta el producido mensual del inmueble mejorado hasta el día en que el pago se verifique (artículo 553 del C. J.).

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango — Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION DE COBRO DE FRUTOS Y PERJUICIOS POR HABERSE DETENTADO UN BIEN CON ANIMO DE TENEDOR. — ESTA ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA NO SIEMPRE ES CONSECUENCIAL DE LA REIVINDICATORIA

1. — Los demandantes entablaron acción contra el actual demandado para reivindicar unos lotes de terreno, con las peticiones consiguientes sobre prestaciones. Este que venía poseyendo los terrenos desde años atrás rehuyó la lucha jurídica manifestando que solamente era "poseedor de ellos" (sic) y que los actores eran los dueños, por lo cual no se libró la acción sobre dominio y los mismos actores instauraron la acción de tenencia que fue efectiva, menos en cuanto se solicitó devolución o pago de frutos porque no se juzgó pertinente. Entonces entablaron esta demanda para obtener tal devolución o pago de los frutos de la cosa que por muchos años poseyó legítimamente el demandado.

El Juez y el Tribunal negaron la acción, fundándose en que las prestaciones por frutos es consecuencial de la acción de dominio conforme a nuestra Ley Civil; que no existiendo la causa o sea la acción reivindicatoria no puede proceder la sobre prestaciones que, por otra parte, supone una relación compensatoria o sinalagmática por lo menos, por lo cual el derecho las califica de "prestaciones mutuas".

Claro está que cuando se instaura la acción de dominio y ella prospera la obligación de devolver o pagar los frutos de la cosa, es consecuencia de la declaratoria sobre propiedad y constituye uno de los extremos del fenómeno de las prestaciones mutuas, puesto que se trata de obligaciones recíprocas resultantes del aprovechamiento de la cosa por el poseedor y de las mejoras introducidas a la cosa por él, que benefician al propietario, pero esto no destruye un principio eterno según el cual la cosa fructifica para su dueño. Principio que los Romanos reprodujeron en su legislación (D. L., LXVII, 72—LXXII, I), y que naturalmente ese dueño tiene acción para hacer efectivo tal derecho, obligando al que retiene indebidamente la cosa a entregar esos frutos o a pagarlos al propietario que la estaba en imposibilidad de percibirlos por sí mismo en virtud de no tener la cosa en su poder.

2. — El artículo 1489 del C. C. determina las fuentes de las obligaciones, entre las cuales está comprendido el enriquecimiento sin causa que es el fenómeno que tiene lugar cuando una persona se apodera de una cosa ajena y la usufructúa en su provecho. (Verse Josserand, Cours de Droit Civil. Ed. Recueil Sirey—1935. Tomo II, número 11, página 61).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango)

I. — BREVE HISTORIA DE ESTE LITIGIO

La señora Hortensia v. de Ortega, Jorge Ortega Andrade y Félix Ortega Andrade demandaron en representación de la sociedad conyugal ilíquida formada por Rafael Ortega y la mencionada señora así como de las sucesiones del señor Alfredo Ortega A. y de Rafael Ortega ante el Juez promiscuo del Circuito de Florencia (Caquetá), al señor Francisco Guillermo, para obtener las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que sea condenado el demandado a pagar, ejecutoriada la sentencia que así lo ordene, a las sucesiones de Rafael y Alfredo Ortega A. y a la sociedad conyugal de don Rafael Ortega y Hortensia Andrade, el valor de los frutos, tanto civiles como naturales percibidos por el demandado, y los que la sociedad y sucesiones indicadas hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, de dos lotes de terreno ubicados en este Municipio en la vereda de "Capitolio", denominados "La Culebra" y "El Burro", pertenecientes a la finca de "El Jardín", cuyos linderos se especificarán adelante y los cuales el citado señor Guillermo retiene como tenedor irregular.

"Segundo.—Igualmente a pagar a las indicadas sucesiones y sociedad conyugal, el valor de todos los perjuicios causados por la retención indebida de los inmuebles a que se contrae esta demanda (sic) y

"Tercera. — El pago de los perjuicios y frutos aludidos desde la ocupación de los referidos inmuebles hasta que se verifique la entrega de ellos y las costas que ocasione el juicio".

Los hechos fundamentales de la demanda son:

"1.—El señor Rafael Ortega adquirió el dominio y posesión de los lotes a que se contrae esta demanda, por medio de la Resolución número 99 de febrero de 1937 del Ministerio de Industrias. Las mejoras existentes en ellos, por ocupación con cultivos de pastos puestos a sus expensas, vendidas primero al señor Carlos J. Oviedo y de quien las readquirió por medio de la escritura pública número 73 de fecha 5 de agosto de 1922, otorgada en la Notaría de este Circuito.

"2.—Este hecho contiene los linderos de los lotes.

"3.—La finca 'El Jardín' tiene los linderos que se significan en la copia de la Resolución de Adjudicación que se acompaña.

"4.—Don Rafael Ortega falleció en esta ciudad y también el señor Alfredo Ortega Andrade, por lo cual el correspondiente juicio de sucesión doble se tramita en ese Juzgado. En este juicio mi poderdante Hortensia Ortega Andrade fue reconocida como cónyuge supérstite del extinto don Rafael Ortega y heredera de Alfredo Ortega; mis demás poderdantes, como herederos legítimos de su finado padre.

"5.—El demandado desde hace unos quince años ocupa, sin título alguno, los lotes y mejoras mencionados gozando de sus frutos y causando notables perjuicios a las sucesiones y sociedad conyugal aludidas, ocupación que forma una tenencia irregular.

"6.—En el mes de noviembre de 1947, mis mandantes iniciaron, por medio del suscrito, acción reivindicatoria contra el actual demandado señor Francisco Guillermo convencidos de que su ocupación era con ánimo de señor o dueño, pero en contestación de la demanda, por intermedio de su abogado, manifestó que no se oponía a la reivindicación, con lo cual confesó ser mero tenedor, como obviamente se desprende.

"7. — Esta declaración de mera tenencia que ejerce y ha venido ejerciendo sobre esos lotes, la ratificó el señor Guillermo por medio de su apoderado, en el alegato de conclusión presentado en la primera instancia del negocio.

"8. — Posteriormente, el 23 de octubre de 1952, se inició la acción declarativa de tenencia contra el mismo señor Francisco Guillermo y al contestar la demanda su apoderado aceptó nuevamente la situación de mero tenedor por parte del ahora demandado; y

"9.—Debe tenerse en cuenta que en este último proceso se negaron las peticiones de la parte actora por considerar el Juzgado que se había impetrado una acción declarativa de tenencia y no la acción de condena que ahora por medio de la presente demanda se intenta".

Los demandantes estimaron la cuantía del juicio en $ 50.000.00.

La parte demandada se abstuvo de contestar la demanda.

Surtidos los trámites de rigor, el Juez de instancia en sentencia fechada el 10 de noviembre de 1956, absolvió al demandado de los cargos de la demanda. El Tribunal del Distrito Judicial de Neiva en providencia del 10 de septiembre de 1957 CONFIRMO.

Interpuesto el recurso de casación por el actor y otorgado por el Tribunal a quo fue admitido por la Corte, y cumplidos los trámites de rigor se procede a decidir.

II. — DEMANDA DE CASACION

Fue presentada en tiempo y lleva fecha 28 de marzo de 1958.

Bajo el rubro: "Los cargos contra la sentencia" dice el recurrente:

"Con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., acuso la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este juicio, por los siguientes conceptos: Por ser violatoria de los artículos 961, 962, 963, 964, 969, 970 y 971 del C. C., por aplicación indebida al caso del pleito... y por ser asimismo violatoria de los artículos 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887 y 669, 1994, 2341 y 2342 del ya citado C. C., por no haberlos aplicado — falta de aplicación, al caso debatido, cuando era procedente hacerlo..." Provienen todas estas infracciones de los manifiestos errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la demanda, según luego lo explicaré, en consecuencia de los cuales pudo llegar a la conclusión negatoria de los extremos petitorios aducidos en el

libelo, que de otra manera no hubieran podido producirse.

Agrega el recurrente: "El Tribunal parte en su razonamiento de un hecho —sostenido antes por el Juez de primera instancia— que no corresponde a la verdad contenida en el libelo de la demanda (error evidente de hecho en la interpretación de ésta), y que luego contradice y desvirtúa al través del desarrollo que le da para ajustarlo a la situación jurídica planteada: el de que "se trata aquí de una acción para la condena al pago de prestaciones mutuas (subrayo) a que se refiere el capítulo 4, Título XII del Libro II del C. C." Y con fundamento en tan equivocada interpretación, incurre consecuencialmente en error de derecho al rechazar las acciones deducidas, por cuanto siendo las "Prestaciones mutuas", corolario obligado del derecho de dominio sostenido por los actores, no se propuso sin embargo la correspondiente acción reivindicatoria a cuyo pronunciamiento se haya subordinado la viabilidad de aquella".

"'Las prestaciones mutuas' como bien puede deducirse del concepto del mismo Tribunal, son aquellas a que por razones de justicia y equidad están recíprocamente obligadas las partes, como consecuencia de la declaración judicial que define una determinada situación jurídica, como las que corresponden a los juicios de reivindicación o de simple tenencia, anulación rescisión o resolución de los contratos, etc. Pero si 'las prestaciones mutuas' son colorario obligado de una determinada declaración judicial, resulta manifiesta y evidentemente errónea asignarle esa calidad jurídica de mutuas, a las que se demandan sin subordinación a ninguna de aquellas declaraciones previas, para desconocer así, con indebida aplicación de las normas sustantivas que rigen la materia, la procedencia y eficacia de puras y simples prestaciones que, con fundamento en normas distintas, forman el objeto de la controversia.

"Por esto y sobre la base inobjetable admitida por el fallo, de no haberse propuesto en el presente caso el extremo reivindicatorio de cuya declaración habrían podido dimanar las supuestas 'Prestaciones mutuas', no le era dable encontrar en las que realmente se demandaron, obligaciones de tal naturaleza, dada la ostensible contradicción, que se advierte entre los antecedentes o premisas y la conclusión que de ellas se deducen. Al hacerlo, erró manifiestamente de hecho el Tribunal en la apreciación del contenido de la demanda; y erró también en el derecho en cuanto a las prestaciones demandadas (sic) les dio el carácter de 'mutuas' o 'recíprocas', no obstante no haber sido demandadas como consecuencia de la restitución que hubiere podido decretarlo, si se propone la acción reivindicatoria, que no se ejercitó.

"Supuesto pues, que las prestaciones demandadas no tienen el carácter de mutuas o recíprocas con que especialmente distingue la ley las que naturalmente provienen con causa de una declaración previa, como para el caso habría sido la de restitución a que conduce la acción reivindicatoria, ni podía por consiguiente regírselas por las disposiciones que para ellas consagra el Capítulo 4, Título XII del Libro II del C. C., tenía el sentenciador que —dentro del concepto genérico de puras y simples prestaciones que les corresponde— establecer su verdadera causa para decidir, entonces sí, en consecuencia con las normas sustantivas que a éste le son aplicables, o sea precisamente, con las que en segundo término dejo señaladas como infringidas por la sentencia, por falta de aplicación. En efecto:

"En efecto: el derecho de propiedad sobre los bienes por cuyo indebido goce se han demandado las obligaciones a que el libelo se refiere, era y es la causa de tales obligaciones; como lo es igualmente de la obligación de restituir, en las obligaciones reivindicatorias. Por lo cual, para que unas y otras resulten viables en juicio, se hace necesaria y forzosa la correspondiente comprobación de ese derecho de propiedad, por lo mismo que 'no puede haber obligación sin una causa real y lícita' (artículo 1524 C. C.); pero en juicio la causa de una determinada obligación que se demanda, no es tener que proponer su previa declaración, como tan erróneamente lo supone el Tribunal sentenciador, al identificar la fuente de donde nace la obligación con la forma como ésta puede perseguirse en juicio y sobre una hipótesis de hecho manifiestamente opuesta al que presenta el libelo de la demanda. Otra cosa es que en el ejercicio de ciertas acciones, como en el de la misma reivindicación a que me he referido, y que —por definición— es restitutoria, suela demandarse la previa declaración de la causa; en el ejemplo propuesto, la del dominio de quien pide la restitución; lo que desde el punto de vista de la previsión contra ciertos criterios —como el Tribunal de Neiva en este caso— no es censurable, ni menos aun cuando se sabe que 'lo útil no se vicia por lo inútil'. Pero ya en el campo estrictamente jurídico, resulta absolutamente inaceptable pretender

que si —en el ejemplo traído— no se hace proceder la acción restitutoria de la declarativa de dominio, pueda por este solo motivo desecharse aquella, y, no obstante la prueba con que se haya acreditado por el actor la prevalencia de su derecho sobre el que alega el demandado. Ni puede existir un Juez sobre la tierra, que demandados los intereses provenientes de un mutuo, niegue la orden de pagarlos, solo porque el acreedor prescindió de cobrar también el capital que resultaba exigible con los réditos.

"En síntesis: Las prestaciones indemnizatorias reclamadas en este juicio, por no proceder de ninguna de las previas declaraciones judiciales a que la ley subordina las de su clase, no tienen ni pueden tener la calidad específica de 'mutuas' ni regirse, en consecuencia, por lo previsto en los artículos 961 y 971 del C. C. y que el Tribunal violó por indebida aplicación y en los conceptos que dejo antes expuestos. Son apenas puras y simples prestaciones con causa en la propiedad o dominio que los demandantes demostraron tener sobre inmuebles ilegítimamente usufructuados por el demandado, y cuyo reconocimiento judicial procedía con fundamento en la prueba de ese derecho, y del indebido goce del lado de este último, como justamente lo previenen los artículos 669, 1492, 2341 y 2342 del C. C. y 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, violados asimismo por el Tribunal, por falta de aplicación, según lo demostrado anteriormente".

Después de algunas consideraciones al rededor de las normas que considera violadas el recurrente por la sentencia del Tribunal pide su invalidación, la revocatoria de la sentencia de primer grado y fallo de instancia con las declaraciones solicitadas en la parte petitoria de la demanda, en consonancia con lo alegado y probado.

Se considera:

Los demandantes entablaron acción contra el actual demandado para reivindicar unos lotes de terreno, con las peticiones consiguientes sobre prestaciones. Este que venía poseyendo los terrenos desde años atrás rehuyó la lucha jurídica manifestando que solamente era "poseedor de ellos" (sic) y que los actores eran los dueños, por lo cual no se libró la acción sobre dominio y los mismos actores instauraron la acción de tenencia que fue efectiva, menos en cuanto se solicitó devolución o pago de frutos porque no se juzgó pertinente. Entonces entablaron esta demanda para obtener tal devolución o pago de los frutos de la cosa que por muchos años poseyó ilegítimamente el demandado Francisco Guillermo.

El Juez promiscuo de Florencia y el Tribunal negaron la acción, fundándose en que las prestaciones por frutos es consecuencial de la acción de dominio conforme a nuestra Ley Civil; y, que no existiendo la causa o sea la acción reivindicatoria no puede proceder la sobre prestaciones que, por otra parte, supone una relación compensatoria o sinalagmática por lo menos, por lo cual el derecho las califica de "prestaciones mutuas".

Para la Corte, tanto el Juez como el Tribunal erraron esencialmente en tal apreciación al utilizarla como base de un fallo absolutorio en este litigio, incurriendo en error jurídico, con la consiguiente violación de las correspondientes disposiciones legales sustantivas.

Claro está que cuando se instaura la acción de dominio y ella prospera la obligación de devolver o pagar los frutos de la cosa, es consecuencia de la declaratoria sobre propiedad y constituye uno de los extremos del fenómeno de las prestaciones mutuas, puesto que se trata de obligaciones recíprocas resultantes del aprovechamiento de la cosa por el poseedor y de las mejoras introducidas a la cosa por él, que benefician al propietario, pero esto no destruye un principio eterno según el cual la cosa fructifica para su dueño. Principio que los Romanos reprodujeron en su legislación (D. L. LXVII, 72; LXXII, I), y que naturalmente ese dueño tiene acción para hacer efectivo tal derecho, obligando al que retiene indebidamente la cosa a entregar esos frutos o a pagarlos al propietario que ha estado en imposibilidad de percibirlos por sí mismo en virtud de no tener la cosa en su poder.

El quebrantamiento de este principio acarrea naturalmente la violación de normas legales sustantivas, no solamente por mala aplicación —lo que se dice con respecto a las disposiciones que comprende el Capítulo 1 del Título 12 del Libro II del C. C.—, sino por no haber sido aplicados; como es el caso del artículo 1499 del C. C. de allí mismo que determina las fuentes de las obligaciones, entre las cuales está comprendido el enriquecimiento sin causa que es el fenómeno que tiene lugar cuando una persona se apodera de una cosa ajena y la usufructúa en su provecho. (Verse Josserand, Cours de Droit Civil. Ed. Recucil Sirey 1933, Tomo II, número 11, pág. 6).

Es, por consiguiente, procedente el cargo con-

tra la sentencia y habrá de casarse por la causal alegada.

SENTENCIA DE SUSTITUCION

No habiendo elementos suficientes para fijar en el fallo de instancia el monto de la condenación en dinero se hará ésta in genere, remitiendo al procedimiento del artículo 553 del C. J. tal fijación, para lo cual se tomará como base el avalúo hecho por peritos según diligencia de 24 de noviembre de 1955 que corre a folios 16 del cuaderno número 2, aceptado por las partes, sin pasar por concepto de potrerajes de la suma de $ 8.100.00 allí indicada por los peritos.

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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva con fecha 10 de septiembre de 1957, en el juicio ordinario de Hortensia Andrade v. de Ortega y otros contra Francisco Guillermo. Se revoca la sentencia de primer grado fechada el 16 de noviembre de 1956 y en sustitución de tales fallos se RESUELVE:

El demandado Francisco Guillermo pagará mediante fijación que se haga por el procedimiento del artículo 553 del C. C. a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por los señores Rafael Ortega y Hortensia Andrade v. de Ortega y a las sucesiones de los señores Alfredo Ortega y Rafael del mismo apellido el valor de frutos que hubieran podido percibir los demandantes con mediana inteligencia y actividad y los perjuicios que se demuestre sufrieron los demandantes durante la ocupación material, por parte del señor Francisco Guillermo, de los inmuebles, que se describen en seguida sobre las bases señaladas en la parte resolutiva de este fallo:

"Un lote de terreno denominado 'La Culebra' que se describe así: 'Partiendo de un punto situado en la orilla de la quebrada 'La Muralla', y siguiendo por la cerca que encierra el potrero que va en dirección al occidente, deslindando con terrenos de la finca 'El Jardín', de la sucesión ilíquida de Rafael Ortega; de este punto siguiendo por la cerca que divide este lote con el lote de 'El Burro' hasta llegar al lindero con predios de Leonardo Cabrera; de aquí a dar de nuevo a la quebrada 'La Muralla' y por éste aguas arriba hasta el punto de partida".

"Un lote de terreno denominado 'El Burro' que linda: 'Partiendo de la esquina de la cerca que separa este lote con el de 'La Culebra', sigue por una cerca de alambre hasta llegar al lindero con Leonardo Cabrera; de aquí y por la cerca que divide este lote, con predio de Leonardo Cabrera hasta encontrar la cerca primeramente citada que divide este lote y el de La Culebra; de este punto y por esta cerca hasta dar al punto de partida".

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Alfredo Cock Arango — Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez — Armando Laborde Rizo—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea — Jorge Soto Soto, Secretario.

ES IMPROCEDENTE ALEGAR LA CAUSAL SEPTIMA, CUANDO EL TRIBUNAL, DESPUES DE ESTUDIAR Y ANALIZAR CON DETENIMIENTO EL FALLO DICTADO POR EL JUEZ, LLEGO A LA CONCLUSION DE QUE ERA INCOMPLETO Y DEBIA DEVOLVERSELE PARA EFECTOS DE DICTAR UNO NUEVO

Es improcedente alegar la causal 7ª del artículo 520 del C. J., cuando el Tribunal no se abstuvo de conocer del asunto de su competencia, ni lo declaró en el fallo, sino que por el contrario lo estudió y analizó con detenimiento y llegó a la conclusión de que la sentencia dictada por el Juez era incompleta y debía devolverse para efectos de dictar un nuevo fallo. Indudablemente son dos cosas absolutamente distintas la de abstenerse de conocer de un asunto y declararlo así, a entrar a estudiarlo, para concluir que debía devolverse al Juzgado de origen con el fin de que fallara sobre los distintos puntos que le habían sido propuestos.

Como se desprende del texto de la causal 7ª del artículo 520 del C. J. y de la Jurisprudencia, un procedimiento de esta índole acogido por cualquier Tribunal implica un verdadero caso de denegación de justicia, del cual no hay antecedente.

"La causal 7ª se funda en una razón de orden público por equivaler a la denegación de justicia, y solo puede presentarse cuando un Tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer de un negocio que le está jurisprudencialmente atribuido por la ley de organización judicial. En semejante ocurrencia, no registrada por la Sala de Casación, 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 determine lo procedente con arreglo a derecho". (Sentencia de 17 de noviembre de 1945, LIX, 788).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiseis de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Armando Latorre Rizo)

Con fecha veintisiete de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, Benicio Ochoa G., por medio de apoderado promovió juicio ordinario contra los señores Benicio Ochoa, Magdalena Gutiérrez de Zapata, Luis E. Saldarriaga E. y Jorge T. Rincón R. para que se hicieran por sentencia las siguientes declaraciones:

"1ª—El contrato contenido en la escritura número 4.895 de 6 de junio de 1953, otorgada en la Notaría Primera de Medellín, y que contiene una venta de 'Benicio Ochoa' a Magdalena Gutiérrez de Z. el lote descrito en el hecho 2º, no perjudica en nada el derecho de mi poderdante sobre esa propiedad, derecho adquirido conforme a la compra contenida en la escritura número 765, de 5 de marzo de 1948, otorgada en la Notaría Segunda de Medellín, por no haber intervenido para nada mi poderdante en el pseudocontrato contenido en la primera de las escrituras mentadas, ni esto contrato es oponible al verdadero derecho de dominio de mi poderdante, de que trata la escritura número 765 mencionada.

"2ª—Como consecuencia de la declaratoria anterior el registro hecho en la escritura número 4.895, de 6 de junio de 1953, de la Notaría Primera de Medellín, en la Oficina de Registro de este Circuito, el 13 de junio del mismo año, en el libro 1º Impares, fol. 41, número 3580, es nulo, y usted se servirá oficiar al señor Registrador de Instrumentos Públicos de este Circuito, para que lo cancele.

"3ª—Subsidiariamente a las dos anteriores que declare nulo absolutamente el contrato de venta hecha por 'Benicio Ochoa'/a Magdalena Gutiérrez de Z., contenido en la escritura número 4.895, de 6 de junio de 1953, otorgada en la Notaría Primera de Medellín, del lote de terreno de que trata el hecho 2º de esta demanda, por falta de causa de parte del vendedor y haberse celebrado en las condiciones relatadas en el hecho 5º de la misma, y que por usted se ordene la cancelación del registro hecho a la escritura

que contiene ese contrato; o sea el de que trata la petición anterior.

"4ª—Que el lote de terreno de mi poderdante está libre de hipotecas y es nula la contenida en la escritura número 1.311, de 10 de junio de 1953, otorgada en la Notaría Segunda de Medellín, de que trata el hecho 8º, constituída por Magdalena Gutiérrez Z. a favor de Jorge T. Rincón R., porque a la época de su constitución el bien hipotecado era propiedad de mi mandante, en virtud de lo dicho en las solicitudes anteriores; y que, como consecuencia de esto se ordene la cancelación de la hipoteca (y solo en cuanto a la hipoteca) de que estoy hablando, oficiando al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín para que cancele el registro hecho a la escritura mencionada, el 30 de junio de 1953, en el libro de hipotecas, Tomo 5º, fl. 592, número 4250, en cuanto a la hipoteca.

"5ª—Que como consecuencia de las anteriores solicitudes, el contrato contenido en la escritura número 796, de 30 de enero de 1954, otorgada en la Notaría Cuarta de Medellín, y que contiene la venta de la propiedad a que se refiere esta demanda, hecha por Magdalena Gutiérrez de Z. a Luis F. Saldarriaga E., no perjudica en nada el derecho de mi poderdante sobre esa propiedad, derecho adquirido conforme a la compra contenida en la escritura número 765, de 5 de marzo de 1948, de la Notaría Segunda de Medellín, por no haber intervenido mi mandante para nada en el pseudocontrato contenido en la primera de las escrituras mentadas, ni este contrato es oponible al verdadero derecho de dominio de mi mandante, de que trata la escritura 765, mencionada.

"6ª—Como consecuencia de la declaratoria anterior, el registro hecho en la escritura número 796, de 30 de enero de 1954, de la Notaría Cuarta de Medellín en la Oficina de Registro de este Circuito el 5 de febrero de este año, en el Libro 1º Pares, Tomo 2º, fol. 382, número 615, es nulo, y usted se servirá oficiar la señor Registrador de Instrumentos Públicos de este Circuito, para que lo cancele.

"7ª—En subsidio de las dos peticiones anteriores, que se declare nulo absolutamente el contrato de venta hecho por Magdalena Gutiérrez de Z. a Luis E. Saldarriaga E., contenido en la escritura número 796, de 30 de enero de 1954, de la Notaría Cuarta de Medellín (aunque virtualmente queda nulo al anularse la venta de 'Benicio Ochoa' a Magdalena Gutiérrez de Z.), del lote de terreno de que trata el hecho 2º de esta demanda, por falta de causa y por haberse verificado en las condiciones relatadas en el hecho 5º de ésta y que por usted se ordene la cancelación del registro de la escritura que contiene esa venta, o sea el registro mencionado en la petición anterior.

"8ª—Subsidiariamente a todas las peticiones anteriores que se declare que mi poderdante Benicio Ochoa G. es dueño en dominio de la propiedad que adquirió de Urbanizadora Nacional, por medio de la escritura número 765, de 5 de marzo de 1948, otorgada en la Notaría Segunda de Medellín, de que trata el hecho 2º de esta demanda, por no haberse despojado de ese dominio.

"9ª—También subsidiaria de las siete primeras peticiones: Que, como consecuencia de la anterior petición, el señor Luis F. Saldarriaga está en la obligación de restituir a mi mandante la propiedad de que trata la petición anterior, tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, o en el término que en esa sentencia se le señale, restitución que deberá hacer libre el lote de terreno, de hipotecas, para lo cual deberá usted hacer la declaratoria cuarta de este memorial.

"10ª—También subsidiaria a las siete primeras peticiones: que la restitución de que trata la petición anterior, debe hacerse con los frutos naturales y civiles percibidos por el bien de que trata esta demanda y no solamente con los percibidos sino con los que mi mandante hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, si se comprobare que el señor Saldarriaga es poseedor de mala fe; o con los frutos percibidos con posterioridad a la contestación de esta demanda, si se comprobare que dicho demandado es poseedor de buena fe; y

"11ª—Que, en todo caso, los demandados deben pagar las costas de este juicio".

Como hechos fundamentales de la demanda se relacionaron algunos que pueden resumirse así:

El demandante Benicio Ochoa G. es vecino del Municipio de Segovia desde hace más de veinte años y raras veces viene a Medellín, de manera ocasional, de un día para otro.

Por escritura número 765 de 5 de marzo de 1948 otorgada en la Notaría Segunda de Medellín, Benicio Ochoa G. compró a la "Urbanizadora Nacional", sociedad anónima domiciliada en Medellín, un lote de terreno, situado en esta ciudad, en el barrio de La Magdalena, fracción América, lote que, según el plano respectivo, está situado en la

Manzana 2 de dicho barrio, lleva el número 10 de la misma y tiene los linderos señalados en la demanda y en la escritura de adquisición.

La citada escritura se registró en la Oficina de Registro de Medellín el 17 de abril de 1948, en el Libro Primero Impares, folio 285, número 1874.

El comprador Benicio Ochoa G. manifestó ser vecino de Segovia y se identificó con la cédula de ciudadanía número 1084483 de dicho municipio. La compra de que se trata tuvo un precio de $ 14.725.60 (catorce mil setecientos veinticinco pesos con sesenta centavos.

Algunos años después, al tener necesidad Ochoa G. de obtener un certificado de la Oficina de Registro de Medellín sobre libertad y propiedad del inmueble, encontró que no era poseedor inscrito en virtud de que por escritura número 4.895 de 6 de junio de 1953, Notaría Primera de Medellín, la señora Magdalena Gutiérrez de Zapata había comprado el mismo inmueble a un tal "Benicio Ocha", que no era el verdadero dueño anterior llamado Benicio Ochoa G. identificado, como se dijo, de la manera expresada anteriormente. La respectiva escritura se registró en la Oficina de Medellín el 13 de junio de 1953 en el Libro Primero Impares, folio 41 número 3.580.

Se trata en realidad de una suplantación de la persona que era verdadero dueño del dominio del inmueble por parte de otra que dijo llamarse "Benicio Ochoa", real o supuesto, que hizo uso de una firma absolutamente distinta a la del verdadero dueño señor Benicio Ochoa G.; vendió el inmueble relacionado en la demanda por la suma de seis mil pesos, a pesar de que la compra que hizo Ochoa G. en el año de 1948, según se dijo, fue de catorce mil setecientos veinticinco pesos con sesenta centavos ($ 14.725.60); cita como título de adquisición la misma escritura por la cual adquirió el señor Ochoa G., lo cual patentiza la mala fe y el dolo con que procedió, y en el comprobante de paz y salvo cita como cédula de ciudadanía la número 1410890, es decir una diferente a la del señor Benicio Ochoa G.

Por escritura número 1.811 de 10 de junio de 1953, Notaría Segunda de Medellín, registrada el 20 de los mismos, en el libro de Hipotecas, Tomo V, folio 592, número 4250, Magdalena Gutiérrez de Zapata hipotecó el lote que había adquirido del tal "Benicio Ochoa" quien suplantó al verdadero dueño, al señor Jorge T. Rincón R. para garantizarle la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) que de éste recibió en calidad de mutuo, en los términos y condiciones que constan en la mencionada escritura.

Por escritura número 796, de 30 de enero de 1954, Notaría Cuarta de Medellín, registrada el 5 de febrero del mismo año, en el Libro Primero Pares, Tomo 2º, folio 282, número 615 de la respectiva Oficina de Registro, Magdalena Gutiérrez de Zapata dijo vender el lote a que se refiere la demanda a Luis E. Saldarriaga R. por la suma de catorce mil pesos.

En ninguno de los contratos a que se ha hecho referencia tuvo participación el verdadero dueño, demandante, señor Benicio Ochoa G.

El actual poseedor del inmueble es el señor Luis E. Saldarriaga E.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, por sentencia de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco puso fin a esta controversia en la primera instancia. En la parte resolutiva, dijo:

"1º—El contrato contenido en la escritura número cuatro mil ochocientos noventa y cinco, de seis de junio de mil novecientos cincuenta y tres, otorgada en la Notaría Primera de Medellín, y que contiene una venta de 'Benicio Ochoa' a Magdalena Gutiérrez de Z. de un lote de terreno situado en esta ciudad, en el Barrio de 'La Magdalena', fracción América, lote que, según el plano respectivo, está situado en la manzana 2 de dicho Barrio, lleva el número 10 de la misma y que linda: 'Por el oriente, en veinte varas, sesenta y dos centésimos de vara con la carrera setenta y nueve; por el norte, en treinta y seis varas y veinticinco centésimos de vara, con la calle cuarenta y tres; por el occidente, en veinte varas, ochenta y ocho centésimas de vara, con el lote número 11 de la misma manzana de Urbanizadora Nacional; y por el sur, en treinta y seis varas y cincuenta y una centésimas de vara, con el lote número 9 de la misma manzana de Urbanizadora Nacional'; no perjudica en nada el derecho del señor Benicio Ochoa G. sobre esa propiedad, derecho que adquirió conforme a la compra contenida en la escritura número setecientos sesenta y cinco de cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, otorgada en la Notaría Segunda de Medellín, por no haber intervenido para nada el señor Benicio Ochoa G. en el contrato contenido en la escritura primeramente mencionada, ni ese contrato es oponible al verdadero derecho de dominio del señor Benicio Ochoa G., de que trata la escritura setecientos sesenta y cinco, de cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho ya mencionada.

"2º—Como consecuencia de la declaratoria anterior el registro hecho en la escritura número cuatro mil ochocientos cincuenta y tres, de la Notaría Primera de Medellín, en la Oficina de Registro de este Circuito, el trece de junio del mismo año, en el Libro 1º Impares, folio 41, número 3.580, es nulo y en consecuencia se ordena oficiar al señor Registrador de Instrumentos Públicos de este Circcito para su cancelación.

"3º El lote de terreno del señor Benicio Ochoa G., a que se refiere la primera declaración, está libre de la hipoteca contenida en la escritura número mil ochocientos once de diez de junio de mil novecientos cincuenta y tres otorgada en la Notaría Segunda de Medellín, la que fue constituída por Magdalena Gutiérrez de Zapata a favor del señor Jorge T. Rincón R. Como consecuencia de esto, se ordena la cancelación de la hipoteca cuestionada para lo cual se oficiará al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito. Este gravamen se encuentra en el Libro de Hipotecas, tomo 5º, folio 582, número 4250.

"4º—El contrato contenido en la escritura setecientos noventa y seis de treinta de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, otorgada en la Notaría Cuarta de Medellín, y que contiene la venta de la propiedad a que se contrae el presente fallo, otorgada por Magdalena Gutiérrez de Zapata a Luis E. Saldarriaga E., no perjudica en nada el derecho del señor Benicio Ochoa G. sobre esa propiedad, por no haber intervenido en el contrato, ni tal contrato es oponible al verdadero derecho de dominio del señor Benicio Ochoa G., de que trata la escritura número setecientos sesenta y cinco, de cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho otorgada en la Notaría Segunda de Medellín.

"5º—Como consecuencia de la anterior declaración, el registro hecho en la escritura número setecientos noventa y seis de treinta de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, de la Notaría Cuarta de Medellín, en la Oficina de Registro de este Circuito, el cinco de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro, en el libro 1º, pares, tomo 2º, folio 382, número 615, es nulo y por ello se oficiará al señor Registrador de Instrumentos Públicos de este Circuito, para su cancelación.

"6º—Se condena a los demandados en las costas del juicio".

Contra esta providencia se alzó el apoderado del demandado Luis E. Saldarriaga, y el Tribunal Superior de Medellín, después de agotada la tramitación correspondiente, en sentencia que tiene fecha 21 de junio de 1955, dijo:

"En consecuencia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada para el efecto de que se dicte nuevo fallo en que se defina sobre los puntos mencionados".

Los puntos a que se refiere el Tribunal son la restitución del inmueble al demandante, objetivo principal del juicio, y las prestaciones mutuas a que puedan dar lugar los contratos a que se ha hecho referencia. El Tribunal "carece de base para dar esa definición sin pretermitir una instancia por no haber fallado el juez sobre la materia". Agrega el Tribunal que "en otros términos la sentencia de instancia es incompleta en materia fundamental o sea de la restitución de la cosa demandada y de las prestaciones mutuas que considera la ley en tales casos de restitución".

Contra este fallo interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandante, el cual le fue concedido oportunamente y corresponde a la Corte, después de agotada la tramitación legal, entrar a decidirlo, para lo cual tendrá en cuenta las siguientes consideraciones:

Sostiene el recurrente que la sentencia del Juzgado no fue incompleta en lo relativo a la restitución o entrega de la finca y a las prestaciones mutuas, que esos puntos fueron resueltos por el Juzgado, que el Tribunal se abstuvo de conocer de un asunto de su competencia y que es el caso contemplado en la causal 7ª del artículo 520 del C. J., por lo cual el fallo de segunda instancia debe ser invalidado.

El recurrente no ataca la sentencia por violación de preceptos sustantivos, sea por violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea, en cuanto el Tribunal no entró a fondo en la controversia ni decidió sobre la restitución del predio, ni las prestaciones mutuas, sino que se limitó a ordenar que volviera al Juzgado para que se dictara nuevo fallo "en que se defina sobre los puntos mencionados".

Ahora, por lo que hace a que el Tribunal se abstuvo de conocer de un asunto de su competencia y lo decluró así en el fallo, caso contemplado en la citada causal 7ª del artículo 520 del C. J., carece en absoluto de fundamento, porque ni el Tribunal se abstuvo de conocer del asunto, ni lo declaró en el fallo, sino que por el contrario lo estudió y analizó con detenimiento y llegó a la conclusión de que la sentencia dictada por el Juez

era incompleta y debía devolverse para efectos de dictar un nuevo fallo. Indudablemente son dos cosas absolutamente distintas la de abstenerse de conocer de un asunto y declararlo así, a entrar a estudiarlo, como lo hizo el Tribunal de Medellín, para concluir que debía devolverse al Juzgado de origen con el fin de que fallara sobre los distintos puntos que le habían sido propuestos.

Como se desprende del texto de la causal 7ª del artículo 520 del C. J. y de la Jurisprudencia, un procedimiento de esta índole acogido por cualquier Tribunal implica un verdadero caso de denegación de justicia, del cual no hay antecedente.

"La causal 7ª se funda en una razón de orden público por equivaler a la denegación de justicia, y solo puede presentarse cuando un Tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer de un negocio que le está jurisdiccionalmente atribuído por la ley de organización judicial. En semejante ocurrencia, no registrada por la Sala de Casación, 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 determine lo procedente con arreglo a derecho". (Sentencia, 17 de noviembre de 1945, LIX, 788).

En mérito de las razones expuestas la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín.

Se condena en costas a la parte recurrente.

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

Ignacio Escallón — **José J. Gómez**, Conjuez.— **Armando Latorre Rizo** — **José Hernández Arbeláez** — **Arturo C. Posada** — **Arturo Valencia Zea**. **Jorge Soto Soto**, Secretario.

CUANDO PRODUCE EFECTOS ABSOLUTOS EL FALLO EN QUE SE DECLARA VERDADERA O FALSA LA LEGITIMIDAD DE UN HIJO. — LA ACCION DE INVESTIGACION DE UN ESTADO CIVIL PUEDE PROMOVERSE, AUN DESPUES DE MUERTO EL LEGITIMO CONTRADICTOR, CONTRA SUS HEREDEROS.—CUANDO LA ACCION VERSA SOBRE LA IDENTIDAD DE UNA PERSONA A QUIEN SE CONOCIO EN VIDA CON DIVERSOS NOMBRES, EL FALLO QUE EN ELLA SE PROFIERA NO ES SUSCEPTIBLE DE RECURSO DE CASACION. —LOS JUECES TIENEN UN AMPLIO PODER DISCRECIONAL PARA APRECIAR LA CONDUCENCIA DE LAS PRUEBAS QUE LAS PARTES SOLICITEN DENTRO DEL TERMINO PROBATORIO. — EN VIRTUD DE ESE PODER DISCRECIONAL PUEDEN ABSTENERSE DE DECRETAR AQUELLAS PRUEBAS QUE ESTIMEN QUE NO SON CONDUCENTES O QUE DEBEN LLEGAR AL PROCESO POR MEDIOS ESPECIFICAMENTE DETERMINADOS POR LA LEY. — LOS JUECES Y TRIBUNALES DEBEN SER PRUDENTES AL DECRETAR PRUEBAS QUE DEBEN LLEGAR AL PROCESO MEDIANTE INSPECCION OCULAR. SI AL PEDIR UNA INSPECCION OCULAR PARA ALLEGAR AL PROCESO DETERMINADAS PRUEBAS, EL JUEZ LAS DECRETA Y PRACTICA SIN CONTRADICCION DE LA CONTRAPARTE, TALES PRUEBAS SE ENTIENDEN QUE HAN INGRESADO NORMALMENTE AL PROCESO. — NO PUEDE YA ABSTENERSE EL JUZGADOR DE APRECIARLAS CONFORME A LA TARIFA LEGAL DE PRUEBAS Y A LA LIBERTAD DE QUE EN CADA CASO DISPONE EL JUEZ

1.—Según el artículo 403, para que los fallos judiciales en que se declare verdadera o falsa la legitimidad de un hijo produzcan los efectos absolutos de que habla el artículo 401, se requiere: "2º—Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor".

2.—Esta Corte en múltiples sentencias ha dicho que cuando la acción de investigación de un estado civil se inicia contra el padre o la madre, es necesario que se les cite personalmente si viven aún; pero si ya han muerto, la acción puede instaurarse contra los representantes del legítimo contradictor.

La tesis de que debe ser el legítimo contradictor personalmente el que inicie la respectiva acción de reclamación de estado civil, y que si el legítimo contradictor demandante ya ha muerto, no puede estar representado por sus herederos, no la comparte la Corte y considera que el legítimo contradictor que actúe ya como demandante, ya como demandado, puede estar representado por sus herederos. Ningún texto legal autoriza tal limitación.

3.—Cuando no se trata de una acción de reclamación de estado civil sino de una cuestión relativa a aclaración de unas actas del estado civil, a fin de precisar la identidad de una persona llamada con diversos nombres en diferentes actas, es obvio que no cabría recurso de casación contra la sentencia que se profiera en ella, en razón de versar, como se acaba de exponer, sobre identidad de una persona a quien se conoció con diversos nombres al través de su vida.

4—Los Jueces tienen un amplio poder discrecional para apreciar la conducencia de las pruebas que las partes soliciten dentro del término probatorio. En virtud de ese poder discrecional pueden abstenerse de decretar aquellas pruebas que estimen que no son conducentes o que deben llegar al proceso por medios especificamente determinados por la ley. Los Jueces y Tribunales deben ser prudentes al decretar pruebas que deben llegar al proceso mediante inspección ocular.

Si al pedir una inspección ocular para allegar al proceso determinadas pruebas, el Juez las decreta y practica sin contradicción de la contraparte, tales pruebas se entienden que han ingresado normalmente al proceso. No puede ya abstenerse el juzgador de apreciarlas conforme a la tarifa legal de

pruebas y a la libertad de que en cada caso dispone el Juez.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiseis de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea)

I. — ANTECEDENTES

María Victoria, María Dolores, Beatriz, Efraín, Avelino, Pedro Emigdio y Emiliano Cárdenas Leguizamón, pidieron al Juez 10º Civil del Circuito de Bogotá, las siguientes declaraciones:

a) Que Ana Leguizamón de Gaitán es hija natural de Ana Leguizamón Parra;

b) Que los demandantes son hermanos maternos de Ana Leguizamón de Gaitán, por ser hijos legítimos del matrimonio habido entre Ana Leguizamón Parra y Emiliano Cárdenas;

c) Que como consecuencia de lo anterior, los demandantes son herederos de Ana Leguizamón de Gaitán;

d) Que Pedro Pablo Gaitán Vergara debe reintegrar a la sucesión intestada de Ana Leguizamón de Gaitán, la universalidad de bienes que fueron aportados al matrimonio y los demás que fueron adquiridos por la sociedad conyugal Gaitán-Leguizamón;

e) Que los demandantes tienen derecho a concurrir a la mencionada sucesión de Ana Leguizamón de Gaitán en concurrencia con el señor Pedro Pablo Gaitán Vergara.

Las solicitudes anteriores fueron respaldadas con la siguiente exposición de hechos:

1º—Ana Leguizamón Parra, siendo soltera, tuvo como hija natural a Ana Leguizamón.

2º—Ana Leguizamón Parra el día 28 del mes de agosto de 1904, contrajo matrimonio con Emiliano Cárdenas Pinillos, y de esta unión nacieron los demandantes.

3º—Ana Leguizamón contrajo matrimonio con Pedro Pablo Gaitán Vergara, del cual no hubo descendencia legítima.

4º—Ana Leguizamón de Gaitán tampoco dejó descendencia natural.

5º — Ana Leguizamón Parra falleció el 19 de abril de 1940.

6º—Ana Leguizamón de Gaitán falleció el 10 de junio de 1953.

7º — Habiendo fallecido Ana Leguizamón de Gaitán, su esposo Pedro Pablo Gaitán, abrió el respectivo juicio de sucesión y se hizo adjudicar la totalidad de la herencia dejada por su esposa, según consta en actuación que se adelantó en el Juzgado 7º Civil de Bogotá, habiéndose protocolizado en la Notaría 5ª de esta ciudad.

8º—Que en virtud de lo anterior, Pedro Pablo Gaitán está en posesión de los bienes de la sucesión, a título de heredero.

9º—Que Ana Leguizamón Parra, madre de Ana Leguizamón de Gaitán, en vida se la llamó familiarmente Ana y Prudenciana, razón por la cual en unas partidas aparece como Ana Leguizamón y en otras como Prudenciana Leguizamón. En todo caso, Ana o Prudenciana, madre legítima de los demandantes, aparece identificada como hija de Clemente Leguizamón y Anacleta Parra.

El Juez de primera instancia, mediante sentencia de 26 de septiembre de 1955, negó las peticiones de los demandantes; pero el Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de septiembre 12 de 1957, revocó la de primer grado y accedió a las súplicas de la demanda.

II. — DEMANDA DE CASACION

El señor Pedro Pablo Gaitán, asistido por apoderado, interpuso recurso de casación contra la sentencia mencionada del Tribunal Superior de Bogotá, y en la respectiva demanda de casación le formula dos cargos.

* * *

Primer cargo

Mediante este primer cargo se afirma que la sentencia viola en forma directa los artículos 401, 402 y 403 del C. C.

Dice el recurrente que en la demanda se acumulan dos clases de acciones: una de mera declaración y otra de condena, subordinada a la anterior.

La acción de declaración estriba en la solicitud que se hace de que Ana Leguizamón es hija natural de Ana Leguizamón y que los demandantes son hermanos suyos, y como tal sus herederos.

Arguye el recurrente que "los juicios de filiación natural deben adelantarse contra el legítimo contradictor, hijo contra padre y viceversa, en cuestiones de paternidad; y madre contra hijo y a la inversa, en materias de maternidad". Es inadmisible que una vez muerto el hijo se inicie la acción de filiación contra el padre o la madre o los herederos de estos.

El artículo 404 del C. C. exige, para que los herederos intervengan en la acción de filiación natural, que el juicio haya sido incoado antes de la muerte del legítimo contradictor.

Excepcionalmente y con poderosos argumentos se permite al hijo demandar la declaración con posterioridad al deceso del padre, contra sus herederos y al padre, muerto el hijo, accionar en filiación contra los herederos. Y todo esto porque al menos en uno de los extremos personales de la relación procesal se encuentra el directo interesado: padre o madre o hijo.

Termina el recurrente advirtiendo que "el Tribunal de Bogotá al declarar que Ana Leguizamón es hija de Ana Leguizamón y que los actores son herederos de la primera, hizo caso omiso de las disposiciones contenidas en los artículos 401 al 403 del C. C.".

CONSIDERA LA CORTE:

Según el artículo 403, para que los fallos judiciales en que se declara verdadera o falsa la legitimidad de un hijo produzcan los efectos absolutos de que habla el artículo 401, se requiere: "2º — Que se haya pronunciado contra legítimo contradictor".

Esta Corte en múltiples sentencias ha dicho que cuando la acción de investigación de un estado civil se inicia contra el padre o la madre, es necesario que se les cite personalmente si viven aún; pero si ya han muerto, la acción puede instaurarse contra los representantes del legítimo contradictor.

No es este el aspecto por el cual el recurrente ataca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, sino por el aspecto contrario, es decir, que debe ser el legítimo contradictor personalmente el que inicie la respectiva acción de reclamación de estado civil; y que si el legítimo contradictor demandante ya ha muerto, no puede estar representado por sus herederos.

La Corte no comparte la tesis del recurrente y considera que el legítimo contradictor que actúe ya como demandante, ya como demandado, puede estar representado por sus herederos. Ningún texto legal autoriza la limitación que alega el apoderado del recurrente.

Pero estudiando a fondo la sentencia recurrida se observa que en el caso de autos no se trata propiamente de una acción de investigación de maternidad natural, sino de la acción que reglamenta el artículo 407 del C. C., que dice:

"Cuando en una acta se haya cometido alguna equivocación o algún error que no se salvó en los términos del artículo 374, se ocurrirá al juez para que con audiencia de los interesados se corrija la equivocación o se subsane el error. Si recayere un fallo favorable se insertará la ejecutoria de éste en el respectivo lugar del registro, atendiendo a la fecha de la inserción, la cual servirá de acta, debiendo, además, ponerse nota a la margen del acta reformada. La certificación solo perjudicará a las partes que hubiesen sido oídas en el juicio".

En el caso de autos, se encuentra acreditado:

a) Que el 26 de agosto de 1904 contrajeron matrimonio Emilio Cárdenas y Ana María Prudenciana Leguizamón; que de ese matrimonio nacieron María Victoria, María Dolores, Efraín, Avelino, Pedro Emilio, Emiliano y Beatriz.

b) Que en las actas de nacimiento de María Victoria y Pedro Emilio se llamó a la señora Leguizamón de Cárdenas con el nombre de Ana; en las de María Dolores, Efraín Avelino y Beatriz, con el nombre de Prudenciana; y en la de Emiliano, Ana María Prudenciana. De aquí deduce el Tribunal que no queda duda acerca de que dicha señora fue conocida durante su vida con los tres nombres con que aparece contrayendo matrimonio.

c) Según se comprobó en la inspección llevada a cabo por el Tribunal el 20 de abril de 1946 (fl. 2 v. del C. 4º), Pedro Gaitán Vergara y Ana Leguizamón Gaitán contrajeron matrimonio. En el acta parroquial se hace constar que Ana Leguizamón es hija de Prudenciana Leguizamón. En el acta de defunción de Ana Leguizamón de Gaitán ocurrida el 9 de junio de 1955, se expresa que dicha señora fue hija natural de Ana Leguizamón. De manera que existe la partida de nacimiento de Ana Leguizamón, partida que por sí misma acredita quién es su madre.

d) Igualmente el Tribunal encontró acreditado que el apellido Leguizamo empleado en algunas actas corresponde al mismo apellido Leguizamón empleado en otras actas.

De manera que son correctos los siguientes párrafos de la sentencia atacada en casación:

"En efecto: con apoyo en el texto inicial de dichas partidas, debe entenderse que María Prudenciana Leguizamo, como aparece en la de bautismo, y luego, usando el solo nombre de Prudenciana, contrajo matrimonio católico con el señor Emilio Cárdenas.

"La identidad de dichas señoras con la madre

de los demandantes y la fallecida esposa del demandado, está ampliamente demostrada con las declaraciones de los testigos a que se hizo referencia; con la inequívoca relación existente a través de los nombres de los ascendientes y de otras analizadas circunstancias, entre las partidas en donde aparecen como Leguizamo y aquellas en que ya figura como Leguizamón...".

"Ya se observó que en las partidas de nacimiento de los actores se llamó a su progenitora indistintamente con los nombres de Ana María y Prudenciana. Y como las actas respectivas fueron sentadas en fechas distintas y referentes a un largo lapso, con ello se preconstituyó una prueba auténtica de que efectivamente dicha señora fue conocida indistintamente con los tres nombres mencionados.

"Pero hay más: el mismo demandado confesó al absolver las posiciones que le pidió la parte actora, que era cierto que conoció como madre de su esposa Ana Leguizamón a la señora 'Ana o Prudencia' Leguizamón" (fl. 9 del C. número 2).

Se deduce de lo expuesto que el presente juicio versó en uno de sus aspectos sobre una cuestión relativa a aclaración de unos actas del estado civil, a fin de precisar la identidad de una persona llamada con diversos nombres en diferentes actas; no se trata, pues, de una acción de reclamación de estado civil.

Y si el juicio versara sobre este aspecto únicamente, es obvio que no cabría recurso de casación contra la sentencia recurrida, en razón de versar sobre identidad de una persona a quien se conoció con diversos nombres al través de su vida.

* * *

Segundo cargo

Este segundo cargo se hace consistir en un error de derecho en la apreciación de las pruebas y consiguiente violación del artículo 1321 del C. C., por aplicación indebida.

Fundamenta el recurrente dicho cargo diciendo que en la segunda instancia se abrió el juicio a prueba y se produjo una inspección ocular a la Notaría 1ª de Bogotá, a fin de comprobar la existencia de la partida de matrimonio de Gaitán y de Leguizamón. La partida se encontró y se la transcribió en el acta y posteriormente fue agregada al expediente. El Tribunal tuvo como prueba la partida así allegada a los autos y en ella se fundó para fallar.

De conformidad con el artículo 697 del C. J., la estimación de una prueba está condicionada a su aportación en la época y dentro de las circunstancias allí mismo dispuestas.

El Decreto 243 de 1951, circunscribe la época para la práctica de pruebas a la primera instancia.

Agrega el recurrente que la inspección ocular es una prueba autónoma y no la ocasión de darle entrada a diferentes medios. No se encuentra, pues, comprobado legalmente el matrimonio Gaitán-Leguizamón.

En esto cometió la sentencia un error de derecho y violó por aplicación indebida el artículo 1321 del C. C.

La Corte considera:

En relación con este cargo la Corte expone su pensamiento en los siguientes términos:

"LOS JUECES TIENEN UN AMPLIO PODER DISCRECIONAL PARA APRECIAR LA CONDUCENCIA DE LAS PRUEBAS QUE LAS PARTES SOLICITEN DENTRO DEL TERMINO PROBATORIO. EN VIRTUD DE ESE PODER DISCRECIONAL PUEDEN ABSTENERSE DE DECRETAR AQUELLAS PRUEBAS QUE ESTIMEN QUE NO SON CONDUCENTES O QUE DEBEN LLEGAR AL PROCESO POR MEDIOS ESPECIFICAMENTE DETERMINADOS POR LA LEY. LOS JUECES Y TRIBUNALES DEBEN SER PRUDENTES AL DECRETAR PRUEBAS QUE DEBEN LLEGAR AL PROCESO MEDIANTE INSPECCION OCULAR.

"SI AL PEDIR UNA INSPECCION OCULAR PARA ALLEGAR AL PROCESO DETERMINADAS PRUEBAS, EL JUEZ LAS DECRETA Y PRACTICA SIN CONTRADICCION DE LA CONTRAPARTE, TALES PRUEBAS SE ENTIENDEN QUE HAN INGRESADO NORMALMENTE AL PROCESO. NO PUEDE YA ABSTENERSE EL JUZGADOR DE APRECIARLAS CONFORME A LA TARIFA LEGAL DE PRUEBAS Y A LA LIBERTAD DE QUE EN CADA CASO DISPONE EL JUEZ".

Por el motivo anotado no prospera el cargo.

III. — FALLO:

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 Bogotá con fecha doce de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete en el ordinario de María Victoria Cárdenas y otros contra Pedro Pablo Gaitán Vergara.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango — Ignacio Escallón—José J. Gómez R., Conjuez.—José Hernández Arbeláez. Armando Latorre Rizo — Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD. — CESACION DEL PROCEDIMIENTO POR PRESCRIPCION DE LA ACCION

NOTA DEL RELATOR — Contra esta decisión de la Corte, se interpuso recurso de repusición, el cual fue resuelto en providencia de 2 de junio de este mismo año que a continuación se publica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

En providencia de 17 de agosto de 1954 dispuso la Corte averiguar si los doctores Carlos Bermúdez Cañizares, Rafael Gómez Bernier y Pablo Mercado Sierra, Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, incurrieron en responsabilidad penal al confirmar el auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Juez Primero Superior del mismo Distrito Judicial en el proceso seguido por los delitos de falsedad en documento y falso testimonio contra David Demetrio Mercerón Uribe, Clara Rosa Echeverría, Pedro Quintero, Pedro Mora M., Génito de Avila Andrade, César Alfaro Pérez, Luis Horacio Alvarez y Marta Mora de Quintero, a quienes se les atribuyó haber elaborado un testamento falso del finado Pedro Mercerón.

Adelantado lenta y trabajosamente el sumario, y probada la calidad de Magistrados de dichos doctores, la Corte lo clausuró y pasó al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal para concepto de fondo, quien solicita se ordene cesar todo procedimiento, porque los hechos imputados no son constitutivos de delitos (artículo 153 del C. de P. P.), y advierte también que la acción penal está prescrita.

Se considera:

De la simple lectura del proveído acusado como ilegal y de sus antecedentes, salta a los ojos que él fue por lo menos precipitado, por lo prematuro y carente de respaldo procesal. Pero como a partir de la fecha de su pronunciamiento (20 de septiembre de 1951) han transcurrido más de cinco años, término en que prescribe la acción penal del abuso de autoridad en que hubieran podido incurrir los procesados, es el caso de declararlo así, sin entrar al análisis de los elementos de juicio que obran en el informativo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador fiscal, ordena cesar todo procedimiento contra los doctores Carlos Bermúdez Cañizares, Rafael Gómez Bernier y Pablo Mercado Serna, en virtud de haber prescrito la acción penal, por los hechos materia de la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Benjamín Iragorri Díez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Julio E. Argüello, Secretario.

EL DELITO DE PREVARICATO, TAL COMO LO DESCRIBE EL ARTICULO 168 DEL C. P., NO ES, EN ESENCIA, MAS QUE UN ABUSO DE AUTORIDAD CALIFICADO.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL PREVARICATO POR ACCION Y DEL PREVARICATO POR OMISION. — PROBADA LA INEXISTENCIA DEL PREVARICATO, POR FALTAR UNA O VARIAS DE LAS CIRCUNSTANCIAS CALIFICADORAS DEL ABUSO DE AUTORIDAD, QUE SON ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE AQUELLA INFRACCION, SOLO SERA PROCEDENTE EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO CUANDO SE DEMUESTRE, ADEMAS, QUE TAMPOCO SE COMETIO ESTE ULTIMO DELITO. — NO SE REPONE LA PROVIDENCIA ANTERIOR

El delito de prevaricato, tal como lo describe el artículo 168 del C. P. no es, en esencia, más que un abuso de autoridad calificado. En efecto, si se trata del prevaricato por acción, debe estar constituído por el abuso de autoridad previsto en el artículo 171 IBIDEM y por las circunstancias de que el acto arbitrario o injusto cometido por el funcionario consista en dictar sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos; de que el agente proceda por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, y de que lo haga con pleno conocimiento (a sabiendas) de lo que realiza. Y si se trata del prevaricato por omisión, debe estar integrado por el abuso de autoridad que contempla el artículo 172 de la misma obra, y por las circunstancias del móvil afectivo y el actuar a sabiendas. De donde se desprende que cuando se investiga un delito de prevaricato lo primero que importa establecer es si el imputado incurrió en abuso de autoridad, por acción u omisión.

Probada la inexistencia del prevaricato, por faltar una o varias de las circunstancias calificadoras del abuso de autoridad, que son elementos estructurales de aquella infracción, solo será procedente el sobreseimiento definitivo cuando se demuestre, además, que tampoco se cometió este último delito. En el caso contrario, será preciso llamar a juicio o sobreseer temporalmente por él.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, junio dos de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio)

VISTOS:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en escrito que puede calificarse de admirable por su sobriedad, pues en forma sintética expresa todo cuanto su autor creyó necesario y oportuno decir, solicita a esta Sala de la Corte reponer su providencia de 29 de abril último, mediante la cual ordenó cesar todo procedimiento contra los doctores Carlos Bermúdez Cañizares, Rafael Gómez Bernier y Pablo Morcado Serna, en virtud de haber prescrito la acción penal, por los hechos materia de la presente investigación, "para en su lugar sobreseer definitivamente en favor de los funcionarios tan injustamente acusados".

Respalda su petición el recurrente con argumentos que pueden resumirse así: "...no se ha realizado el hecho que dio lugar a la investigación, perfilado según las pretensiones aludidas como delito de prevaricato"; "no se trata en estas diligencias del delito de abuso de autoridad, sino de PREVARICATO en cuyos elementos constitutivos se estudió el hecho imputado a los funcionarios del Tribunal de Santa Marta, con las conclusiones conocidas", y "cerrada como se halla la investigación (noviembre 22 de 1956), es preferible para los intereses morales de los sindicados que se califique el mérito del sumario en lugar de declarar la prescripción de la acción, calificación que no puede ser distinta a la del sobreseimiento definitivo".

Para resolver se considera:

El delito de prevaricato, tal como lo describe el artículo 168 del C. P., no es, en esencia, más que

un abuso de autoridad calificado. En efecto, si se trata del prevaricato por acción, debe estar constituído por el abuso de autoridad previsto por el artículo 171 ibidem y por las circunstancias de que el acto arbitrario o injusto cometido por el funcionario consista en dictar sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos; de que el agente proceda por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, y de que lo haga con pleno conocimiento (a sabiendas) de lo que realiza. Y si se trata del prevaricato por omisión, debe estar integrado por el abuso de autoridad que contempla el artículo 172 de la misma obra, y por las circunstancias del móvil afectivo y el actuar a sabiendas. De donde se desprende que cuando se investigá un delito de prevaricato, lo primero que importa establecer es si el imputado incurrió en abuso de autoridad, por acción u omisión.

Ahora bien, probada la inexistencia del prevaricato, por faltar una o varias de las circunstancias calificadoras del abuso de autoridad, que son elementos estructurales de aquella infracción, solo será procedente el sobreseimiento definitivo cuando se demuestre, además, que tampoco se cometió este último delito. En el caso contrario, será preciso llamar a juicio o sobreseer temporalmente por él.

Aplicando las reglas anteriores al problema sub judice, se tiene que a los señores Magistrados que confirmaron el auto de sobreseimiento definitivo proferido por el señor Juez Primero Superior de Santa Marta en favor de varias personas acusadas de falsedad en documento, no se les puede imputar prevaricato, porque en autos no aparece prueba alguna de la cual pueda deducirse la concurrencia del móvil afectivo. No es posible, empero, afirmar lo propio respecto del abuso de autoridad, pues queda sin demostrar que, por lo menos, no omitieron la ejecución de actos a que estaban legalmente obligados (artículo 172 del C. P.) para establecer si los individuos favorecidos con el sobreseimiento que ellos revalidaron eran en verdad responsables o inocentes del delito que se les atribuyó.

En la providencia recurrida dijo la Sala que "de la simple lectura del proveído acusado como ilegal y de sus antecedentes, salta a los ojos que él fue por lo menos precipitado, por lo prematuro y carente de respaldo procesal". Y para demostrar que ello es así, bastan las siguientes observaciones:

1ª—En el expediente por falsedad figuran certificados de los cuales se desprende que el supuesto testador Pedro Mercerón sí sabía firmar y que suscribió varios documentos que reposan en oficinas públicas (fs. 72 y 73 del cuaderno número 2), y el testamento que se le atribuye aparece firmado a sus ruegos por Pedro Quintero (f. 7 del cuaderno número 1).

2ª—David Demetrio Mercerón Uribe, quien figura en el testamento impugnado de falso como hijo natural y heredero de Pedro Mercerón, y quien se identificó "con c. de c. expedida en Fundación número 2278191" (f. 153 del c. número 2), la cual se asegura fue obtenida por él dos días después de la muerte de su supuesto padre (f. 80), confesó que "es cierto que en el año de mil novecientos treinta y cinco me cedulé en Aracataca con el nombre y bajo el número que se me han leído", es decir, como David de la Hoz Uribe y con el número 915937 (f. 154 ibidem), y da algunas explicaciones sobre ello.

3ª—El mismo David Demetrio Mercerón Uribe sostiene que él supo la muerte del causante como a la media hora de ocurrida; y que "yo llegué media hora después de haber muerto mi papá", y que entonces fue cuando le informaron que éste había testado a su favor (fs. 153 y ss.). Los sujetos que lo suscriben, aseguran, sin embargo, todos a una, que aquel estaba presente cuando se otorgó el testamento y cuando la muerte se produjo.

4ª—Consta que Pedro Mercerón dejó de existir el 9 de noviembre de 1949, y Saturnino Rangel, quien aparece firmando el testamento a ruegos del testigo Génito de Avila, asevera que lo suscribió el día 11 de los mismos en las horas de la tarde (fs. 89 y 90).

Es claro que tanto el Juez Superior como los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Santa Marta estaban legalmente obligados a esclarecer esas circunstancias dentro del proceso, antes de proferir sobreseimiento definitivo, pues solo entonces habría podido afirmarse que el testamento no era falso y que, por lo tanto, no se había cometido el delito imputado. Y como los actos encaminados a obtener dicho esclarecimiento fueron omitidos, resultaría improcedente afirmar que no se incurrió en abuso de autoridad.

En virtud de lo dicho, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no repone la providencia reclamada.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Benjamín Aragorri Díez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION. — EL HECHO DE QUE EL FUNCIONARIO DE SEGUNDA INSTANCIA SE HUBIERA VISTO PRECISADO A EMITIR OPINION SOBRE EL FONDO DEL NEGOCIO, BIEN AL CALIFICARLO O AL RESOLVER SOBRE LA LEGALIDAD DEL AUTO DE DETENCION PREVENTIVA, NO PUEDE INVOCARSE COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO NI MUCHO MENOS PUEDE SERVIR PARA ORDENAR EL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO. — ESTE TAMPOCO SE JUSTIFICA, POR EL SENSACIONALISMO Y LA CURIOSIDAD PUBLICA EN EL ADELANTAMIENTO DE UN PROCESO, NI POR LA POSICION POLITICA, SOCIAL O ECONOMICA DEL SINDICADO, A MENOS QUE SE COMPRUEBE QUE DE ELLAS SE APROVECHO PARA DESVIAR EL CRITERIO DE SUS JUECES

1.—El hecho de que un Tribunal no confirme la detención del procesado, no indica que no pueda revocar posteriormente la sentencia absolutoria y condenarlo, ni equivale tampoco a que el proceso se quede sin segunda instancia.

Lo contrario llevaría a la conclusión de que para garantizar la recta administración de justicia habría necesidad de cambiar de radicación todos los procesos penales, siempre que el funcionario de segunda instancia, antes de proferir sentencia, se hubiera visto precisado a emitir opinión sobre el fondo del negocio, bien al calificarlo, o al resolver cuestiones tan importantes como la legalidad del auto de detención preventiva. Esta circunstancia que la Corte se ha negado a admitir como causal de impedimento, con base en lo dispuesto en la parte final del ordinal 4º. del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, mucho menos puede servir para ordenar el cambio de radicación de los procesos penales. Si así no fuera, esta medida, que solamente puede decretarse en casos excepcionales y por muy claras razones de orden público y de conveniencia social, se generalizaría ante el absurdo de que la segunda instancia deba ventilarse en un Distrito Judicial distinto de aquel en que el superior, por las vías legales y en ejercicio de sus funciones, ha emitido concepto sobre el fondo del negocio.

2.—La posición política, social o económica del sindicado —ha dicho muchas veces la Corte— "no es circunstancia que por sí sola pueda determinar el cambio de radicación; para ello se requiere que aparezca comprobado que dicho ciudadano la ha aprovechado o ha intentado aprovecharla para desviar, en su favor, el criterio de sus Jueces.....".

3.—El argumento, para justificar el cambio de radicación, de que el proceso ha causado "sensacionalismo" y que se sigue y observa con significativas muestras de curiosidad, sólo sirve para demostrar lo contrario. Si lo primero equivale a sensación exagerada o enfermiza y lo segundo al deseo de inquirir lo que no debiera importarnos, resulta a todas luces inconducente un cambio que sólo busca sustraer el proceso a la mirada de los curiosos o de gentes "sensacionalistas" o sensibleras.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, junio nueve de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas).

El Ministerio de Justicia remite a la Corte la solicitud formulada por el apoderado de la parte civil en el proceso que se sigue en el Distrito Judicial de Pamplona contra Gabriel Moreno Vega por el delito de abuso de confianza, a fin de que esta corporación emita el concepto de que trata el artículo 58 del C. de P. P.

Las razones que alega el representante de la parte civil, secundado por el Visitador del Ministerio de Justicia, son las que siguen:

1º.—El Tribunal Superior de Pamplona, al decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto que ordenó detener a Moreno Vega, "desató desde ese momento el fondo del negocio". De ahí que la sentencia absolutoria del Juzgado Cuarto Superior se hubiera ceñido "en todos sus conceptos, considerandos y conclusiones, al criterio del H. Tribunal".

El Visitador Oficial refuerza el argumento con estas palabras:

"La apelación de la sentencia debe resolverla la Sala Penal del Tribunal de Pamplona, la misma que profirió el auto del 22 de agosto de 1957, que como ya lo dije, anticipó las premisas que sirvieron de basamento a la sentencia que comento, o lo que es lo mismo, dentro de un razonamiento lógico, equivale a que este proceso quede sin SEGUNDA INSTANCIA, porque como un círculo viciosa, la Sala que va a conocer del recurso, es la misma que con su providencia anterior, influyó en la sentencia de primer grado.

2º.—El apoderado de la parte civil apenas sugiere que la posición social del sindicado puede ser elemento perturbador para la justicia. Esa razón la desarrolla así el Visitador:

"La posición social destacada que ha ocupado en Cúcuta y en Pamplona y en el resto del Departamento el sindicado señor Gabriel Moreno Vega y su vinculación directa con los órganos de expresión, hablados y escritos, que, emprendieron y aún continúan una tenaz campaña haciendo aparecer a los denunciantes, a la empresa perjudicada y sus apoderados, como crueles e injustos perseguidores del sindicado, que habían exterminado su patrimonio moral y económico y a la vez han logrado crear una prevención en la opinión pública dentro del Distrito, de compasión hacia el sindicado y su familia, ánimo éste que puede influir decisivamente para torcer el rumbo de la sana y recta aplicación de la justicia, por la explotación de los sentimientos humanos o humanitarios de que no carecen, como es lógico, los encargados de administrar justicia en aquella sección del país. (Acompaño varios ejemplares de periódicos en que aparecieron artículos que comprueban mi afirmación".

3º.—Como una consecuencia de lo anotado en el punto anterior, observa el Visitador que "este proceso ha causado y sigue causando en los medios sociales y económicos de Cúcuta y de todo el Distrito un gran sensacionalismo. Todas las actuaciones se siguen y observan con significativas muestras de curiosidad".

A la solicitud se acompañan los siguientes documentos:

a).— Memorial del doctor Justiniano Bustamante Alvarez, apoderado de la parte civil, en demanda de cambio de radicación del proceso. Copia de la denuncia formulada por el señor Hernando Serrano Valdivieso ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta contra el señor Gabriel Moreno Vega por los delitos de abuso de confianza y falsedad en documentos, cometidos en perjuicio de la General Automotriz del Norte S. A. Copia del alegato presentado por el doctor Bustamante Alvarez para sustentar ante el Tribunal Superior de Pamplona el recurso de reposición contra el auto que revocó el de detención preventiva del sindicado. Copia del alegato del mismo doctor Bustamante, dirigido al Juez Cuarto Superior de Cúcuta "para que sea tenido en cuenta en el momento de proferir el fallo de primera instancia".

b).—Copia del auto fechado el 22 de agosto de 1957, por medio del cual el Tribunal Superior de Pamplona revoca el de detención dictado el 20 de mayo anterior por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta contra Gabriel Moreno Vega, por el delito de abuso de confianza. Copia del auto de 18 de septiembre del mismo año, por medio del cual el Tribunal Superior no accede a reponer el anterior. Copia de la sentencia de 15 de abril de 1958 en la que el Juzgado Cuarto Superior de Cúcuta absuelve a Gabriel Moreno Vega por el delito denunciado.

c).—Dos ejemplares de "Diario de la Frontera" en donde aparecen publicaciones relacionadas con el proceso de que se ha venido hablando, y

d)— Informe del Visitador del Ministerio de Justicia, doctor Jorge Abisambra Gallego, favorable al cambio de radicación.

Se considera:

La Sala Penal del Tribunal Superior de Pamplona, en su providencia de 22 de agosto de 1957, advirtió "que para dasatar el recurso propuesto (contra el auto de detención dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta) únicamente habrá de tener en cuenta las copias que hasta ella han subido con tal fin". Es cierto que el Tribunal, con encomiable celo, hizo un estudio exhaustivo de los hechos imputados al sindicado, llegando a la conclusión de que no había fundamento legal para detenerlo. Pero no es verdad que con esa providencia se hubiera resuelto el fondo del negocio, ya que la Corporación no podía pronunciarse sobre el mérito de las pruebas que se produjeran con posterioridad al auto de detención. También es cierto que el Juzgado Cuarto Superior de Cúcuta acogió las razones expuestas en el auto citado, pero no es verdad que hubiera obrado así "por exceso de trabajo" ni "por solidaridad con el superior jerárquico" sino porque, como lo anota el mismo Juzgado al iniciar las conclusiones del fallo "no habiendo cambiado en nada la situación jurídica del sindicado Gabriel Moreno Vega, después de haberse pronunciado el Honorable Tribunal Superior al revocar el auto de detención, a pesar de las pruebas

practicadas con posterioridad y que se acaban de analizar, se impone la absolución del sindicado". La sentencia absolutoria no es, como se pretende hacerla aparecer, una copia servil del auto del Tribunal. Es una pieza serena, sobria, razonada, en la que no solamente se estudian las pruebas producidas antes del auto de detención, sino también las creadas con posterioridad a esa medida precautelativa.

Considera la parte civil —respaldada por el Visitador del Ministerio de Justicia— que no habiendo confirmado el Tribunal la detención de Moreno Vega, menos aún podrá revocar la sentencia absolutoria y condenarlo, lo cual equivale a que este proceso se quede sin segunda instancia.

Si se acogiera el extraño razonamiento del Visitador del Ministerio, se llegaría a la conclusión de que para garantizar la recta administración de justicia habría necesidad de cambiar de radicación todos los procesos penales, siempre que el funcionario de segunda instancia, antes de proferir sentencia, se hubiera visto precisado a emitir opinión sobre el fondo del negocio, bien al calificarlo, o al resolver cuestiones tan importantes como la legalidad del auto de detención preventiva. Esta circunstancia que la Corte se ha negado a admitir como causal de impedimento, con base en lo dispuesto en la parte final del ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, mucho menos puede servir para ordenar el cambio de radicación de los procesos penales. Si así no fuera, esta medida, que solamente puede decretarse en casos excepcionales y por muy claras razones de orden público y de conveniencia social, se generalizaría ante el absurdo de que la segunda instancia deba ventilarse en un Distrito Judicial distinto de aquel en que el superior, por las vías legales y en ejercicio de sus funciones, ha emitido concepto sobre el fondo del negocio.

Tampoco puede acogerse la segunda razón. La posición política, social o económica del sindicado —ha dicho muchas veces la Corte— "no es circunstancia que por sí sola pueda determinar el cambio de radicación; para ello se requiere que aparezca comprobado que dicho ciudadano la ha aprovechado o ha intentado aprovecharla para desviar, en su favor, el criterio de sus jueces...."

El apoderado de la parte civil dejó constancia expresa de que al pedir el cambio de radicación y exponer las razones en que se funda lo ha hecho "sin el menor ánimo recriminatorio contra ninguno de los funcionarios que han intervenido en todo el curso del negocio, de cuya honorabilidad e inteligencia han dado repetidas muestras". Y el Visitador del Ministerio de Justicia deja también a salvo "la honorabilidad, prestancia y consagración de los señores funcionarios que han intervenido en este proceso".

El tercero y último argumento, lejos de servir para justificar el cambio de radicación, puede presentarse como razón para resolver lo contrario. Declara el Visitador del Ministerio que este proceso ha causado "sensacionalismo" y que se sigue y observa "con significativas muestras de curiosidad". Si lo primero equivale a sensación exagerada o enfermiza y lo segundo al deseo de inquirir lo que no debiera importarnos, resulta a todas luces inconducente un cambio que sólo busca sustraer el proceso a la mirada de los curiosos o de gentes "sensacionalistas" o sensibleras.

Los dos ejemplares de "Diario de la Frontera" no sirven para demostrar —como lo pretende el Visitador del Ministerio— que los órganos de expresión, hablados y escritos, "emprendieron y aún continúan una tenaz campaña" en favor del procesado y en contra de la empresa perjudicada, porque en uno solamente aparece una declaración de la señora Aura R. de Moreno Vega, sobre las persecuciones de que, en su concepto, ha sido víctima su esposo, y en el otro ejemplar se publica un certificado expedido por el Secretario del Tribunal Superior de Pamplona y una información sobre el "magnífico triunfo jurídico" que se anotó el apoderado del señor Moreno Vega.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— emite concepto DESFAVORABLE al cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Distrito Judicial de Pamplona (Juzgado Superior de Cúcuta) contra el señor Gabriel Moreno Vega, por el delito de abuso de confianza.

Cópiese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino— Benjamín Aragorri Díez—Luis Eduardo Mejía Jiménez— Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León, Secretario.

ERRONEA INTERPRETACION O INDEBIDA APLICACION DE LA LEY PENAL

Es cierto que la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal ofrece dos motivos: errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal. Mas ocurre que el segundo casi siempre proviene del primero, puesto que si la ley se aplica mal es porque se ha interpretado erróneamente. De modo que el no haberse precisado en la demanda a cual de los dos motivos se acoge quien invoca la causal ya referida, no constituye una de aquellas deficiencias que dificultan averiguar casi si el cargo concreto que se le hace a la sentencia o si este cargo viene formulado con acierto en causal que no corresponde a la crítica.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio nueve de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

En las primeras horas del día 21 de junio de 1954, y dentro de una cantina situada en el perímetro urbano del Municipio de Flandes, Misael Candia Díaz, sirviéndose de un cuchillo, le dió muerte a Hernando Díaz (cantinero) a renglón seguido de una reyerta originada en una discusión sobre el importe de la cuenta relativa a las libaciones de aquél en compañía de otras personas.

Este es el delito que se le imputó a Misael Candia Díaz y por el cual ha sido condenado a la sanción de nueve años de presidio, en sentencia de 20 de mayo de 1957, del Tribunal Superior de Ibagué, la que por haber sido recurrida en casación se encuentra al estudio de la Sala Penal de la Corte, en donde se admitió y tramitó el recurso.

* * *

LA DEMANDA:

El cargo que, con fundamento en la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, se le formula al fallo de segunda instancia, consiste en haberse tenido en cuenta para elevar el mínimo de la pena una circunstancia de mayor peligrosidad (la tercera del artículo 37 del Código Penal) que, estrictamente, en sentir del autor del escrito de casación, no obró en el hecho sino en forma remota, y, sin embargo, el sentenciador la incorporó en su providencia como origen próximo de la reacción homicida. Porque si se estima que lo que impulsó al procesado fue la porfía "referente al cuantum de la suma invertida en libaciones y compra de cigarrillos". "no puede desconocerse la futilidad del motivo antisocial", dice. Pero para él ese antecedente no fue la causa eficaz del delito, porque entre ese episodio y la realización del hecho se presentaron otros factores que determinaron la actitud de Candia Díaz, los cuales concreta así: "discusión primitiva por un motivo, este sí baladí, relacionado al valor" (sic) "de las bebidas consumidas; agravios recibidos contra la reputación personal, que fueron el efecto espontáneo de la anotada diferencia y finalmente, agresión justa o injusta de parte de Hernando Díaz con el cuchillo, que hizo blanco en el cuerpo del procesado, o al menos, ataque simultáneo de los dos contendientes, que los colocaba, entonces, por así decirlo, en circunstancia de defensa recíproca".

* * *

REPLICA DEL MINISTERIO PUBLICO:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar el mencionado cargo, manifiesta, en primer término, que la demanda "no encaja dentro de las terminantes prescripciones del artículo 531 del Código Judicial" puesto que sin haber cumplido con el obligado resumen de los acontecimientos, entra en el análisis "de elementos probatorios que exigían perentoriamente la previa demostración de la pretendida errónea interpretación de tales hechos, lo cual constituye objeto propio de la causal segunda, sin que sea dable involucrar dicha comprobación al sustentar algún cargo de la causal primera aducida como principal o única, pues ciertamente se incurre en

grave error de técnica procedimental propia del exigente recurso de casación.

Otro reparo le hace el representante del Ministerio Público al autor de la demanda, y es el de no precisar "si la violación de la ley penal fue por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma, pues presenta los dos casos sin diferenciarlos y sin entrar a expresar específicamente ninguno de los dos".

En concepto del señor Procurador la circunstancia de mayor peligrosidad anotada tiene amplio respaldo procesal.

Después de citar algunas doctrinas de esta Sala sobre el punto rebatido y su repercusión en la causal 2ª cuando al controvertir un determinado aspecto de la sentencia se alude a sus bases probatorias, el experto colaborador de la Sala termina solicitando que no se case la sentencia.

* * *

SE CONSIDERA:

La sentencia impugnada sólo reformó la de primera instancia en cuanto a la pena privativa de la libertad. A este propósito dijo el Tribunal:

"La sanción aplicable al procesado es la de ocho a catorce años de presidio, que señala el artículo 362 del Código Penal. Pero no es posible aplicar el mínimo, porque como se enunció desde el auto de proceder, Candia obró por motivos fútiles. Por esta razón, la sanción ha de fijarla la Sala en nueve años de presidio".

Y al confirmar el auto de proceder, expresó:

"'En cuanto a las modalidades del hecho delictuoso son acertadas las observaciones del Juzgado porque un número plural de testigos que merecen entero crédito porque ningún interés tienen en contrariar la verdad, ha dicho que Misael Candia Díaz fue el provocador del lance mortal, por motivos absolutamente fútiles y aún abusando de la cortedad de espíritu de la víctima. Ya se sabe que Candia fue dado de baja en la Policía por haber fomentado un escándalo con el objeto de evitar el pago de una cuenta de bebidas embriagantes. La misma versión que él ha dado indica una actitud maliciosa por su parte en este sentido. Luego no hubo riña ni provocación injusta por parte de la víctima, sino un homicidio intencional, sin agravantes ni atenuantes especiales, pero cometido por móviles fútiles, como ya se dijo".

Según acaba de verse, el Tribunal, en ninguna de sus intervenciones dejó de considerar la futesa del móvil del homicidio, tomando como principio y causa del mismo la discusión inicial sobre la cuenta que el cantinero Hernando Díaz le pasó a Misael Candia, quien la rechazó airado por considerarla inexacta o maliciosamente inflada. Hubo una discusión —dice el fallo— y Misael Candia "la emprendió a puñetazos y puntapiés contra el cantinero de quien dicen algunos testigos que es tonto. Alcira (dueña de la taberna, aclara la Sala) intervino para apaciguar a Candia y el cantinero se retiró al interior del edificio. Minutos después salió y fue agredido de nuevo por Candia. Los dos esgrimieron sendos cuchillos, pero Díaz llevó la peor parte pues recibió una herida en el pecho a consecuencia de la cual falleció allí minutos después".

Sintetizados así los acontecimientos, la reacción de Candia no puede desligarse del motivo que la originó: el cobro de la cuenta, acto que irritó a Misael Candia, quien manifestó su estado de ánimo agrediendo al cantinero. De manera que cuando éste realizó algunos movimientos defensivos y aún de ataque, trabándose en una lucha con su agresor, no había desaparecido la primitiva causa, y, por lo tanto, no resulta exacto afirmar que la actitud del agredido creó otra en su reemplazo. Se trata de un hecho con una sola raíz no obstante las variaciones, consecuencia natural de la posterior reyerta.

Pero aún suponiendo que el relato que hace el Tribunal no correspondiera a la realidad, el demandante habría tenido que probarlo así, en vez de limitarse a presentar su propia versión, respetable desde luego, pero desprovista de la respectiva confrontación de las pruebas para sustentar el cargo ante la Corte.

Es cierto, como lo sostiene la Procuraduría, que la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal ofrece dos motivos: errónea interpretación e indebida aplicación de la ley penal. Mas ocurre que el segundo casi siempre proviene del primero, puesto que si la ley se aplica mal es porque se ha interpretado erróneamente. De modo que el no haberse precisado en la demanda a cuál de los dos motivos se acoge quien invoca la causal ya referida, no constituye una de aquellas deficiencias que dificultan averiguar cuál es el cargo concreto que se le hace a la sentencia o si este cargo viene formulado con asidero en causal que no corresponde a la crítica. Y en el presente caso no existe oscuridad o duda respecto de las razones alegadas para impugnar el fallo. Sucede sí que no se ha demostrado que el sentenciador violó la ley penal, bien por error en su interpretación o por haberla aplicado indebidamente. En efecto, en la senten-

cia se apreció una circunstancia de mayor peligrosidad que tiene ese carácter y se consideró que carecía de importancia el motivo que originó la acción del delincuente, que es en lo que consiste la futilidad.

Otro es el parecer del autor de la demanda, como ya se ha visto. El no discute que sea fútil el motivo tenido en cuenta por el Tribunal. Sólo afirma que la actitud de su patrocinado no obedeció a dicho motivo. Mas ya se ha visto que no hubo demostración al respecto, pues los episodios que ocurrieron entre la protesta por el cobro de la cuenta relativa a las libaciones, que no fue hecha en forma comedida sino acompañada de agresiones de palabra y obra, no desnaturaliza la causa verdadera del proceder del infractor, quien reveló una personalidad irritable.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Benjamín Irigoyen Díez—Luis Eduardo Mejía —Pedro Pacheco Osorio—Picquinto León, Secretario.

SE RECTIFICA UNA JURISPRUDENCIA ANTERIOR DE LA CORTE SOBRE LO QUE SE ENTIENDE POR PROVIDENCIAS DICTADAS DE PLANO

La Corte, en providencias fechadas el 6 de julio de 1948, 6 de septiembre de 1949 y 13 de junio de 1950, sentó doctrina en el sentido de que los autos que se dicten de plano no son susceptibles de recursos.

Se rectifica la anterior doctrina por las siguientes razones:

a) Resolver de plano o en vista de lo alegado y probado quiere decir sin trámites especiales previos, como traslados, fijación en lista, apertura a pruebas, etc. Pero no es exacto afirmar, como lo había venido sosteniendo la Corte, que se deja de resolver de plano cuando se admiten recursos contra las decisiones que en esa forma se adopten. Estas son actuaciones posteriores que en nada afectan el procedimiento "de plano".

b) El capítulo V, Título 4º, Libro 1º del Código de Procedimiento Penal indica cuáles son los recursos ordinarios que pueden interponerse contra las providencias judiciales en materia penal. De acuerdo con esas normas y las concordantes del Código de Procedimiento Civil, el recurso de reposición procede contra los autos de sustanciación y los interlocutorios, y el de apelación contra éstos y, además, contra las sentencias. Esta regla general sólo admite excepciones expresamente consagradas, como las que señalan los artículos 3º del Decreto 1231 de 1951 y 50 del Decreto 271 de 1957.

c) Es inequitativo e ilegal reconocerles —como lo venía sosteniendo la Corte— a los Agentes del Ministerio Público el derecho de interponer recurso de reposición contra las providencias que se dictan de plano y negárselo a las demás partes que intervienen en el proceso penal.

d) Si se desconocieran los recursos legales contra providencias dictadas de plano quedarían no pocas veces desamparadas las partes que intervienen en los procesos penales. Tal cosa ocurriría, por ejemplo, cuando un sindicado pide se revoque un auto de detención, formalmente ejecutoriado, y se le niega el derecho de pedir reposición o de interponer operación contra la resolución adversa que puede ser realmente injusta.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio doce de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Doctor Antonio Vicente Arenas).

VISTOS:

El doctor Hernando Llaña Vesga ha interpuesto recurso de casación contra las providencias fechadas el treinta de enero y el once de marzo, ambas del corriente año, a fin de que se revoquen y en su lugar se conceda el recurso de casación que el memorialista estima legalmente denegado o se decrete la nulidad de todo lo actuado en el recurso de hecho.

Antes de considerar las razones del recurrente es conveniente observar:

La Corte, en providencias fechadas el 6 de julio de 1948, el 6 de septiembre de 1949 y el 13 de junio de 1950, sentó doctrina en el sentido de que los autos que se dicten de plano o "en vista de lo alegado y probado" no son susceptibles de recursos.

En la primeramente citada se dijo que resolver de plano quiere decir "sin tramitación anterior alguna, sin concepto del Ministerio Público y, por tanto, sin actuaciones posteriores". Lo mismo se sostuvo en las otras dos providencias citadas.

La anterior doctrina se debe rectificar por las siguientes razones:

1ª.—Resolver de plano o en vista de lo alegado y probado quiere decir sin trámites especiales previos, como traslados, fijación en lista, apertura a pruebas, etc. Pero no es exacto afirmar, como lo había venido sosteniendo la Corte, que se deja de resolver de plano cuando se admiten recursos contra las decisiones que en esa forma se adopten. Estas son actuaciones posteriores que en nada afectan el procedimiento "de plano".

2ª.—El Capítulo V, Título 4º, Libro 1º, del Código de Procedimiento Penal, indica cuáles son los recursos ordinarios que pueden interponerse contra las providencias judiciales en materia penal. De acuerdo con esas normas y las concordantes del Código de Procedimiento Civil, el recurso de reposición procede contra los autos de sustanciación y los interlocutorios, y el de apelación contra éstos y, además, contra las sentencias. Esta regla general sólo admite excepciones expresamente consagradas, como las que señalan los artículos 3º del Decreto 1.231 de 1951 y 50 del Decreto 271 de 1957.

3ª.—En la segunda de las providencias citadas al principio se dijo que "como el artículo 172 del C. de P. P. ordena la notificación personal de todo auto o sentencia al Agente del Ministerio Público", este funcionario puede interponer recursos legales contra las decisiones que se adoptan de plano "aunque no fueren procedentes". Sería inequitativo e ilegal reconocerles a los agentes del Ministerio Público el derecho de interponer recursos contra providencias dictadas de plano y negárselo a las demás partes que intervienen en el proceso penal.

4ª.—Por último, si se desconocieran los recursos legales respecto de las providencias de que se viene hablando, quedarían no pocas veces desamparadas las partes que intervienen en los procesos penales. Tal cosa ocurriría, por ejemplo, cuando un sindicado pide se revoque un auto de detención, formalmente ejecutoriado, y se le niegue el derecho de pedir reposición o de interponer apelación contra la resolución adversa que puede ser realmente ilegal e injusta.

En las razones así puntualizadas se funda la Corte para considerar el recurso de reposición interpuesto por el doctor Hernando Llaña Vesga. Se principiará por el auto de once de marzo último, ya que si fuera el caso de decretar la nulidad pedida, sobraría toda consideración sobre el auto primeramente reclamado.

En relación con el auto fechado el 11 de marzo del presente año, sostiene el recurrente:

a) Que tanto en el caso de los artículos 198 y 119 del Código de Procedimiento Penal como en el contemplado en el artículo 202 ibídem procede la declaración de nulidad, pues la sola consideración de ser defectuosos los actos que motivaron la nulidad no los convierte en inexistentes.

La Sala acepta la observación, la cual, por otra parte, en nada se aparta de lo expuesto en la motivación del auto reclamado, ya que allí se dijo muy claramente: "Las nulidades que el juzgador puede declarar son de dos clases: unas se refieren a la actuación, la cual debe reponerse 'desde que se presentó la causal'; otras a 'determinados actos' que son nulos cuando no se llenan las formalidades que determina la ley. Las primeras están señaladas en los artículos 198 del Código de Procedimiento Penal. Las segundas son aquellas a que alude el artículo 202 ibídem". Lo cual quiere decir que en el primer caso toda la actuación se debe reponer desde que se presentó la causal de nulidad; en el segundo solamente se anula un determinado acto el cual, por estar afectado de nulidad, se reputa inexistente, sin que ello afecte en nada la actuación posterior.

b)— El recurrente acepta tácitamente que las nulidades por él invocadas no son las de origen legal señaladas en los artículos citados en el punto anterior, sino de índole superior, porque el no haberse hecho las notificaciones que ordena el artículo 172 del C. de P. P. no es sólo irregularidad subsanable sino nulidad constitucional por haberse violado el artículo 26 de la Constitución.

No acepta la Sala que todas las irregularidades en que puedan incurrir los funcionarios en la tramitación de los procesos deban calificarse como nulidades constitucionales cuando no correspondan a las expresamente señaladas en la ley. Para poderles dar ese carácter, se requiere que afecten lo sustancial del juzgamiento y que con ellas se hayan menoscabado los derechos del reo. No son las nulidades constitucionales un remedio universal contra toda clase de informalidades procesales, ni pueden invocarse para invalidar actuaciones cumplidas, con el solo objeto de buscar nuevas oportunidades de defensa.

Por lo demás, el largo centenar de folios y la ya prolongada actuación de la Corte en este recurso de hecho que por su naturaleza debe ser de tramitación brevísima, son hechos que sirven para evidenciar el cuidado que se ha tenido en no desatender o rechazar o mirar con desvío ninguna de las peticiones del recurrente, lo cual se ha inspirado en el deseo de no conculcar, por acción ni por omisión, los derechos del procesado. Solamente así puede explicarse que al cabo de cuatro meses de permanente actuación, todavía no se haya definido este recurso que debiera haberse decidido sin demoras ni dilaciones de ninguna índole.

Por lo que hace al auto fechado el 30 de enero último, se observa lo siguiente:

Sostiene el doctor Llaña Vesga que en el auto reclamado se confunde la notificación de que trata el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal con la ejecutoria que se produce una vez

transcurrido el término señalado en el artículo 556 ibídem para interponer recurso de casación. La notificación completa no se produce —dice el recurrente— sino cuando transcurre el total del tiempo señalado en esos dos artículos.

No es la Sala la que está en el error, sino el recurrente, al afirmar que la notificación de una sentencia no está completa mientras no haya transcurrido el término para interponer casación. Una cosa es la notificación de la sentencia y otra la ejecutoria de la misma. La primera se cumple cuando se observan las normas señaladas en los artículos 166 y siguientes del C. de P. P. La segunda cuando han vencido los términos para interponer recursos, siempre que se trate de fallos no sujetos a consulta.

Por ser diferentes la notificación y la ejecutoria de la providencia notificada establece la ley que los autos interlocutorios son apelables "en el momento de la notificación" o "dentro de los tres días siguientes" y las sentencias "en el acto de la notificación" o "dentro de los cinco días siguientes" (Artículos 187 y 188 del C. de P. P.). Con el mismo criterio dispone que contra las sentencias de que trata el artículo 556 ibídem se podrá interponer recurso extraordinario de casación "dentro de los quince días siguientes al de su notificación".

En la providencia reclamada se dijo claramente que la notificación de la sentencia contra Justo R. Núñez quedó surtida el 14 de marzo a las seis de la tarde y que "el término para interponer recurso de casación principió a correr desde el día siguiente. Luego la Sala no confundió la notificación con la ejecutoria de la sentencia. Es el recurrente quien confunde los términos al sostener que "la cuenta total del tiempo que transcurre conforme a esos dos artículos (167 y 556 del C. de P. P.) es la que produce la notificación completa o ejecutoria y firmeza...."

Alega en segundo lugar el doctor Lliña Vesga que el auto reclamado adolece de imprecisión acerca del momento en que ha debido desfijarse el edicto, porque siendo las seis de la tarde la hora de salida de los empleados, no pueden éstos, al mismo tiempo, salir y cumplir la obligación de desfijar el edicto, ya que "es incompatible irse y permanecer".

Con la observación, el recurrente no hace otra cosa que explicar por qué el edicto no se desfijó a las seis de la tarde, última hora hábil de trabajo de los empleados, sino a las ocho de la mañana, primera hora, hábil también del día siguiente. Por esa razón dijo la Sala —y lo repite— que "el hecho de que hubieran transcurrido varias horas inhábiles desde el momento en que la notificación quedó surtida hasta aquella en que se desfijó el edicto, no le quita validez a la misma".

No faltaron a su deber los empleados de la Secretaría, como parece insinuarlo el recurrente, porque el edicto lo dejaron fijado todo el tiempo requerido, o sea hasta las seis de la tarde, inclusive, del 14 de marzo, y si no lo desfijaron sino a las ocho de la mañana del día siguiente, era porque —como lo observa el doctor Lliña— no estaban obligados a permanecer en la oficina después de aquella hora.

Sostiene también el recurrente que el artículo 167 del C. de P. P. se remite a la forma total como se hacen las notificaciones en el procedimiento civil y no solamente a la forma que debe darse al edicto. Para demostrarlo hace un estudio de la construcción gramatical de la frase.

El argumento anterior lo complementa diciendo que es erróneo "injertar" o mezclar disposiciones de diversos Códigos. Y que por eso es equivocado pretender hacer notificaciones en lo penal "mezclando los artículos 166 del C. de P. P. con el 309 del C. J.", pues las notificaciones deben hacerse por el procedimiento penal o por el civil, pero no por ambos a la vez.

Se contesta: Indudablemente las notificaciones de autos y sentencias en materia penal se hacen como lo ordena el artículo 166 del C. de P. P., sin mezcla de ninguna clase con el procedimiento civil. Otra cosa es que se remita expresamente al C. J., respecto de "la forma" en que se practican las notificaciones por estado o por edicto. Si hubiera guardado silencio al respecto, se habría llegado a la misma conclusión mediante la aplicación del artículo 7º del C. de P. P., pues "son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidos en el Código de Procedimiento Civil".

Si las notificaciones en materia penal no se hacen lo mismo que en lo civil, ello se debe a que para las primeras existe el artículo 166 del C.

de P. P. y para las segundas el 309 del C. de P. C. Y si respecto de "la forma" del edicto se aplica el segundo, es porque así lo manda expresamente el artículo 167 del C. de P. P. y tácitamente el artículo 7º ibídem.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO REPONE los dos autos reclamados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Benjamín Iregui Díez—Luis Eduardo Mejía Jiménez— Pedro Pacheco Osorio—Pinquinto León, Secretario.

LAS FALSEDADES RECAIDAS EN LOS DOCUMENTOS PUBLICOS MENCIONADOS EN EL ARTICULO 244 DEL C. P., ESTAN SUJETAS A UNA PENALIDAD MUCHO MAS BENIGNA QUE LA CONMINADA PARA LAS COMETIDAS EN RELACION CON OTROS DOCUMENTOS.—"LAS CERTIFICACIONES QUE CON LAS FORMALIDADES LEGALES EXPIDAN LOS RESPECTIVOS SACERDOTES PARROCOS, INSERTANDO LAS ACTAS O PARTIDAS EXISTENTES EN LOS LIBROS PARROQUIALES" DE QUE HABLA EL ART. 22 DE LA LEY 57 DE 1887, NO SON EN SENTIDO ESTRICTO, DOCUMENTO PUBLICO, PERO FUERON EQUIPARADAS A TALES, PARA FINES MERAMENTE PROBATORIOS EN MATERIA CIVIL.—QUIEN ELABORA TOTALMENTE UN DOCUMENTO FALSO, NECESARIAMENTE TIENE QUE CONTRAHACER O FINGIR, EN RELACION CON ESE DOCUMENTO, LETRA, FIRMA O RUBRICA, POR LO QUE SU ACCION QUEDA COMPRENDIDA EN LA ENUNCIACION DEL NUMERAL 1º DEL ARTICULO 231 DEL C. PENAL. — ES DE LA ESENCIA DEL DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO EL PERJUICIO, REAL O POTENCIAL, QUE EN LA PUBLICA ES PRESUNTO, Y CONCRETO EN LA PRIVADA

1.—Los documentos mencionados en el artículo 244 del Código Penal son públicos, por cuanto deben ser expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y con el lleno de las formalidades legales. Pudiera discutirse tal carácter a los que emanan de autoridades foráneas, pero como ellos deben tener respecto de éstas los mismos requisitos que los documentos nacionales respecto de las nuestros, no cabe duda de que son documentos públicos extranjeros.

No obstante ello, las falsedades recaídas en tales instrumentos están sujetas a una penalidad considerablemente más benigna que la conminada para las cometidas en relación con otros documentos públicos. La razón de este tratamiento punitivo excepcionalmente benévolo radica en la circunstancia de que la fuerza obligatoria de ellos es bastante restringida. En verdad, mientras los documentos públicos en general sirven para probar la existencia de una relación jurídica que de ordinario afecta o puede afectar directamente derechos de terceros, comúnmente de índole patrimonial, los enumerados en esta disposición se limitan a autorizar, a las personas a quienes se les expiden, para el ejercicio de determinadas actividades, o a servirles de medio de identificación.

2.—"Las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales" de que habla el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, no son, en sentido estricto, documento público, porque éste es, por definición, "el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario" (artículo 1.758 del Código Civil), o como se expresa en el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, el expendio "con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones", y es claro que aquéllos no son funcionarios públicos. En efecto, éstos pertenecen al género "empleados públicos", que son "todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes" (artículo 5º del C. de R. P. y M.), entre los cuales no pueden mencionarse los cargos de los curas, cuyas atribuciones son eminentemente eclesiásticas y señaladas al margen de la legislación civil, porque según el artículo 6º ibidem "no habrá empleo público, se entiende) que no tenga funciones detalladas en la Constitución, en ley o en reglamento, u ordenanza o acuerdo, en su caso".

Contra esto no cabe argüir que el artículo 632 del C. de P. C., establece que "hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos..... las certificaciones de quienes lleven el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondientes", y que "hasta la expedición de esta ley (la 92 de 1938), el registro del estado

civil de las personas estuvo a cargo de la Iglesia", porque esto es inexacto, pues antes y después de la vigencia de dicha ley ha estado él encomendado a funcionarios públicos. Decía, realmente el artículo 343 del Código Civil que "los Notarios Públicos en los Estados y en los Territorios, o los funcionarios llamados a sustituirlos, son los encargados de llevar el estado civil de las personas", lo cual fue reproducido en su esencia por el artículo 1º de la mentada ley 92, al establecer: "Los encargados de llevar el registro del estado civil de las personas serán 1º.—Los Notarios, y en los municipios donde no haya este funcionario, el Alcalde Municipal, y 2º.—Los funcionarios consulares de Colombia en el exterior".

Lo que ocurre es que, para los fines meramente probatorios en materia civil, tales documentos fueron equiparados a públicos, como lo expresa el referido artículo 22 de la Ley 57 de 1887 en los siguientes términos: "Se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos y matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. Tales pruebas quedan sujetas a ser rechazadas o redargüidas o supletas en los mismos casos y términos que aquéllas a que se contrae este título ("De las pruebas del estado civil"), a las cuales se les asimila".

Por supuesto que el legislador penal, para ser consecuente con el civil, ha debido también identificar, para sus fines propios, dichos documentos a públicos, como sucede en la generalidad de los países en que se les reconoce la fuerza probatoria civil que tienen entre nosotros. Pero no lo hizo sino respecto del "ministro eclesiástico", el único que puede ser sujeto activo de la figura tratada en el artículo 232. Y no se diga que guardó silencio en cuanto a los particulares porque partió de la base de que los "actos o documentos que puedan producir efectos en el estado civil de las personas" son públicos, y funcionarios públicos, por lo tanto, quienes los expiden, ya que entonces resultaría superfluo el inciso 1º de dicho artículo 232, por estar reprimida la conducta de los ministros eclesiásticos en el artículo 231, que incrimina al "funcionario o empleado público que abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos" cometa alguna de las falsedades allí previstas. Le habría bastado colocar el inciso 2º de aquel artículo en este último, aclarado así: "Si hubiere perjuicio y el responsable fuere un ministro eclesiástico, se impondrá además, multa de ciento a dos mil pesos".

3.—Es cierto que nuestro artículo 231, que parece calcado en el artículo 307 del Código español de 1932, omitió, como éste y todas las disposiciones que le sirvieron de modelo, reprimir expresamente la figura constituida por el acto de cometer falsedad "simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad", que el legislador hispano de 1944 incluyó en el numeral 9º del artículo 303, sin que ello implicara "variaciones sustanciales", del sistema anterior, como lo anota Jiménez de Asúa. Y esto es exacto, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la última reforma ya había declarado, como lo hace notar Federico Puig Peña, "que del contexto y espíritu de las disposiciones dadas del título de las falsedades se infiere que el legislador ha querido sancionar no solamente las cometidas en documentos verdaderos, sino también la simulación de los mismos, hecha de modo y manera que pueda inducir a error sobre su autenticidad" (Derecho Penal, Tomo III, página 261).

Efectivamente, si se concreta el problema a la contrafacción o fingimiento de letra, firma o rúbrica, se tendrá que en todo el que realiza una de estas acciones habrá contrahecho o simulado un documento, porque este término no equivale, sin duda, ni a letra, ni a firma, ni a rúbrica. Pero no parece discutible que quien elabora totalmente un documento falso, necesariamente tiene que contrahacer o fingir, en relación con ese documento, letra, firma o rúbrica, por lo que su acción queda comprendida en la enunciación del numeral 1º de nuestro artículo 231.

Contra esto no vale alegar que tales actos no recaen sobre un documento porque cuando ellos se realizan no hay todavía documento, pues la ley muy sabiamente no dice que ellos se cometan en escrituras o documentos públicos, sino "en relación",

esto es, en conexión o correspondencia con los unos o las otras, lo cual puede ocurrir mientras el documento falso está siendo elaborado. Por lo demás, si el argumento que se impugna prosperara, jamás podría darse la falsedad pública cometida por un funcionario, porque el documento expedido por éste no será nunca documento público, por no haber sido autorizado "en ejercicio de sus funciones", sino con abuso, es decir, saliéndose de ellas.

4.—Es de la esencia del delito de falsedad en documento el perjuicio, real o potencial. Pero mientras en la falsedad pública este último es un peligro presunto, que no hay que demostrar en cada caso concreto, por lo cual basta, para admitir su existencia, que no aparezca que la falsedad imputada sea inocua, tratándose de la primera, la cuestión es bien distinta: ella requiere la concurrencia de un perjuicio efectivo y concreto contra un tercero, en sus dos formas de falsedad propiamente dicha (artículo 240) y de uso del documento falso (artículo 241), y, a falta de él, la "intención de causarlo" para la primera, y el "propósito de lucrarse" para la segunda. Y como uno de tales presupuestos es elemento constitutivo de la infracción, mientras no se haya probado plenamente, ésta no puede darse por averiguada.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y ocho.
(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

Carlos Constantino Acosta Rodríguez contrajo matrimonio con Alicia Pacheco en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora del Santísimo Rosario (Diócesis de Barranquilla), mediante la presentación, a manera de certificado de soltería de una partida de bautismo íntegramente falsa que, según se comprobó, fue elaborada por él.

Adelantada la investigación en forma deficiente, pues ni siquiera intentó averiguarse si el motivo determinante del delito fue hacerse pasar su autor como soltero, sin serlo, el Juez Primero Superior de Barranquilla dictó auto de sobreseimiento definitivo en su favor, por considerar que el hecho imputado no es constitutivo de infracción penal, el cual fue revocado por el superior respectivo, quien estimó que había incurrido en falsedad en documento, pero por error inexplicable lo llamó a responder "en juicio por uno de los delitos de que trata el Capítulo III del Título XI (sic) del Libro II del Código Penal".

Cumplidos los trámites del plenario, el Juez del conocimiento condenó al acusado, como responsable del delito de falsedad en documento previsto por el artículo 244 del Código Penal, a la pena de quince (15) meses de prisión y a las accesorias correspondientes, en proveído que fue confirmado por el Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia contra la cual interpuso el doctor Enrique Arrázola, defensor de aquél, recurso de casación, que ha llegado el momento de ser resuelto por la Corte.

La demanda

El recurrente acepta como ciertos los hechos imputados al reo, e invoca, para que se invalide la providencia impugnada, la causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, con base en lo siguiente: a)—Acosta Rodríguez no contrahizo, sino que creó, el documento apócrifo, porque no se ha establecido que hubiese imitado o remedado su propia y auténtica partida de bautismo, ni cambió la esencia o forma de ésta, por lo que tampoco puede afirmarse que la hubiera alterado; b).—Los certificados parroquiales no figuran entre los protegidos por el artículo 244 del Código Penal, pues no son "pases, licencias, pasaportes, cédulas de ciudadanía o de identidad", ni guardan analogía con estos documentos, pues aquéllos tienen, conforme a la ley, la finalidad específica de probar el estado civil de las personas; c).— "Los documentos a que se refiere el artículo 244, han de provenir, o aparentar provenir en los casos de contrahechura, de "autoridades nacionales o extranjeras", y es evidente que los curas párrocos de la Iglesia Católica no tienen ese carácter. De lo anterior deduce que al imponerse la pena en la sentencia, con base en la referida norma, ésta fue erróneamente interpretada y objeto de aplicación indebida.

También intenta demostrar el demandante que a su patrocinado no puede atribuírsele "la forma de falsedad contenida en el numeral 1º del artículo 231 del Código Penal, en relación con el artículo 233", "porque probado está .... que Carlos Acosta Rodríguez no contrahizo el documento apócrifo del juicio", y por las razones que expone en los siguientes apartes, que por la imposibilidad de extractarlas se transcriben **in extenso**:

"....Pero si FINGIR, de donde proviene 'FINJA', equivale a 'DAR A ENTENDER LO QUE NO ES CIERTO', o a 'DAR EXISTENCIA IDEAL A LO QUE REALMENTE NO LA TIENE', como también a 'SIMULAR' o 'APARENTAR', tendríamos entonces que aunque a mi representado no puede atribuírsele la CONTRAHECHURA del documento apócrifo, tal vez sí su FINGIMIENTO. Se dirá que quien contrahace, IMITA o REMEDA, y quien finge, SIMULA o APARENTA, y, por este derrotero, que se contrahace lo que ES y se finge lo que NO ES. Luego quien CREA un documento lo FINGE, porque da 'EXISTENCIA IDEAL A LO QUE REALMENTE NO LA TIENE'.

"La cosa, sin embargo, no es tan clara como aparenta serlo en esta sencilla proposición del problema, pues la verdad es que aun por el lado del fingimiento, que no de la contrahechura, son muy serias las dificultades que nos salen al paso cuando tratamos de adecuar la conducta del acusado a la acción que va ínsita en ese verbo típico. Empero, dejo la cosa así, porque la falta de correspondencia entre el comportamiento de mi defendido y la forma de falsedad contenida en el numeral 1º del artículo 231, depende ahora no tanto de los verbos que denotan la acción típica, como de los elementos u objetos materiales que han de ser contrahechos o fingidos.

"Obsérvese, a propósito, que la contrahechura o el fingimiento se refieren específicamente a 'LETRA, FIRMA O RUBRICA', en el numeral 1º del artículo 231. Y, de esta manera, para que la CREACION TOTAL DE UN DOCUMENTO, que es lo ejecutado por Acosta Rodríguez, pueda caber en la descripción normativa de la figura, habría que demostrar previamente, plenamente, que DOCUMENTO es lo mismo que LETRA, que FIRMA o que RUBRICA, o que las tres cosas al tiempo. Mas no sé, en realidad, cómo podríamos demostrarlo o llegar a esa conclusión.

"En sentido lato, dice Carrara (PROGRAMA, 3.690), la palabra DOCUMENTO tiene un sentido general extensísimo e indica cualquier signo que DOCET DE ALIQUA RE. Así, el término colocado entre dos campos es un documento de la propiedad del terreno, como la medalla sobre el pecho del soldado un documento de su denuedo. 'PERO EN ESTE LUGAR agrega Carrara, refiriéndose en concreto a la falsedad documental LA PALABRA DOCUMENTO SE USA UNICAMENTE EN EL SENTIDO DE ATESTACION HECHA MEDIANTE LA PALABRA ESCRITA'. Igual opina Soler. 'DOCUMENTO —nos dice— ES UNA ATESTACION ESCRITA EN PALABRAS MEDIANTE LAS CUALES UN SUJETO EXPRESA ALGO DOTADO DE SIGNIFICACION JURIDICA'. Y explica luégo: 'ESTE CONCEPTO, DESDE LUEGO, ES MUCHO MAS RESTRINGIDO QUE EL CONCEPTO GENERAL O HISTORICO DE DOCUMENTO, CON EL CUAL TIENE DE COMUN, SIN EMBARGO, LA CARACTERISTICA FUNDAMENTAL DE SER VOX MORTUA, POR OPOSICION A LA VOX VIVA DEL TESTIMONIO. ESE CARACTER DE FIJEZA INERTE, MATERIALIZADA, CONCLUSA Y AUTONOMA, ES PRECISAMENTE LO QUE ACUERDA TANTA IMPORTANCIA AL DOCUMENTO DENTRO DE LA VIDA JURIDICA, PUES EN EL ARRAIGA LA CAPACIDAD ESPECIFICA DE SERVIR COMO PRUEBA OBJETIVA DE HECHOS Y RELACIONES JURIDICAS'. (Tomo V, 354'55).

"En todo documento, pues, la palabra escrita es fundamental. Y lo que da a una cosa, junto con la firma y el sentido jurídico, el carácter específico de documento (no en sentido lato, sino restringido), es el hecho de que conste de un TENOR y de que este TENOR sea cognoscible por el procedimiento de la lectura. No importa el idioma. Dentro de este orden, v. gr., no es documento el que sólo tiene las formas externas de tal, pero que es ininteligible, o cuyo texto, por incoherente o fútil, no exterioriza ninguna voluntad jurídica. El documento, además, debe INDICAR a su otorgante, lo que se cumple mediante la firma, que es el signo autenticador por excelencia, y, en nuestra ley, un requisito indispensable de todo documento, privado o público, de acuerdo con lo previsto claramente en el Título 21, Libro 4º, del Código Civil.

"DOCUMENTO NO ES LETRA.— Bien puede la Corte detenerse en las diversas acepciones que da el Diccionario de la Real Academia Española del vocablo 'LETRA', para que se percate de que ni en sentido propio, ni en sentido figurado, ni por extensión, etc., se han puesto como equivalentes las dos palabras que se estudian. DOCUMENTO es una cosa y otra distinta LETRA. No hay, pues, razón alguna para entender que DOCUMENTO es LETRA, si nos atenemos a la autoridad del Diccionario de la Lengua Española, que es el medio idóneo para despejar la cuestión. Ahora, que yo sepa, no existe ningún doctrinante, ¡porque, ¿cuál?!, que haya dicho o sostenido que es lo mismo DOCUMENTO que LETRA, en lo gramatical y en lo jurídico e incluso en lo vulgar. Tampoco sé de jurisprudencias en tal sentido. Luego no estamos, por tanto, legítimamente au-

torizados para afirmar que DOCUMENTO es LETRA, y, por ende, que quien aparenta o simula o crea en su totalidad un documento, quede atrapado por el numeral 1º del artículo 231.

"Pero, podría decirse en el apremio de buscar una salida: Si el TENOR del documento se compone de PALABRAS, y éstas de LETRAS, parece entonces admisible que quien aparenta o simula o crea LETRAS, en definitiva aparenta o simula o crea PALABRAS. En última instancia, el TENOR. No, replico, porque la ley habla de FINGIR LETRAS y no de FINGIR PALABRAS. La objeción, además, va en contra de la exactitud descriptiva de la ley penal, y así el delito vendría a surgir propiamente de un silogismo, más o menos aventurado, y no del texto normativo. ¿Acaso es lo mismo LETRA que PALABRA?. ¿O LETRA que TENOR, formado éste por una o más oraciones gramaticales de sentido completo?. Habría que contestar afirmativamente, lo que es absurdo, para llegar entonces a la conclusión, asimismo absurda, de que la CREACION TOTAL DE UN DOCUMENTO FALSO, por entender que DOCUMENTO y LETRA son valores equivalentes, puede mirarse a la luz del numeral 1º del artículo 231.

"DOCUMENTO NO ES FIRMA.— Verdad, sí, que la firma es de rigor en el documento, pero la firma NO ES el documento, del modo como la cabeza no es el cuerpo humano. Fingir, pues, una firma no es fingir un documento. Quien aparenta o simula o crea una firma para dar vida a un documento, puede muy bien no hacer nada, como en el caso, v. gr. de que el tenor sea ininteligible o incoherente o sin sentido jurídico.

"DOCUMENTO NO ES RUBRICA.—Y ya esto, por fácil y obvio, no requiere demostración.

"Queda, pues, razonablemente demostrado que CREACION TOTAL DE UN DOCUMENTO FALSO no puede adecuarse a lo previsto en el artículo 231, numeral 1º, del Código Penal. Y como este modo de conducta tampoco corresponde a las otras formas de falsedad documental que enumera el artículo 231, ni encaja en otra figura, parece entonces que estamos en presencia de un hecho que no es delito o de una conducta sin relevancia penal" (folios 13 a 17, cuaderno 5º).

Se extiende luégo el recurrente a rastrear el origen de nuestro artículo 231, para afirmar que él emana de la legislación española, la cual no contempla la formación total de un documento falso, pues las contenidas en los Códigos de 1848, 1870 y 1928 "son las mismas figuras, sin variaciones sustanciales, que están hoy en el artículo 302 del Código de 1944", según cita de Jiménez de Azúa. Y advierte cómo muchas leyes penales que bebieron en la misma fuente peninsular incluyen expresamente el tipo que fue desechado por la nuestra, a pesar de haber propuesto su incorporación a ella uno de los miembros de la Comisión Redactora. Todo para concluir aseverando que, como la acción imputada al incriminado no está explícitamente prevista como delito, aquél debe ser absuelto.

Concepto fiscal.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide en una extensa vista que se case la sentencia recurrida "y se imponga la pena respectiva", con base en alegaciones que él mismo sintetiza así:

"1º.—Los hechos considerados como delictuosos, a saber, tanto la confección del documento falsificado, partida de bautismo de Carlos Constantino Acosta Rodríguez y eficacia de la misma, para los fines ilícitos perseguidos, contraer un segundo matrimonio con la señorita Pacheco, están expresamente admitidos en el libelo, como punto de partida de las alegaciones para los cargos contra el fallo.

"2º.—Tales hechos, considerados en la sentencia como delictuosos y cuyo autor es el procesado Carlos Constantino Acosta Rodríguez, determinaron la condenación de éste por la violación del artículo 244 del Código Penal, cuyos fundamentos jurídicos para aplicar la pena allí prevista, son aceptables, en cuanto a los elementos de la infracción y a su autoría y en cuanto al análisis que de tales factores se hacen para interpretar dicho artículo. Empero, con muchos de los argumentos que aduce el fallo, se puede sostener con base jurídica mucho más firme y completa, que dichas actividades delictuosas encajan mejor en otras disposiciones penales, conforme a las explicaciones ya consignadas.

"3º.—En efecto, tanto por la calidad de documento público o auténtico de una partida de bautismo, confeccionada conforme al modelo ordinario de tales documentos en el Registro eclesiástico del Estado Civil, antes de 1938, llamados como estaban, a producir la totalidad de los efectos jurídicos como prueba principal de tal estado, que por lo demás comprobaba plenamente la adquisición del derecho concerniente al estado civil de las personas, que lleva envuelta una concepción de orden público, así como por la calidad de las funciones atribuídas a los párrocos para tales efectos, por la naturaleza de la acción, contrahacer totalmente o imitar fehacien-

temente tal documento auténtico o público, y llevar a cabo tal acto, un particular, en esa clase de documentos y para fines claramente ilícitos, conforme a todas las aclaraciones y argumentaciones consignadas, se llega a la conclusión de que el autor de tales hechos violó las disposiciones del artículo 231 del Código Penal, numeral 1º, en armonía con el artículo 233 ibídem, por todo lo cual la pena debería imponerse en estricto rigor jurídico conforme a tales preceptos y habida consideración de los demás factores tenidos en cuenta en la sentencia acusada que exhibe innegables basamentos de juridicidad, —a pesar del enfoque tan benigno al interpretar y aplicar exactamente la disposición penal violada—, pero sobre las otras bases incontrovertibles de la justipreciación del artículo 36 del Código Penal y de los que se refieren a circunstancias de mayor y de menor peligrosidad.

"4ª.— Contrariamente a lo sostenido en la demanda, en cargos y motivos que, lejos de permitir aceptar la causal primera de casación para las peticiones allí contenidas, es preciso reafirmar que la falsedad documentaria en el caso de autos, tiene amplio fundamento jurídico en las disposiciones recordadas y que el principio 'nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege', ha tenido plena vigencia en el presente proceso, al condenar por hechos claramente definidos como delitos y con la pena correspondiente en el Código de las Penas.

"5ª.—En consecuencia, lo jurídico será revocar el fallo impugnado, con base en la causal primera de casación, pero en modo alguno para absolver al sentenciado, ya que sí existen artículos aplicables a los hechos contemplados, sino para imponerle la pena correspondiente conforme al artículo 570, numeral a) del Código de Procedimiento Penal y siendo entendido que la 'reformatio in pejus' es aplicable para tales eventos en materia penal" (folios 63 á 65).

Considera la Corte:

1º.—Los documentos mencionados en el artículo 244 del Código Penal son públicos, por cuanto deben ser expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y con el lleno de las formalidades legales. Pudiera discutirse tal carácter a los que emanan de autoridades foráneas, pero como ellos deben tener respecto de éstas los mismos requisitos que los documentos nacionales respecto de las nuéstras, no cabe duda de que son documentos públicos extranjeros.

No obstante ello, las falsedades recaídas en tales instrumentos están sujetas a una penalidad considerablemente más benigna que la conminada para las cometidas en relación con otros documentos públicos. La razón de este tratamiento punitivo excepcionalmente benévolo radica en la circunstancia de que la fuerza obligatoria de ellos es bastante restringida. En verdad, mientras los documentos públicos en general sirven para probar la existencia de una relación jurídica que de ordinario afecta o puede afectar directamente derechos de terceros, comúnmente de índole patrimonial, los enumerados en esta disposición se limitan a autorizar, a las personas a quienes se les expiden, para el ejercicio de determinadas actividades, o a servirles de medio de identificación.

2º.—"Las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales" de que habla el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, no son, en sentido estricto, documento público, porque éste es, por definición, "el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario" (artículo 1.758 del Código Civil), o como se expresa en el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, el expedido "con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones", y es claro que aquéllos no son funcionarios públicos. En efecto, éstos pertenecen al género "empleados públicos", que son "todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes" (artículo 5º del C. de R. P. y M.), entre los cuales no pueden mencionarse los cargos de los curas, cuyas atribuciones son eminentemente eclesiásticas y señaladas al margen de la legislación civil, porque según el artículo 6º ibídem "no habrá empleo (público, se entiende) que no tenga funciones detalladas en la Constitución, en ley o en reglamento, u ordenanza o acuerdo, en su caso".

Contra esto no cabe argüir, como lo hace la Procuraduría, que el artículo 632 del C. de P. C., establece que "hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos.... las certificaciones de quienes lleven el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondiente", y que "hasta la expedición de esta ley (la 92 de 1938), el registro del estado civil de las personas estuvo a cargo de la Iglesia", porque esto es inexacto, pues antes y después de la vigencia de dicho ley ha estado él encomendado a funcionarios públicos. Decía, realmente el artículo 348 del Código Civil que "los Notarios Públicos en los Estados y en los Territorios, o los funcionarios llamados a sustituirlos, son los encargados

de llevar el estado civil de las personas", lo cual fue reproducido en su esencia por el artículo 1º de la mentada Ley 92, al establecer: "Los encargados de llevar el registro del estado civil de las personas serán: 1º.—Los Notarios, y en los municipios donde no haya este funcionario, el Alcalde Municipal, y 2º.—Los funcionarios consulares de Colombia en el exterior".

Lo que ocurre es que, para los fines meramente probatorios en materia civil, tales documentos fueron equiparados a públicos, como lo expresa el referido artículo 22 de la Ley 57 de 1887 en los siguientes términos: "Se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos y matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. Tales pruebas quedan sujetas a ser rechazadas o redargüidas o suplidas en los mismos casos y términos que aquéllas a que se contrae este título ("De las pruebas del estado civil"), a las cuales se les asimila".

Por supuesto que el legislador penal, para ser consecuente con el civil, ha debido también identificar, para sus fines propios, dichos documentos a públicos, como sucede en la generalidad de los países en que se les reconoce la fuerza probatoria civil que tienen entre nosotros. Pero no lo hizo sino respecto del "ministro eclesiástico", el único que puede ser sujeto activo de la figura trazada en el artículo 232. Y no se diga que guardó silencio en cuanto a los particulares porque partió de la base de que los "actos o documentos que puedan producir efectos en estado civil de las personas" son públicos, y funcionarios públicos, por lo tanto, quienes los expiden, ya que entonces resultaría superfluo el inciso 1º de dicho artículo 232, por estar reprimida la conducta de los ministros eclesiásticos en el artículo 231, que incrimina al "funcionario o empleado público que abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos" cometa alguna de las falsedades allí previstas. Le habría bastado colocar el inciso 2º de aquel artículo en este último, aclarado así: "Si hubiera perjuicio y el responsable fuere un ministro eclesiástico, se impondrá además, multa de ciento a dos mil pesos".

3º.—Es cierto que nuestro artículo 231, que parece calcado en el artículo 307 del Código español de 1932, omitió, como éste y todas las disposiciones que le sirvieron de modelo, reprimir expresamente la figura constituída por el acto de cometer falsedad "simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad", que el legislador hispano de 1944 incluyó en el numeral 9º del artículo 302, sin que ello implicara "variaciones sustanciales" del sistema anterior, como lo anota Jiménez de Azúa en cita traída por el recurrente. Y esto es exacto, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la última reforma ya había declarado, como lo hace notar Federico Puig Peña, "que del contexto y espíritu de las disposiciones todas del título de las falsedades se infiere que el legislador ha querido calificar así no solamente las cometidas en documentos verdaderos, sino también la simulación de los mismos, hecha de modo y manera que pueda inducir a error sobre su autenticidad" (Derecho Penal, tomo III, página 201).

Efectivamente, si se concreta el problema a la contracción o fingimiento de letra, firma o rúbrica, se tendrá que no todo el que realiza una de estas acciones habrá contrahecho o simulado un documento, porque este término no equivale, sin duda, ni a letra, ni a firma, ni a rúbrica. Pero no parece discutible que quien elabora totalmente un documento falso, necesariamente tiene que contrahacer o fingir, en relación con ese documento, letra, firma o rúbrica, por lo que su acción queda comprendida en la enunciación del numeral 1º de nuestro artículo 231.

Contra esto no vale alegar que tales actos no recaen sobre un documento porque cuando ellos se realizan no hay todavía documento, pues la ley muy sabiamente no dice que ellos se cometan en escrituras o documento públicos, sino "en relación", esto es, en conexión o correspondencia con los unos o las otras, lo cual puede ocurrir mientras el documento falso está siendo elaborado. Por lo demás, si el argumento que se impugna prosperara, jamás podría darse la falsedad pública cometida por un funcionario, porque el documento expedido por éste no será nunca documento público, por no haber sido autorizado "en ejercicio de sus funciones", sino con abuso, es decir, saliéndose de ellas.

4º.—Es de la esencia del delito de falsedad en documento el perjuicio, real o potencial. Pero mientras en la falsedad pública este último es un peligro presunto, que no hay que demostrar en cada caso concreto, por lo cual basta, para admitir su existencia, que no aparezca que la falsedad imputada sea inocua, tratándose de la primera, la cuestión es bien distinta: ella requiere la concurrencia de un perjuicio efectivo y con-

creto contra un tercero, en sus dos formas de falsedad propiamente dicha (artículo 240) y de uso del documento falso (artículo 241), y, a falta de él la "intención de causarlo" para la primera, y el "propósito de lucrarse" para la segunda. Y com uno de tales presupuestos es elemento constitutivo de la infracción, mientras no se haya probado plenamente, éste no puede darse por averiguada.

5º.—Como los actos atribuídos al procesado no encajan, como se vio, en las previsiones del artículo 244 del Código Penal, es preciso casar, por esta razón, la providencia acusada, y dictar la sentencia que deba reemplazarla (artículo 570 del Código de Procedimiento Penal). Y como no aparece probado en el expediente que hubiera causado daño, ni procedido con intención de causarlo o propósito de lucrarse, el fallo no puede ser condenatorio (artículos 272 y 203 del Código de Procedimiento Penal).

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo, en parte, con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, invalida la sentencia materia del presente recurso, y en su lugar absuelve a Carlos Constantino Acosta Rodríguez de los cargos que le fueron formulados en este juicio.

Cópiese, notifíquese y publíquese, y vuelva el negocio al Tribunal de origen.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Benjamín Iragorri Díez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquito León L., Secretario.

CAUSALES PRIMERA, SEGUNDA Y CUARTA. — TECNICA DE CASACION. — DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA. — INFLUENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD EN LA DETERMINACION DE LA PENA. — COMO DEBEN ENTENDERSE LAS FORMALIDADES QUE PRESIDEN LOS PROCESOS PENALES. — SABIENDO EL PROCESADO LA IMPUTACION PRECISA QUE SE LE HACE, NO INFLUYE EN SU DEFENSA LA EQUIVOCACION DE LA CITA LEGAL EN QUE ESTA COMPRENDIDA AQUELLA

1.—En casación, debe demostrarse el cargo que se le formula a la sentencia, puesto que la legalidad de ésta se presume, siendo como es resultado de un juicio que permitió un amplio debate probatorio.

En el estudio de las demandas de casación debe atenderse no tanto al orden en que se presenten las causales invocadas, ni a su fuerza o poder intrínseco, como al entendimiento en que se aduzcan; pues sólo cuando el demandante no señala el grado de importancia que a la una le concede sobre la otra, será acomejable, de acuerdo con la técnica del recurso, ocuparse en primer término en la que tenga más relevante condición.

2.— No es la denominación técnica del compromiso que, desde un punto de vista estrictamente comercial, hubiera adquirido el procesado, lo que interesa. Si la nota dominante del abuso de confianza es la apropiación de una cosa mueble ajena entregada por el dueño, por un título no traslaticio de dominio, o para un uso indeterminado, lo esencial es saber si la persona acusada dispuso de ella en provecho personal o de un tercero, o se salió de la órbita de sus atribuciones, sean éstas las de mandatario, comisionista, consignatario, agente, depositario, etc.

3.—Las circunstancias de mayor peligrosidad enumeradas en el artículo 37 del Código Penal no son factores exclusivos para señalar la cuantía de la pena, puesto que también la medida de ésta debe guardar relación con los motivos determinantes, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y la personalidad del infractor (artículo 36 ibidem).

No puede alegarse que el sentenciador creó una circunstancia agravante, cuando se limitó a apreciar, dentro de las facultades que le confiere la Ley, un hecho que consideró como índice desfavorable en cuanto a la personalidad del procesado, y de acuerdo con este criterio procedió a adaptar la sanción.

4.— Las formalidades que presiden los procesos penales deben entenderse no como simples formalismos sino como garantía de los derechos que ellos están encargados de amparar, y entre éstos se halla el relativo a la defensa del imputado. De donde se concluye que cuando se adelantan sin observar las reglas que los caracterizan o prescindiendo de los requisitos que hacen parte de su esencia y se crea un estado de confusión en perjuicio de los intereses encomendados a su tutela, procede declarar inválido el respectivo trámite o la actuación irregular, si el cargo se demuestra en casación o se advierte en las instancias, en aquellos procesos que permiten el procedimiento de oficio.

5.—Sabiendo desde un principio el procesado, cuál era la imputación precisa que se le hacía y de ella y no de otra procuró defenderse, no puede afirmar que se le dificultó la defensa por el hecho de que se hubiera equivocado la cita del capítulo del Código Penal en que está comprendido el delito de abuso de confianza.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

Por haberse cumplido el trámite que le es propio, se procede a decidir del recurso de casación

interpuesto contra la sentencia de 1º de agosto de 1957, del Tribunal Superior de Bogotá, en la que se condena a Delio Jaramillo Uribe por el delito de abuso de confianza, en cuantía de $ 19.733.61, a la pena privativa de la libertad de dos años de prisión.

* * *

Da cuenta el proceso, adelantado de conformidad con lo establecido en el Decreto 0014 de 1955, de los siguientes hechos principales:

a) El 10 de noviembre de 1956, el señor Gustavo Mier López despachó desde el Puerto de Regidor, Municipio de Bodega Central, Departamento de Bolívar, 54 novillos, los que recibió en Puerto Salgar el señor Delio Jaramillo Uribe a quien iban consignados;

b) Este, a su turno, los remitió, por la vía férrea a Bogotá, en donde los recibió Abraham Torres Barreto, a quien Jaramillo los vendió en el matadero por la suma de $ 27.286.71, de la cual —hasta el 29 de noviembre— le había alcanzado a pagar el comprador un poco más de las dos terceras partes; y sea esta la oportunidad de advertir que la venta se refirió sólo a 50 novillos, porque cuatro murieron en el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y Bogotá;

c) Algunos días después del 10 de noviembre ya citado, Mier López se trasladó a esta ciudad con el fin de percibir el precio de la venta del ganado hecha por Jaramillo a Torres Barreto;

d) Como Jaramillo Uribe tan sólo le entregara la cantidad de $ 5.000.00 en dos cheques (uno por $ 4.000.00 y otro por $ 1.000.00) y asumiera una actitud sospechosa y francamente indicadora de que se proponía violar el compromiso, Mier López resolvió denunciarlo criminalmente el 5 de diciembre de 1956 por el delito de abuso de confianza, consistente en haberse apropiado de los semovientes que no le habían sido entregados a título traslaticio de dominio;

e) 53 de estos novillos los había comprado Mier a Guillermo Cañas;

f) Según el denunciante, él los despachó a Jaramillo Uribe para que los vendiera en Bogotá, partiendo las utilidades que se obtuvieran por encima del precio de costo ($ 27.810.00), entre el propietario, el comisionista Jaramillo Uribe y el señor Julio Arias, que obró a la manera de intermediario en las relaciones comerciales de los dos anteriores;

g) Según Jaramillo, él no obró como comisionado sino como comprador del ganado, el que debía pagar —según su propio dicho— en el plazo de un mes a "partir de la fecha en que fue despachado del Puerto de Regidor";

h) Sostuvo Jaramillo que él le pagó a Mier la totalidad del valor convenido ($ 27.540.00), en siete contados, así: $ 255.00, $ 1.200.00, $ 9.500.00, $ 6.000.00, $ 5.585.00, $ 4.000.00 y $ 1.000.00). De estas cantidades tan sólo dos (la de $ 4.000.00 y la de $ 1.000.00), fueron pagadas en cheque y las demás se hicieron en dinero efectivo, según lo afirmó el procesado, quien al concretar estos puntos en la diligencia de careo expresó lo que sigue: que el primer contado lo pagó entre el mes de septiembre y el de octubre; que el 12 de noviembre pagó el segundo en un cheque y que los últimos contados se efectuaron del 18 de noviembre al 30 del mismo mes (folio 66, cuaderno 1º);

i) Obran en el expediente, entre otros, los documentos y pruebas que se van a relacionar: 1º El "bono de venta" fechado en Rioviejo el 25 de octubre de 1956, que acredita la adquisición del ganado por parte de Gustavo Mier; 2º. La autorización del Ministerio de Agricultura expedida el 6 de noviembre de 1956 a Gustavo Mier para transportar como propietario 54 novillos; 3º el conocimiento de embarque de 10 de noviembre de 1956 (folio 36), a nombre de Gustavo Mier en el que figura como consignatario Delio Jaramillo Uribe; 4º la carta de 9 de noviembre de 1956 dirigida por Gustavo Mier a Delio Jaramillo y a Julio Arias, que dice así:

"..... Muy estimados amigos: Mi saludo para ustedes y deseóles bienestar. Con el portador señor Heriberto Mier les envío 54 novillos gordos cuyo precio es el siguiente precio de costo hasta la manga de embarque ($ 510.00) quinientos diez pesos. Pues este ganado ha tenido muchos gastos motivado a las fuertes inundaciones del río y ha sufrido mucho este ganado con la creciente, sobre todo la incomodidad que ha tenido para el pasto que todo está..... y no tiene tierra seca en ninguna parte. Se ha rebajado mucho en peso. Ustedes deben pagar el transporte fluvial, lo mismo el conductor, o sea el hombre que va cuidando el ganado, pues éste va ganando a $ 6.00 seis pesos diarios, y hay que reconocerlo 3 días de regreso.— Adjunto le envío el bono de venta que se lo exigen.— Yo sigo en la semana entrante..... Ustedes carguen el flete de remolcador y ferrocarril y ojalá puedan vender a buen precio..."

5º.— Las declaraciones de Julio Arias, Camilo Rojas Mojica, Abraham Torres Barreto y Marco A. Castañeda. En la primera se lee: "..... se consta que el señor Mier compró ese ganado..... Sé que entre el señor Jaramillo y Mier hay ne-

gociaciones sobre ese ganado, ya que yo intervine para que el señor Jaramillo entrara en contacto con Mier, y fue así como ese ganado cincuenta y cuatro novillos (sic) el señor Mier se los consignó a don Delio Jaramillo para su venta en esta ciudad, y repartir utilidades" (folio 8, cuaderno 1º); en la del segundo: "En relación con ese ganado no sé qué haya de negocios entre los citados Mier y Jaramillo. Por manifestación del mismo Jaramillo y el señor Mier, el ganado se lo había despachado Mier en consignación a Jaramillo....." Y antes había dicho: "Por todas estas informaciones este mi conocimiento personal" (sic) "que el señor Gustavo Mier es el dueño de los cincuenta y cuatro novillos" (folio 9 vuelto, cuaderno 1º): el tercero (Torres Barreto) manifestó que Jaramillo Uribe le dijo que le había pagado los 54 novillos a Mier con dos cheques, así: uno por cinco mil pesos y otro por veintitrés mil; el declarante Marco A. Castañeda expuso: "Todo lo que sé en relación con el negocio porque se me pregunta, es lo que pude saber en una conversación que el día veintidós o veintitrés —no estoy seguro de la fecha exacta— de noviembre, en la Lonchería La Sultana..... como a eso de las siete y media a las ocho de la noche, se celebró entre don Gustavo Mier y el señor Delio Jaramillo. En esta conversación que se celebraba en mi presencia...., don Delio Jaramillo informó a don Gustavo Mier que había recibido del Ferrocarril cincuenta novillos de los cincuenta y cuatro que le había consignado para la venta, pues cuatro de ellos dizque habían muerto durante el transporte en el Ferrocarril. Que los cincuenta novillos recibidos se los había vendido a don Abraham Torres a razón de un peso con treinta centavos el kilo en pié. Que los cincuenta novillos habían pesado veintidós mil seiscientos kilos, lo que dió un peso en promedio por cabeza, de cuatrocientos cincuenta y dos kilos y que al venderlos así salió vendida cada res en la cantidad de quinientos ochenta y siete pesos con sesenta centavos en promedio. Que como había acreditado parte del precio al comprador, el saldo que éste quedaba debiendo se lo cubriría el martes siguiente..... En el negocio de ganado se entiende por consignación, el hecho de que el propietario del ganado se lo consigne a otra persona para que ella lo transporte, si es el caso, lo venda y entregue el producto de la venta al propietario del ganado, ganando el consignatario una comisión por su servicio, que puede ser una suma determinada por cabeza o a veces se estipula también un porcentaje sobre ganancias...." (Folio 72 y vuelto a 73, cuaderno 1º).

Son estas, en términos generales, las pruebas que tanto el Juez Quinto Superior de Bogotá como el Tribunal apreciaron como base de sus conclusiones respecto de la responsabilidad de Delio Jaramillo Uribe en su condición de autor del delito de abuso de confianza, sancionado en la segunda instancia con dos años de prisión, de acuerdo con estas consideraciones:

"Del delito de abuso de confianza trata el artículo 412 del Código Penal en concordancia con el primero del Decreto 2184 de 1951. Como el que se imputa a Jaramillo Uribe reviste el carácter contemplado en el inciso 1º del invocado artículo 412, la pena mínima que conforme a los dos textos en cuestión se puede aplicar al acusado es la de un año de prisión y multa de veinte pesos. Pero esos mínimos no proceden en el caso de autos, como quiera que para aplicar las sanciones debe tenerse en cuenta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal, entre otras cosas, la personalidad del delincuente, personalidad que es desfavorable para la causa de Jaramillo Uribe; quien en el proceso se revela como un delincuente de mínimos frenos para la violación de la Ley Penal. Esa circunstancia la pone de manifiesto aquel hecho referido al instrumento que giró en Puerto Salgar a favor del Capitán Héctor Baca por la suma de $ 937.15 para cubrirle el transporte del ganado desde Puerto Regidor a la población dicha, cheque que a sabiendas expidió contra una cuenta cancelada a virtud del mal manejo que el inculpado le había dado. En consideración de este factor de personalidad la pena tiene que ser intensificada en grado que concuerde con él y que la Sala estima en seis meses, para que por este aspecto la sanción quede en diez y ocho meses de prisión. Por otra parte debe a su vez hacerse otro aumento en atención a que la cuantía del delito es muy superior a diez mil pesos, de donde resulta que es actualizable el artículo 414 de la obra invocada. Este otro aumento es prudente determinarlo también en seis meses, y así se concluye en que la pena que debe aplicarse en definitiva a Jaramillo Uribe es la de dos años de prisión....."

* * *

LA DEMANDA:

En un extenso y bien elaborado escrito, el doctor Eduardo Kronfly, como defensor de Delio Jaramillo Uribe, ha sustentado el recurso de que se trata. Invoca las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedi-

miento Penal, pero en la exposición presenta como principal la segunda; y esto es lógico y resulta conforme con las peticiones que a cada uno de los cargos corresponde: fallo absolutorio, si prospera la causal segunda; disminución de la pena, si se demuestra la primera; y nulidad de parte de lo actuado, si resulta probada la cuarta.

En este orden, que marca la voluntad del recurrente y que no se puede variar so pretexto de que lo primordial en todo juicio es averiguar si existe una irregularidad en el procedimiento que conduzca a declararlo nulo, habrán de ser estudiadas por la Sala.

* * *

CAUSAL SEGUNDA.—Principia el recurrente diciendo que los hechos se interpretaron de manera errónea por el sentenciador al darle al negocio celebrado entre su defendido y Gustavo Mier un carácter que no aparece establecido. Para responder a esta afirmación se ve precisado a entrar en un análisis minucioso de los presupuestos de la sentencia, criticando las deducciones del Tribunal y la mayor parte de los elementos que le sirvieron de apoyo.

La tesis del demandante es la de que el delito de abuso de confianza no se ha configurado, porque no existe contrato alguno de mandato, cuya violación pueda imputarse a la parte que él representa. Tesis que viene precedida de un estudio crítico de las actividades del denunciante y denunciado, ninguna de las cuales, en su concepto, es claramente indicadora de que Jaramillo Uribe hubiera adquirido los 54 novillos a título distinto del de compra-venta. A este propósito expone: 1º Que "la palabra consignatario no sólo significa depositario, sino también la persona encargada de recoger una cosa"; 2º Que el hecho del embarque del ganado que el Tribunal estime como prueba de gran valor, no puede considerarse "como indicio de la existencia de un contrato de mandato"; 3º Que en la carta que dirige Mier a Jaramillo "no se habla de negocio de consignación de ganados"; 4º Que del contenido de las declaraciones de Torres Barreto, Arias, Rojas Mojica y Castañeda no se desprende el carácter de comisionista que tuviera Jaramillo Uribe; 5º Que ninguno de estos declarantes dá razón de su dicho, y que "ellos no constituyen un esqueleto capaz de demostrar en forma indubitable el contrato de consignación sobre el que tanto hincapié hace la sentencia demandada", pues "de ellas sólo se desprende una situación ambigua, dudosa, una dualidad que no tiene explicaciones"; 6º Que el Tribunal habla de una cadena de pruebas directas unas, indirectas las demás, pero que tuvo buen cuidado en no enumerarlas, dificultando así la labor de rebatirlas; 7º Que, en cambio, omitió darle todo su alcance a la siguiente respuesta del denunciante Mier al contestar una pregunta formulada por el apoderado de Jaramillo en la diligencia de careo: "el señor Jaramillo no se presentó como comisionista, ni le despachó los ganados con ese mismo fin"; 8º Que el mal llamado **bono de venta** "nada da, ni nada quita la situación de autos, toda vez que la calidad del propietario inicial de los ganados, nadie se la ha discutido al señor Mier López. Lo discutido es el título o contrato que ocasionó el traslado de ellos a manos de Jaramillo Uribe".

Quedan así sintetizados los más importantes argumentos del distinguido autor de la demanda en cuanto a la causal segunda que se funda en la inexistencia del cuerpo del delito de abuso de confianza.

* * *

CAUSAL PRIMERA.—Que la sentencia acusada violó el artículo 39 del Código Penal al aumentar la pena imponible mediante una "gratuita circunstancia de mayor peligrosidad que creó el sentenciador", es el cargo que formula el demandante con asidero en la causal que se acaba de citar. "En el proceso" —dice— "no hay dato alguno que revele a Jaramillo Uribe como persona peligrosa para la sociedad... el sólo giro de un cheque, sin haber establecido todas y cada una de las modalidades que influyeron para ello, no puede ser índice que señale de manera indubitable a un procesado como elemento peligroso para la sociedad".

* * *

CAUSAL CUARTA.—Que la sentencia se pronunció en un juicio viciado de nulidad, es el cargo que con fundamento en la causal que antecede propone el recurrente. En concreto, alude quien la invoca a un error en la cita del capítulo que trata del delito de abuso de confianza. A este error, que es evidente y que lo registra el auto que ordenó la detención de Jaramillo Uribe, le atribuye el doctor Eduardo Kronfly capacidad necesaria para que se declare la correspondiente nulidad. Para alegarla razona más o menos así: El auto de detención, en procesos que se siguen mediante el procedimiento indicado en el Decreto 0014 de 1955, equivale al de proceder, según doctrina de

la Corte; luego las reglas que se predican respecto de éste, rigen para aquél. Y como una de esas reglas establece que en la parte resolutiva se determine el delito con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, la equivocación relativa a este punto vicia el procedimiento, porque obstaculiza el derecho de defensa y afecta el proceso de "nulidad sustancial o constitucional".

* * *

SE CONSIDERA:

Según se ha podido observar, el aspecto fundamental del recurso versa sobre una cuestión de hecho. No se discute un problema jurídico que imponga la necesidad de hacer una exégesis del delito de abuso de confianza, sino de saber a qué título recibió en Puerto Salgar Delio Jaramillo Uribe los cincuenta y cuatro novillos que del Puerto de Regidor, en el Departamento de Bolívar, le remitió Gustavo Mier. Aquél afirma que cuando esto ocurrió ya eran suyos, pues los había comprado al remitente, comprometiéndose a pagarlos en el plazo de un mes, que debía contarse a partir de la fecha del despacho. Y entonces se tiene: a) Que el pago no era exigible antes del 10 de diciembre de 1956 puesto que los novillos fueron despachados el 10 de noviembre de ese año; b) Que Mier no tenía por qué denunciar a Jaramillo el 5 de diciembre por el incumplimiento de una obligación aún no exigible; c) Que en las fechas (12 y 18 de noviembre) en que asegura Jaramillo haberle pagado a Mier los contados correspondientes al valor de los 54 novillos, el plazo aún no estaba vencido; d) Que si el ganado le costó a Mier $ 27.810.00 mal podía haberlo vendido a Jaramillo por $ 27.540.00; e) Y si esta última cantidad era el precio de venta acordado entre Jaramillo y Mier, por qué entonces, le dijo Jaramillo a Torres Barreto que él le había pagado los 54 novillos a Mier en dos cheques, uno por $ 5.000.00 y otro por $ 23.000.00?.

Estas discrepancias, que resultan de las propias palabras del procesado, ponen en tela de juicio su veracidad cuando sostiene que los novillos eran suyos por haberlos comprado a Gustavo Mier. Desacreditada la fuente de donde provenía el rechazo de la imputación, era natural suponer que quien la hacía no estaba contrariando la verdad. Y así, colocado el sentenciador en la situación de escoger entre dos afirmaciones opuestas, resolvió darle crédito a la del denunciante, cuyas subsiguientes aserciones fueron recibidas con la confianza que inspira la persona que las hace. No podía ocurrirle lo mismo con las hechas por el procesado, y por eso no le dió oídos a la posibilidad de que Jaramillo hubiera entregado en efectivo, en sitios poco adecuados (cafés) y sin testigos, cantidades de dinero como aquellas indicadas por él: $ 5.585.00, $ 6.000.00, $ 9.500.00. A propósito de semejantes ocurrencias dice el Tribunal:

"Según estos datos el número de billetes como mínimo, suponiendo que todos hubieran sido de cien pesos, serían noventa y cinco, lo que quiere decir que tales billetes formaban un bulto de extraordinaria dificultad para ser llevado en el bolsillo, detalle que ya empieza a descalificar la versión de Jaramillo Uribe, quien de otra parte se cuida de informar de dónde sacó esos dineros y por qué los tenía en su poder y no en su casa, en su oficina o en el Banco, ese día en que dice habérselos entregado al señor Mier López, en un café, vale decir, en un sitio que ningún comerciante escoge para hacer un pago de esta naturaleza ciertamente importante. Debe anotarse que Jaramillo habla de un café que queda frente a su oficina, lo que permite preguntar entonces por qué no pasó con el señor Mier a esa oficina en donde el dinero podía ser contado con calma y en un ambiente propicio para esa clase de pagos. Estas consideraciones echan por tierra el aserto de Jaramillo con respecto a los nueve mil quinientos pesos que dice haberle entregado al señor Mier López.

"Para entregar otros seis mil pesos Jaramillo Uribe escogió un nuevo café, esta vez el San Marino y, por último, para entregar $ 5.585.00 escogió la simple vía pública. Claro está que en todos estos contados se abstuvo de pedir recibo alguno y se cuidó de que sólo estuvieran los dos, es decir, él y el señor Mier López. Por lo demás, como en el caso de los $ 9.500.00, también calló sobre el origen de esos $ 11.585.00 conque dice haberle hecho los dos últimos pagos al señor Mier López ni advierte por qué en los sendos días de esos dos pagos llevaba consigo, en una ocasión $ 6.000, y en la otra $ 5.585.00, sumas de consideración y que no es común que los comerciantes lleven en el bolsillo en su tránsito por la calle, incluso por el peligro del robo. La cuestión en esta forma presentada no es de ninguna manera creíble con tanto mayor razón si además se observa que Jaramillo Uribe se abstuvo a su turno de fijar las fechas de las entregas de dinero a que se refiere, la primera por $ 9.500.00, la segunda por $ 6.000.00 y la tercera por $ 5.585.00".

El Tribunal no se limitó a exponer esta duda,

que figura como uno de los eslabones de la cadena de indicios que determinaron la condena, pues también analizó otras circunstancias, como las siguientes: el bono de venta, que acredita que Mier era el dueño del ganado; el contrato de transporte, que señala a Mier como propietario de los semovientes; la carta dirigida por Mier a Jaramillo y a Arias; los testimonios de este último, de Castañeda, etc. Todo lo cual demuestra que en el ánimo de Gustavo Mier no estuvo en ningún momento el transferir el dominio de los 54 novillos al procesado, sino el de encargarlo para que los vendiera a un precio que dejara utilidades a los partícipes del arreglo. Y sobre tal punto, la carta transcrita en otro lugar de este fallo da una idea bastante clara de la índole del negocio celebrado entre Mier y Jaramillo. Porque, como lo comenta el Tribunal, las instrucciones que allí se dan a los destinatarios de ese documento privado sobre el costo del ganado, condiciones en que se encuentra y demás detalles, deseo de que fuera vendido a buen precio, son pormenores en que no entra sino la persona que espera obtener algún provecho de una negociación futura.

No carece, pues, de elementos de convicción el fallo en cuanto a la responsabilidad del acusado, ni puede decirse que no se demostró el cuerpo del delito de abuso de confianza. Es verdad, que los juzgadores no dispusieron de un documento en donde se hubieran estipulado las cláusulas del contrato celebrado entre Mier y Jaramillo, con el que se hubiera establecido, sin más auxilio, su naturaleza y condiciones. Pero la falta de una prueba de esa clase no significa que resulte inaceptable el pronunciamiento que se haga sobre la misma materia, valiéndose el intérprete de otros medios (testimonios, indicios, etc.) igualmente eficaces ante la ley para establecer el delito y determinar los culpables.

En casación, debe demostrarse el cargo que se le formula a la sentencia, puesto que la legalidad de ésta se presume, siendo como es resultado de un juicio que permitió un amplio debate probatorio. Y durante ese debate no logró Jaramillo acreditar que le hubiera comprado las reses a Mier López. En cambio éste probó que eran suyas, y los datos traídos a la investigación le permitieron al Juez y luégo al Tribunal deducir, previo el análisis crítico de aquellos, que Jaramillo Uribe no tenía otra autorización que la de ejecutar a nombre de Mier un determinado encargo y darle cuenta de su cometido. Lo cual quiere decir que al apropiarse de las 54 reses de las cuales era tenedor y no dueño, cometió el delito de abuso de confianza. Porque no es la denominación técnica del compromiso que, desde un punto de vista estrictamente comercial, hubiera adquirido el procesado, lo que interesa. Si la nota dominante del abuso de confianza es la apropiación de una cosa mueble ajena entregada por el dueño, por un título no traslaticio de dominio, o para un uso indeterminado, lo esencial es saber si la persona acusada dispuso de ella en provecho personal o de un tercero, o se salió de la órbita de sus atribuciones, sean éstas las de mandatario, comisionista, consignatario, agente, depositario, etc. Por eso carece de importancia la observación del recurrente acerca de la respuesta dada por Mier en la diligencia de careo a una pregunta del apoderado de Jaramillo Uribe, quien, se repite, dispuso en su propio beneficio de lo que le había sido confiado para cumplir una determinada gestión respecto de la cual se negó a darle cuenta al dueño del ganado.

Por las razones que preceden no prospera el cargo que se refiere a la causal segunda.

LA SANCION:

Afirma el recurrente que no tiene justificación legal ninguna el aumento de seis meses de la pena impuesta en el fallo de primera instancia, porque en el proceso no hay constancia de la mala conducta anterior de Jaramillo Uribe, ni dato que revele que es un individuo peligroso para la sociedad.

Las circunstancias de mayor peligrosidad enumeradas en el artículo 37 del Código Penal no son factores exclusivos para señalar la cuantía de la pena, puesto que también la medida de ésta debe guardar relación con los motivos determinantes, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y la personalidad del infractor (artículo 36 ibídem). Y al considerar este último aspecto el Tribunal tuvo en cuenta que Jaramillo Uribe pretendió pagarle al señor Héctor Baca, capitán del remolcador, el transporte del ganado ($ 937.15) con un cheque girado contra el Banco Ganadero y que no fue cubierto por el motivo que el Jefe de cuentas corrientes de dicho establecimiento bancario le expuso al investigador y que dice así: "..... El señor Delio Jaramillo Uribe no ha tenido ni tiene cuenta corriente en este Banco, solamente manejó la cuenta corriente a nombre de la sociedad "Dejaru Limitada", la cual fue cancelada por el Banco en noviembre 8, por mal manejo". (folio 75, cuaderno 1º).

No puede entonces alegarse que el sentenciador creó una circunstancia agravante. Se limitó a apreciar, dentro de las facultades que le con-

fiere la Ley, un hecho que consideró como índice desfavorable en cuanto a la personalidad del procesado, y de acuerdo con este criterio procedió a adaptar la sanción. Lo cual indica que no es justificable el cargo que le formula el recurrente al fallo con fundamento en la causal primera.

* * *

CAUSAL CUARTA:

"Cuando se ataca la sentencia a través de la referida causal, que trata del juicio nulo, por ésta debe empezarse el estudio del respectivo libelo ya que en caso de estar fundada, por sustracción absoluta de materia no habrá lugar al análisis de cualesquiera otras", expresa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien por haber encontrado que éste es uno de aquellos casos prescindió de referirse en su concepto a las otras dos causales ya examinadas por la Sala.

En términos generales ello es tal como lo dice el señor Procurador. Ocurre, sin embargo, y así lo ha expresado la Corte (fallo de 27 del mes p.p., proceso contra Carlos Espejo Ramírez) que en el estudio de las demandas de casación debe atenderse no tanto al orden en que se presentan las causales invocadas, ni a su fuerza o poder intrínseco, como al entendimiento en que se aduzcan; pues sólo cuando el demandante no señala el grado de importancia que a la una le concede sobre la otra, será aconsejable de acuerdo con la técnica del recurso, ocuparse en primer término de la que tenga más relevante condición.

* * *

Las formalidades que presiden los procesos penales deben entenderse no como simples formulismos sino como garantía de los derechos que ellos están encargados de amparar, y entre éstos se halla el relativo a la defensa del imputado. De donde se concluye que cuando se adelantan sin observar las reglas que los caracterizan o prescindiendo de los requisitos que hacen parte de su esencia y se cree un estado de confusión en perjuicio de los intereses encomendados a su tutela, procede declarar inválido el respectivo trámite o la actuación irregular, si el cargo se demuestra en casación o se advierte en las instancias, en aquellos procesos que permiten el procedimiento de oficio.

Pero aquí no aparece que ello haya ocurrido. Porque en el auto de detención fechado el 3 de enero de 1957 se habló de "la responsabilidad de éste" (Delio Jaramillo Uribe) "como autor del delito de abuso de confianza" (folio 91, cuaderno 1º). Y el Tribunal, en la providencia que confirmó este auto, dijo: "Del Juzgado Décimo de Instrucción Criminal llegan las presentes copias con el fin de surtir el recurso de apelación que se interpuso y concedió contra el auto de tres de enero del año en curso por medio del cual se decretó la detención preventiva de Delio Jaramillo Uribe acusado del delito de abuso de confianza" (Folio 113, cuaderno 2º).

En ningún momento se le dificultó la defensa a Jaramillo Uribe por el hecho de que se hubiera equivocado la cita del capítulo del Código Penal en que está comprendido el delito de abuso de confianza. El procesado supo desde un principio cuál era la imputación precisa que se le hacía y de ella y no de otra procuró defenderse.

No está, por lo tanto, probado el cargo de nulidad que en tercer lugar adujo el recurrente, doctor Eduardo Kronfly, quien, justo es reconocerlo, ha hecho un meritorio esfuerzo en la atención del caso que se confió a su pericia, presentando un escrito ajustado a la técnica de este recurso extraordinario.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, en desacuerdo con el parecer del Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 1º de agosto de 1957, en la cual se condenó a Delio Jaramillo Uribe por el delito de abuso de confianza; a la pena privativa de la libertad de dos años de prisión y a las demás de que en ese fallo se da cuenta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Benjamín Iragorri Díez—Luis Eduardo Mejía—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León, Secretario.

LOS CARGOS DE FALSEDAD Y PREVARICATO, NO PUEDEN PROSPERAR CUANDO HAY AUSENCIA DE MALA FE. — LA SOLA DISPARIDAD DE CRITERIOS ENTRE EL TRIBUNAL Y EL JUZGADO ACERCA DE LAS PROVIDENCIAS QUE ESTE DICTE, NO CONSTITUYE ILICITO PENAL; Y EL HECHO DE QUE EL SUPERIOR ANULE, REVOQUE O CONFIRME LO RESUELTO POR EL INFERIOR, NO ARGUYE, POR SI SOLO, ANIMADVERSION O SIMPATIA DEL PRIMERO PARA CON EL SEGUNDO

1.—Los cargos de falsedad (artículo 221, ordinales 3 y 4 del Código Penal) y prevaricato (artículo 168 ibidem) no pueden prosperar cuando hay ausencia de mala fé. Un error de apreciación en el terreno de la hermenéutica de las leyes no entraña delito, a no ser que proceda de intención torticera.

2.— El hecho de que el Tribunal considere que en determinados casos se debe dictar fallo absolutorio o condenatorio y el Juzgado estime que lo procedente es el sobreseimiento u otra clase de providencia, no quiere decir que haya mala fé del Tribunal ni del Juzgado. Lo que hay es una disparidad de criterios.

Para remediar esta disparidad e impedir que ocasione injusticias, se han establecido los recursos.

Por otra parte, una cosa es atribuir a una persona algo que no ha hecho (ordinal 3º, artículo 23 de la Ley 95 de 1936) y otra muy distinta interpretar de un modo diferente las consecuencias de aquella actividad. Tampoco es lo mismo faltar a la verdad "en la narración de los hechos" (ordinal 4º, ibídem) que atribuirle a esos hechos una significación que no coincide con la que tuvo en mente el que los llevó a cabo.

3.—El que el superior anule, revoque o confirme lo resuelto por el inferior, no arguye, por sí solo, animadversión o simpatía del primero para con el segundo. Si otro fuera el criterio de tan delicada materia, sobrarían los recursos legales, pues el superior no podría nunca decidir sobre lo resuelto por el inferior, sin incurrir, por activa o por pasiva, en la infracción prevista en el artículo 168 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

El doctor Pedro Alfonso Peñarete Villamil cedulado bajo el número 48723 en Bogotá, en escrito de 11 de mayo de 1956, presentó ante esta Corporación, denuncia "contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja", que resultasen "responsables ... de falsedad, prevaricato, y abuso de autoridad".

La Sala Penal de la Corte es competente para conocer del asunto en única instancia (ordinal 6º del artículo 42 de la Ley 94 de 1938).

Consta en el expediente que los doctores VICTOR ARENAS SANDOVAL, GONZALO RODRIGUEZ SUAREZ y MIGUEL DE J. NIÑO LEAL, en la época a que se refieren los hechos materia de la denuncia, desempeñaban las funciones de Magistrados del Tribunal Superior de Tunja (folios 91, 110, 112, 117, 118 y 120 a 122).

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en escrito de 6 de junio de 1958 (folios 142 a 156) emitió dictamen favorable a la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento respectivo.

La última actuación de la Corte anterior tiene fecha 26 de abril de 1957 (folio 39). El informativo consta de 156 folios, y su mérito legal no ha sido calificado, de lo cual no es, desde luego, responsable la nueva Corte.

La denuncia comprende tres cargos: falsedad, prevaricato y abuso de autoridad.

Al folio 4 puede verse en qué consisten los cargos. Dice allí el denunciante:

"Considero que hubo falsedad, por cuanto los Magistrados, como empleados públicos, faltaron a

la verdad en la narración de hechos que constan en providencias y diligencias judiciales, y por cuanto ellos mismos atribuyeron en un acto, también judicial, manifestaciones distintas, de ese mismo Tribunal y del Juzgado a mi cargo, de las que en realidad fueron hechas, todo ello en documentos públicos y con ocasión y abuso de funciones públicas, delito previsto en el artículo 231 del Código Penal" (Ordinales 3 y 4).

"Hubo **prevaricato**, porque esos mismos funcionarios .... a sabiendas dictaron sentencia o resolución contra mí, en forma contraria a la ley, expresa y manifiestamente injusta, por animadversión no provocada sino creada por motivos ajenos a mi voluntad" (artículo 168 ibidem).

"Y, de no considerarse la existencia de otro delito, por lo menos existió **abuso de autoridad**, por cuanto tales empleados o funcionarios públicos cometieron actos arbitrarios e injustos, con ocasión de sus funciones públicas y excediéndose de ellas" (Artículo 171 ibidem).

* * *

La Corte en auto de 20 de junio de 1956, pidió al denunciante que precisase los cargos y dijese "en qué escrituras o documentos públicos" se habían hecho las manifestaciones contrarias a la verdad.

El denunciante, en acatamiento de lo anterior, expuso en escrito de 25 de los mismos mes y año, entre otras cosas, lo siguiente (folios 16 y 17):

"1) Repecto de que el H. Tribunal hubiese hecho afirmaciones contrarias a la verdad al hacer la narración de hechos que constan en providencias y diligencias judiciales, como en la denuncia que presentara lo dije, sucedió que del H. Tribunal de Tunja llegó un negocio que había subido del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, a mi cargo entonces, en el cual el Tribunal había dictado sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la del mismo Juzgado en cuanto a la condenación que se hizo de Juan Castellanos como único responsable de un delito de hurto de ganado mayor, mas como en la providencia del Juzgado, dictada por mi antecesor el doctor Alberto Gómez Rodríguez, se olvidó definir la situación jurídica de Anita Moreno, esposa del sindicado, y de otros sujetos, el Tribunal ordenó en su sentencia que se hiciera así, es decir, en providencia separada se definiera la situación de tales sujetos, considerados en las dos sentencias, muy acertadamente, como inocentes, pero ello no lo dijo el señor Juez en la parte resolutiva, posiblemente por olvido, por lo cual era necesario subsanarlo.

"Me tocó, como Juez, hacerlo así, mas, como observara que los otros sujetos, fuera de Anita Moreno, no fueron indagatoriados ni mencionados en el auto de apertura a prueba (procedimiento de la Ley 48 de 1936), no teniendo carácter de sindicados y no habiendo motivo, como no lo hubo, para indagatoriarlos, sólo correspondía definir la situación de Anita Moreno. En consulta tal providencia, el Tribunal, por medio del Magistrado doctor Rodríguez Suárez, en la respectiva providencia que dictó para resolver el grado de jurisdicción, dijo que se me había ordenado "**abrir investigación penal**" para resolver sobre tales implicados que habían quedado afuera y yo no lo había hecho así, por lo cual había incurrido en desobediencia, y, por lo tanto ordenó se me abriera investigación, pues había violado el artículo 172 del Código Penal. Ese fue el sumario 15101, de la radicación del **Tribunal**.

"Considero que, por ello, hubo **falsedad** en documentos públicos, pues se afirmó un hecho que no era cierto, esto es, que se me había ordenado abrir una investigación penal sobre unos hechos que habían sido ya materia de fallo ejecutoriado, lo cual no era cierto, pues la orden fue de "definir la situación jurídica" de sujetos que habían quedado olvidados en la sentencia dictada por mi antecesor, y así lo hice. Las afirmaciones falsas pues, son dos: la una que se me ordenó algo que no fue cierto, y la otra, que desobedecí al Tribunal en relación con lo mismo. Por otra parte, el H. Magistrado, como fundamento de su determinación, tuvo la de que tales sujetos eran, por lo menos posiblemente, responsables de los hechos, y estaba probado que el autor fue único, Juan Castellanos, y así fue condenado. Partió el H. Magistrado de una base falsa.

"Por lo tanto, las manifestaciones que atribuyó el Magistrado Rodríguez Suárez al Tribunal fueron distintas de las que en realidad fueron hechas, y la desobediencia que se me atribuyó, como Juez, fue distinta de la realidad .En forma alguna, no hubo violación del artículo 172 del Código Penal.

"Por otra parte, el mismo Magistrado doctor Rodríguez Suárez ordenó abrir contra mí otra investigación penal sobre bases totalmente falsas: que yo, como Juez, había incurrido en demoras en la tramitación de un negocio, y ellas no existieron, como se demostró luégo; que, en el mismo asunto, no había dictado auto de proceder ni auto de detención cuando había mérito para ello, y no fue así, pues no se dictó el auto de detención

ni el de llamamiento a juicio porque no había mérito, ya que no había una sola prueba sobre responsabilidad, la única que se había recibido, fue declarada inválida, con justa razón, por mi antecesor, pues era ilegal. Todo esto tuvo una base en afirmaciones contrarias a la verdad que constaba en el expediente, esto es, en providencias y diligencias judiciales.

"En las indagatorias que rendí demostré en forma completa las falsedades del Magistrado Rodríguez, así como el desconocimiento de la ley que se cometió para iniciarme y para adelantarme tales sumarios.

"En esta forma contesto el primer punto del auto en referencia.

"2) Los documentos públicos en que consten tales afirmaciones o manifestaciones del Tribunal y del Juzgado son las providencias dictadas por uno y otro, en los negocios mencionados en la denuncia, como también en otros negocios que, a su vez, fueron mencionados en los que se me siguieron. Por carecer de datos escritos, no puedo mencionar las fechas de tales providencias, mas ellas reposan en las respectivas oficinas, Tribunal y Juzgado.

"Considero que, ya sea por copias que ordene la H. Corte expidan el Juzgado y el Tribunal, o ya por inspección ocular en el propio expediente, se pueden constatar los hechos que denuncio.

"Tales providencias judiciales tienen el carácter de documentos públicos, por ser expedidas con las formalidades legales por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

"3) Por no tener dato escrito, tampoco puedo decir cuáles fueron las fechas de las indagatorias que rendí y en las cuales solicité la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal y expliqué en forma satisfactoria mi actuación y, a la vez, resalté la ilegalidad del proceder del Tribunal contra mí. Solamente recuerdo la fecha de la última de tales indagatorias, en relación con la acusación que me formulara el doctor Carlos Espinosa González, diligencia ordenada por el doctor Víctor Arenas Sandoval y que rendí el 3 de febrero del presente año. Las indagatorias y consecuentes peticiones, fueron en el segundo semestre del año próximo pasado, muy seguramente. Este hecho se puede constatar con el informe del H. Tribunal al respecto".

o d o

LOS HECHOS

El Tribunal, en providencia de 23 de noviembre de 1955 (folios 66, 67, 68 y 69) los relata así:

"Por auto del diecinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, este Tribunal, al revisar la sentencia proferida por el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá contra LUIS EVELIO ORTIZ MURCIA, en la cual se imponía a éste la pena de nueve meses de prisión y las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de hurto de ganado mayor, consumado en una vaca de propiedad del señor Juan Avila, en los primeros días de julio de mil novecientos cincuenta, en un terreno de los señores García Zárate y Germán Espitia, ubicado en la vereda de "Monte y Pinal", del Municipio de Pauna, ordenó perentoriamente al mismo funcionario compulsar la copia correspondiente para definir la situación jurídica de Ana Moreno, Juan Castellanos y Luis Villamil, por considerar que, estando implicadas estas personas en la investigación sumaria correspondiente, debía cumplirse esta formalidad procesal.

"Entonces el señor Juez, en acatamiento a esta disposición, definió la situación jurídica de estas personas, sobreseyendo definitivamente por auto del catorce de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (folio 6), y ordenó consultar esta providencia con el Superior.

"Al llegar el asunto al Tribunal, éste anuló lo actuado por auto del doce de diciembre del mismo año (folio 11), porque en la tramitación no se habían observado las formalidades especiales establecidas en el artículo 13 de la Ley 48 de 1936 y el Decreto Ejecutivo número 1426 de 1950.

"Devueltas las diligencias al Juzgado, se volvió a incurrir en la misma omisión anotada en el fallo de diecinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta uno (folio 1) en lo relacionado con los implicados Juan Castellanos y Luis Villamil, so pretexto de que no había siquiera fundamento para tomarles declaración indagatoria, pues los cargos que les resultaban habían sido formulados por el propio procesado Luis Evelio Ortiz (folio 1, vuelto), a quien no se tomó juramento en lo relacionado con los indicados cargos.

"De este modo, el señor Juez se limitó a definir la situación jurídica de la implicada Anita Moreno, en sentencia del dieciocho de marzo del año en curso (folio 20), la que ordenó consultar con el Superior....."

".....En el proceso que se adelantó contra Luis Evelio Ortiz, éste, al rendir indagatoria (folio 1 vuelto), formuló cargos, bajo juramento, contra Juan Castellanos y Luis Villamil, consistentes en haber sido los verdaderos autores del hurto investigado, pues que le habían llevado la carne del semoviente a su casa de habitación.

"Teniendo en cuenta esta declaración enfática,

tomada bajo la gravedad del juramento, y lo dispuesto en las disposiciones legales acotadas, (sic) es obvio que el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá no tenía potestad legal para prescindir de tomar declaración indagatoria a los implicados Juan Castellanos y Luis Villamil, y omitir, por consiguiente, su definición procesal y jurídica en este caso, como lo hizo en la sentencia del dieciocho de marzo del año en curso (folio 20), que es materia de revisión, por consulta.

"Por otra parte, este Tribunal, por sentencia del diecinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno (folio 1), le ordenó terminantemente investigar la responsabilidad que pudiera caber, a Juan Castellanos, Luis Villamil y Ana Moreno en la comisión del delito de hurto de ganado mayor imputado a Luis Evelio Ortiz Murcia, y por el cual fue condenado por medio del mismo fallo, a fin de que, al mismo tiempo, perfeccionada la investigación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 48 de 1936 y el Decreto Ejecutivo número 1426 de 1950, definiera la situación jurídica de éstos...."

".....Es notorio, pues, que el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá volvió a incidir en la misma omisión en que incurrió su antecesor, la que fue anulada en sentencia de diecinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno (folio 1).

"Es cierto que las mencionadas omisiones no están erigidas en causal de nulidad de lo actuado en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Pero es exacto también que ellas implican una grave anomalía en el procedimiento adoptado, porque se omitió, caprichosamente, investigar la situación procesal y jurídica de Juan Castellanos y Luis Villamil para definirla conjuntamente con la de Ana Moreno, omisión que el Tribunal no puede dejar pasar desapercibida y que, al menos, origina la invalidación de la actuación desde cuando se dictó el auto del once de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres (folio 12), invalidación que debe disponerse con el objeto de que se cumpla a cabalidad lo ordenado en la sentencia del diecinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno (folio 1).

"Puede ocurrir que mediante la repetición de la investigación no resulte ninguna prueba de imputabilidad penal en contra de los indicados Castellanos, Villamil y Moreno; pero, en todo caso, esta investigación conjunta se hace indispensable, por mandato expreso de la ley, para llegar a la citada conclusión en el fallo correspondiente, o para dictar otro en sentido contrario. Proceder de otra manera, implicaría la violación expresa de lo dispuesto en los artículos 50, 52 y 54 del Código de Procedimiento, que consagran la unidad en la investigación y en el fallo de los procesos penales, pese al fraccionamiento permitido en el artículo 430, ibídem, aplicable para eventos distintos".

Como consecuencia de lo transcrito, el Tribunal (folios 69 y 70) resolvió invalidar todo lo actuado desde el auto de 11 de diciembre de 1953 dictado por el Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá; y ordenar que se compulsase copia de lo resuelto, a fin de "abrir la investigación penal correspondiente contra" el inferior, "por posible violación del artículo 172 del Código Penal".

* * *

Para resolver, la Sala considera:

Los cargos de **falsedad** (artículo 231, ordinales 3 y 4 del Código Penal) y **prevaricato** (artículo 168 ibídem) no pueden prosperar cuando hay ausencia de mala fé. Un error de apreciación en el terreno de la hermenéutica de las leyes no entraña delito, a no ser que proceda de intención torticera.

El hecho de que el Tribunal considere que en determinados casos se debe dictar fallo absolutorio o condenatorio y el Juzgado estime que lo procedente es el sobreseimiento u otra clase de providencia, no quiere decir que haya mala fé del Tribunal ni del Juzgado. Lo que hay es una disparidad de criterios.

Para remediar esta disparidad e impedir que ocasione injusticias, se han establecido los recursos.

Pudo haber hasta un "error esencial" en las apreciaciones de los Magistrados o en las del Juez denunciante. No es esta la oportunidad de decir quién estuvo en lo cierto y quién se equivocó. Pero de ahí a deducir una responsabilidad penal por "falsedad" o por "prevaricato", hay una gran distancia. No hay que olvidar lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 23 de la Ley 95 de 1936.

Por otra parte, una cosa es atribuir a una persona algo que no ha hecho (ordinal 3º, artículo 23 ibídem) y otra muy distinta **interpretar** de un modo diferente los consecuencias de aquella actividad. Tampoco es lo mismo faltar a la verdad "en la narración de los hechos" (ordinal 4 ibídem) que atribuirle a esos hechos una significación que no coincide con la que tuvo en mente el que los llevó a cabo.

El que el superior anule, revoque o confirme lo resuelto por el inferior, no arguye, por sí solo, animadversión o simpatía del primero para con el segundo. Si otro fuera el criterio en tan delicada materia, sobrarían los recursos legales, pues el su-

perior no podría nunca decidir sobre lo resuelto por el inferior, sin incurrir, por activa o por pasiva, en la infracción prevista en el artículo 168 del Código Penal.

* * *

Sobre el cargo de abuso de autoridad, son valederas las siguientes observaciones:

"No podrá hablarse —dice el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal— de abuso de autoridad..... por cuanto los Magistrados ..... de Tunja, al disponer la iniciación de la investigación" contra el denunciante, por las demoras ocurridas en el Juzgado a su cargo, "no hicieron cosa distinta de cumplir con su deber .... obedeciendo así preceptos superiores a cualesquiera consideraciones de orden personal".

Desde luego, el denunciante en oportunidad, explicó satisfactoriamente las demoras; pero de ahí no se deduce, ni podría deducirse que el Tribunal al ordenar su investigación, hubiera incurrido en la infracción prevista en el artículo 171 del Código Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que los denunciados no cometieron las infracciones materia de la denuncia, y, en consecuencia ORDENA CESAR TODO PROCEDIMIENTO contra ellos, en armonía con lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Benjamín Iregui Hoyos—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

DE LA INDEMNIZACION POR LUCRO CESANTE, A CAUSA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, DEBE DESCONTARSE LO QUE EL TRABAJADOR HAYA DEVENGADO EN OTRO EMPLEO DURANTE EL MISMO TIEMPO. — COMO SE PURGA LA MORA PATRONAL CUANDO EL TRABAJADOR SE NIEGA A RECIBIR.—APLICACION DEL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

1.— El Tribunal Supremo del Trabajo y luégo la Sala de Casación Laboral, teniendo en cuenta que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo no ha hecho sino acoger una institución de Derecho Civil, ha sostenido que en esta materia debe aplicarse el régimen general de la indemnización de perjuicios, sin otra modificación que la consistente en exonerar al trabajador de la prueba del lucro cesante.

Por ello se sostuvo en sentencia de diciembre 18 de 1953 que "del lucro cesante debe descontarse lo que el trabajador devengue en otro empleo durante el tiempo a que se refieren los salarios correspondientes al tiempo sobre el cual se calcula dicha indemnización", o sea la del lucro cesante en caso de rompimiento unilateral e injustificado del contrato por parte del patrono. Y más recientemente, en sentencia de 30 de abril de 1956, se expresó así el Tribunal Supremo del Trabajo:

"Para el Supremo, como se ha dicho, la materia del citado precepto se halla informada por los principios generales de la teoría del perjuicio, y la redacción del mismo se limita a recoger la exposición doctrinaria que sobre ese asunto había producido esta Corporación, antes de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia que el lucro consista en el monto de los sueldos correspondientes al dicho lapso (el faltante para el vencimiento del contrato) significa que, en principio, ese es su valor, con ventaja probatoria para el asalariado, mas pudiendo el patrono demostrar que el perjuicio fue menor o no se produjo, evitándose de esta suerte un resarcimiento que no corresponda al daño causado, un enriquecimiento indebido por parte del trabajador y una conclusión absurda en punto a la actividad de éste, que no podía, de haber subsistido el contrato, ejecutar la prestación de servicios correspondiente a la suma de los diversos valores acumulados" (Juicio de EDUARDO ARBELAEZ URIBE contra NAVIERA COLOMBIANA S. A.).

Es verdad que, en los casos de indemnización por accidentes de trabajo, auxilio de cesantía, prima de servicios y demás cargas sociales o patronales, se señala el monto fijo que por concepto de tales prestaciones corresponde al trabajador. Mas ello se explica por el carácter asistencial o de previsión que tienen semejantes prestaciones, de creación estrictamente laboral.

2.—En vigor el fenómeno de "estudiar" la liquidación no está contemplado como eximente de la sanción por mora. Mas no hay que perder de vista que en algunos casos, tampoco previsto de modo expreso en la norma, se ha admitido por vía jurisprudencial, que las dificultades prácticas para efectuar la liquidación u otros motivos razonables, pueden dar lugar a conversaciones aclarativas entre las partes y excusar entre tanto el pago de lo que adeuda el patrono.

3.—No parece aceptable en forma absoluta la tesis de que la mora sólo ocurre cuando el trabajador se presenta al lugar de trabajo con el fin de recibir lo que se le adeude a la terminación del contrato, porque, frente a la omisión, voluntaria o nó, de aquél, el medio adecuado para que el patrono cumpla con sus obligaciones en este punto es el de consignar ante el Juez del Trabajo u otro funcionario competente la suma que deba, so pena de que se ponga en duda su buena

fé y se le considere incurso en retención no autorizada, con las consecuencias inherentes a ella.

La regla general es la de que hecha la liquidación de los salarios y prestaciones debidos en el momento en que termina la relación de trabajo, debe ser inmediatamente seguida de la entrega de los valores correspondientes. Si el trabajador se niega a recibir en el acto o si hay manifiesto desacuerdo respecto al monto de la deuda, surge para el patrono la obligación subsidiaria de consignar, sin que la ley admita dilación alguna, la suma que confiese deber, mientras que la Justicia del Trabajo decide la controversia. Cuando así no se proceda, cabe la indemnización de un día de salario por cada día de retardo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral—Bogotá, D. E., dos de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

HERNAN ISAZA CADAVID demandó ante el Juez Tercero del Trabajo de Medellín a la sociedad comercial "Tejidos Interiex S. A.", a fin de que le pagase indemnización por despido injusto y por mora en el pago de sus prestaciones.

En su demanda dijo el actor que trabajó al servicio de la empresa desde el 15 de abril hasta el 8 de noviembre de 1953, como agente viajero, con sueldo mensual de $ 300.00, mas el uno por ciento (1 %) de las ventas brutas que realizara, habiéndosele garantizado un mínimo de quinientos cincuenta pesos ($ 550.00); que devengó un promedio mensual de quinientos cincuenta y dos pesos con sesenta centavos ($ 552.60), más treinta pesos ($ 30.00) diarios para viáticos, en veinte días de cada mes; que el día de noviembre del mismo año se le despidió intempestivamente; que sus prestaciones sólo le fueron pagadas el 11 de diciembre siguiente, a pesar de sus insistentes reclamos, y que no se estipuló por escrito la duración del contrato de trabajo.

La parte demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas y alegó que de acuerdo con la cláusula de reserva consignada en el reglamento de trabajo de la empresa, ésta podía dar terminado el contrato en cualquier momento, con prescindencia del preaviso, pagando al trabajador los salarios correspondientes al período que regulaba los pagos. Admitió ser cierto que la cesantía, el preaviso y las demás prestaciones le fueron pagadas al señor ISAZA el 11 de diciembre de 1953, pero que la demora en el pago no se debió a mala fé de la empresa sino a que el trabajador estuvo consultando con la inspección del Trabajo la liquidación que oportunamente se le hizo, y por esa o por cualquiera otra causa, demoró la aceptación; que no habiendo ocurrido diferencia entre las partes, desde luego que el trabajador no rechazó la referida liquidación, la empresa no se creyó obligada a efectuar la consignación de que trata el artículo 65 del C. S. del T.

Tramitado el negocio, el Juzgado del conocimiento, en fallo del 10 de febrero de 1955, condenó a la empresa demandada a pagar al actor la suma de $ 4.367.52 por lucro cesante y la absolvió del cargo relativo a indemnización moratoria.

Esta providencia fue apelada por ambas partes para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, entidad que, con fecha 7 de mayo del mismo año, confirmó la condenación por lucro cesante, elevándola a la suma de $ 4.589.90, y revocó lo tocante a indemnización moratoria para, en su lugar, condenar al pago de $ 929.60 por ese concepto.

El apoderado de la empresa demandada interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo, y en tal virtud ha subido a esta Corporación el negocio, para su decisión.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

El recurrente lo fija así: "La impugnación que voy a hacer de la sentencia se refiere a la totalidad de las condenaciones hechas, en cuanto una y otra son violatorias de la ley, bajo diversos puntos de vista. Sin embargo, como la primera acusación apenas ataca la declaración relativa a la indemnización por despido injusto, en tanto que la segunda se refiere por igual a las dos condenas de la sentencia, ruego al señor Magistrado que si halla probado el primer cargo, pase al estudio del segundo en lo relativo a la indemnización por mora".

LOS CARGOS

Con base en el artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo formula dos cargos, así:

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia por violación de los artículos 32 y 33 del Decreto 2127 de 1945 y 48, 64 y 123, numerales 1 y 4, del Código Sustantivo del

Trabajo, a consecuencia de errores de hecho y de derecho que, según el recurrente, aparecen de modo manifiesto en los autos, por haberse apreciado indebidamnte algunas pruebas y dejado de apreciar otras, a saber:

a).—PRUEBAS NO APRECIADAS.— Señala como tales la certificación de la Inspección del Trabajo de Medellín (Folio 77 vuelto) especialmente en la parte que dice "adjúntase la copia del reglamento solicitado en el presente exhorto" y la copia de dicho reglamento, expedida por la misma Inspección (folios 78 y siguientes);

b).—PRUEBAS INDEBIDAMENTE APRECIADAS.—Singulariza las siguientes: Declaración de JORGE CUARTAS CALLE sobre la aprobación del reglamento de la empresa (folios 32 y vuelto); comunicación del Departamento Nacional del Trabajo de fecha 25 de noviembre de 1954 dirigida al Juzgado Tercero del Trabajo de Medellín (folio 71); información del Oficial de Archivo de la Inspección Nacional del Trabajo de Cundinamarca sobre el hecho de no haberse encontrado en los archivos de la dependencia mencionada el reglamento de Tejidos Intertex (folios 73 vuelto); comunicación del Secretario de la Sección de reglamentos, fianzas y seguros del Ministerio del Trabajo en el sentido de que Tejidos Intertex no tiene reglamento de trabajo aprobado por ese Despacho (folio 110); certificado de la Inspección del Trabajo de Medellín (folio 77 vuelto) y copia del reglamento de trabajo de la empresa presentado por la demandada, que obra a folios 17 y siulentes.

Sostiene el recurrente que la empresa elaboró, conforme a lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1945, el reglamento de trabajo cuyo artículo tercero estipulaba la facultad de terminar unilateralmente el contrato con preaviso; que dicho reglamento obtuvo la aprobación provisional por parte del respectivo Inspector del Trabajo, y que luégo se procedió a publicarlo en la forma prevista en el citado Decreto; que el reglamento así aprobado debió ser enviado por el Inspector al Ministerio del ramo para la aprobación definitiva; que si bien es cierto que el Código Sustantivo del Trabajo impuso a los patronos la obligación de confeccionar nuevos reglamentos y obtener la aprobación según normas distintas, el incumplimiento de esa exigencia legal sólo dá lugar a una sanción de carácter pecuniario, y que, entre tanto, continuaban en vigencia los reglamentos anteriores en cuanto no fueran contrarios a disposiciones legales posteriores. Agrega que si en el Ministerio del Trabajo no se encontró ningún reglamento de Tejidos Intertex aprobado por ese Despacho, ello apenas prueba descuido y negligencia del Inspector del Trabajo que no envió el aprobado provisionalmente". La prueba —dice— de que hay un reglamento vigente fue suministrada por la parte demandada así: a) Con copia auténtica del reglamento aprobado provisionalmente por la Inspección del Trabajo de Medellín, remitida al Juzgado para que obrara como prueba en el juicio, con el exhorto visible a folios 77; y b) Con declaración del señor CUARTAS CALLE, quien afirma el doble hecho de haber conocido la aprobación impartida al reglamento por la Inspección de Trabajo y haberlo promulgado en la forma prescrita por el Decreto 2127 de 1945".

La argumentación precedente se refiere al error de hecho de que se acusa la sentencia. En lo que respecta al error de derecho, afirma el recurrente que consistió en desconocer la fuerza que asigna la ley a las copias de los documentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, "expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los Archivos", que en este caso las copias fueron expedidas formalmente, porque lo fueron por orden del Juez de la causa y para que obraran como prueba en ella; y están autorizadas por el Secretario de la Inspección que las expidió porque bajo su firma este funcionario manifiesta; "adjúntase la copia del Reglamento solicitada en el presente exhorto".

SE CONSIDERA:

La demanda se resiente de falta de técnica, ya que al expresar el concepto de la violación dice simplemente que la sentencia ".... quebrantó los artículos 48 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo por no haber aplicado el primero al asunto del litigio y por haber aplicado el segundo, que no era aplicable" y "porque las copias eran prueba perfecta..... de la existencia del reglamento debidamente aprobado y, por tanto, de la clausula de reserva de que el patrono hizo uso para poner fin al contrato de trabajo", sin referirse a las otras normas citadas en la enunciación del cargo, entre las cuales no está incluído el artículo 65, que trata de la indemnización moratoria. Ello no obstante, para obrar con amplitud, se estudiará esta acusación.

El Tribunal Seccional desestimó la copia del reglamento de trabajo visible a folios 17 y siguientes, por estar firmada "tan sólo por el Ge-

rente y Administrador de la misma (alude a la fábrica) sin refrendación de las autoridades competentes de la rama laboral". Y no tuvo en cuenta la copia de folios 78 y siguientes, remitida por la Inspección del Trabajo de Antioquia, al devolver el exhorto del Juzgado Tercero del Trabajo de Medellín en que se solicitó su expedición. Pero es lo cierto que esta copia no está autenticada por el funcionario que la expidió, y que no basta al efecto el simple anuncio de su envío. Lo propio cabe decir de la otra copia, que, como lo anota el Tribunal, carece de la refrendación de las autoridades competentes.

La declaración del señor JORGE CUARTAS CALLE, en la que afirma que ayudó a elaborar el reglamento de trabajo de la empresa, sin recordar la fecha ni el año; que la Oficina del Trabajo lo aprobó transitoriamente y que personalmente lo fijó en tres lugares distintos y visibles de la fábrica, carece de eficacia, ya que no se acreditó en debida forma la autenticidad del documento objeto de su testimonio.

Del informe de la Inspección Seccional del Trabajo de Antioquia en el que se dice que la fábrica de Tejidos Intertex presentó un nuevo reglamento que fue enviado al Departamento Nacional del Trabajo para su estudio y aprobación; que dicho reglamento fue devuelto con la Resolución número 412 de 1954 y que no ha sido reclamado por los interesados, hace suponer la existencia de un reglamento anterior. Por este aspecto puede estar en lo cierto el recurrente. Sin embargo, acontece que ni la copia que examinó el fallador ni aquélla que omitió estudiar, aparecen debidamente autenticadas. En tales circunstancias, y habida cuenta, además, del informe del Departamento Nacional del Trabajo (folio 110) en el sentido de que la Compañía de Tejidos Intertex "no tiene reglamento aprobado por este Ministerio", no resulta desacertada la conclusión a que llegó el Tribunal Seccional acerca de la inexistencia legal de la cláusula de reserva, invocada por la empresa, al contestar la demanda, como fundamento del despido del trabajador.

Por otra parte, en el supuesto de haberse probado la estipulación sobre reserva de terminación unilateral del contrato, sería de anotar que la empresa no dió preaviso por escrito al trabajador, como lo exige el artículo 46 del C. S. T., vigente en la fecha.

A todo ello se agrega que el Tribunal Seccional dió por demostrado, con la confesión del representante de la empresa y la declaración de su asistente, "el hecho de que en la mañana del 8 de noviembre de 1953 (esto es, en el momento de la extinción del contrato) fue despedido el trabajador por el motivo expreso de que no necesitaban más sus servicios como agente viajero y vistador". "Este hecho —anota el Tribunal Seccional— ni legal ni contractualmente habilitaba al patrono para extinguir la relación de trabajo, pues ni en el Código ni en norma alguna de otra naturaleza se establece esa causal como suficiente para dar al traste con el contrato, el que en su duración presuntiva de seis meses, por no existir en forma escrita, le aseguraba al demandante la estabilidad por ese lapso y le otorgaba el derecho a la indemnización por el tiempo que faltaba para cumplirse, equivalente a los salarios del mismo, según el artículo 64 del C. S. del T.".

Tal extremo de la sentencia no es atacado por el recurrente; y como la causal alegada posteriormente, en la contestación de la demanda, sobre ejercicio de la cláusula de reserva, no se ha estimado válida, aquélla debe mantenerse.

El cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

En este se acusa la sentencia por interpretación errónea de los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y, además, por infracción directa del segundo de esos artículos.

El cargo ofrece dos aspectos distintos, relativo el uno al lucro cesante, y el otro, a la indemnización moratoria.

Lucro cesante.—Dice el recurrente que el Tribunal Seccional interpreta erróneamente el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo cuando le asigna al lucro cesante de que allí se habla, el carácter de sanción y al mismo tiempo de indemnización, y en cuanto afirma que esta especie de lucro consiste siempre en el monto de los salarios del tiempo faltante para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, excluyendo "la libre voluntad demostrativa de las partes", de tal modo que el patrono no puede demostrar menos perjuicios ni el trabajador tiene facultad para acreditar más.

Comenta algunos preceptos del Código Civil, que se refieren a indemnización de perjuicios, los relaciona con el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y con base en ellos sostiene que "en ninguna forma ha querido el Legislador consignar una **presunción de derecho**, es decir que no admita prueba en contrario. Si hubiere querido establecerla lo habría expresado, pues es bien sabido que las presunciones de esa clase, además de ser muy escasas, se conocen porque la ley las

determina especificamente, bien diciendo que se trata de una "presunción de derecho" o que contra la presunción que establece no puede aducirse prueba alguna. El artículo 64 utiliza la palabra "consiste", pero no prohibe la prueba en contra de la inexistencia del perjuicio o de la existencia de un lucro cesante menor". Añade que la ley señala presuntivamente la equivalencia del perjuicio sufrido, sólo para simplificar la prueba que correspondería al trabajador, pero en ningún caso para obligar al patrono a indemnizar perjuicios que no haya sufrido efectivamente la otra parte.

Para reforzar su tesis, cita la sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo, fechada el 18 de diciembre de 1953, en la que se sostuvo que del monto "del lucro cesante debe descontarse lo que el trabajador devengue en otro empleo durante el tiempo a que se refieren los salarios correspondientes al tiempo sobre el cual se calcula dicha indemnización" —. (Juicio de HUMBERTO URREA GOMEZ contra PEDRO R. MEDINA M. Y S. A.).

Indemnización moratoria—Este aspecto del cargo, según lo afirma el mismo recurrente, "se refiere a infracción directa de la ley ya que la sentencia admite las pruebas suministradas en el sentido de que ISAZA CADAVID y su patrono estuvieron durante algún tiempo acordándose en cuanto a la cuantía de la liquidación". Pero al propio tiempo plantea una cuestión interpretativa, como se infiere de la argumentación que se transcribe en seguida:

"Una interpretación racional, natural y obvia del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo es la de que constituye una sanción impuesta al patrono que ha incurrido en mora. Este carácter de sanción, según la jurisprudencia, implica un estudio acerca de la conducta del patrono, en orden a discriminar sus buenas o malas intenciones: y, así, se ha considerado que la sanción es incompatible con la buena fe demostrada por el empleador en cuanto al cumplimiento estricto de esta norma.

"La disposición exige al patrono el pago de los salarios y prestaciones en el acto de la terminación del contrato; pero admite que la consignación judicial de la suma que considere deber, sustituye el pago directo.

"Mas la consignación no es admisible, según el texto, sino en dos casos:

"a) Cuando hay desacuerdo en cuanto al monto de la deuda; y

"b) Cuando el trabajador se niega a recibir.

"Luego no es admisible la consignación cuando no se ha establecido un desacuerdo entre las partes en cuanto al monto de lo que el patrono debe pagar; o cuando el trabajador no se ha negado a recibir.

"Por tanto cuando el patrono ha puesto a disposición de su empleado una liquidación de sus prestaciones, que el trabajador está estudiando, no se ha producido un desacuerdo entre las partes. Ni el hecho de que el trabajador se tome algún tiempo para la consideración y estudio de su liquidación implica negativa a recibir el monto de esa liquidación. Ni entre tanto puede considerarse que el patrono está en mora.

"Luego la sentencia, al afirmar que el artículo 65 no ha tenido en cuenta el fenómeno "estudiar", hace de este texto una interpretación simplista, que contraría su letra y su espíritu. Su letra, en cuanto a que según se desprende del sentido literal del artículo la consignación procede "si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir". Su espíritu porque, según el título, allí se prevee una "indemnización por falta de pago" de los salarios y prestaciones y no se puede imputar esta falta a un patrono que espera que el trabajador estudie la liquidación y le dé su aceptación o rechazo.

"Es decir, el texto sí ha previsto que entre la presentación de la liquidación por el patrono y la aceptación del trabajador, medie un espacio de tiempo. El espacio de tiempo necesario para que el patrono sepa "si no hay acuerdo en cuanto al monto de la deuda", pues es absolutamente necesario que entre un acto y otro medie alguna cantidad de tiempo. Lo contrario sería llegar a una interpretación tan ciega y estrecha como suponer que la ley exige un acuerdo o un desacuerdo de las partes en cuanto al monto de la deuda por salarios y prestaciones en el instante mismo en que queda terminado el contrato. La verdad es que el patrono no está en mora, no podría estarlo, ya que la mora exige una voluntad positiva de omisión, cuando solamente está en espera de que se manifieste un desacuerdo o un acto positivo de repugnancia del trabajador a recibir.

"Lo contrario sería sancionar al patrono por actos ajenos a su voluntad de cumplir".

SE CONSIDERA:

Sobre la petición relativa a indemnización por despido injusto, limitada a los salarios que dejó de devengar el trabajador durante el tiempo que faltaba para el vencimiento del término presun-

tivo del contrato, se expresa así el Tribunal Seccional:

"El lucro cesante, para este Tribunal, según el artículo citado consiste siempre en el monto de los salarios del tiempo faltante para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, no siendo admitidas las partes a demostrar más o menos, por entrañar una definición terminante en virtud de las palabras enérgicas usadas por el legislador, cuando dice que "en caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador, por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo". Si hubiera querido establecer una presunción legal, no habría utilizado el vocablo consiste que entraña una definición, a la manera cuando dice que tienen capacidad para celebrar el contrato individual de trabajo todas las personas que hayan cumplido diez y ocho años de edad, en forma de no ser admitidas a demostrar esta capacidad las que tengan menos.

"Por otro lado existe el argumento jurídico para sostener lo mismo, consistente en que el Código del Trabajo trata siempre de definir los derechos en su monto de una vez por todas, como en los casos de indemnización por accidente de trabajo cuando establece las tablas de valuación y los límites máximos y mínimos, en el auxilio de cesantía, en la prima de servicios y demás prestaciones sociales, por entenderse que siempre hay dificultades en el cálculo de las sanciones y de las indemnizaciones si se dejara a la libre voluntad demostrativa de las partes, con lo cual se asegura el equilibrio que según el artículo 1º del Código ha de haber en las relaciones de patronos y trabajadores, quienes de lo contrario podrían exagerarse en sus pretensiones perturbando la paz social en el sentido estricto de la palabra.

"No vale decir que sostener esta doctrina equivale a propiciar el enriquecimiento sin causa, al punto de que el trabajador con su sola actividad normal devengaría dos salarios, del antiguo patrono sin recibir éste beneficio alguno, y del nuevo quien por recibirlo le paga la retribución justa. Es que jurídicamente la esencia del lucro cesante está en ser a la vez una sanción y una indemnización, lo primero porque se viola un derecho sagrado del trabajador cual es su estabilidad en el oficio, y lo segundo porque muy ciertamente sufre el perjuicio de no poder seguir obteniendo salario durante algún tiempo hasta tanto se vuelva a colocar, aunque por excepción se coloque en seguida, excepción que no toma en cuenta el legislador con el objeto de definirlos de una vez por todas. En tal forma no se establece ningún desequilibrio entre el patrono y el trabajador, porque de la misma manera que aquél no puede demostrar menos perjuicios, éste tampoco tiene facultades para acreditar más como fuera la cesantía, las vacaciones y la prima de servicios que pudo devengar si se hubiera cumplido el plazo pactado o presuntivo, lo que jurídicamente y en el campo civil entrañaría lucro cesante evidentemente.

"El contrato de trabajo se inició el 15 de abril de 1953, como lo aceptan las partes, luego debía terminar en su duración presuntiva y en su primera prórroga, por haberse extinguido la relación unilateralmente el 8 de noviembre, el 15 de abril de 1954. Y como entre estas dos últimas fechas han corrido 158 días, su valor asciende a la suma de $ 4.589.90 en vista de que se demostró que el salario fue de $ 29.05 al día incluyendo el ordinario y el eventual por viáticos, según la prueba que obra a folios 38 y siguientes.

"De esta suma total no podrá deducirse la que el demandante ha venido obteniendo de la Compañía Casa E. R. Squio y Sons por concepto de salario y a raíz de su desvinculación de la Compañía demandada, por las razones expuestas".

Evidentemente esta interpretación del fallador difiere de la que le han dado al artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, primero el Tribunal Supremo del Trabajo y luégo la Sala de Casación Laboral teniendo en cuenta que dicha disposición no ha hecho sino acoger una institución de Derecho Civil, ha sostenido que en esta materia debe aplicarse el régimen general de la indemnización de perjuicios, sin otra modificación que la consistente en exonerar al trabajador de la prueba del lucro cesante.

Por ello se sostuvo en la sentencia que cita el recurrente que "del lucro cesante debe descontarse lo que el trabajador devengue en otro empleo durante el tiempo a que se refieren los salarios correspondientes al tiempo sobre el cual se calcula dicha indemnización", o sea la del lucro cesante en caso de rompimiento unilateral e injustificado del contrato por parte del patrono. Y más recientemente, en sentencia del 30 de abril de 1956, se expresó así el Tribunal Supremo del Trabajo:

"Para el Supremo, como se ha dicho, la materia del citado precepto se halla informada por los principios generales de la teoría del perjuicio, y la redacción del mismo se limita a recoger la exposición doctrinaria que sobre ese asunto había producido esta Corporación, antes de la expedi-

ción del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, que el lucro consiste en el monto de los sueldos correspondientes al dicho lapso (el faltante para el vencimiento del contrato) significa que, en principio, ese es su valor, con ventaja probatoria para el asalariado, mas pudiendo el patrono demostrar que el perjuicio fué menor o no se produjo, evitándose de esta suerte un resarcimiento que no corresponda al daño causado, un enriquecimiento indebido por parte del trabajador y una conclusión absurda en punto a la actividad de éste, que no podía, de haber subsistido el contrato, ejecutar la prestación de servicios correspondiente a la suma de los diversos valores acumulados" (Juicio de EDUARDO ARBELAEZ URIBE contra NAVIERA COLOMBIANA S. A.).

Es verdad que, como anota el fallador, en los casos de indemnización por accidente de trabajo, auxilio de cesantía, primas de servicios y demás cargas sociales o patronales, se señala el monto fijo que por concepto de tales prestaciones corresponde al trabajador. Mas ello se explica por el carácter asistencial o de previsión que tienen semejantes prestaciones, de creación estrictamente laboral.

Así, pues, la Sala no encuentra motivos para apartarse de la jurisprudencia de que se ha hecho mérito, y por tanto habrá de CASAR la sentencia acusada, con el fin de descontar del lucro cesante reconocido al trabajador, lo que éste recibió de la Casa E. R. Squibb y Sons, a título de salario, durante el tiempo que faltaba para la extinción del plazo presuntivo del contrato que lo vinculó con la entidad demandada.

En cuanto a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el fallador se expresa así: "El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo manda que a la terminación del contrato el patrono pague a su trabajador los salarios pendientes y las prestaciones sociales, so pena de que por incurrir en mora deba pagarle además un día de salario por cada día de retardo. Pero lógico es sostener que la mora sólo ocurre cuando el trabajador se ha presentado a recibir o a discutir el pago en el lugar del trabajo, como lo exige el Código en sus artículos 138 y 139 con respecto al salario, debiéndose decir lo mismo en relación con las prestaciones sociales, por analogía y para armonizar las normas de aquél". Y expone más adelante: "No vale como disculpa, en consecuencia, la que consiste según la Empresa demandada, en que el despedido consintió en estudiar la liquidación de sus prestaciones, sin que hubiera discusión mientras tanto ni obligación de consignar ante un Juzgado del Trabajo, porque este fenómeno de estudiar no está contemplado en el Código como eximente de la sanción por mora, la cual obra desde el mismo instante en que se termina el contrato y no se cubren los derechos pudiéndose hacer esto por estar presente el trabajador".

En rigor tiene razón el Tribunal Seccional cuando sostiene que el fenómeno de "estudiar" la liquidación no está contemplado como eximente de la sanción por mora. Mas no hay que perder de vista que en algunos casos, tampoco previsto de modo expreso en la norma, se ha admitido por vía jurisprudencial, que las dificultades prácticas para efectuar la liquidación u otros motivos razonables, pueden dar lugar a conversaciones aclarativas entre las partes y excusar entre tanto el pago de lo que adeuda el patrono. Por otra parte no parece aceptable en forma absoluta la tesis de que la mora sólo ocurre cuando el trabajador se presenta al lugar de trabajo con el fin de recibir lo que se le adeude a la terminación del contrato, porque, frente a la omisión, voluntaria o nó, de aquél, el medio adecuado para que el patrono cumpla con sus obligaciones en este punto es el de consignar ante el Juez del Trabajo u otro funcionario competente la suma que deba, so pena de que se ponga en duda su buena fé y se le considere incurso en retención no autorizada, con las consecuencias inherentes a ella.

La regla general es la de que hecha la liquidación de los salarios y prestaciones debidos en el momento en que termina la relación de trabajo, debe ser inmediatamente seguida de la entrega de los valores correspondientes. Si el trabajador se niega a recibir en el acto o si hay manifiesto desacuerdo respecto al monto de la deuda, surge para el patrono la obligación subsidiaria de consignar, sin que la ley admita dilación alguna, la suma que confiese deber, mientras que la justicia del trabajo decide la controversia. Cuando así no se procede, cabe la indemnización de un día de salario por cada día de retardo.

El entendimiento del fallador en torno al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, con las salvedades que quedaron indicadas, no contraría, pues, abiertamente la letra ni el espíritu de ese precepto, y por tanto el ataque por interpretación, errónea carece de suficiente fundamento.

La modalidad de infracción directa, que también plantea el recurrente, involucrándola con la que se acaba de examinar, carece igualmente de base, porque no es exacto que la sentencia

dé por establecido que el actor ISAZA CADAVID y su patrono "estuvieron durante algún tiempo acordándose en cuanto a la cuantía de la liquidación". La sentencia alude simplemente a la disculpa aducida por la empresa demandada, de que el trabajador consintió en estudiar la liquidación de sus prestaciones. Pero no erige tal disculpa en hecho demostrado, y niega que entre las partes "hubiera discusión mientras tanto", esto es durante el lapso comprendido entre el despido y la fecha en que se hizo el pago.

Ahora bien, indagar si el trabajador consintió en que el patrono aplazara el pago de sus prestaciones hasta cuando aquél, después de adelantar un estudio de dicha liquidación, expresara su aceptación ,implica una cuestión de hecho, que no ha sido propuesta por el recurrente.

En consecuencia, no prospera el cargo en lo relativo a la indemnización moratoria.

* * *

Se procede a dictar el fallo de instancia en lo que concierne al lucro cesante:

El contrato de trabajo celebrado entre el señor HERNAN ISAZA CADAVID y la SOCIEDAD COMERCIAL TEJIDOS INTERTEX S. A., terminó el 8 de noviembre de 1953, cuando faltaban 158 días para la extinción del plazo presuntivo, por lo cual, habiendo sido el salario promedio de $ 29.05 al día, según la prueba que obra a folios 30 y siguientes, le correspondería al trabajador la suma de $ 4.589.90, por concepto de lucro cesante. De esta suma total deberá deducirse la que el mismo trabajador devengó al servicio de la Casa E. R. Squibb y Sons, sociedad domiciliada en Cali, por concepto de comisiones y viáticos, a raíz de su retiro de la entidad demandada, en el tiempo transcurrido entre el 25 de enero y el 15 de abril de 1954, que alcanza a la cantidad de $ 2.176.29, como está acreditado con la declaración del folio 109, complementada por el oficio del folio 105 del cuaderno principal. De donde resulta a favor del demandante una suma líquida de $ 2.413.61 por concepto de lucro cesante.

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —SALA DE CASACION LABORAL— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto condenó a la empresa demandada a pagar al demandante la suma de $ 4.589.90; Reforma la decisión del a-quo sobre este mismo punto y, en su lugar CONDENA a la Sociedad Comercial "Tejidos Intertex S. A." a pagar al demandante HERNAN ISAZA CADAVID la suma de $ 2.413.61. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE EMPRESA QUE EN SU EJECUCION SE CONVIERTE EN RELACION LABORAL. — REQUISITOS PARA LA APLICACION DE LA INDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES.—PRUEBA DE LA BUENA O MALA FE PATRONAL

1.—La sanción de los llamados "salarios caídos" sólo debe aplicarse al patrono renuente a pagar prestaciones, cuando tal renuencia es temeraria e injustificada, es decir, cuando carece de buena fé. Contrario sensu el patrono se exonera de la susodicha sanción en el caso de que su negativa de pago tenga algún fundamento, asistido por la buena fé, que consista en la duda justificada acerca de la existencia de la obligación o en el monto de la misma, y en este último evento el empleador consigne lo que de buena fé crea deber.

2.—La sanción por salarios caídos no se causa cuando en el juicio, fundadamente y de buena fé, se discute la existencia misma de la relación laboral por parte del demandado.

3. La apreciación de la mala o de la buena fé del patrono —para los efectos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo— no es materia de incidente especial dentro del juicio del trabajo. La jurisprudencia que propone aquellos elementos como causantes de la aplicación o inaplicación de la pena, ha considerado que ellos se deducen por el juzgador en forma de presunción simple o judicial, de acuerdo con la regla de la libre formación del convencimiento (artículo 61 del C. de P. L.)—, sin que sean materia especial de gravamen probatorio. Otra cosa es que las partes al proponer sus acciones y excepciones o en el curso del proceso le señalen al juzgador hechos constitutivos de uno u otro elemento, según su respectivo interés en la contienda. Mas la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acogida por la Corte, es la que antes se enuncia. En sentencia de 19 de julio de 1954, dijo aquél:

"En uno y otro caso, previo el estudio completo de las probanzas que obren en el juicio, el Juez formará su criterio y decidirá concretamente si lo depositado por el deudor o la negativa a depositar suma alguna es o no justificada y se atempera a la realidad procesal" (G. del T. Volumen XX, número 115|17, página 80).— Esta misma tesis fue expresada en sentencia proferida el 1º de julio de 1955, así: "Al trabajador corresponde demostrar solamente que al terminar el contrato no le fueron pagados sus derechos, porque es ésta la base objetiva que el artículo 65 señala para que la sanción sea procedente. Será en la defensa que asuma el patrono y en los hechos probados en que la apoye, de donde habrá de deducirse en cada caso por el Juez si aquella falta de pago es imputable o no a la mala fé suya y si, de consiguiente, debe o no responder por el valor de los salarios constitutivos de la indemnización moratoria". (G. del T. Volumen XXII, número 127 29, página 62). Y estas nociones fueron repetidas en sentencia de 20 de septiembre de 1955. (G. del T. Volumen XXIII, número 130 32, página 235), de todo lo cual se colige que el principio universal de carga probatoria consagrado por el artículo 1757 del Código Civil no es por tanto aplicable a una cuestión, que, como los elementos de la buena fé o mala fé del patrono, es materia deducible por el juzgador con apoyo en las reglas de la libre convicción.

4.— En concepto del apoderado del demandante la simple y llana configuración de los presupuestos legales del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo obligan al aplicador de la ley a imponer la pena de la indemnización moratoria, tesis cuyo radicalismo contraría palmariamente la jurisprudencia elaborada en torno a dicho texto, según la cual tan drástica punición pecuniaria sólo procede cuando la renuencia del patrono a satisfacer salarios y demás prestaciones obedece a su mala fé.

Los elementos o supuestos de hecho del texto escrito por sí solos no son suficientes para imponer la pena. Deben ellos ir acompañados por una sólida y concluyente presunción judicial acerca del ánimo injusto o

de la intención temeraria del patrono que se niega a pagar.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá D. E., tres de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Mediante juicio ordinario laboral adelantado ante el Juzgado Primero del Circuito del Trabajo de Cali, por intermedio de apoderado el señor Lázaro Roldán Villa demandó a la sociedad "Superior de Colombia Limitada", representada por su gerente el señor Joaquín Lozada, a efecto de que ésta fuera condenada a pagarle a aquél las sumas de dinero por concepto de comisiones o salarios, cesantía, primas de servicio y demás prestaciones sociales que establece la ley, así como los salarios caídos por la demora en el pago oportuno de las mismas. Estimó la cuantía de su acción en la suma de $ 40.000.00.

En el libelo de demanda se adujeron los siguientes hechos: el demandante Roldán Villa celebró con la sociedad demandada un contrato escrito ,fechado el 16 de julio de 1953, por el cual el primero se comprometió a vender las carrocerías que la sociedad produjera, mediante una retribución de $ 100.00 por cada unidad vendida a los distribuidores de vehículos dentro del territorio que se le asignaba en el contrato, $ 50.00 por cada carrocería que la sociedad vendiera directamente, sin la intervención del demandante, y un tres por ciento del precio de cada unidad en caso de que fuera vendida directamente por el mencionado Roldán Villa a los transportadores. Conforme a este contrato el demandante trabajó para la mencionada sociedad, bajo las órdenes inmediatas y en las oficinas de ésta, desde el 16 de julio de 1953 hasta el 4 de junio de 1954, servicios que fueron prestados durante dicho lapso de manera exclusiva, sin realizar para nadie más ninguna otra labor. Durante dicho tiempo el actor Roldán Villa vendió un total de ciento cincuenta y siete (157), carrocerías para camiones, y setenta (70) para buses, producidas por la sociedad demandada. El señor Roldán Villa —dice el punto quinto de los hechos— no constituía por sí solo una empresa diferente de su patrono; y agrega —en el sexto y séptimo— que de esas ventas la sociedad sólo pagó al demandante los salarios correspondientes a las carrocerías vendidas directamente a los transportadores, que son las setenta (70) de que antes se habló, pero que al retirarse de la sociedad no le pagó —ni le había pagado al formular la demanda— el valor de las comisiones correspondientes a las ciento cincuenta y siete (157) carrocerías restantes, ni las prestaciones a que tiene derecho conforme a las leyes del trabajo. Afirma finalmente el apoderado del demandante que la sociedad "Superior de Colombia, Limitada", ha tratado maliciosamente de eludir el pago de los salarios y de las prestaciones sociales que adeuda al actor, y que "llegó a darle forma de contrato comercial al firmado con mi patrocinado, en el que se le niega todo derecho como trabajador, según la cláusula décima, a pesar de lo previsto por los artículos 43 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo". Y remata diciendo que "esta retención de los salarios y de las prestaciones de mi mandante, constituye por sí sola, mala fé de la Empresa deudora". Los fundamentos de derecho fueron enunciados abstractamente así: Artículo 1º y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 1º y siguientes del C. de P. L.; artículo 1º y siguientes del Código Civil y demás normas legales aplicables.

Corrido el traslado a la sociedad demandada, ésta respondió mediante apoderado negando casi todos los hechos, afirmando que la empresa nada debía al demandante, y que éste era un agente comercial que había constituido siempre una empresa independiente; que la mala fé atribuída a la sociedad sólo existía en la imaginación del actor; se opuso a que se accediera a las peticiones de la demanda y propuso —en el mismo escrito— la excepción dilatoria de inepta demanda, complementada luégo, en la primera audiencia de trámite, con las de carencia de acción, incompetencia de jurisdicción y cobro de lo no debido.

El Juez del conocimiento desató la controversia en fallo proferido el 16 de mayo de 1956. En éste declaró no probada la excepción de carencia de acción propuesta por el demandado, y condenó al mismo a pagar a favor del demandante las siguientes cantidades: $ 1.748.96 por concepto de cesantía; $ 1.725.07 por concepto de primas y $ 10.100.00 por salarios, y además las costas. Ambas partes apelaron de la decisión anterior, y el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali resolvió el recurso mediante sentencia del 18 de diciembre de 1956 en la que reformó la del a-quo en el sentido de condenar a la demandada a pagar al demandante las siguientes sumas: $ 2.760.24 por auxilio de cesantía, $ 2.760.24 por primas de servicio, y $ 12.460.00 por comisiones dejadas de pagar, o sea un total de $ 17.970.48.

Contra la providencia del ad-quem, ambas partes interpusieron recurso de casación, pero el

Tribunal sólo hubo de otorgarlo a la parte demandante. Como éste ha sido admitido y legalmente tramitado, corresponde ahora a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidir sobre el mismo mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito de oposición.

EL RECURSO

Solicita el recurrente la infirmación del fallo acusado, pero sólo en cuanto absuelve a la sociedad demandada de la indemnización por mora, y que en lo demás se confirme.

Invoca como motivo de casación el consagrado por el ordinal 1º del artículo 87 del C. de P. L., y sustenta tres cargos contra la providencia recurrida, los cuales serán estudiados en su orden así:

PRIMERO.— Este primer cargo es enunciado así: "Interpretación errónea del artículo 65 del C. S. del T., en relación con el artículo 1757 del Código Civil".

Afianza este cargo manifestando que la errónea interpretación del artículo 65 proviene de que para el Tribunal la simple alegación por el patrono del hecho relativo a la inexistencia del contrato de trabajo, o mejor, cualquier discusión al respecto, excusa la aplicación de dicho precepto. Añade que el ordenamiento legal así entendido resulta, desfigurado, porque de su contenido no aparece que deje de aplicarse si el patrono adopta la posición de que habla la sentencia acusada. Manifiesta que de la jurisprudencia laboral acerca del alcance que tiene la norma en estudio hace mérito el fallador, para decir, con fundamento en ella, que no es él aplicable al caso debatido. De esta manera —agrega— procede como si los simples principios que informan esa jurisprudencia integraran verdaderos preceptos legislativos, de ineludible observancia, arrogándose facultades que rebasan sus poderes, de los cuales hace uso con prescindencia del caso concreto sometido a su decisión. Dice que una equivocada inteligencia de la orientación trazada por el Tribunal de casación llevó al sentenciador a la errónea interpretación de la provisión legal citada. Y sustenta dicho reparo transcribiendo la doctrina mantenida por la Sala, que reza: "Este precepto (el del artículo 65) tiene un claro carácter de sanción para el patrón renuente a pagar las prestaciones e indemnizaciones que le deba al trabajador. Pero es claro que debe entenderse que hay un derecho cierto e indiscutible a las prestaciones e indemnizaciones, porque de lo contrario se podría incurrir en notoria injusticia. Por tanto la disposición no puede aplicarse en los casos de duda justificada acerca de la existencia del derecho, pues cuando así ocurre corresponde a la justicia especial del trabajo decidir esa controversia, y sólo cuando hay fallo definitivo que declara la existencia del derecho puede decirse que surge la duda correspondiente..... . Este concepto de sanción que el precepto consagra es incompatible con la noción de buena fé, de modo que si el patrón niega la existencia del derecho sin malicia, es decir, obra de buena fé, mal puede sancionársele si su conducta aparece clara al respecto". (Sentencia octubre 3 de 1951, G. del T., T. VII).

El recurrente dice a continuación que sobre la buena fé del patrono, el extinguido Tribunal Supremo dijo que ella depende "de la duda justificada acerca de la existencia de la obligación patronal, ora por discutir el contrato mismo, fuente de los derechos reclamados, e igualmente por desconocerse sin malicia o temeridad la prestación consiguiente". (Sentencia junio 30 de 1953, D. del T. Vol. XVIII).

Declara que la doctrina transcrita, no compendia la que sobre la cuestión que se estudia ha sostenido el sentenciador. Continúa diciendo que sobre la discusión del contrato de trabajo suscitada por el patrono, el Tribunal Supremo, en decisión posterior a la precitada, explicó cuándo tal discusión sirve para considerar al patrono de buena fé, en los siguientes términos: "No siempre que se discuta la naturaleza del contrato debe dejar de aplicarse la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque si así fuera, se abriría la puerta para que este mandato fuera defraudado. Sólo en aquellos casos en que por razones realmente poderosas y serias que surjan de los hechos del litigio, la postura del patrono pueda tener carácter realmente respetable para discutir la calidad del contrato, la sanción precitada no debe ser aplicada. Cuando la litis se traba no sobre la existencia del contrato sino sobre sus consecuencias, o cuando trabándose sobre aquélla, se ve la sinrazón de la polémica, sobre la claridad de una relación que aparece clara, la norma referida debe aplicarse sin consideración" (Casación marzo 10 de 1954, D. del T. Vol. XIX). Y agrega: Negar el contrato sin razones valederas —afirma el Tribunal Supremo en fallo posterior al que se transcribe— y, en consecuencia, no pagarlo al trabajador lo que se le debe al terminar el vínculo, implica "renuencia injustificada en el patrono que se identifica con su mala fé, caso en el cual

debe ser aplicada la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo" (Casación de 25 de agosto de 1954, D. del T. Vol. XX).

En consecuencia argumenta el recurrente —no basta, —como lo entiende el ad-quem— que el patrono discuta el contrato de trabajo para colocarse fuera del mandato del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Se requiere que esa discusión se funde en razones serias: no es suficiente provocar la discusión, esto es, discutir por discutir, sino presentar la conducta del patrono que resiste la pretensión del trabajador al pago de deudas exigibles al terminar el contrato, apoyada en fundamentos de hecho aceptables. Deduce que tomada la doctrina del Tribunal Supremo como se acaba de presentar, resalta la errónea interpretación que hace de ella el fallador; y que como secuela de esa mala inteligencia, el sentenciador liberó al patrono de la obligación de probar que fue justificada su renuencia al pago de los salarios y prestaciones debidos al actor al terminar el vínculo laboral.

Seguidamente transcribe la siguiente jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo: "Al trabajador corresponde demostrar solamente que al terminar el contrato no le fueron pagados sus derechos, porque es esta la base objetiva que el artículo 65 señala para que la sanción sea procedente. Será en la defensa que asuma el patrono y en los hechos probados en que la apoye, de donde habrá de deducirse en cada caso por el Juez si aquella falta de pago es imputable o no a mala fé suya, y si, de consiguiente, debe o no responder por el valor de los salarios constitutivos de la indemnización moratoria". (Sentencia de junio 1º de 1955, D. del T. Volumen XXII).

El recurrente hace un resumen de los textos jurisprudenciales que transcribe, y en cuanto a la aplicación de la norma al caso en que —como en el presente— se discute por el patrono la existencia del contrato laboral, destaca los siguientes conceptos:

1º.—El trabajador adquiere el derecho a la indemnización moratoria probando en el proceso que al terminar el contrato existían deudas insolutas a su favor, que el patrono se negó a pagarle.

2º.—El patrono, demostrado por el trabajador el hecho señalado en el numeral que precede, puede conseguir que se le libre de la sanción, probando en el juicio estos hechos:

a).—Que no pagó las deudas reclamadas por el trabajador, por estimar razonablemente que no se las debía; y

b).—Que las pruebas de los hechos en que apoya su defensa el patrono sirvan para demostrar la justicia de ésta, especialmente si de ellas se desprende incertidumbre sobre la realidad del contrato de trabajo, y, de consiguiente, su buena fé.

Agrega que es verdad que la compañía demandada negó la existencia del contrato de trabajo, afirmando que las relaciones jurídicas entre las partes estuvieron regidas por una convención mercantil y no de trabajo. Pero que el Tribunal no encontró razonable esa alegación, derivada de algunas cláusulas del contrato de julio de 1953, y no la estimó razonable porque las pruebas aducidas por la parte actora lo convencieron plenamente de que tales relaciones daban origen a un contrato de trabajo. Con tal efecto transcribe el siguiente aparte del proveído impugnado:

"El vínculo de subordinación entre Roldán Villa y la casa comercial a la cual prestaba sus servicios era completamente similar a aquél que existía entre la misma casa y sus demás empleados, con la diferencia, claro está, que dadas las características de la labor encomendada al actor, aparece muy atenuado por la cierta autonomía de que gozaba en el desarrollo de sus labores.

"Tenemos entonces que las cláusulas consignadas en el contrato traído al juicio y según las cuales Roldán Villa constituía una empresa comercial independiente y por lo tanto no tenía derecho como tal al pago de prestaciones sociales, son inválidas y no producen efecto alguno por cuanto está demostrado que aquél era un trabajador asalariado que tenía y tiene derecho al pago de las prestaciones sociales que consagra la ley".

Comenta el recurrente el texto anterior y dice que una declaración de tánta gravedad y trascendencia en el proceso no se puede hacer sin la plena convicción de estar probada, sin lugar a dudas, la existencia del vínculo laboral, y sin aceptar por otra parte el propósito doloso de defraudar la ley. Que así enfocado el caso litigioso —añade— no sólo es preciso descartar la buena fé del patrono al discutir la realidad del contrato laboral, sino situarlo en el plano de la mala fé.

Por lo tanto —arguye— descartada la buena fé de la sociedad demandada, y no habiendo ella podido demostrar, al negar el vínculo laboral, hecho alguno capaz de justificar su renuencia al pago de las obligaciones reclamadas, la consecuencia dentro del proceso ha debido ser, conforme al artículo 65 y a la verdadera doctrina del Tribunal Supremo, la condena al pago de la indemnización moratoria pedida en la demanda. Dice que la carga de la prueba se distribuye, para

estos casos, en la siguiente forma: incumbe al trabajador probar que al terminar el contrato existían obligaciones insolutas a su favor, que el patrono se negó a pagarle. Y corresponde al patrono probar que no hizo el pago porque de buena fé estimó que nada le debía. Agrega que los extremos que debía establecer el trabajador aparecen plenamente satisfechos, como lo acoge la sentencia acusada. Y, en cambio, los atinentes al patrono se hallan huérfanos de toda prueba, pues la única aducida por él, consistente en el contrato escrito de julio de 1953, fue repudiada por el Tribunal, por haber sido ella infirmada en el proceso.

El recurrente considera que la cuestión se concreta, de esta suerte, en dos puntos: a)—Quedaron demostrados por el trabajador los hechos que el legislador laboral y la jurisprudencia le exigen para adquirir el derecho a la indemnización por mora; b)—Sin mérito legal la defensa presentada por el patrono al negarse al pago de las obligaciones a su cargo. Quiere decir lo expuesto —manifiesta— que no fue atendido por el Tribunal el principio de derecho probatorio, de universal aplicación, consagrado en el artículo 1757 del Código Civil, y que en consecuencia el sentenciador violó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 1757 citado, por falta de aplicación, en virtud de equivocado entendimiento del primero.

El opositor pide que se deseche el cargo en razón de las consideraciones que, condensadas aquí, formula. Manifiesta que desde 1946, cuando por primera vez el extinto Tribunal Supremo del Trabajo debió interpretar el alcance del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, vinculó la aplicación de dicha norma al criterio de la buena fé que informara al patrono demandado en relación con las deudas laborales; y que más tarde, cuando la jurisprudencia de ese texto fue vertida sobre el artículo 65 del Código del Trabajo, el hilo interpretativo se mantuvo dentro de iguales lineamientos. Lo cual significa que cuando el ad-quem condiciona la aplicación del texto al criterio de la buena o mala fé, se encuentra dentro del ámbito del correcto entendimiento de la norma que procede no sólo de su letra sino también de la jurisprudencia que lo ha interpretado. Agrega que no es exacto que el Tribunal hubiera afirmado en su sentencia que cualquier discusión acerca del contrato es suficiente para excusar al demandado de la sanción del artículo 65 antes citado. Para respaldar su aserto transcribe la parte pertinente de la sentencia, en la cual se dice que, conforme a la jurisprudencia "los salarios caídos no se causan cuando durante el juicio se discute fundadamente y de buena fé la existencia de la relación laboral por parte del demandado".

Añade luégo que el artículo 87 del Código de P. L. señala como causal de casación la "interpretación errónea de la ley sustantiva" (para el caso de autos el artículo 65), pero ni aquel texto, ni otro alguno, ni la costumbre ha instituido en causal de casación la errada interpretación de la jurisprudencia, así provenga ésta del más alto Tribunal. Como el cargo versa sobre la contradicción entre el proveído del ad-quem y la jurisprudencia (lo cual también es inexacto), la Corte no puede entrar a considerarlo. Y, finalmente, dice que un cargo por interpretación errónea de la ley, debe basarse sobre el alcance del texto que se supone violado con independencia de toda cuestión probatoria o de hecho. Y que como el cargo referido se funda en deducciones tomadas del juicio probatorio con el ánimo de demostrar que la empresa no logró probar sus afirmaciones, dicho cargo así respaldado se encuentra fuera de la técnica del recurso. Solicita, en consecuencia, que el cargo sea desestimado.

La Corte empieza por anotar que la vasta recopilación hecha por el recurrente, acerca del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, corresponde efectivamente a reiterados pronunciamientos del extinto Tribunal Supremo y de esta Sala; han sostenido el primero y la segunda de manera uniforme que la sanción de los llamados "salarios caídos" sólo debe aplicarse al patrono renuente a pagar prestaciones, cuando tal renuencia es temeraria e injustificada, es decir, cuando carece de buena fé. Contrario sensu, el patrono se exonera de la susodicha sanción en el caso de que su negativa de pago tenga algún fundamento, asistido por la buena fé, que consista en la duda justificada acerca de la existencia de la obligación o en el monto de la misma, y en este último evento el empleador consigne lo que de buena fé crea deber.

La extensa demostración de este cargo consta de tres puntos, a saber:

1º—Le achaca al fallo acusado mal entendimiento de la norma referida y de su jurisprudencia ya que, según el recurrente, el Tribunal consideró que "la simple alegación del patrono del hecho relativo a la inexistencia del contrato de trabajo, o mejor, cualquier discusión al respecto", excusa la aplicación de la pena consagrada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo;

2º—Como el Tribunal tachó de inválidas y sin efecto algunas cláusulas del contrato, el recurren-

le arguye que "no es posible —sin agravio del sentido común— afirmar que el contrato que el Tribunal tacha de inválido sirva a la vez de soporte a la buena fé de quien lo invoca; y,

3º.— "Los extremos que debía establecer el trabajador aparecen plenamente satisfechos", y en cambio los alimentos al patrono se "hallan huérfanos de toda prueba", ya que el contrato presentado fue infirmado en el proceso, por lo cual no fue atendido por el sentenciador el principio universal de carga probatoria consistente en que "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta", consagrado por el artículo 1757 del Código Civil.

Va a hacerse el análisis de cada uno de estos puntos:

I.—La simple lectura de la parte pertinente del fallo impugnado muestra cómo el Tribunal no sostuvo exactamente la tesis de que la sola discusión del contrato, por parte del patrono, eximiera a éste de la indemnización moratoria. Dijo el juzgador de segundo grado: "No prospera la solicitud de salarios caídos en el caso sub-judice habida consideración de que durante el juicio la empresa demandada ha discutido la existencia del contrato de trabajo. Y bien sabido es que de conformidad con reiterada jurisprudencia del más alto Tribunal de justicia laboral, los salarios caídos no se causan cuando durante el juicio se discute fundadamente y de buena fé la existencia de la relación laboral por parte del demandado, puesto que ello implica la ausencia de mala fé en el patrono por la renuencia al pago de las prestaciones adeudadas". (Subraya la Sala).

Puede haber una inadecuada presentación de tal jurisprudencia, por ser la primera cláusula del proveído una afirmación que sirve de apoyo al reparo formulado; empero, la segunda es ampliamente explicativa y en ella se condensa específicamente la recta tesis jurisprudencial sobre el punto controvertido. En dicha segunda cláusula el Tribunal sostiene que la sanción por salarios caídos no se causa cuando en el juicio, fundadamente y de buena fé, se discute la existencia misma de la relación laboral por parte del demandado, tesis que es reflejo fiel de la jurisprudencia del extinto Tribunal Supremo y de la Corte, y que tan copiosamente es aducida por el recurrente. Por lo cual no puede estimarse como valedera esta primera objeción del recurrente.

II.—El ad-quem estimó inválidas las cláusulas del contrato según las cuales Roldán Villa constituía una empresa comercial independiente y por tanto no tenía derecho a prestaciones sociales. Pero no consideró inválido o nulo el contrato mismo, como pretende el recurrente cuando afirma que no es posible que el "contrato que el Tribunal tacha de inválido sirva a la vez de soporte a la buena fé de quien lo invoca". Ante una contención en materia harto dudosa, en la cual el trabajador sostenía la existencia de un contrato de trabajo y el patrono la existencia de un contrato comercial, el juzgador le dió la razón al primero, mediante la consideración de que eran inválidas algunas cláusulas del acto o contrato, sin que hubiera encontrado temeridad manifiesta ni mala fé en la posición asumida por la empresa. Esta se había ceñido a un texto contractual que á la postre resultó dudoso no sólo para ella sino para la otra parte, y su buena fé correspondía reflejamente a la buena fé de Roldán Villa, quien al iniciarse el contrato se autoreconoció en tal texto, con el respaldo de su firma, la calidad de empresa de comercio. El sentenciador tuvo fundamento para considerar que, no obstante las resultas del juicio negativas a la posición del patrono, éste había obrado de buena fé. Esta apreciación del Tribunal pone de manifiesto que en la interpretación de la norma tuvo en cuenta la duda razonable del demandado para abstenerse de hacer el pago.

III.—La apreciación de la mala o de la buena fé del patrono —para los efectos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo— no es materia de incidente especial dentro del juicio del trabajo. La jurisprudencia que propone aquellos elementos como causantes de la aplicación o inaplicación de la pena, ha considerado que ellos se deducen por el juzgador en forma de presunción simple o judicial, de acuerdo con la regla de la libre formación del convencimiento (artículo 61 del Código de P. L.), sin que sean materia especial de gravamen probatorio. Otra cosa es que las partes al proponer sus acciones y excepciones o en el curso del proceso le señalen al juzgador hechos constitutivos de uno u otro elemento, según su respectivo interés en la contienda. Más la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acogida por la Corte, es la que antes se enuncia. En sentencia de 19 de julio de 1954, dijo aquél: "En uno y otro caso, previo el estudio completo de las probanzas que obren en el juicio, el Juez formará su criterio y decidirá concretamente si lo depositado por el deudor o la negativa a depositar suma alguna es o no justificada y se atempera a la realidad procesal". (D. del T., volumen XX, número 115|17, página 80). Esta misma tesis fue expresada en sentencia proferida el 1º de junio de 1955, así: "Al trabajador corresponde demos-

trar solamente que al terminar el contrato no le fueron pagados sus derechos, porque es ésta la base objetiva que el artículo 65 señala para que la sanción sea procedente. Será en la defensa que asuma el patrono y en los hechos probados en que la apoye, de donde habrá de deducirse en cada caso por el Juez si aquella falta de pago es imputable o no a la mala fé suya y si, de consiguiente, debe o no responder por el valor de los salarios constitutivos de la indemnización moratoria" (D. del T. Volumen XXII, número 127|29, página 62). Y estas nociones fueron repetidas en sentencia de 20 de septiembre de 1955 (D. del T. Volumen XXII, número 130|32, página 235), de todo lo cual se colige que el principio universal de carga probatoria consagrado por el artículo 1757 del Código Civil, precitado no es por tanto aplicable a una cuestión, que, como los elementos de la buena fé o mala fé del patrono, es materia deducible por el juzgador con apoyo en las reglas de la libre convicción. En consecuencia, no se configuran las pretendidas transgresiones a que alude el cargo, y por tanto éste no prospera.

SEGUNDO.—Ataca la sentencia por "violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 23, 24, 43 y 98 del mismo Código". Arguye en respaldo del cargo que el fallador tuvo por verdad evidente e incontrastable la de que el contrato que vinculó a las partes fue, en su ejecución, un verdadero contrato de trabajo y no la convención mercantil que aparece en su texto. Esa verdad —agrega— llegó a su mente a través de las pruebas que analiza en la sentencia (declaraciones de Gustavo Hincapié a folios 68, de José Saportas a folio 61 y de Oscar Echeverry a folio 66, los dos últimos empleados de la Sociedad, y de la propaganda impresa sobre ofertas al público de la carrocería montada en talleres de la empresa, que firma el actor como jefe del Departamento de Ventas). Dice que fundado en tales pruebas, y con base en la doctrina legal de los artículos 23, 24, 43 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo, desechó el contrato escrito mencionado, para preferir en cambio la realidad patentizada en los autos, según la cual el demandante fue agente vendedor de "Superior de Colombia Limitada", bajo su continua dependencia y subordinación: es decir prefirió el contrato realidad, típicamente de trabajo, al contrato literal que pretendió desvirtuarlo. Pero allí se detuvo el Tribunal, agrega. Le otorgó a Roldán Villa derechos derivados del contrato de trabajo (salarios, cesantía y primas) y le desconoció el relativo a la indemnización por mora, que tiene también su fuente en dicho contrato. Manifiesta que no fue acogida la voluntad de la ley en toda su plenitud, sino a medias, y que al proceder así el sentenciador violó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y los demás preceptos legales citados.

Se ha visto —prosigue el recurrente— que el sentenciador declaró inválidas las cláusulas del contrato escrito de julio de 1953 que pretendían desfigurar el de trabajo, y lo hizo con fundamento en el artículo 43 del mismo Código. Pero que sin embargo desoyó el mandato de ese texto, pues él ordena que si el trabajo ejecutado constituye una actividad lícita, la declaración de invalidez o de ilicitud de algunas estipulaciones del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a reclamar "el pago de su salario o prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio".

Manifiesta que si se relaciona el artículo 43 con el 65, se ve claramente que el segundo ha debido tener aplicación, pues si el primero se consideró pertinente "fue porque los derechos allí reconocidos no fueron satisfechos". Analiza el artículo 65, texto del cual afirma que presenta dos supuestos de hecho: deudas exigibles del trabajador a cargo del patrono al terminar el contrato, por una parte, y negativa de aquél, bien al pago, ora a la consignación judicial de lo que cree deber, no mediando retención legalmente autorizada. Afirma que los dos extremos en que se sustenta la hipótesis legal aparecen plenamente justificados en el proceso. Tan probados están, que en ellos se basó el Tribunal para condenar a la sociedad demandada a los salarios y prestaciones de que habla el fallo. Por consiguiente —remata— al no acceder a la condena sobre salarios caídos, cuyo fundamento de hecho es el mismo que sirve de soporte a las declaraciones que formula contra el patrono en su sentencia, a más de incurrir en manifiesta contradicción, vulnera, en el concepto ya expresado, el artículo 65 y los demás textos legales citados que, con absoluta falta de lógica, deja de aplicar cuando debían ser aplicados.

El cargo se funda —arguye el opositor— en que habiendo deducido el Tribunal de Cali que entre los contendientes existió un contrato de trabajo, le era forzoso aplicar la sanción del artículo 65, sin lo cual esta disposición resulta quebrantada. El recurrente supone, por tanto, —agrega el opositor— que en toda circunstancia en que el contrato de trabajo resulte demostrado, el patrono debe ser castigado con la sanción mo-

ratoria. Esa suposición equivocada, desconocedora del alcance del artículo 65 tal como ha venido siendo aplicado desde su vigencia, implica la adopción de un "criterio mecánico" para la aplicación de la norma, cuyo único fundamento sería la existencia del contrato de trabajo, bien porque no se discuta, ora porque en controversia judicial su naturaleza jurídica prevalezca sobre otras relaciones contractuales.

El opositor critica la exégesis que hace el recurrente del artículo 65, relativa a los dos supuestos de hecho a que atrás se aludió en el presente examen, y declara que lo cierto es que, desde hace once años de jurisprudencia, el supuesto de hecho es la buena o mala fé del patrono en su renuencia al pago de prestaciones.

Finalmente, el opositor formula la siguiente réplica al aserto —del recurrente— de que el fallo es contradictorio: "Si en el caso de autos —dice aquél— la sentencia hubiera declarado que la controversia sobre el contrato fue abusiva o temeraria por parte de mi representada (Superior de Colombia Limitada), y no obstante tal declaración, se hubiera negado a aplicar el artículo 65, el cargo estaría correctamente formulado .... Pero ocurre .... que el ad-quem, lejos de hacer semejante afirmación, se fundó en tesis del Tribunal Supremo para admitir que la controversia había sido fundada y no era temeraria". Por todo lo cual pide que el cargo se declare infundado.

La Corte considera:

El ataque se concreta a considerar que cumplidas las hipótesis, elementos o prevenciones abstractas del artículo 65, ordinal 1º, del Código Sustantivo del Trabajo, debería necesariamente haber sido impuesta por el juzgador la sanción que tal norma establece. En concepto del apoderado del demandante la simple y llana configuración de los presupuestos legales de dicho texto obligan al aplicador de la ley a imponer la pena de la indemnización moratoria, tesis cuyo radicalismo contraría palmariamente la jurisprudencia elaborada en torno a dicho texto, según la renuencia del patrono a satisfacer salarios y demás prestaciones obedece a su mala fé.

Los elementos o supuestos de hecho del texto escrito por sí solos no son suficientes para imponer la pena. Deben ellos ir acompañados por una sólida y concluyente presunción judicial acerca del ánimo injusto o de la intención temeraria del patrono que se niega a pagar. Si se aceptara la tesis del recurrente se mutaría de repente una vieja y sabia jurisprudencia, sentada inclusive sobre la interpretación del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 —precursor del 65 del C. S. del T.—(Sentencia del 15 de diciembre de 1954), la cual corresponde a un inequívoco criterio jurídico.

Es evidente que, tras una controvertida definición del contrato, que resultó ser de trabajo en el caso de autos, surgieron los supuestos de hecho del artículo 65. Pero es también evidente que el juzgador de segunda instancia —coincidiendo con el a-quo— no halló mala fé en la actitud del patrono al asumir éste una posición contraria, pero ciertamente fundada, a la naturaleza laboral que pudiera ostentar la relación que lo vinculaba con el demandante.

No halla por tanto la Sala que se hubiera violado el artículo 65 ni las demás normas citadas por el recurrente, y en consecuencia no puede aceptar, como valedero, el cargo que se ha examinado.

TERCERO.—Impugna la sentencia por "violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 23, 24, 43 y 98 del mismo Código, y 49 y 50 del Código Procesal del Trabajo, a consecuencia de errores de hecho, por falta de estimación de algunas pruebas y equivocada apreciación de otras".

El respaldo del cargo es hecho así: se observa que los falladores de instancia llegaron a la conclusión de que entre las partes existió, sin duda, un contrato de trabajo, ya que se establecieron en el proceso los elementos generales de que tratan los artículos 23 y 24 del C. S. del T., y los especiales a que alude el artículo 98 del mismo.

Agrega que respecto de las cláusulas consignadas en el contrato allegado al juicio y según las cuales el demandante Roldán Villa constituía una empresa comercial independiente, y, por tanto, sin derecho al pago de prestaciones sociales, el sentenciador las declaró inválidas e ineficaces, para lo cual tuvo en cuenta el artículo 13 del C. S. del T., y lo dispuesto en el 23 ibidem, inciso 2º. Sin embargo, añade, habiendo omitido el análisis que de las pruebas ordena hacer el artículo 60 del C. de P. L., absolvió a la parte demandada de la petición del libelo sobre salarios caídos.

Como ya se anotó —continúa— el Tribunal en este punto se limitó a declarar que no prosperaba la solicitud por haberse discutido durante el juicio la existencia del contrato de trabajo, sin indicar las pruebas de donde hubiera podido inferirse que el patrono tuvo razones justificadas o valederas para promover y adelantar esa discusión. Por lo cual —deduce el recurrente—

el sentenciador incurrió así en manifiesto error de hecho, tanto por falta de estimación de varias pruebas como por equivocada apreciación de otras, de todo lo cual se desprende que el patrono, lejos de alegar motivos justificados de duda, obró con evidente mala fé.

Las pruebas no apreciadas en lo tocante a la petición de "salarios caídos", aunque sí lo fueron por el fallador para hacer el estudio de la naturaleza del contrato de trabajo son enunciadas y criticadas por el apoderado del demandante así:

a).—Las declaraciones de Ruth Robles (folios 58 a 59 vuelto), Salomón Rivera (folios 59 vuelto a 61), José Saportas (folios 61 y 62 vuelto), Oscar Echeverri (folio 66) y Gustavo Hincapie (folio 68). Tales declaraciones —agrega— demuestran que el demandante Roldán Villa jamás constituyó, en ningún momento de la ejecución del contrato de julio de 1953, una empresa comercial e independiente y que por tanto, la cláusula 10ª de ese contrato fue incluida por el patrono con el dañado y torcido propósito de burlar las leyes sociales que tutelan los derechos del trabajador.

b).—La propaganda impresa, redactada y suscrita por Roldán Villa (folios 27 a 29) en la cual actúa como jefe del Departamento de Ventas de la Sociedad demandada.

c).—Las inspecciones oculares de folios 17 a 19 vuelto, y 80 y 81, de cuya confrontación surge con toda claridad el hecho de que la parte demandada dejó de comportarse con la lealtad y probidad que exige el artículo 49 del Código de P. L., al ocultar en la segunda de dichas diligencias los comprobantes examinados en la práctica de la primera, todo lo cual induce mala fé de su parte y deja en el vacío la aseveración del Tribunal de que fue justificada su renuencia al pago de las deudas a su cargo. (El recurrente transcribe apartes de la constancia dejada por el apoderado del actor y del alegato de conclusión del mismo). Dice que fueron mal apreciadas las siguientes pruebas:

1º.—La contestación al hecho octavo de la demanda, en que se dice: "El señor Lázaro Roldán era un agente comercial y constituía y constituyó una empresa comercial independiente". Es obvio —dice el recurrente— que la circunstancia de que el actor fuera un agente comercial no pugna con la existencia del contrato de trabajo (según el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo), y la afirmación de que el demandante constituyó una empresa independiente, fué desvirtuada.

2º.—La disertación del apoderado del patrono (folios 44 a 45 y 97).

3º y 4º—En estos dos puntos el apoderado del demandante considera haber indebidamente sido apreciadas como prueba las cláusulas primera (en su aparte c), segunda, tercera y décima del contrato de julio de 1953, y

5º.—La respuesta de Roldán Villa a la pregunta primera del cuadro de posiciones (folio 66 vuelto), para afirmar que si allí Roldán Villa admitió fácita o expresamente su carácter de agente comercial, tal asentimiento carece de toda importancia, ya que el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere a trabajadores dependientes que se ocupen de actividades comerciales. Declara además que la confesión provocada, según la ley sólo puede versar sobre hechos, y que en la pregunta de que se trata se le pidió al absolvente una calificación jurídica del contrato que lo vinculó con la sociedad demandada.

Manifiesta que la discusión planteada por la sociedad acerca de la naturaleza jurídica del contrato que celebró con el demandante se concreta en los puntos 1º a 5º anteriores, y termina diciendo que frente a tal discusión y sus fundamentos, nadie sería osado a pensar que tenga ella base razonable, con virtualidad suficiente para eximir a la demandada de la sanción establecida por el artículo 65 del C. S. del T.

El opositor realiza una extensa réplica de este punto, en la que hace el análisis y la crítica de los hechos que según el recurrente fueron inapreciados o mal apreciados por el juzgador de segunda instancia; manifiesta que si la sociedad que representa no aparece como demandante en el recurso al igual que la parte actora, "ello se debe a la infortunada circunstancia de que una interpretación asombrosamente equivocada del fallador ad-quem" la privó de ese derecho, y para concluir sus objeciones al cargo destaca dos aspectos, así: 1º. -Dice que si las pruebas que el recurrente ha señalado como no apreciadas o como erradamente estimadas para el efecto de la sanción moratoria son —como lo admite el recurrente—, las mismas que sirvieron para desentrañar la naturaleza de la relación jurídica discutida, el recurrente ha debido señalar para el examen de la Corte todas estas últimas y no sólo algunas, pues el sentenciador para decidirse sobre la existencia del contrato de trabajo y sus modalidades tuvo en cuenta, a más de las que el apoderado del demandante critica, el dictamen pericial de Luis Torres y el texto de las afirmaciones hechas en la demanda. Porque es

constante jurisprudencia la de que, mientras un ataque fundado en errores de hecho olvide el señalamiento de una o algunas de las pruebas que tuvo en cuenta el fallador para pronunciar la decisión impugnada, tal decisión debe mantenerse por conservar aún soportes probatorios intactos. 2º.—Porque la jurisprudencia de la Corte así como la del extinguido Tribunal Supremo, han sostenido, con base en la doctrina universal, que para que el error de hecho se configure realmente debe ser ostensible en los autos, y no meramente deducible por largos estudios y razonamientos. Debe haber tal contradicción entre las pruebas y las decisiones tomadas por el juzgador de instancia, que aparezca sin esfuerzo el yerro que se imputa al fallo. Y dice textualmente para terminar: "Es cierto que en este debate la empresa fue vencida en el procedimiento de instancia sobre el problema de la naturaleza jurídica de la relación que la vinculó a Lázaro Roldán. Pero los elementos de juicio que causaron el fallo, y su estudio, son de tal naturaleza, que, como antes lo apunté, bien hubiera podido con base en ellos admitirse la existencia de una relación puramente comercial tal y como la convinieron las partes. De consiguiente, no puede hablarse de que exista un error evidente y ostensible que justifique la casación del fallo. Si se tiene en cuenta, además, que no basta la conclusión judicial sobre la existencia de un contrato de trabajo para imponer la sanción moratoria impuesta por el artículo 65, sino que precisa, como lo ha dicho esa alta Entidad, el elemento "anímico" o "intencional", y que en este caso tal elemento ha sido calificado favorablemente a mi representada por el inferior, la presencia del error que el recurrente quiere demostrar, se hace más difusa y menos posible".

Se considera:

Siguiendo en lo posible el orden establecido por el recurrente en el desarrollo del cargo, la Sala va a estudiar cada uno de los aspectos del ataque por error de hecho, así:

a).—De las declaraciones de la señorita Robles y de los señores Rivera, Saportas, Echeverri e Hincapié (Folios citados), el apoderado del demandante toma base para afirmar que la cláusula décima (acerca de la calidad de empresa comercial independiente de Roldán Villa), fue incluida por la sociedad con el "dañado y torcido propósito" de burlar las prestaciones sociales que tutelan los derechos del trabajador, y que por consiguiente este hecho configura mala fé patronal y amerita para la empresa la aplicación de la pena moratoria.

Esta Corporación considera que la mencionada cláusula forma parte de un contexto de estipulaciones contractuales en las que, sin lugar a dudas, las partes intervinientes acordaron en un principio que la calidad de Roldán Villa fuera la de una empresa comercial, calidad que sólo vino a ser desvirtuada en la ejecución misma del contrato. No puede ni es la intención de la Corte entrar al estudio mismo de la naturaleza del contrato —que ya fue definido como laboral en las instancias— pero sí debe observar, dentro del ámbito que la proponen los objetos del recurso, que la condición de empresa comercial que Roldán Villa pactó para sí con la otra parte le procuraba a aquél gabelas y ventajas anejas a un "statu" contractual mucho más amplio, independiente y provechoso que el de simple trabajador. En efecto: se le liberaba de la subordinación y dependencia propio del contrato de trabajo, como se observa en la cláusula tercera; se le otorgaba, como es obvio, posibilidad de otros negocios de comercio, mediante tratos con otras empresas, con la natural limitación de que éstas no fueron competidoras de la sociedad contratante; se le permitió la autodirección de ventas, escogencia de mercados dentro de su zona, libertad de acción. Lo que ocurre es que, en la práctica, o sea en la ejecución del contrato, no aparece que Roldán Villa hubiera hecho uso de su autonomía comercial que se había autoreconocido y que le había reconocido la otra parte en el contrato y que entre ambas habían pactado. En la ejecución de aquél, aparece Roldán no como empresa —pues se dedicó exclusivamente a servir a "Superior de Colombia Limitada" y no obtuvo otras representaciones ni realizó otros actos de comercio— y asumió cierta dependencia, en cuanto a horarios, asimilación a otros trabajadores, desempeño de funciones en local de la empresa, aceptación de órdenes o insinuaciones etc., que en la práctica configuraron una relación con todas las trazas de contrato de trabajo, así considerado por los juzgadores de instancia, pero sin que por ello el ad-quem hubiera colegido —como pretende que era deducción de rigor el recurrente— que el inicial contrato hubiera sido una treta exclusivamente encaminada a burlar las prestaciones sociales. No surge por ende ninguna evidencia en cuanto al ánimo malicioso de la empresa al celebrar el contrato; tal es la conclusión a que necesariamente debe llegarse en el estudio del texto contractual, y, por tanto, es ineficaz este aspecto del ataque.

b).—La propaganda mimeografiada —suscrita

por "L. Roldán Villa Departamento de Ventas"— es un documento que ya sirvió de base en las instancias para declarar la existencia del contrato de trabajo, pero que, no ostenta eficacia inteligible para la demostración de que el patrono deba ser obligado al pago de salarios caídos. Porque tal propaganda no presenta conexión con la mala fé del patrono que es el tema probandum para aplicar la sanción. Es claro que Roldán Villa, beneficiario de una retribución proporcional a las ventas, estuviera interesado como empleado, como agente exclusivo o como comisionista, en hacer entre los compradores una promoción publicitaria para incrementar dichas ventas. Se observa, además, que Roldán Villa no figura en dichos impresos mimeográficos como "jefe" del Departamento de Ventas, sino que la suscripción de los mismos bienes hecha en la forma que se dijo antes.

c).—El ad-quem le dió, en sentir de la Sala el significado que merecía a las inspecciones oculares. En la segunda, que fue la del juicio ciertamente no aparecieron datos que habían sido producidos en la primera, que fue extrajuicio. Pero ocurre que ni la primera ni la segunda resultaban satisfactorias, en vista de lo cual el Tribunal ordenó oficiosamente una tercera inspección, cuyos resultados definitivos fueron aún más provechosos para el actor que los de la primera. De lo cual se concluye: que las dos inspecciones fueron incompletas; que alegar bondad de la primera con desmedro de la segunda es inconducente, porque la tercera practicada por el Tribunal dió resultados distintos de los de aquellas; y, sobretodo, en ninguna de ellas se advierte ocultación maliciosa por parte de la empresa, sino que por el contrario en la segunda —que es la del reparo— el propio contador de la sociedad señor Eliseo Marulanda explicó que los datos relativos a la totalidad de carrocerías vendidas por Roldán Villa se hallaban en la planta, y prometió presentarlos al Juzgado al día siguiente como efectivamente lo hizo (folios 79 a 81). Por lo cual, no puede considerarse eficaz este otro aspecto del ataque.

Los puntos 1º a 5º (excepto el 2º que no se refiere a un hecho sino a una alegación), tienden a demostrar cómo las cláusulas del contrato celebrado en julio de 1953 no prestaban asidero a una discusión acerca de su naturaleza laboral, y que por lo tanto era temeraria la posición de la empresa al negarle tal naturaleza. La Sala considera haber hecho relación a este punto en el aparte a) del análisis de este mismo cargo, y a ese aparte se remite. Ello conduce a mantener la tesis del sentenciador, consistente en que era fundada la duda de la empresa en torno a la verdadera naturaleza de la relación contractual y que, por tanto, no es colegible mala fé patronal en cuanto a la discusión de la existencia del contrato de trabajo, con lo cual no procedía la aplicación de la pena de indemnización moratoria, ni tampoco aparecen configuradas las restantes pretendidas violaciones indirectas a que se refiere el recurrente. En consecuencia, debe rechazarse el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto de este recurso, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali el 18 de diciembre de 1956.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCION DE NIVELACION DE SALARIOS Y CONDICIONES POR TRABAJAR EN UNA MISMA EMPRESA NACIONALES Y EXTRANJEROS. —— CONDICIONES Y EFECTOS DE LA ACCION.— DIFERENCIAS ENTRE LOS ARTICULOS 74 Y 143 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

1.—El artículo 74 del C. S. del T., regula la proporción e igualdad de condiciones entre trabajadores colombianos y extranjeros en el numeral 2º: "Los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales".

El artículo 143 del C. S. del T. enuncia el principio "a trabajo igual, salario igual"

Anteriormente, el artículo 4º de la Ley 149 de 1936, relativo, como el artículo 74 del Código, a la igualdad de condiciones entre trabajadores nacionales y extranjeros, había dispuesto que "Cuando en una empresa haya empleados, contratistas y obreros permanentes de distintas nacionalidades, que desempeñen unas mismas funciones, los empleados, contratistas y obreros nacionales tendrán derecho a exigir remuneración y condiciones iguales y pago en la misma moneda".

El extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia del 10 de septiembre de 1952, al decidir un cargo en el que sostenía que "el Tribunal Seccional incurrió en error al considerar que el salario igual solamente corresponde al tiempo por el cual concurran al servicio el extranjero y el nacional, pues ha debido admitir que hecha la comparación de funciones y habiendo trabajado algún lapso en el desempeño de idénticas funciones, el demandante tiene por todo el tiempo de duración del servicio, derecho a qué se le pague la misma remuneración", lo halló fundado, y al efecto expuso las razones que se transcriben en seguida:

"Como fácilmente puede deducirse de la norma anterior, el derecho concedido a los trabajadores nacionales para exigir remuneración y condiciones iguales a los trabajadores extranjeros, reposa sobre los siguientes presupuestos de hecho: a) Que en una misma empresa haya trabajadores nacionales y extranjeros; b) Que tanto los trabajadores nacionales como los extranjeros, lo sean permanentemente de la empresa; c) Que unos y otros desempeñen unas mismas funciones; d) Que los nacionales tengan remuneración o condiciones inferiores a los extranjeros.

De los anteriores presupuestos, interesan a los efectos de este cargo, los de permanencia e identidad de funciones, para determinar si el derecho del trabajador colombiano a recibir igual remuneración al extranjero está subordinado a la permanencia de éste o, en otros términos, si la identidad de funciones debe persistir por todo el tiempo a que se contrae la solicitud de nivelación de salarios o, por el contrario, basta que tal identidad haya existido en un momento dado, teniendo ,por otra parte, el carácter de permanencia la relación de trabajo entre la empresa y los trabajadores entre quienes se discute la nivelación, para que el asalariado colombiano pueda exigir salario igual al devengado por el extranjero a partir del momento en que fue posible la comparación y por todo el tiempo de sus servicios.

"En primer lugar, conviene dejar en claro que el requisito de la permanencia a que se refiere el artículo 4º de la Ley 149 de 1936, se predica del contrato de trabajo y hace relación a la subordinación o dependencia continuada que debe existir entre el patrón y el asalariado, la cual, por lo mismo que tiene que ser permanente, no puede tomarse como tal la "instantánea ni simplemente ocasional" (Artículo 2º Decreto 2127 de 1945). La permanencia en este caso, se opone al concepto de transitoriedad, ocasionalidad o accidentalidad del trabajo, que es aquel de corta duración. (Artículo 61, ibídem).

"Por tal razón, si la relación del extranjero con la empresa es transitoria, u ocasional, como cuando es traído al país mien-

tras se prepara personal colombiano, el trabajador nacional no puede alegar la nivelación de su salario porque falta al extremo de comparación (trabajador extranjero) la condición de su permanencia. Por lo que interesa aclarar es que en virtud de la permanencia exigida por el artículo 4º en comento, no puede concluirse que el asalariado colombiano sólo tenga derecho al reclamo por salarios, en la hipótesis contemplada, por el tiempo en que haya coexistido su trabajo con el rendido por el extranjero.

"Basta con que en un momento dado haya sido posible la comparación entre el extranjero y el nacional, por reunirse las condiciones de permanencia e igualdad de funciones, para que el salario del trabajador colombiano se entienda igual al devengado por el extranjero y se incorpore como tal en su contrato de trabajo, con efecto para el futuro sin que esta vigencia posterior pueda ser obstaculizada por el retiro del trabajador foráneo del servicio de la empresa.

"Y es que cualquiera que haya sido el salario pactado, cuando el trabajador se encuentra dentro de la situación concreta o de hecho a que debe aplicarse el artículo 4º citado, el salario concertado es sustituido, ipso jure, por el salario legal que es para el caso, el fijado como remuneración al extranjero con quien se encuentra en la hipótesis legal. Tanto más cierto lo anterior si se considera que las leyes que regulan el trabajo humano, por ser de orden público, tiene vigencia inmediata y se aplican aún a los contratos de trabajo que se encuentren en desarrollo al momento de empezar a regir aquellas y, consecuencialmente, se entiende incorporadas en el pacto laboral.

"En tales circunstancias, la tesis de que la nivelación de salarios entre extranjeros y nacionales no tiene efecto sino por el tiempo en que coexista el trabajo rendido por los asalariados entre quienes se surte, no dejaría bien parado el espíritu del artículo 4º que no es otro que el de no permitir que se menosprecie el trabajo nacional; ni consultaría la protección que a éste ha querido dar el legislador por cuanto, retirado el trabajador extranjero de nada valdría al nacional seguir prestando los mismos servicios que venía atendiendo frente al extranjero, ya que desaparecería su salario nivelado para regresar a una remuneración que quizás ni consulte la realidad anterior por cuanto si hubiera continuado con ella, bien habría podido conseguir sus aumentos en el interregno en que tuvo la artificial protección de la norma sobre igualdad entre trabajadores nacionales y extranjeros ,la que resultaría, de todos modos, acomodaticiamente interpretada.

"Tal criterio, por otra parte, haría odiosa la disposición contenida en el mencionado artículo 4º, pues bien claro quedaría que no se trataba de proteger el trabajo nacional sino de crear privilegios transitorios con correlativas restricciones al trabajador extranjero, cuando nada de esto ha querido la ley; su fin es, en el fondo, el de consagrar positivamente lo que desde hace varios lustros aparece consagrado en legislaciones más avanzadas: "a trabajo igual, salario igual", hoy regulado por el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Además, y sea esta la última razón, una vez establecida la comparación, el salario del trabajador nacional, por disposición legal que debe entenderse incorporada en el contrato, deja de ser el que viniera recibiendo para igualarse al recibido por el trabajador extranjero, naciendo para el patrono la obligación —contractual— de pagar dicho salario y no otro; de donde resulta que si se acepta que al retiro del extranjero opera el regreso en el salario nacional, lo que en el fondo se está diciendo es que el patrono en tales circunstancias, puede modificar su obligación principal —pagar el salario convenido o determinado por la ley— en forma unilateral y en perjuicio de su contraparte, lo que no se compadece ni siquiera con los principios civilistas de que el contrato es una ley para las partes y de que el incumplimiento de una de ellas da derecho a la otra para exigir su cumplimiento o para pedir la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios; mucho menos puede armonizarse con el espíritu de la legislación del trabajo que no es otro que el de proteger al trabajador y asegurarle la justa remuneración a sus esfuerzos, a lo que sirve, entre otras maneras, disponiendo que "en todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes..... las

cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren más favorables, para el trabajador". (Artículo 19. Decreto 2127 de 1945)".

2.—No es forzoso referir siempre el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo al 143. La finalidad del primero es específicamente la de asegurar a los trabajadores nacionales y extranjeros iguales condiciones de salario por el sólo hecho de que desempeñen unas mismas funciones dentro de determinada empresa. La del segundo es la de evitar en forma general que se establezcan diferencias entre los trabajadores que lo sean también de una misma empresa. Pero el artículo 74 no condiciona su aplicación a jornada y eficiencia iguales, como sí lo hace el 143. Desde luego, lo común en uno y otro caso es que dos o más trabajadores presten sus servicios al mismo tiempo en cargos equiparables. Mas de allí no se deduce que si un trabajador reemplaza a otro en empleo o cargo en que haya de ejercer funciones iguales a las del trabajador reemplazado y que supongan una remuneración mejor, no se cumpla el correlativo aumento de salario.

Al respecto conviene tener en cuenta que ciertas actividades, por ejemplo las inherentes a los puestos de dirección (Gerentes, Jefes de Personal, etc.) no suelen darse sincronizadamente. Y sería contrario al espíritu de equidad que orientó a los redactores del Código Sustantivo del Trabajo y que debe guiar a sus intérpretes, situar esas actividades fuera del alcance de los artículos 74 y 143. La simultaneidad no es, pues, requisito esencial para que surja en favor de los trabajadores nacionales el derecho a exigir remuneración y condiciones iguales a las de los extranjeros que desempeñen o hayan desempeñado iguales funciones, en una misma empresa o establecimiento.

3.—El trabajador nacional que pretenda el reconocimiento de remuneración y de condiciones iguales a las de que disfrute el extranjero en una misma empresa o establecimiento, debe acreditar igual idoneidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., seis de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Por conducto de apoderado, EZEQUIEL GARZON CAICEDO demandó a AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA S. A. (AVIANCA) ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Barranquilla para que se condenara a esta sociedad a pagarle $ 23.450.00 por nivelación de salarios y $ 1.925.00 por rectificación de primas de servicio.

Se afirma en la demanda, que el señor GARZON CAICEDO, experto en la inspección de aeronaves y motores, ingresó al servicio de la sociedad demandada como inspector de segunda clase (motores); que el patrono por sí mismo rompió el escalafón al encargarlo del Centro de Trabajo número 1 (Desmantelamiento y preinstalación), plaza número 5, por medio de comunicación de fecha 21 de julio de 1950, en reemplazo del señor James Sandford, ciudadano norteamericano, debido a incapacidad o ineficacia de éste en su trabajo; que la empresa, en cartas fechadas el 8 de septiembre de 1952 y el 7 de mayo de 1954, reconoció expresamente la eficiencia del demandante y le concedió sucesivos aumentos en su sueldo, y por último, el 25 de noviembre de 1954, lo condecoró como empleado ejemplar; que el señor GARZON CAICEDO dió al centro de desmantelamiento y preinstalación una organización más adecuada que la que tuvo bajo la jefatura del señor Sandford, obteniendo mayor número de preparación de motores y una reducción considerable de tiempo para tal preparación, o sea, disminución de "horas-hombre"; que en carta del 28 de abril de 1954 solicitó la nivelación de salarios, carta que la Empresa contestó negativamente el 1º de julio del mismo año.

Fundó su derecho el actor en los artículos 13, 14, 16, 22, 23, 75, numeral 2º, 127, 143, 144 y 145 del Código Sustantivo del Trabajo y en el Decreto número 2663 del 5 de agosto de 1950.

La demanda fue adicionada en la primera audiencia de trámite, con otros hechos y peticiones.

En la contestación, la sociedad demandada negó que hubiese roto el escalafón al trasladar al demandante de una a otra dependencia del Departamento de mantenimiento con el mismo carácter de inspector de segunda clase (motores); dijo no ser cierto que el señor GARZON hubiese reducido considerablemente las "horas-hombre", ni que desempeñara en iguales condiciones y eficiencia la labor que antes había ejecutado el señor James Sandford, poseedor de licencias que lo acreditan como Ingeniero, Mecánico y Piloto; que el señor Sandford fue el organizador del

Centro de Trabajo número 1 (desmantelamiento y preinstalación) y que fue ascendido al cargo de asistente del superintendente de talleres, precisamente por su capacidad y preparación. Admitió como cierto el hecho de que el demandante le reclamó a la empresa la nivelación de su salario con el que devengaba el señor Sandford, y la negativa a esa solicitud. Se opuso la demandada a que se hicieran las condenaciones pedidas por el actor y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y la de prescripción.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Segundo del Trabajo de Barranquilla, absolvió a la sociedad demandada de todos los cargos formulados en la demanda. Apelada esta providencia por el apoderado del demandante para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, éste la revocó y en su lugar condenó a la sociedad Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca) a pagar al demandante la suma de $ 11.969.44, por concepto de diferencia de salario y de rectificación de primas de servicio. Salvó su voto el Magistrado doctor Maximio Visbal R.

Contra el fallo de segunda instancia, el apoderado de la sociedad demandada interpuso el recurso de casación que, habiéndose admitido y tramitado legalmente va a decidirse.

El recurso.

El recurrente, con base en la causal 1ª del artículo 87 del Decreto 2158 de 1948, formula ocho cargos que serán examinados a continuación, algunos de ellos conjuntamente, dada su necesaria vinculación.

I.—Interpretación errónea y aplicación indebida del inciso 2º del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el 143 (cargos 1º., 2º, 5º y 6º.).

Se acusa en estos cargos por interpretación errónea del artículo 74, inciso 2º del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 143 ibídem, y por aplicación indebida de los mismos preceptos. En los cargos 5º y 6º se señala también como violado el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, aspecto éste que se estudiará con el cargo octavo.

Para sustentar el ataque por interpretación errónea del inciso 2º del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, dice el recurrente que esta disposición es el simple desarrollo lógico del principio "a trabajo igual salario igual" que consagra el artículo 143 del Código; que siendo ello así, los trabajadores nacionales tienen derecho a igual remuneración que los extranjeros, pero siempre y cuando ejecuten un trabajo igual a éstos, en las mismas condiciones de puesto, jornada y eficiencia iguales, requisitos que puntualiza el mencionado artículo 143 y que envuelven "el de la simultaneidad de los cargos desempeñados por los trabajadores cuyos salarios deben nivelarse..... pues de lo contrario sería imposible hacer la pertinente comparación entre el trabajo desarrollado por un trabajador y el desarrollo por otro, para determinar si son iguales y decidir si merecen igual remuneración"; que por tanto el sentenciador, al hacer caso omiso de tal requisito interpretó erróneamente el inciso 2º del artículo 74 citado. Y agrega que la referida interpretación errónea, condujo al fallador a aplicar indebidamente al caso de autos, la propia disposición interpretada y la del artículo 306 del C. S. del T., sobre prima de servicios.

Por su parte, el opositor anota lo siguiente:

"Sin el menor esfuerzo se comprende con claridad que el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo tiene la finalidad de establecer la necesaria igualdad entre el trabajador colombiano y el extranjero, cuando desempeñan al servicio de la misma empresa una misma función o labor. Tendiendo por tanto dicha disposición, a prevenir las irritantes desigualdades de salarios establecidas por muchas empresas, en detrimento del trabajador colombiano.

"La citada disposición en realidad sólo exige tres elementos: que en una misma empresa exisan trabajadores nacionales y extranjeros; que tanto a los trabajadores nacionales como a los extranjeros se les haya encargado una misma función, y por último, que exista una diferencia de salarios para uno y otro trabajador.

"Como una interpretación restringida de dicho precepto podía ocasionar dificultades a los patronos, algunos de los cuales tenían interés o necesidad de contratar personal de carácter técnico, en forma ocasional o temporal para adoptar sistemas más adelantados o más económicos, vino la jurisprudencia a interpretar la referida disposición en el sentido de que, es necesario además que sin perjuicio de los elementos ya mencionados, tanto el trabajador nacional como el extranjero tengan el carácter de trabajadores permanentes.

"Como se ve ni del artículo 74 ni de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo del Trabajo, que cita el fallador de segunda instancia, conllevan la exigencia de que las funciones se cumplan de manera simultánea.

"Pero se dirá: si tales funciones no se cumplen de manera simultánea, le faltaría entonces al juzgador el medio de comparación entre uno y otro trabajador, que lo induzca a nivelar los salarios de los mismos.

"Desde luego resulta de gran importancia el poder comparar los dos trabajadores. Sin esa comparación mal podría decretarse la nivelación de salarios. Pero ocurre, y el caso de autos nos lo pone de presente, que la comparación se establece con igual claridad cuando los dos trabajadores en relación, desarrollan funciones iguales, al servicio de la misma empresa, de manera sucesiva o inmediata por el uno y el otro, que cuando el fenómeno se opera en forma simultánea".

Se considera:

El artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, que regula la proporción e igualdad de condiciones entre trabajadores colombianos y extranjeros, dice en el numeral 2º: "Los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales".

El artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo enuncia el principio "a trabajo igual, salario igual", y su texto es como sigue:

"1.—A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

"2.—No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales".

Anteriormente, el artículo 4º de la Ley 149 de 1936, relativo, como el artículo 74 del Código, a la igualdad de condiciones entre trabajadores nacionales y extranjeros, había dispuesto que "cuando en una empresa haya empleados, contratistas y obreros permanentes de distintas nacionalidades, que desempeñen unas mismas funciones, los empleados, contratistas y obreros nacionales tendrán derecho a exigir remuneración y condiciones iguales y pago en la misma moneda".

El extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia del 1º de septiembre de 1952, al decidir un cargo en el que se sostenía que "el Tribunal Seccional incurrió en error al considerar que el salario igual solamente corresponde al tiempo por el cual concurran al servicio el extranjero y el nacional, pues ha debido admitir que hecha la comparación de funciones y habiendo trabajado algún lapso en el desempeño de idénticas funciones, el demandante tiene por todo el tiempo de duración del servicio, derecho a que se le pague la misma remuneración", lo halló fundado, y al efecto expuso las razones que se transcriben en seguida:

"Como fácilmente puede deducirse de la norma anterior, el derecho concedido a los trabajadores nacionales para exigir remuneración y condiciones iguales a los trabajadores extranjeros, reposa sobre los siguientes presupuestos de hecho: a) Que en una misma empresa haya trabajadores nacionales y extranjeros; b) Que tanto los trabajadores nacionales como los extranjeros, lo sean permanentemente de la empresa; c) Que unos y otros desempeñen unas mismas funciones; d) Que los nacionales tengan remuneración o condiciones inferiores a los extranjeros.

"De los anteriores presupuestos, interesan a los efectos de este cargo, los de permanencia e identidad de funciones, para determinar si el derecho del trabajador colombiano a recibir igual remuneración al extranjero está subordinado a la permanencia de éste o, en otros términos, si la identidad de funciones debe persistir por todo el tiempo a que se contrae la solicitud de nivelación de salarios o, por el contrario, basta que tal identidad haya existido en un momento dado, teniendo, por otra parte, el carácter de permanencia la relación de trabajo entre la empresa y los trabajadores entre quienes se discute la nivelación, para que el asalariado colombiano pueda exigir salario igual al devengado por el extranjero a partir del momento en que fue posible la comparación y por todo el tiempo de sus servicios.

"En primer lugar, conviene dejar en claro que el requisito de la permanencia a que se refiere el artículo 4º de la Ley 149 de 1936, se predica del contrato de trabajo y hace relación a la subordinación o dependencia continuada que debe existir entre el patrón y el asalariado, la cual, por lo mismo que tiene que ser permanente, no puede tomarse como tal la "instantánea ni simplemente ocasional" (Artículo 2º, Decreto 2127 de 1945). La permanencia en este caso, se opone al concepto de transitoriedad, ocasionalidad o accidentalidad del trabajo, que es aquel de corta duración (artículo 41 ibidem).

"Por tal razón, si la relación del extranjero con la empresa, es transitoria u ocasional, como cuando es traído al país mientras se prepara personal colombiano, el trabajador nacional no puede alegar la nivelación de su salario porque falta al extremo de comparación (trabajador

extranjero) la condición de su permanencia. Por lo que interesa aclarar es que en virtud de la permanencia exigida por el artículo 4º en comento, no puede concluírse que el asalariado colombiano sólo tenga derecho al reclamo por salarios, en la hipótesis contemplada, por el tiempo en que haya coexistido su trabajo con el rendido por el extranjero.

"Basta con que en un momento dado haya sido posible la comparación entre el extranjero y el nacional, por reunirse las condiciones de permanencia e igualdad de funciones, para que el salario del trabajador colombiano se entienda igual al devengado por el extranjero y se incorpore como tal en su contrato de trabajo, con efecto para el futuro sin que esta vigencia posterior pueda ser obstaculizada por el retiro del trabajador foráneo del servicio de la empresa.

"Y es que cualquiera que haya sido el salario pactado, cuando el trabajador se encuentra dentro de la situación concreta o de hecho a que debe aplicarse el artículo 4º citado, el salario concertado es sustituído, ipso jure, por el salario legal que es para el caso, el fijado como remuneración al extranjero con quien se encuentra en la hipótesis legal. Tanto más cierto lo anterior si se considera que las leyes que regulan el trabajo humano, por ser de orden público, tienen vigencia inmediata y se aplican aún a los contratos de trabajo que se encuentren en desarrollo al momento de empezar a regir aquellas y, consecuencialmente, se entienden incorporadas en el pacto laboral.

"En tales circunstancias, la tesis de que la nivelación de salarios entre extranjeros y nacionales no tiene efecto sino por el tiempo en que coexista el trabajo rendido por los asalariados entre quienes se surte, no dejaría bien parado el espíritu del artículo 4º que no es otro que el de no permitir que se menosprecie el trabajo nacional; ni consultaría la protección que a éste ha querido dar el legislador por cuanto, retirado el trabajador extranjero de nada valdría al nacional seguir prestando los mismos servicios que venía atendiendo frente al extranjero, ya que desaparecería su salario nivelado para regresar a una remuneración que quizás ni consulte la realidad anterior por cuanto si hubiera continuado con ella, bien habría podido conseguir sus aumentos en el interregno en que tuvo la artificial protección de la norma sobre igualdad entre trabajadores nacional y extranjero, la que resultaría, de todos modos, acomodaticiamente interpretada.

"Tal criterio, por otra parte, haría odiosa la disposición contenida en el mencionado artículo 4º, pues bien claro quedaría que no se trataba de proteger el trabajo nacional sino de crear privilegios transitorios con correlativas restricciones al trabajador extranjero, cuando nada de esto ha querido la ley; su fin es, en el fondo, el de consagrar positivamente lo que desde hace varios lustros aparece consagrado en legislaciones más avanzadas: "a trabajo igual, salario igual", hoy regulado por el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Además, y sea esta la última razón, una vez establecida la comparación, el salario del trabajador nacional, por disposición legal que debe entenderse incorporada en el contrato, deja de ser el que viniera recibiendo para igualarse al recibido por el trabajador extranjero, naciendo para el patrono la obligación —contractual— de pagar dicho salario y no otro; de donde resulta que si se acepta que al retiro del extranjero opera el regreso en el salario nacional, lo que en el fondo se está diciendo es que el patrono, en tales circunstancias, puede modificar su obligación principal —pagar el salario convenido o determinado por la ley— en forma unilateral y en perjuicio de su contraparte, lo que no se compadece ni siquiera con los principios civilistas de que el contrato es una ley para las partes y de que el incumplimiento de una de ellas da derecho a la otra para exigir su cumplimiento o para pedir la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios; mucho menos puede armonizarse con el espíritu de la legislación del trabajo que no es otro que el de proteger al trabajador y asegurarle la justa remuneración a sus esfuerzos, a lo que sirve, entre otras maneras, disponiendo que "en todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes... las cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren más favorables para el trabajador". (Artículo 19, Decreto 2127 de 1945)".

El Tribunal Seccional acogió esa jurisprudencia, así:

"Según tal criterio, que este Tribunal comparte, basta que en un momento dado sea posible la comparación, por igualdad de funciones, entre el trabajador nacional y el extranjero sin que precise una coexistencia prolongada en la ejecución y ni siquiera en la permanencia del extranjero, pues como lo apunta el Supremo, bastaría con que al trabajador extranjero se le retirase de la Empresa ,o sea le asignaran otras

funciones, para que la protección consagrada al trabajador nacional perdiera su eficacia".

En forma vaga y contradictoria el recurrente afirma que la jurisprudencia en que se apoya el fallo acusado "no es la aplicable al caso de autos, ya que en dicha jurisprudencia o fallo del Supremo sí se habla de simultaneidad en los cargos desempeñados por los trabajadores cuyos salarios se solicita nivelar. Lo único que establece dicha jurisprudencia es que no es indispensable que la simultaneidad sea permanente, bastando que haya simultaneidad en un determinado momento. O sea que en todo caso siempre es indispensable para el Supremo dicha simultaneidad". E insiste en que siendo el inciso 2º del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo apenas una aplicación del principio general contenido en el artículo 143, debe exigirse la simultaneidad en el desempeño de los cargos, requisito implícito en éste.

Estima la Sala que no es forzoso referir siempre el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo al 143. La finalidad del primero es específicamente la de asegurar a los trabajadores nacionales y extranjeros iguales condiciones de salarios por el sólo hecho de que desempeñen unas mismas funciones dentro de determinada empresa. La del segundo es la de evitar en forma general que se establezcan diferencias entre los trabajadores que lo sean también de una misma empresa. Pero el artículo 74 no condiciona su aplicación a jornada y eficiencia iguales, como sí lo hace el 143. Desde luego, lo común en uno y otro caso es que dos o más trabajadores presten sus servicios al mismo tiempo en cargos equiparables. Mas de allí no se deduce que si un trabajador reemplaza a otro en empleo o cargo en que haya de ejercer funciones iguales a las del trabajador reemplazado y que suponen una remuneración mejor, no se cumpla el correlativo aumento del salario.

Al respecto conviene tener en cuenta que ciertas actividades, por ejemplo las inherentes a los puestos de dirección (Gerentes, Jefes de Personal, etc.) no suelen darse sincronizadamente. Y sería contrario al espíritu de equidad que orientó a los redactores del Código Sustantivo del Trabajo y que debe guiar a sus intérpretes, situar esas actividades fuera del alcance de los artículos 74 y 143. La simultaneidad no es, pues, requisito esencial para que surja en favor de los trabajadores nacionales el derecho a exigir remuneración y condiciones iguales a las de los extranjeros que desempeñen o hayan desempeñado iguales funciones, en una misma empresa o establecimiento.

En lo que se refiere al ataque por aplicación indebida del artículo 74 en armonía con el 143, que se apoya en la observación de que no existió simultaneidad en el desempeño de los cargos por parte de los trabajadores Garzón colombiano, y Sandford, norteamericano, no siendo indispensable ese requisito, según se ha visto, queda sin soporte la acusación.

Por lo expuesto, no prosperan los referidos cargos.

II.— Violación por aplicación indebida, del inciso 2º del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 143, y del artículo 306 de la misma obra, a través de errores de hecho en la apreciación de las pruebas. (Cargos 3º y 7º).

Afirma el recurrente que el Tribunal Seccional dió por establecido, sin estarlo, que Garzón desempeñó las mismas funciones de Sandford, en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, requisitos que exige el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo.

Indica como pruebas apreciadas equivocadamente, las siguientes: a) Contratos de trabajo de los señores Garzón y Sandford; b) Diligencia de inspección ocular practicada en el juicio, y c) Documento que obra al folio 47 del cuaderno principal del expediente. Y las comenta así:

"Los contratos de trabajo de los señores Garzón y Sandford demuestran que existe una diferencia de categoría, en cuanto a técnica, preparación, capacidad y efectividad entre los dos, ya que Garzón fue inicialmente contratado para desempeñar un cargo inferior a aquel para el cual fue contratado Sandford.

"El documento que obra a folio 47 del expediente demuestra que Sandford es de superior categoría, en cuanto a los mismos factores, a Garzón, pues fue llamado a ocupar un cargo de mayor entidad al ocupado por Garzón, cuando éste lo reemplazó, lo que se demostró también en la inspección ocular.

"La inspección ocular y los documentos anexos a ella demuestran que la efectividad del trabajo de Garzón no fue igual a la de Sadford, sino inferior, pues la producción de Garzón se obtuvo mediante el empleo de un mayor número de horas-hombres, con menos resultados, en períodos equivalentes de tiempo.

"A pesar de ello, y precisamente por haber apreciado erróneamente tales pruebas, el Tribu-

nal incurrió en manifiesto error de hecho, cuando dió por establecido en autos que Garzón había desempeñado las mismas funciones de Sandford, en iguales condiciones de efectividad, lo que no es cierto, según lo visto.

"Por otra parte, en la inspección ocular no se demostró que Garzón y Sandford hubieran prestado la misma jornada de trabajo o sea que hubieran laborado durante el mismo número de horas".

Se considera:

Como se vió atrás, el fallador decidió estudiar la cuestión litigiosa a la luz del artículo 74, que confiere a los trabajadores nacionales el derecho a exigir remuneración y condiciones iguales a las de los trabajadores extranjeros, cuando las funciones que desempeñen sean iguales, y no con referencia al artículo 143, que subordina la nivelación de salarios al hecho de que se realice igual trabajo en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales. Sin embargo, entendiendo que el trabajador nacional que pretenda el reconocimiento de remuneración y de condiciones iguales a las de que disfrute el extranjero en una misma empresa o establecimiento, debe acreditar igual idoneidad, buscó en las pruebas allegadas al expediente los posibles motivos del tratamiento discriminatorio puesto en práctica por la empresa demandada en el caso de autos, y al respecto anota que entre la fecha de ingreso del señor Sandford y la del señor Garzón sólo media una diferencia de cinco meses; que si al señor Sandford se le clasificó en primera categoría y al señor Garzón en segunda, inicialmente, dando como razón que el trabajador extranjero era un técnico, ocurre que el colombiano también lo era "con grado oficial DE JEFE MECANICO ESPECIALISTA EN MOTORES que le fue expedido desde abril de 1937 por el Poder Ejecutivo, según documento de folio 42 debió citar el 41), con bastante experiencia en la materia pues había servido antes en la misma empresa Aviança, como en la desaparecida Scadta y también en la Fuerza Aérea Colombiana"; que el escalafón invocado por la entidad demandada carecía de validez legal, ya que no aparece adoptado por convenio o fallo arbitral o incluído en el contrato de trabajo; que la categoría estipulada en el contrato que se celebró con el señor Garzón envuelve una cláusula ineficaz de conformidad con el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto desmejora la situación del trabajador en relación con lo dispuesto en normas de preferente aplicación, "entre ellas la de que el trabajador nacional debe recibir la misma remuneración que el extranjero por trabajo igual dentro de una misma empresa"; que el señor Sandford no fue traído directamente de los Estados Unidos con el fin de organizar el taller de preinstalación de motores, sino que se le trasladó al cargo de Jefe de ese taller el 23 de julio de 1949, después de haber prestado otros servicios a la empresa, lo que se comprueba con la lectura de la carta del folio 15 en la que se dice a dicho señor que al pasar al nuevo cargo "estará bajo las órdenes inmediatas del señor Gabriel Gómez Ll., Jefe técnico de dicho taller y que su categoría será la de encargado del Centro de trabajo número 1-preinstalaciones de motores"; que esta es exactamente la categoría que se le reconoció al señor Garzón, según carta de folio 11, que dice: "Por la presente tenemos el gusto de informarle que ha sido promovido de categoría, de INSPECTOR de segunda clase en la sección de Inspección Plaza número 27, a ENCARGADO DEL CENTRO DE TRABAJO número 1 (DESMANTELAMIENTO Y PREINSTALACION) Plaza número 5, que por tal motivo su sueldo ha quedado modificado en la forma siguiente: CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS ($ 425.00) MENSUALES, a partir del primero de julio de mil novecientos cincuenta, con la categoría definitiva de ENCARGADO DEL CENTRO DE TRABAJO número 1 en la base de Soledad"; y, que según la inspección ocular del folio 62 "no fueron ni el señor Sandford ni el señor Garzón quienes preinstalaron los motores del Departamento de Mantenimiento", lo que parece referirse a la afirmación hecha por la empresa en el sentido de que el resultado de la labor del trabajador colombiano fue inferior en cantidad y más costoso que la del extranjero.

"Tales las razones —termina el fallador— que asisten al Tribunal para estimar que la razón expuesta por la demandada para justificar el no haberle reconocido al demandante el mismo sueldo que tenía el señor Sandford cuando aquél lo reemplazó, no es una fundamentación jurídica. Por tanto el Tribunal no puede menos que considerar configurada en las circunstancias de autos la desigualdad de tratamiento prohibida en el artículo 74 antes citado, pues no aparece ninguna otra diferencia real entre el Jefe del Centro número 1 señor Sandford y el Jefe del Centro número 1 señor Garzón, que la diferencia de nacionalidad prohibida en el artículo 75 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que es preciso restablecer el equilibrio mediante nivelación

por lo alto en la que el nacional quede en igual remuneración que el extranjero".

Como se ve, el sentenciador funda sus conclusiones no sólo en las pruebas que se indican como mal apreciadas por el recurrente, sino en otras que éste no señala y que por sí solas bien pudieron servir de base para formar la convicción de aquél acerca de la igualdad de preparación técnica y eficiencia en los señores Sanford y Garzón.

Pero tampoco las pruebas que menciona el recurrente, si se analizan desprevenidamente, conducen a desvirtuar dicha convicción. En efecto, de los respectivos contratos de trabajo sólo se infiere, en lo pertinente, que los señores Garzón y Sandford ingresaron a la empresa con distintas categorías. La diligencia de inspección ocular establece que durante la época en que Garzón desempeñó las funciones de encargado del Centro número 1, se alcanzó un rendimiento superior al tiempo en que las desempeñó Sandford, aunque se requirió un mayor número de horas-hombres, dato éste que pierde su importancia si se considera que en la propia diligencia el apoderado de la parte demandada manifestó que no fueron ellos personalmente "los que preinstalaron los motores a que se refieren los datos que se acaban de consignar, sino los trabajadores del mencionado taller de preinstalación". Y en cuanto al documento del folio 47, apenas demuestra que para la empresa el señor Sandford tenía la aptitud necesaria para desempeñar el cargo de asistente del Superintendente, de lo que no se deduce que el señor Garzón careciese de idoneidad para reemplazarlo en el puesto de encargado del Centro número 1.

El aspecto relativo a la jornada de trabajo no se estudió expresamente en la sentencia. En todo caso, es igual la que se estipuló entre la empresa y los señores GARZON y SANDFORD, como se infiere de los respectivos contratos, en los cuales cada uno de ellos se obligó "A trabajar como regla general y salvo las excepciones legales, 48 horas semanales, según el horario que la Avianca señale en su reglamento" (Folios 8 vuelto y 44 vuelto, primer cuaderno). Y como en la diligencia de inspección ocular (folio 60, primer cuaderno) no se hallaron datos concretos sobre el trabajo suplementario "por encontrarse los documentos en la sección de sueldos en Bogotá" y apenas se dice que "la jornada diaria durante el período en el que trabajó el señor Garzón fue de 8 horas y media diarias para compensar la tarde del sábado", sin especificar en cuál de los cargos que desempeñó, debe presumirse que la mencionada estipulación contractual tuvo igual desarrollo para los dos trabajadores en el cargo a que se refiere la controversia.

En consecuencia, no prospera la acusación contenida en los cargos 3º y 7º, en lo que se refiere al inciso 2º del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el 143.

III.—Violación, por aplicación indebida, del Art. 306 del Código Sustantivo del Trabajo (Cargos 5º, 7º y 8º).

Sostiene el recurrente en los cargos 5º, 7º y 8º, remitiéndose tanto a aquellos en que acusa por interpretación errónea del inciso 2º del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo como al en que afirma que la infracción se produjo a través de errores de hecho, que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo", "al condenar a la demandada a pagar al actor la suma de $ 701.35, por concepto de reajuste de prima de servicios".

SE CONSIDERA:

Habiendo entendido el fallador correctamente que la simultaneidad en el desempeño de las funciones no es indispensable para que el trabajador nacional tenga derecho a que se le concedan las mismas condiciones e igual salario que al trabajador extranjero, cuando hay similitud de funciones, y demostrado como está que en el caso de autos el señor Garzón fue trasladado al cargo que desempeñó el señor Sandford en condiciones más ventajosas y con mayor remuneración, es lógico que haya condenado a la empresa demandada no sólo a pagar la diferencia de salarios sino también lo que corresponde por reajuste de primas de servicio.

Los referidos cargos son, pues, inadmisibles.

IV.—Infracción directa del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo y aplicación indebida del artículo 74, en armonía con el 143.

El recurrente lo sustenta así:

"Violó el Tribunal, por infracción directa el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, el no aplicarlo al caso de autos, siendo procedente hacerlo, habiendo en cambio aplicado indebidamente el artículo 74, en armonía con el 143 de la misma obra.

"Tales violaciones lo llevaron a condenar a la demandada a pagar al demandante la suma de $

11.267.09, por concepto de reajuste o diferencia de salarios.

"Se impone también por este aspecto la infirmación del fallo recurrido".

SE CONSIDERA:

No explica el recurrente en qué consiste la infracción directa de los preceptos que señala, y por ello el estudio del cargo ofrece naturales dificultades.

Conforme al artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo "el patrono y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, como por unidad de tiempo, por obra o a destajo y por tareas, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales".

Ahora bien, es cierto que el fallador dió por demostrado que en los contratos de trabajo la empresa estipuló con los señores Sandford y Garzón distintas categorías y diferentes salarios. Pero también encontró establecido que con el transcurso del tiempo el señor Garzón llegó a desempeñar las mismas funciones que el señor Sandford, sin que disfrutara de remuneración y condiciones iguales, y por ello aplicó el artículo 74, teniendo en cuenta además, el 43 "que desconoce efecto —anota el Tribunal Seccional— a las estipulaciones del contrato de trabajo que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la Legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo, como tampoco lo producen las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto".

Refiriéndose a un asunto análogo se dijo en la sentencia de casación atrás reproducida: "Y es que cualquiera que haya sido el salario pactado, cuando el trabajador se encuentra dentro de la situación concreta o de hecho a que debe aplicarse el artículo 4º citado (se refiere al de la Ley 149 de 1936), el salario concertado es sustituído, ipso jure, por el salario legal, que es para el caso el fijado como remuneración al extranjero con quien se encuentra en la hipótesis legal. Tanto más cierto lo anterior si se considera que las leyes que regulan el trabajo humano, por ser de orden público, tienen vigencia inmediata y se aplican aún a los contratos de trabajo que se encuentran en desarrollo al momento de empezar a regir aquéllas y, consecuencialmente, se entienden incorporadas en el pacto laboral".

Basta, como se observa en la misma sentencia, que tratándose de cargos permanentes dentro de una empresa, haya sido posible en un momento dado la equiparación entre el del trabajador nacional y el del extranjero, por la simple igualdad de funciones, para que el salario de aquél se entienda igual al de éste "y se incorpore como tal en su contrato de trabajo, con efecto para el futuro".

Así, pues, el hecho de que en el contrato de trabajo en virtud del cual el señor Garzón prestó sus servicios a la entidad demandada se le hubiesen señalado una categoría y una remuneración inferiores a las reconocidas al señor Sandford, no impiden en modo alguno la aplicación del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo a la situación jurídica que se produjo cuando el primero reemplazó al segundo en las mismas funciones.

Por lo tanto, esta acusación del recurrente tampoco es admisible.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NO PROCEDE LA CONDENACION POR MORA EN EL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES CUANDO LA ACCION SE INSTAURA ANTES DE EXTINGUIRSE EL CONTRATO DE TRABAJO

La mora patronal en el pago de las prestaciones adeudadas al trabajador y el derecho a la indemnización correspondiente no pudo surgir, para los efectos del artículo 65 del C. S. del T., sino desde la fecha de terminación del contrato.—Y si, como lo sostiene la sentencia acusada y aparece de autos, la acción se instauró antes de que la relación de trabajo entre las partes se hubiera extinguido, no procedía la condenación por "salarios caídos" dentro de este juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá D. E., junio diez y siete de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

Ante el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá, Alvaro Torres demandó por medio de apoderado a la Compañía Distribuidora Industrial Limitada, domiciliada en esta ciudad, con el objeto de obtener que se le condenase a pagar las siguientes prestaciones:

1ª.—Intervención quirúrgica y médica para la curación de un desperfecto físico proveniente de un accidente de trabajo sufrido al servicio de la empresa; 2º.—Indemnización equivalente a veintitrés meses de sueldo, a razón de siete pesos, veinte centavos diarios; 3º.—Vacaciones correspondientes al tiempo de servicios; 4º.—Cesantía, equivalente a un mes de trabajo y, 5º—Salarios caídos. Las dos últimas peticiones se formularon para el caso "de que a su hora" no fueran satisfechas las respectivas prestaciones.

En la demanda se afirmó que el actor prestó servicios a la empresa demandada desde el día 12 de diciembre de 1953, con un salario de siete pesos, veinte centavos por día, que el 24 de mayo de 1954 fue víctima de un accidente de trabajo que le produjo la rotura de un hueso de la muñeca de la mano derecha y que tuvo como consecuencia una "gravísima" incapacidad; que la empresa lo hizo atender oportunamente, pero que la atención médica no fue suficiente; que no le ha pagado la indemnización correspondiente al accidente; que el 30 de octubre de 1954 le anunció que quedaba suspendido en su actividad y que sería retirado definitivamente cuarenta y cinco días después; y que, además, el 11 de noviembre siguiente, le dirigió una nota para manifestarle que le reconocería vacaciones desde el 29 de noviembre, anticipando el goce de ellas, pues solamente cumplía el año de servicios el 11 de diciembre, anticipación que tuvo por objeto "entremezclar" el término del preaviso con el de las vacaciones.

La empresa demandada admitió que Torres prestó servicios bajo su dependencia; que sufrió un accidente de trabajo, pero que fue debidamente atendido; que le suministró el salario completo mientras estuvo inhabilitado para desempeñar sus funciones; y que no le liquidó indemnización por incapacidad permanente porque los médicos de la Sociedad y de la Compañía Colombiana de Seguros, con la aquiescencia del trabajador, conceptuaron que no hubo incapacidad de esa clase. En lo relativo a vacaciones manifestó que no había transcurrido el año de servicios que exige la ley al efecto, y en cuanto a cesantía e indemnización moratoria estimó prematuras las respectivas peticiones porque el contrato de trabajo no había terminado aún. En consecuencia negó el derecho invocado por el actor.

Tramitado el negocio, el Juzgado del conocimiento, en sentencia de fecha 27 de febrero de 1956, condenó a la empresa demandada a pagar al demandante Torres, por concepto de indemnización por incapacidad, dos meses de salario, a razón de siete pesos con veinte centavos diarios. Igualmente dispuso que la empresa concluyese el tratamiento médico necesario para la consolidación de la fractura ocasionada por el accidente sufrido por el trabajador y que le pagase 15 de vacaciones. Absolvió de los demás cargos de la demanda.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en virtud de apelación interpuesta por el actor contra el fallo de primer grado lo confirmó en todas sus partes, no obstante que expresó su inconformidad por las condenaciones al pago de vacaciones y cesantía, (sic) ya que el trabajador

se hallaba prestando sus servicios al tiempo de la presentación de la demanda. El Tribunal dice que confirma tales condenaciones por no haber apelado la parte demandada.

LA CASACION

No conforme con esta última providencia, el apoderado de la parte actora interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido, y como ha sido debidamente tramitado, se procede a decidirlo.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira el recurrente a que la Corte "reemplace la sentencia que sea Casada con una providencia según la cual se paguen por la entidad demandada todas las prestaciones y salarios a que se refiere el fallo de primera instancia, costas de primera instancia y de segunda instancia, y multa de salarios caídos desde el día 15 de noviembre de 1954, a $ 7.20 diarios, el auxilio de cesantía que no se le ha pagado al trabajador, y se condene también en costas del recurso de Casación a la empresa demandada".

LOS CARGOS

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 87 del C. P. L. formula dos cargos el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cuales se analizarán en su orden.

Primer cargo.

Acusa la sentencia por infracción directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que ordena la indemnización por falta de pago al trabajador de prestaciones y salarios.

"Ataco la sentencia, dice, porque ella ha violado primero por interpretación (sic) directa el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que ordena la indemnización por falta de pago al trabajador de prestaciones y salarios".

"La claridad de esa disposición legal no admite seriamente discusión; está comprobado de autos por confesión paladina de la parte demandada, y por pruebas aportadas a la primera instancia por ella misma, que se produjo un accidente de trabajo al trabajador de la empresa Alvaro Torres, que no se le liquidó y pagó ese accidente, que por el contrario se le despidió de la empresa, y para eso se usó la treta de entremezclar el período de vacaciones con el de preaviso, y que se le han retenido al trabajador prestaciones sociales ordinarias como el auxilio de cesantía".

"La empresa nunca probó ni lo anunció siquiera, que esas prestaciones las hubiera pagado por consignación en un Juzgado Laboral, de manera que no tiene ningún derecho a retener esos bienes que ella le debe al demandante Alvaro Torres".

Critica el recurrente los párrafos de la sentencia del Tribunal en los cuales se expresa que el vínculo contractual no había terminado cuando se inició la acción y hace diversas consideraciones para afirmar que es "curioso que cuando se ha despedido a un trabajador por medio de carta entregada a él, se le dé un preaviso, se considere por la justicia laboral que con este acto no ha terminado el contrato de trabajo, porque no se han cumplido los 45 días del preaviso, aunque por vacaciones maliciosamente concedidas esté definitivamente separado del trabajo". Cita diversos documentos que obran en autos y los relaciona con las disposiciones sobre terminación unilateral del contrato de trabajo; sostiene que se entremezclaron dos prestaciones que no pueden barajarse cronológicamente (se refiere al preaviso y las vacaciones); que el patrono no pagó ni consignó a órdenes del trabajador lo que a éste le correspondía como indemnización por accidente de trabajo, ni siquiera después de producido el dictamen del médico oficial sobre la incapacidad y que al terminar el contrato se retuvo el auxilio de cesantía. De todo lo cual deduce que la empresa no obró de buena fé y debió por ello condenársele al pago de la indemnización consistente en los salarios caídos.

Se estudia el cargo.

Lo primero que puede observarse es que el Tribunal inexplicablemente se refiere a una supuesta condenación en primera instacia por auxilio de cesantía. Sin embargo, no es posible entender, como lo hace el recurrente, que el adquem condenara efectivamente al pago de dicha prestación, porque su decisión se limita a confirmar "en todas sus partes, la sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero del año en curso (1956), proferida por el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá en el presente juicio, que ha sido apelado". Y lo cierto es que tal sentencia no contiene esa condenación.

Habla el recurrente de infracción directa de la ley, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo del Trabajo, en el sentido de que ella "tiene lugar cuando a un hecho que no se discute o debidamente comprobado se deja de aplicar la

norma que lo regula, o cuando, al contrario, se aplica una norma a un hecho inexistente". Pero al mismo tiempo se extiende en consideraciones en las que menciona documentos llevados al juicio, lo que está indicando precisamente que si es necesario tomarlos en cuenta, la infracción alegada no sería directa sino indirecta y ocasionada por equivocada apreciación de las pruebas.

Es, pues, incorrecto el desarrollo del cargo. Mas, si se atiende simplemente al modo como se le enuncia, no resulta eficaz la argumentación del recurrente encaminada a demostrar la infracción directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que si el contrato subsistía cuando se presentó la demanda, como lo dió por establecido el fallador con base en las propias afirmaciones y peticiones del libelo inicial, faltaba uno de los requisitos esenciales para la aplicación del citado artículo, cuyo texto dice: "Si a la terminación del contrato, (subraya la Corte) el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo".

La tesis del recurrente según la cual por el sólo hecho de haber dado aviso el patrono anticipadamente acerca de la terminación del contrato, quedó roto el vínculo laboral, carece de fundamento, porque el trabajador continuó prestando sus servicios después de recibido el preaviso, y así lo halló demostrado el sentenciador.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

En este la acusación se refiere también al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por violación indirecta, a través de errores de hecho.

Señala como pruebas dejadas de apreciar las posiciones del subgerente de la empresa demandada y la contestación de la demanda, porque en ellas se confiesa el accidente sufrido por el trabajador, lo mismo que el hecho de haberle dado el preaviso y concedido paralelamente las vacaciones. Dice que si se hubieran tenido en cuenta tales pruebas y las cartas de los folios 6 y 7, el fallador habría llegado a la conclusión de que el patrono adeudaba la cesantía y no la pagó, y de que, por otra parte, rendido el dictamen médico que obra al folio 21 del cuaderno primero, y conocida la manifestación del apoderado de la entidad demandada en el sentido de que la empresa estaba dispuesta a pagar al señor Torres la indemnización por accidente de trabajo, desde ese momento o desde el 9 de marzo de 1955, ha debido consignar su valor en el Juzgado. No habiéndolo hecho —añade—, la empresa incurrió a sabiendas en renuencia, que acarrea la indemnización moratoria.

Se considera:

Es evidente que en la contestación de la demanda y al absolver posiciones, la parte demandada admitió como cierta la ocurrencia del accidente de trabajo, pero con la aclaración de que los médicos de la Compañía de Seguros no diagnosticaron ninguna incapacidad ni el trabajador reclamó en un principio indemnización por ese accidente. Igualmente está comprobado, con los documentos de folios 6 y 7, que el patrono, pocos días después de comunicarle al trabajador el preaviso y mientras que el término de éste estaba corriendo, le concedió vacaciones.

En cuanto al auxilio de cesantía, según quedó visto atrás, no hubo condenación por ese extremo de la demanda.

Pero sea como fuere, la mora patronal en el pago de las prestaciones adeudadas al trabajador y el derecho a la indemnización correspondiente no pudo surgir, para los efectos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sino desde la fecha de terminación del contrato. Y sí, como lo sostiene la sentencia acusada y aparece de autos, la acción se instauró antes de que la relación de trabajo entre las partes se hubiera extinguido, no procedía la condenación por "salarios caídos" dentro de este juicio.

En consecuencia, tampoco prospera este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COMPENSACION DE DEUDAS EN EL DERECHO LABORAL

En jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que esta Sala acoge, se dijo acerca de la compensación lo siguiente: "Las prohibiciones que sobre el particular consagra la legislación del trabajo y concretamente las del artículo 59 del C. S. tienen un carácter protector del salario y de las prestaciones, determinado por el espíritu general de este derecho y encaminado a defender al trabajador de posibles abusos, explotaciones, fraudes, coacción, etc., a que está expuesto, o presumiblemente puede estarlo, en razón de su inferioridad económica y moral y de su subordinación jurídico-personal. Pero no constituyen ellas, ni podrían constituir, un privilegio de tal naturaleza que coloque fuera del comercio jurídico los dineros en que se concreten dichos salarios y prestaciones, en términos de que no puedan aplicarse a la solución de las deudas del trabajador, ni aún a las provenientes del mismo vínculo de trabajo. Semejante entendimiento es contrario a las reglas del dominio obligacional, al espíritu de coordinación económica y equilibrio social que procura el nuevo derecho y hasta a las propias conveniencias del trabajador, que hallaría recortado su haber laboral por condiciones, causas y supuestos limitadores de su capacidad económica para contraer obligaciones y extinguirlas. Considera, por tanto, el Tribunal Supremo que el fenómeno de la compensación es lícito y jurídico en el derecho laboral, en donde constituye también un modo de extinguir las obligaciones; que él puede tener lugar respecto de prestaciones debidas al trabajador, con la sola condición, para que sea reconocida en juicio de esta índole, de que se establezca con otra deuda que provenga igualmente del contrato de trabajo, como en el caso de autos, a fin de que ambas obligaciones puedan ser conocidas y decididas por la misma jurisdicción especial". (Sentencia de fecha 20 de noviembre de 1954).—Cooperativa de Consumo de Bogotá, Limitada, vs. Hernando Estévez León).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

Ante el Juez Promiscuo del Circuito de la Dorada, **Alonso Cortés**, por medio de apoderado, demandó a **Gilberto Giraldo Villegas** con el fin de que se le condenase al pago de auxilio de cesantía, vacaciones, remuneración por trabajo en días domingos y demás de fiesta legal, primas de servicios e indemnización moratoria.

Dijo en su demanda que mediante contrato verbal de trabajo prestó sus servicios al demandado en el almacén "Londres", de propiedad de éste, desde el 17 de julio de 1950 hasta el 2 de abril de 1953; que se convino inicialmente un salario de $ 100.00 mensuales, que luego fue aumentado a $ 200.30; que su labor consistió en la venta de mercancías en el almacén, y, que al mismo tiempo llevaba el movimiento de caja; que se le concedieron vacaciones, pero que dejó de reconocérsele una parte de la remuneración correspondiente; que por concepto de primas de servicios el patrono le adeuda también una parte; que el contrato se celebró sin fijación de término y que el patrono lo dio por terminado intempestivamente en carta de 2 de abril de 1953, sin pagarle preaviso ni lucro cesante.

Al contestar la demanda, el demandado aceptó algunos de los hechos de la misma y negó otros. Dijo que se vio en la necesidad de dar por terminado el contrato por "grave indisciplina" del demandante; que el trabajo en los días de fiesta, fue liquidado mensualmente; que las primas de servicio se le pagaron semestralmente al demandante; que éste era empleado de confianza y que se negó a cumplir una orden del patrono, causándole con ello graves perjuicios. Propuso las excepciones de compensación, que fundó en el hecho de que el trabajador retiró del almacén del demandado mercancías, muebles y dinero por un valor total de $ 722.80. Además, las de inexistencia de la obligación, pago, carencia de acción y "la genérica".

El Juzgado del conocimiento condenó al de-

mandado a pagar $ 541.50 por auxilio de cesantía; $ 25.00 por concepto de vacaciones; $ 75.00 por primas de servicios y $ 100.00 por falta de preaviso o desahucio para terminar el contrato de trabajo. Lo absolvió de los demás cargos.

Apelada por ambas partes la referida sentencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, éste la revocó y en su lugar declaró probada la excepción de compensación propuesta por la parte demandada hasta la suma de $ 688.48 que adeudaba el patrono por prestaciones sociales. Absolvió de los demás cargos formulados en el libelo de demanda.

Contra el fallo de segunda instancia, el apoderado del actor interpuso el recurso de casación que va a decidirse.

Alcance de la impugnación

Aspira el recurrente a la casación total de la sentencia recurrida, para que en su lugar, convertida la Corte en Tribunal de instancia, condene al demandado a pagar varias sumas por cesantía, vacaciones, dominicales y festivos, primas de servicios y salarios caídos y declare no probada la excepción de compensación propuesta por la parte demandada.

LA ACUSACION

Invocando la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, formula un solo cargo en los términos siguientes:

"Cargo única. — Violación directa del artículo 59 del C. S. T., numeral primero que dice: "Se prohibe a los patronos: 1º Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de estos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes: ..."

"Claramente se ve de la simple lectura del numeral transcrito, que hubo una franca y total violación de la ley porque el H. Tribunal apartándose del texto, inequívoco de la Ley ordena compensar lo que no es susceptible de tal fenómeno. Al respecto me permito citar la jurisprudencia contenida en la sentencia de 24 de mayo de 1955, "D. del T.", volumen XXII, números 127, 129, página 45, citada por Ortega Torres, C. S. T., página 99, edición de 1956 y que dice: "La compensación no opera en el Derecho Laboral por el solo ministerio de la ley, sino que requiere autorización del trabajador o mandamiento judicial, según el ordinal primero del artículo 59 del C. S. del T.

"La claridad del cargo me exime de prolongarme en consideraciones jurídicas, lo que, además, riñe con la naturaleza de este recurso".

Se considera:

En jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que esta Sala acoge, se dijo acerca de la compensación lo siguiente:

"Las prohibiciones que sobre el particular consagra la legislación del trabajo y concretamente las del artículo 59 del C. S. tienen un carácter protector del salario y de las prestaciones, determinado por el espíritu general de este derecho y encaminado a defender al trabajador de posibles abusos, explotaciones, fraudes, coacción, etc., a que está expuesto, o presumiblemente puede estarlo, en razón de su inferioridad económica y moral y de su subordinación jurídico-personal. Pero no constituyen ellas, ni podrían constituir, un privilegio de tal naturaleza que coloque fuera del comercio jurídico los dineros en que se concreten dichos salarios y prestaciones, en términos de que no puedan aplicarse a la solución de las deudas del trabajador, ni aún a las provenientes del mismo vínculo de trabajo. Semejante entendimiento es contrario a las reglas del dominio obligacional, al espíritu de coordinación económica y equilibrio social que procura el nuevo derecho y hasta a las propias conveniencias del trabajador, que hallaría recortado su haber laboral por condiciones, causas y supuestos limitadores de su capacidad económica para contraer obligaciones y extinguirlas. Considera, por tanto, el Tribunal Supremo que el fenómeno de la compensación es lícito y jurídico en el derecho laboral, en donde constituye también un modo de extinguir las obligaciones; que él puede tener lugar respecto de prestaciones debidas al trabajador, con la sola condición, para que sea reconocido en juicio de esta índole, de que se establezca con otra deuda que provenga igualmente del contrato de trabajo, como en el caso de autos, a fin de que ambas obligaciones puedan ser conocidas y decididas por la misma jurisdicción especial". (Sentencia de fecha 20 de noviembre de 1954.—**Cooperativa de Consumo de Bogotá, Limitada vs. Hernando Estévez León**).

Ahora bien, en el caso que se estudia, el Tribunal fallador dio por establecido, con base en las

posiciones absueltas por el demandante (respuestas a las preguntas 6ª y 7ª) "que la deuda fue adquirida por el trabajador en virtud de que siendo empleado del señor Giraldo éste le dio facultad para retirar artículos y dineros del almacén a título de avances a la remuneración, lo que equivale a decir, que si el crédito adquirido por el ex-trabajador tiene íntima relación con el contrato de trabajo debidamente acreditado dentro de autos, la compensación necesariamente ha de operarse.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no se trata de una compensación efectuada por el patrono durante la vigencia del contrato de trabajo, sino ordenada en providencia judicial y originada en la correspondiente excepción, propuesta dentro de un juicio posterior a la extinción de la relación de trabajo.

Para la prosperidad del cargo hubiera sido necesario que el recurrente desvirtuara el soporte probatorio del fallo acusado. Y como no lo hizo, éste debe mantenerse.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — Jorge Vélez García.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DESPUES DE CASARSE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL, LA CORTE PRONUNCIA EL RESPECTIVO FALLO DE INSTANCIA, SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE UNA PENSION VITALICIA DE JUBILACION

NOTA DE LA RELATORIA.—La sentencia de casación a que se refiere la presente providencia aparece publicada en la GACETA JUDICIAL, Tomo LXXXVI, número 2188 a 2190, página 734.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral—Bogotá, D. E., junio veinte de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

Al decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta —hoy Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad—, de fecha cuatro (4) de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), en el juicio seguido por Catalino Pachano contra la Compañía Frutera de Sevilla, ambos de generalidades de autos, esta Corporación casó dicha providencia con fecha treinta y uno (31) de octubre del año pasado de mil novecientos cincuenta y siete (1957), para disponer el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de jubilación, y en su lugar, para reformar la del a-quo, de veintisiete (27) de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), con base en el artículo 99 del CPT., decretó en auto para mejor proveer, la práctica de una nueva diligencia de inspección ocular sobre los archivos de la sociedad demandada, con el fin de establecer el promedio de lo devengado por el actor entre el 5 de diciembre de 1951 y el 26 de diciembre de 1952, inclusive, lapso durante el cual completó éste sus veinte (20) años pensionables según la modalidad de su labor.

Para la práctica de dicha diligencia se comisionó al señor Juez del Trabajo de Santa Marta, a cuyo efecto se le remitieron las copias ordenadas en la parte resolutiva de la sentencia anotada de esta Sala, con amplias facultades para que la cumpliera, en el término de diez (10) días, y con el adicional para que estableciera el hecho respectivo por medio de perito, en caso de que la inspección ocular decretada no pudiera llevarse a cabo o no ofreciera el resultado perseguido.

Igualmente, se dispuso que cumplido lo anterior, la resolución que procediera se haría efectiva en futuro (se subraya), por cuanto no había constancia en los autos de que la parte actora se hubiera desvinculado de la demandada con posterioridad a la fecha en que se hubiera incoado la litis, vale decir, se reconoció el derecho de manera que empiece a disfrutarse cuando se haya demostrado el término del vínculo laboral.

La prueba solicitada llegó oportunamente a los autos y solamente resta ahora en virtud de ella que esta Sala, como Tribunal de instancia, proceda a dictar la decisión respectiva.

Para resolver, se considera:

De folios 55 y 56 del cuaderno formado por el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta, con base en las copias allegadas por la Secretaría de esta Sala y con el fin de dar cumplimiento a la ya referida comisión, se desprende que: "De acuerdo con los anteriores datos, Catalino Pachano devengó en el tiempo comprendido entre el 5 de diciembre de 1951 y el 26 de diciembre de 1952, inclusive, la suma total de DOS MIL CIENTO DIEZ Y SIETE PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 2.117.49). En consecuencia, el promedio de lo devengado por Catalino Pachano durante el tiempo anteriormente indicado, es la suma de CIENTO SETENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 176.46), según las operaciones aritméticas practicadas por los señores peritos en presencia del restante personal de esta diligencia y para lo cual se tuvo en cuenta la relación que anteriormente se ha consignado en esta acta respecto de las ganancias obtenidas o devengadas por el demandante en el tiempo comprendido entre el 5 de diciembre de 1951 y el 26 de diciembre de 1952, inclusive, sacadas de los archivos de la sociedad demandada."

La anterior transcripción lleva ahora a esta Sala a acoger el experticio en el sentido de que se halla en un todo ajustado a la realidad el promedio mensual devengado por el actor Catalino Pachano, una vez confrontadas las operaciones arit-

méricas realizadas por los peritos, en la cantidad de $ 176.46. En efecto, esta cantidad resulta de dividir por 12 (lo concerniente a la anualidad) el monto de $ 2.117.49 a que se contrae el dictamen pericial, o sea, lo devengado por el actor durante el vigésimo año de servicios. En tal virtud, corresponde a Pachano una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 132.35, correspondientes al 75% de $ 176.46, en los términos y para los efectos del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, de conformidad con la parte resolutiva de la sentencia de fecha treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos cincuenta y siete (1957) dictada por esta Corporación.

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, **REFORMA** el fallo del a-quo y condena a la **Compañía Frutera de Sevilla** a pagar al señor **Catalino Pachano**, una pensión mensual vitalicia de jubilación de CIENTO TREINTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS ($ 132.35), y lo confirma en lo demás. Dicha pensión empezará a hacerse efectiva a partir de la fecha en que se demuestre la desvinculación del trabajador de la empresa demandada, tal como se dispone en la referida sentencia del año pasado.

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

Luis Alberto Bravo — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — Jorge Vélez García. Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL DERECHO A INDEMNIZACION DE PERJUICIOS SURGE CUANDO EL ROMPIMIENTO DEL CONTRATO ES ILEGAL. — ROTO EL CONTRATO NO PUEDE CONSIDERARSE SUBSISTENTE PARA ESTOS EFECTOS O PARA RECLAMO DE PRESTACIONES SOCIALES CAUSADOS CON POSTERIORIDAD A SU TERMINACION. FACULTADES DEL GERENTE Y CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN RELACION CON EL NOMBRAMIENTO Y REMOCION DE EMPLEADOS.— APLICACION INDEBIDA E INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY

1.—Hay que tener en cuenta que las causales legales de terminación del contrato individual de trabajo están taxativamente señaladas en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

Debe recordarse que la ruptura unilateral e ilegal del contrato acarrea indemnización de perjuicios y que cuando esta responsabilidad es imputable al patrono "el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo".

Resulta lógico suponer, pues, que si el contrato de trabajo termina por una cualquiera de las formas consagradas en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene operancia el artículo 64 ibidem. La razón es obvia: su terminación se ha hecho ajustada a la ley. Pero, si por el contrario, la ruptura del vínculo contractual se hace contrariando los preceptos del artículo 61 citado, entonces adquiere pleno vigor el artículo 64 atrás mencionado, por tratarse de un evento en que, precisamente se procede en forma ilegal. En otros términos, el contrato puede terminarse legal o ilegalmente .Considera la Sala que sobre el particular no cabe otra alternativa a la luz de nuestras normas positivas laborales.

2.—Los contratos de trabajo se pueden terminar legal o ilegalmente. Cuando esto último ocurre adquiere plena vigencia la indemnización señalada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. En este caso, al surgir la obligación del reconocimiento del lucro cesante, no se puede hablar de subsistencia del contrato de trabajo porque, precisamente, la responsabilidad de indemnizar el lucro cesante (uno de los aspectos de la indemnización de perjuicios) emerge de la ruptura ilegal y unilateral del contrato.—Y si el contrato está rota jurídicamente no puede aceptarse que continúa vigente.

3.—Es esencial en nuestro régimen de Derecho del Trabajo, para que se causen legalmente los derechos por concepto de vacaciones, cesantía, prima de servicios, etc., la prestación de los servicios del trabajador. Si esto no ocurre porque ha quedado roto el vínculo contractual, aunque sea ilegalmente, entonces no surge a la vida jurídica con posterioridad a la ruptura los derechos sociales mencionados que, junto con el salario, constituyen las contraprestaciones patronales que rigen durante la vigencia del contrato laboral y que son legalmente correlativos con los servicios del trabajador.

4.—El artículo 6º, numeral 11 del Decreto 4225 de 1948, por el cual el Gobierno Nacional aprobó los estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, sobre funciones del Consejo Directivo, dispuso lo siguiente:

"Hacer a propuesta del Gerente los nombramientos de los Jefes de Departamento y de los demás empleados del Instituto que a cualquier título devenguen una remuneración superior a quinientos pesos ($ 500.), con excepción del Secretario General, el cual será de libre nombramiento y remoción del Gerente....."—Posteriormente el artículo 1º del Decreto 510 de 1950, reformó la disposición anterior así:

"El numeral 11 del artículo 6º de los Estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (Decreto 4225 de 1948), quedará así: Numeral 11.—Hacer a propuesta del Gerente los nombramientos de los Jefes de Departamento y de los demás empleados del Instituto que a cualquier título devenguen una remuneración superior a ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, con excepción

del Secretario General, el cual será de libre nombramiento y remoción del Gerente..."

El mismo artículo del Decreto 510 de 1950, sobre funciones del Gerente General, dispuso lo siguiente:

"El numeral 6º del artículo 16 de los Estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (Decreto 4225 de 1958), quedará así:

Numeral 6º.—Designar y remover con sujeción a los reglamentos respectivos, los empleados administrativos, profesionales de los servicios médicos, odontológicos y afines del Instituto cuya remuneración no exceda de ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, así como los obreros que llegare a contratar el Instituto".

El uso de la cláusula de reserva no significa otra cosa que ejercer una de las causales que sirven para terminar el contrato de trabajo (artículo 61 del C. S. del T.); en otras palabras y como en el caso de autos, para despedir o remover al trabajador.

Así las cosas, surge con meridiana claridad que el Gerente del Instituto no tenía, según las disposiciones transcritas, la facultad legalmente estatutaria de remover libremente a un empleado de las condiciones especiales del doctor Gutiérrez, nombrado por el Consejo Directivo, Jefe de un Departamento del Instituto y con una remuneración superior a $ 800.00 al mes.

5.—No consulta la técnica especial del recurso de casación un cargo, como el analizado, que involucra imprecisamente la acusación por aplicación indebida y por interpretación errónea. Sobre este particular, ha dicho el extinguido Tribunal Supremo, en jurisprudencia que acoge esta Sala: "...son distintos los conceptos de la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea por lo cual no pueden predicarse conjuntamente de una misma norma sustantiva, ni plantearse en forma imprecisa. Es pues, forzoso repetir que el concepto de la infracción debe expresarse en forma clara y que cada una de sus modalidades ha de proponerse separadamente, a fin de permitir la labor de confrontación de la sentencia acusada con el precepto legal que se pretenda infringido". (Gaceta del Trabajo.—Tomo VII, página 120).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio veinticinco de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Ante el Juzgado Séptimo del Trabajo de Bogotá, por medio de apoderado, el doctor Jesús V. Gutiérrez demandó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales para que se le condenase a pagarle: "los sueldos dejados de devengar desde el día primero de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) hasta cuando legalmente se extinga el contrato de trabajo que celebró con la entidad demandada; cesantía, vacaciones y bonificaciones o primas, a partir de la fecha mencionada y hasta cuando legalmente tenga lugar la terminación del contrato de trabajo; más las costas del juicio.

Como hechos de la demanda expresó los siguientes:

"1º.—Por nombramiento del Consejo Directivo del Instituo Colombiano de Seguros Sociales, entidad con personería jurídica domiciliada en esta ciudad, mi mandante entró a desempeñar desde el día 6 de septiembre de 1949 el cargo de Jefe de los Servicios Odontológicos de dicho Instituto, con una asignación mensual de ochocientos pesos ($ 800.00) como consta en la carta número 004455, suscrita por el doctor Carlos Echeverri Herrera, en su condición de Gerente General de tal establecimiento, y dirigida a mi poderdante.

"2º.—A partir de la fecha mencionada en el hecho anterior mi mandante, doctor Jesús V. Gutiérrez, y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales quedaron, pues, ligados por el correspondiente contrato de trabajo.

"3º.—El día trece (13) de enero de 1950 se le comunicó al doctor Jesús V. Gutiérrez que su sueldo mensual se había elevado a la cantidad de mil cien pesos ($ 1.100.00) desde el día primero de ese mismo mes y año (véase carta de esa misma fecha), y posteriormente a la suma de mil doscientos pesos ($ 1.200.00), conforme aparece de la comunicación fechada el día primero de junio de mil novecientos cincuenta (1950)

"4º.—El doctor Gutiérrez desempeñó a entera satisfacción del Instituto Colombiano de Seguros Sociales las funciones de su cargo.

"5º.—El señor Gerente General de dicho Instituto, en nota S-0343 fechada en esta ciudad el 31 de mayo de 1954, no obstante carecer de facultad legal y estatutaria para ello, y con manifiesta violación de los estatutos del establecimiento nombrado, como se verá más adelante,

resolvió por sí mismo dar por terminado el contrato de trabajo celebrado, conforme a los hechos anteriores, entre el doctor Jesús V. Gutiérrez y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Dice, en efecto, lo pertinente de la comunicación citada: "Me permito comunicar a usted que la Gerencia General haciendo uso de la cláusula de reserva número 6ª de su contrato individual de trabajo, ha resuelto dar por terminado en forma unilateral el contrato celebrado con usted por el Instituto para dirigir la Sección de Odontología del Departamento Médico y a partir del día primero de junio del corriente año" (Hé subrayado). Firma dicha carta el señor Secretario General del Instituto.— Posteriormente, según nota fechada también en esta ciudad el día dos (2) de junio de 1954, se comunicó al doctor Jesús V. Gutiérrez que entregara al doctor Edmundo Prada, en su carácter de encargado, la oficina al cuidado del primero. Así lo cumplió su mandante.

"6º.—El doctor Jesús V. Gutiérrez recibió del Instituto las prestaciones sociales correspondientes: cesantía, preaviso, vacaciones, etc.".

Como fundamento de derecho citó el artículo 10 del Decreto 510 de 1950 reformatorio del numeral 11 del artículo 6º de los estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

El Instituto se opuso a que se acogieran las peticiones solicitadas por el actor; aceptó algunos de los hechos planteados en la demanda y en cuanto a los otros se atuvo a lo que resultara comprobado; alegó que el contrato se había terminado de acuerdo con la cláusula de reserva estipulada en el mismo y conforme a normas legales vigentes.

Con fecha 20 de febrero de 1956 el Juez del conocimiento dictó su sentencia, por medio de la cual condenó a la parte demandada a pagar al actor la suma de $ 3.840.00 "por concepto de tiempo faltante para el vencimiento del décimo período semestral de labores, o sea durante el lapso de tres meses y seis días"; de la suma anterior ordenó descontar la cantidad de $ 1.800.00 que el actor había recibido por concepto de preaviso; absolvió al Instituto de los demás cargos y reclamaciones; y lo condenó en costas.

La decisión del a-quo fue apelada por ambas partes contendientes para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, y esta entidad la modificó en el sentido de rebajar los salarios insolutos a la suma de $ 3.300.00; confirmó el descuento de $ 1.800.00 por preaviso; revocó la absolución por cesantía y por este concepto condenó a pagar la suma de $ 319.98; absolvió del reconocimiento de vacaciones; confirmó la condena de costas de primera instancia y condenó a las de segunda instancia.

Contra esta providencia interpusieron recurso de casación tanto el apoderado de la parte demandante como el de la demandada, y habiéndose tramitado legalmente ante esta Corporación, ha llegado la oportunidad de resolverlo mediante el examen de las correspondientes demandas y escritos de oposición.

RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE—RECURRENTE.

Alcance de la impugnación.

Con su demanda el recurrente aspira a que se infirme la sentencia dictada por el Tribunal de segundo grado y a que en su lugar se condene al Instituto Colombiano de Seguros Sociales a pagar "a favor de mi poderdante los salarios causados en el tiempo comprendido del primero de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro hasta la fecha en que se declare en firme la sentencia de esa H. Corte o se termine legalmente el contrato de trabajo existente entre las partes, igualmente a las primas, compensación por vacaciones y auxilios de cesantía por todo el tiempo de vigencia de dicha relación laboral".

PRIMER CARGO:

Lo formula de la siguiente manera el recurrente:

"Acuso la sentencia de segundo grado proferida por el H. Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá ya mencionada por ser violatoria de los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 10º del Decreto 510 de 1950 que reformó el Decreto 4225 de 1948 relacionado con la adopción de los Estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales; 55, 57 (reglas 4ª, y 8ª), 59 (regla 9ª) y 140 del Código Sustantivo del Trabajo por infracción directa por cuanto dejaron de aplicarse al caso de autos, siendo pertinentes.

"El juzgador de segunda instancia al analizar el punto de fondo aceptó como premisa que "el despido hecho en la persona del doctor Jesús V. Gutiérrez se tiene como no efectuado puesto que el contrato de trabajo continúa vigente entre las partes hasta el día en que proceda a declararse legalmente terminado.....".

"Si el contrato de trabajo no ha terminado por cuanto el Consejo Directivo del Insstituto

Colombiano de Seguros Sociales —única entidad facultada legalmente para ordenarla— no lo ha hecho, es forzoso concluír que el doctor Gutiérrez continúa con el derecho de percibir los salarios correspondientes al tiempo comprendido desde el día primero de junio de 1954 hasta la fecha en que se declare, por esa H. Corte, legalmente extinguida la relación contractual laboral. En la sentencia acusada se admite, sin reservas, que el contrato no ha terminado, pero se omite la aplicación de las normas que consagran el derecho para el trabajador de la estabilidad de su cargo, la obligación para el patrono de cumplir el reglamento y guardar el respeto a las leyes y la prohibición para el Instituto demandado de ejecutar o autorizar actos que vulneren o restrinjan los derechos del trabajador.

"La infracción directa de estas normas, por su no aplicación, incidió en la parte resolutiva de la sentencia acusada y condujo al juzgador de segunda instancia a no aceptar lo solicitado por el actor en relación con el pago de los salarios causados durante el tiempo comprendido del primero de junio de 1954 hasta la fecha en que quede extinguida legalmente la relación contractual laboral o se halle en firme la sentencia que condene a su pago".

De otra parte, la fundamentación del ad-quem para su fallo en lo pertinente dice así: "De lo anterior se tiene: Que en atención a que el actor fue nombrado por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales como Jefe de los servicios Odontológicos, con una remuneración que sobrepasaba a ochocientos pesos mensuales, no podía ser removido de su cargo sino por el mismo Consejo sopena (sic) de incurrir en violación de lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 510 de 1950 reformatorio del numeral 6º del artículo 16 de los Estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Decreto 4225 de 1948. Y como no se demostró que el Consejo Directivo de la entidad demandada hubiera autorizado la determinación tomada por el Gerente de la misma, debe concluírse que el despido hecho en la persona del doctor JESUS V. GUTIERREZ se tiene como efectuado puesto que el contrato de trabajo continúa en vigencia entre las partes hasta el día en que proceda a declararse legalmente terminado o sea cuando venzan dos seis meses de la última prórroga ya que por no haberse pactado expresamente su duración se presume celebrado por términos sucesivos de seis en seis meses. (Véase contrato de trabajo que obra a folio 16). En consecuencia la demandada está adeudando al demandante los salarios de tres meses y seis días cuyo valor asciende a la suma de tres mil ochocientos cuarenta pesos ($ 3.840.00) debiéndose descontar la cantidad de un mil ochocientos pesos ($ 1.800.00) que le fueron entregados por la demandada al actor por concepto de preaviso".

Para resolver, se considera:

Ante la confrontación de la actitud del demandante recurrente y la del fallo recurrido, conviene hacer algunas consideraciones generales previas, antes de resolver lo sustancial de la acusación.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que las causales legales de terminación del contrato individual de trabajo están taxativamente señaladas en el artículo 81 del C. S. del T.

En segundo término, debe recordarse que la ruptura unilateral e ilegal del contrato acarrea indemnización de perjuicios y que cuando esta responsabilidad es imputable al patrono "el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo".

Resulta lógico suponer, pues, que si el contrato de trabajo termina por una cualquiera de las formas consagradas en el artículo 81 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene operancia el artículo 64 ibidem. La razón es obvia: su terminación se ha hecho ajustada a la ley. Pero, si por el contrario, la ruptura del vínculo contractual se hace contrariando los preceptos del artículo 81 citado, entonces adquiere pleno vigor el artículo 64 atrás mencionado por tratarse de un evento en que, precisamente se procede en forma ilegal. En otros términos, el contrato puede terminarse legal o ilegalmente. Considera la Sala que sobre el particular no cabe otra alternativa a la luz de nuestras normas positivas laborales.

En el caso sub-lite, el nombramiento del trabajador demandante lo hizo el Consejo Directivo del Instituo Colombiano de Seguros Sociales; el contrato de trabajo se suscribió entre el mencionado trabajador y el Gerente General del mencionado Instituto, el día 5 de septiembre de 1949; en dicho contrato se pactó la cláusula de reserva y se convino un salario inicial de $ 800.00 mensuales que posteriormente experimentó varios aumentos; el 31 de mayo de 1954 le fue notificada al trabajador la terminación de su contrato haciendo uso la Gerencia General de la cláusula de reserva pactada.

De otra parte, el artículo 1º. del Decreto 510 de 1950, referente a las funciones del Gerente General, dispuso: "El numeral 6º. del artículo 16 de los Estatutos del Instituto Colombiano de

Seguros Sociales (Decreto 4225 de 1948), quedará así: Numeral 6º.—Designar y remover con sujeción a los reglamentos respectivos, los empleados administrativos, profesionales de los servicios médicos, odontológicos y afines del Instituto cuya remuneración no exceda de ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, así como los obreros que llegare a contratar la Institución". Y el mismo artículo, en cuanto a funciones del Consejo Directivo, estableció: "El numeral 11 del artículo 6º. de los Estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (Decreto 4225 de 1948), quedará así: "Numeral 11.— Hacer a propuesta del Gerente los nombramientos de los Jefes de Departamento y de los demás empleados del Instituto que a cualquier título devenguen una remuneración superior a ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, con excepción del Secretario General, el cual será de libre nombramiento y remoción del Gerente".

De estas dos últimas disposiciones transcritas, claramente se desprende que el Gerente del Instituto no tenía facultad para despedir a un empleado, como el demandante que había sido nombrado por el Consejo Directivo y que devengaba más de $ 800.00 al mes. El nombramiento y remoción de tal empleado correspondía estatutariamente al Consejo Directivo. Como el uso de la cláusula de reserva pactada entre dicho trabajador y el Instituto no lo hizo directa ni indirectamente el Consejo Directivo como por estatutos correspondía, sino que lo efectuó motu proprio el Gerente, el despido se torna ilegal por rebasar las atribuciones propias de éste.

Configurada la ilicitud del despido, la norma legal que corresponde aplicar és el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y no otro que, entre otras cosas y para estas situaciones de rompimiento ilegal del contrato, no existe pues no lo contempla nuestra legislación positiva laboral. Sostener, como lo dice el fallo recurrido, que el contrato continúa vigente hasta el vencimiento del plazo presuntivo, no está conforme con nuestras disposiciones sustantivas del trabajo, según las cuales y como principio general, no existe contrato si no hay prestación de servicio. Es impropio, pues, hablar de prolongación del vínculo de trabajo si no hubo igualmente prolongación de los servicios personales del trabajador. Lo evidente en el caso sub-judice es, que se efectuó un despido unilateral e ilegal que da lugar al reconocimiento indemnizatorio previsto en el artículo 64 antes citado. Esta es, a juicio de la Sala, la fundamentación jurídicamente adecuada y no la sustenida por el ad-quem. Empero como la conclusión condenatoria de éste en el fondo equivale a la aplicación del artículo 64 citado (salarios insolutos para el vencimiento de un período semestral), habrá de mantenerse esa condena pero con una sustentación jurídica diferente.

No es viable, pues, tal como se ha propuesto por el demandante-recurrente, la acusación encaminada al reconocimiento de "los salarios causados durante el tiempo comprendido del primero de junio de 1954 hasta la fecha en que quede extinguida legalmente la relación contractual laboral o se halle en firme la sentencia que condene a su pago". Ya se ha visto que el contrato puede darse por terminado por causas legales o ilegalmente; de igual manera, es bien sabido que, como tesis general, cesa la vigencia del contrato del trabajo desde la fecha en que el trabajador cesa en la prestación personal de sus servicios; y que, finalmente, cuando se trata de rompimiento del vínculo laboral contrariando la ley, lo conducente es solicitar la indemnización de perjuicios del artículo 64 tantas veces citado. Claro está que además del lucro cesante previsto en esa disposición, también puede pedirse otra forma de indemnización, como por ejemplo, el daño emergente; pero como esta petición no se ha planteado en el caso sub-lite, la Sala por su propia iniciativa no puede examinarla.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

* * *

SEGUNDO CARGO:

Está enunciado así: "La sentencia es violatoria de los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 186, 189, 192, 249, 253, 306 del Código Sustantivo del Trabajo por infracción directa debida a su falta de aplicación. El juzgador de Segunda Instancia, no obstante haber aceptado como cierto el hecho no discutido de que el contrato de trabajo sigue vigente entre las partes se abstuvo de dar aplicación a las normas precitadas que consagran el derecho para el trabajador al auxilio de cesantía por el tiempo de ejecución de dicho contrato, las vacaciones remuneradas por cada año de servicios, y las primas, siendo el caso de hacerlo en la forma solicitada en la demanda. Acreditado como está que el doctor Jesús V. Gutiérrez ha venido vinculado por contrato de trabajo al Instituto demandado desde el día 6 de septiembre de 1948 (sic) hasta la fecha y que su contrato no ha sido terminado en forma legal y que tan sólo se le

pagaron prestaciones hasta el 31 de mayo de 1954, es forzoso concluír, aplicando las normas que se indican como violadas, que mi poderdante tiene el derecho a que la entidad demandada le pague la compensación por vacaciones causadas y no disfrutadas y las primas semestrales y el auxilio de cesantía correspondientes al lapso comprendido entre el 1º de junio de 1954 hasta la fecha en que se declare terminada legalmente la relación contractual laboral o quede en firme la sentencia de esa H. Corte. La infracción directa de las normas citadas en este cargo incidió en la parte resolutiva de la sentencia acusada lo cual determinó la absolución para el Instituto demandado con respecto a vacaciones, cesantía y primas solicitadas en la demanda".

Se analiza el cargo:

Dentro de la función unificadora de la jurisprudencia nacional que compete a esta Superioridad es indispensable para el buen éxito de esta tarea hacer la confrontación del fallo acusado con los textos legales que se consideran infringidos.

Ya antes se dijo que los contratos de trabajo se pueden terminar legal o ilegalmente. Cuando esto último ocurre adquiere plena vigencia la indemnización señalada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. En este caso, al surgir la obligación del reconocimiento del lucro cesante, no se puede hablar de subsistencia del contrato de trabajo porque, precisamente, la responsabilidad de indemnizar el lucro cesante (uno de los aspectos de la indemnización de perjuicios) emerge de la ruptura ilegal y unilateral del contrato. Y si el contrato está roto jurídicamente no puede aceptarse que continúa vigente.

Por otra parte, es esencial en nuestro régimen de Derecho del Trabajo, para que se causen legalmente los derechos por concepto de vacaciones, cesantía, prima de servicios, etc., la prestación de los servicios del trabajador. Si esto no ocurre porque ha quedado roto el vínculo contractual, aunque sea ilegalmente, entonces no surgen a la vida jurídica con posterioridad a la ruptura los derechos sociales mencionados que, junto con el salario, constituyen las contraprestaciones patronales que rigen durante la vigencia del contrato laboral y que son legalmente correlativos con los servicios del trabajador.

Los razonamientos anteriores sirven a la Sala para llegar a la conclusión de que la condena por cesantía resuelta por el ad-quem, que comprende tiempo que no fue efectivamente trabajado, así como la motivación de la misma, no está conforme con las normas sustantivas laborales. Pero como lo que se observa en el cargo estudiado es que se trata de extremar las consecuencias de la equivocada premisa sentada por el Tribunal, argumentando que "es forzoso concluír, aplicando las normas que se indican como violadas, que mi poderdante tiene el derecho a que la entidad demandada le pague la compensación por vacaciones no disfrutadas y las primas semestrales y el auxilio de cesantía correspondientes al lapso comprendido entre el 1º de junio de 1954 hasta la fecha en que se declare terminada legalmente la relación contractual laboral o quede en firme la sentencia de esa H. Corte"., (subraya la Sala), esta Corporación tiene que inferir, con base en las mismas razones jurídicas que ha expuesto, que no se ha configurado la infracción de las disposiciones sustantivas sobre compensación de vacaciones y prima de servicios, por falta de aplicación, como lo anota el recurrente, ya que estas prestaciones se causan cuando está vigente el contrato de trabajo y el asalariado presta los servicios a que está obligado. Igual cosa corresponde manifestar en cuanto al auxilio de cesantía, agregando que, acerca de esta prestación y en armonía con las consideraciones atrás planteadas, en la oportunidad procesal, es decir, al resolver el recurso de la parte demandada-recurrente, la Sala estudiará la condena del Tribunal sobre reconocimiento de cesantía por tiempo en que no hubo prestación de servicios.

Por lo expuesto no prospera el cargo.

* * *

RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA-RECURRENTE

La sustentación del recurso por la parte demandada persigue lo siguiente: "Aspiro, con la prosperidad de cualquiera de los cargos que formulo, obtener que la sentencia recurrida sea casada en los puntos —(no numerados por el adquem) 1º.— 3º. 5º y 6º., es decir en todas las partes en que el fallo perjudica a mi mandante, y proceda la H. Corte como Juez de instancia, a revocar los numerales 1º. y 4º. de la sentencia de Primer Grado, y en su lugar absuelva al Instituto demandado de todos los cargos y peticiones del libelo, así como de la condenación en costas".

La demanda contempla tres cargos principales y uno subsidiario. Se examinan en su orden.

PRIMER CARGO:

Es sustentado por el recurrente así: "Acuso la sentencia proferida el 19 de mayo de 1956 por

el H. Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en el juicio adelantado por el doctor Jesús V. Gutiérrez contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de ser violatoria, por infracción directa, por falta de aplicación de los artículos 5º. del Decreto 2127 de 1945 hoy sustituído por el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, 50 del Decreto 2127, sustituído por el artículo 48 del Código del Trabajo y más recientemente por el artículo 1º. del Decreto 616 de 1954, 4º. del Decreto 4225 de 1948, 4º., del Decreto 2324 de 1948, 1602 del Código Civil, y aplicación indebida de los artículos 64 y 249 del Código Sustantivo Laboral. En primer lugar da por sentado el fallador de segundo grado que el acto jurídico que vinculó al Instituto al doctor Gutiérrez fue el nombramiento hecho por el Consejo Directivo, cuando en realidad dicha vinculación se efectuó propiamente merced al contrato de trabajo celebrado con el Gerente, por ser éste quien lleva la representación legal del Instituto de conformidad con el artículo 4º. de sus Estatutos (Decreto 4225 de 1948), y por ser los trabajadores del Instituto trabajadores particulares al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º. del Decreto número 2324 de 1948 y estar sujetos por consiguiente al régimen del contrato de trabajo, a diferencia de los empleados públicos que se rigen por una relación de servicio público donde predominan los elementos nombramientos y posesión. En segundo lugar por haber desconocido el Tribunal el artículo 5º. del Decreto 2127 de 1945 hoy sustituído por el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo llegó a la conclusión errónea, con la consiguiente violación de dichos preceptos, de que la terminación unilateral del Contrato de Trabajo por parte del Gerente del Instituto en uso de la cláusula de reserva legalmente pactada, no tuvo la virtud de terminar dicho contrato, no obstante que las expresadas normas prescriben con meridiana claridad que son representantes del patrono y como tales lo OBLIGAN frente a sus trabajadores ,entre otras personas, los empleados al servicio del patrono que ejerzan funciones de Dirección y Administración, tales como Directores, GERENTES, etc. Concretamente en el presente caso, el desconocimiento por parte del Tribunal de la eficacia jurídica que tuvo el acto unilateral de la Gerencia del Instituto de dar por terminado el contrato de trabajo celebrado con el demandante en virtud de la cláusula de reserva legalmente pactada implica pues una violación flagrante al artículo 32 del Código Laboral tantas veces citado, por falta de aplicación del mismo, violación que a su vez produjo en cadena la violación por falta de aplicación de los preceptos nombrados al empezar este cargo, principalmente de los artículos 4º. del Decreto 4225 de 1948 que dice que al Gerente del Instituto le corresponde la representación legal del mismo, 4º. del Decreto 2324 de 1948 que prescribe que los trabajadores del Instituto son trabajadores particulares, 50 del Decreto 2127 y 48 del Código Sustantivo sustituído hoy por el artículo 1º. del Decreto 616 de 1954 que da plena validez a la cláusula de reserva pactada por escrito en los contratos de duración a término indefinido, el 1.602 del Código Civil de aplicación supletoria por mandato del artículo 19 del C. S., que enseña que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes".

Se considera.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 6º. del Decreto 4225 de 1948, es inobjetable que el nombramiento del doctor Jesús V. Gutiérrez, hecho por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, estuvo ajustado a las normas reglamentarias de la institución, pues se trataba de un profesional, designado para una jefatura de Departamento, que iba a devengar más de $ 500.00 al mes. En cuanto al contrato de trabajo suscrito entre dicho Instituto y el doctor Gutiérrez, natural era que lo firmara a nombre del primero el Gerente por razón de que estatutariamente, según los artículos 4º. y 16 del citado Decreto, él tenía la representación legal de la mencionada entidad. No es desacertada, pues, la apreciación del fallador cuando consideró que el acto jurídico que vinculó al Instituto con el doctor Gutiérrez fue ese nombramiento. Hecho éste e iniciada la prestación de servicios del doctor Gutiérrez, ha podido dejar de celebrarse el contrato escrito y no por esto podría sostenerse legalmente que no había contrato de trabajo.

El otro aspecto de este cargo, o sea el que se refiere a la representación que del Instituto tenía su Gerente, razón ésta que le permitía hacer uso de la cláusula de reserva, merece las siguientes observaciones de la Sala.

En gracia de la verdad procesal, es necesario manifestar que el sentenciador no ha suscitado el problema de la suficiencia o nó de la representación legal del Gerente. En ningún momento el fallo recurrido ha puesto en tela de juicio que tal personería corresponde al prenombrado funcionario, tal como lo preceptúan los estatutos de la institución. Por este motivo, pues, no existe fundamento para hablar de violación del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo y demás dis-

posiciones concordantes citadas por el demandado recurrente.

En cuanto a la capacidad del Gerente para ejercer autónomamente la cláusula de reserva pactada, el Tribunal consideró que dicho funcionario carecía de la facultad expresada. Como antes se dijo, el problema no es de representación legal, que se sabe le corresponde al Gerente del Instituto. El meollo de la cuestión radica en poder precisar si el Gerente, de acuerdo con las normas estatutarias, de carácter legal, y obligatorias tanto para el Instituto como para sus servidores, podía por su propia voluntad romper legalmente el contrato de trabajo de un empleado de la categoría del doctor Gutiérrez. El **ad-quem** consideró que nó y esta Sala coincide con tal punto de vista. A esta conclusión se llega en virtud de los siguientes razonamientos.

a). El artículo 6º, numeral 11 del Decreto 4225 de 1946, por el cual el Gobierno Nacional aprobó los estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, sobre funciones del Consejo Directivo, dispuso lo siguiente:

"Hacer a propuesta del Gerente los nombramientos de los Jefes de Departamento y de los demás empleados del Instituto que a cualquier título devenguen una remuneración superior a quinientos pesos ($ 500.00), con excepción del Secretario General, el cual será de libre nombramiento y remoción del Gerente....." Posteriormente, el artículo 1º del Decreto 510 de 1950, reformó la disposición anterior así:

"El numeral 11 del artículo 6º de los Estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (Decreto 4225 de 1948), quedará así: Numeral 11.— Hacer a propuesta del Gerente los nombramientos de los Jefes de Departamento y de los demás empleados del Instituto que a cualquier título devenguen una remuneración superior a ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, con excepción del Secretario General, el cual será de libre nombramiento y remoción del Gerente....."

b). El doctor Gutiérrez fue nombrado por el Consejo Directivo del Instituto, de conformidad con la primera de las normas antes transcritas (folio 2 del primer cuaderno).

c). El mismo artículo del Decreto 510 de 1950, sobre funciones del Gerente General, dispuso lo siguiente:

"El numeral 6º del artículo 16 de los Estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (Decreto 425 de 1948), quedará así: Numeral 6º. Designar y remover con sujeción a los reglamentos respectivos, los empleados administrativos, profesionales de los servicios médicos, odontológicos y afines del Instituto cuya remuneración no exceda de ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, así como los obreros que llegare a contratar el Instituto".

d). El uso de la cláusula de reserva no significa otra cosa que ejercer una de las causales que sirven para terminar el contrato de trabajo (artículo 661 del C. S. del T.); en otras palabras y como en el caso de autos, para despedir o remover al trabajador.

Así las cosas, surge con meridiana claridad que el Gerente del Instituto no tenía, según las disposiciones transcritas, la facultad legalmente estatutaria de remover libremente a un empleado de las condiciones especiales del doctor Gutiérrez, nombrado por el Consejo Directivo, Jefe de un Departamento del Instituto y con una remuneración superior a $ 800.00 al mes.

Claro está, que la utilización de la cláusula de reserva convenida, armonizada con las normas estatutarias, ha podido ejercerse en legal forma. Para esto, lo indicado hubiera sido poner de presente, en la notificación escrita de terminación contractual, que se tomaba tal medida por decisión del Consejo Directivo. Pero como no se procedió así, como legalmente correspondía, la decisión unilateral del Gerente se efectuó contrariando las normas pertinentes de los Estatutos de dicha entidad que, por otro lado, son más favorables que las disposiciones sustantivas comunes, ya que es incuestionable que está más protegido el trabajador que requiere para la terminación de su contrato la decisión de un cuerpo colegiado o plural (Consejo Directivo) que la de una voluntad unipersonal (Gerente).

Por lo visto, se concluye que no se ha configurado la violación directa de las normas legales citadas por el recurrente.

En consecuencia, no prospera el cargo.

* * *

SEGUNDO CARGO:

Está formulado de la siguiente manera: "Acuso la sentencia proferida el 19 de mayo de 1956 por el H. Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en el juicio adelantado por el doctor Jesús V. Gutiérrez contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de ver violatoria de los artículos 5º del Decreto 2127 de 1945, 32 del C. S., 50 del mismo Decreto 2127 y 48 del Código Sustantivo sustituido hoy por el artículo 1º del Decreto 616 de 1954, y 1.602 del Código Civil, a consecuencia de los errores de hecho manifiestos en los autos,

en que incurrió por falta de apreciación o apreciación errónea de las pruebas legalmente aducidas al proceso".

"PRIMER ERROR.— El Tribunal hizo caso omiso del contrato de trabajo celebrado entre el Gerente del Instituto en representación legal del mismo y el demandante. Contrato en cuyo punto sexto se consignó válidamente la cláusula de reserva (folio 16 del informativo), y digo válidamente porque la expresada cláusula se ciñó en forma estricta a los preceptos de la legislación imperante de ese entonces, y por otro lado ninguna de las partes ha pretendido en el curso del litigio que alguna de las cláusulas consignadas en el expresado contrato fuese nula por incapacidad de alguna de ellas para pactarla o por ser violatoria a las leyes sociales o por cualquier otra causa legal, en consecuencia cualquiera de los contratantes y en cualquier momento podía hacer uso a la mencionada cláusula, acto que efectuado tenía la virtud de poner fin al contrato de trabajo. Por la falta de apreciación de esta prueba, cometió el ad-quem un error de hecho que lo llevó a la infracción directa de las normas enunciadas al principio del cargo".

"SEGUNDO ERROR.— A consecuencia de no haber apreciado el Tribunal la confesión hecha por el demandante al responder a la primera pregunta de las posiciones (folio 30) de que sí fue cierto que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales dió por terminado unilateralmente el contrato de trabajo que tenía celebrado con el mismo demandante en uso de la cláusula de reserva en él estipulada; y por mala apreciación del documento que obra al folio 5 de los autos en el cual consta que el Secretario General del Instituto comunicó al demandante que la Gerencia General haciendo uso de la cláusula de reserva número 6 del contrato individual de trabajo había resuelto unilateralmente dar por terminado éste, y falta de apreciación de la confesión contenida en el punto 6º del libelo (folio 10) mediante la cual el demandante declara haber recibido del Instituto el pago de todas sus prestaciones sociales, inclusive el preaviso, incurrió el Tribunal en un error de hecho que lo condujo a la violación manifiesta del artículo 48 del Código Sustantivo sustituído por el artículo 1º del Decreto 616 de 1954 que permite al patrono válidamente dar por terminado el Contrato de Trabajo, previo el lleno de los requisitos exigidos por el mismo precepto, requisitos que como se ha visto se habían llenado a cabalidad en el presente caso, y como aparece demostrado con las probanzas dejadas de apreciar o apreciadas erróneamente por el ad-quem, y consecuencialmente de estos errores se produjo la violación de las demás disposiciones enumeradas en el principio del cargo".

Se considera.

El primer error que se pone de presente en este cargo es el relativo a que el Tribunal omitió considerar el contrato escrito de trabajo celebrado entre el Instituto, representado por su Gerente, y el doctor Gutiérrez, contrato en donde se estipuló válidamente la cláusula de reserva.

En verdad, el sentenciador no hace una alusión directa al contrato de trabajo cuestionado. Sinembargo, indirecta o tácitamente sí se refiere a él, cuando dice en la parte motiva de su proveído: "Por último, a folio 5 obra la nota fechada el 31 de mayo de 1954 firmada por el Secretario de los Seguros Sociales enviada al demandante en la cual le comunica que la Gerencia General haciendo uso de la cláusula de reserva número 6 de su contrato individual de trabajo, resolvió darlo por terminado en forma unilateral, a partir del 1º de junio de 1954". Y más adelante: "Y como no se demostró que el Consejo Directivo de la entidad demandada hubiera autorizado la determinación tomada por el Gerente de la misma....."

Pero acontece que la fundamentación del ad-quem para concluír que el Gerente del Instituto no tenía facultad para despedir al doctor Gutiérrez, no sólo fueron las consideraciones que antes se transcribieron sino una circunstancia de orden estatutario. En efecto, en el fallo recurrido se lee: "Y es que, si al tenor del artículo 2º del mismo decreto (a juicio de la Sala debe entenderse artículo 1º.) el Gerente del Instituto de los Seguros Sociales puede designar y remover, con sujeción a los reglamentos respectivos, los empleados administrativos, profesionales de los servicios médicos, odontológicos y afines del Instituto cuya remuneración no exceda de ochocientos pesos mensuales, elemental es concluír que aquellos empleados cuyas asignaciones sobrepasen a dicha cantidad, no pueden ser nombrados y removidos sino por el Consejo Directivo de la entidad demandada. Si esto es así, deberá pasarse a efectuar el examen de las probanzas que se trajeron a los autos para saber si el doctor Jesús V. Gutiérrez hacía parte de los empleados que debían ser designados y removidos por el Consejo del Instituto, en cuyo caso no podía ser despedido por el Gerente de la misma Institución sino con el visto bueno de dicho Consejo". Se ve, pues, que el Tribunal se apoya en los propios Estatutos del Instituto. Se afirma esto porque la norma

comentada por el fallador pertenece al Decreto 510 de 1950, que es parte integrante de los estatutos de la entidad demandada. Se observa, pues, que no fue que el Tribunal dejara de apreciar el contrato de trabajo celebrado entre el Gerente del Instituto y el trabajador demandante, en el cual se estipuló la cláusula de reserva. Lo que ocurrió fue que el Tribunal, como tenía que hacerlo, al indagar a quién correspondía hacer uso legal de la mencionada cláusula ,necesariamente tuvo que tener en cuenta los estatutos de la Institución, en donde aparece que esa facultad sólo competía al Consejo Directivo. En consecuencia, no aparece que el fallador dejara de apreciar la prueba que señala el recurrente.

En cuanto al segundo error, que se hace consistir en la no apreciación por el Tribunal de la confesión del trabajador demandante, visible a folio 30 del primer cuaderno y la "mala apreciación de la notificación de despido hecha por el Secretario del Instituto, que aparece a folio 5 del mismo cuaderno, tampoco encuentra la Sala que dicho error surja de manera ostensible y manifiesta en forma que afecte sustancialmente la parte resolutiva del proveído acusado. El problema consistía en precisar si el Gerente del Instituto tenía la facultad de prescindir de los servicios del trabajador reclamante, con completa autonomía. El Tribunal sentenciador llegó a la conclusión de que no tenía tal facultad con base en disposiciones expresas de los estatutos de la Institución. Como se ve, la impugnación resulta ineficaz puesto que se mantienen intactas otras piezas probatorias del proceso, que en concepto de la Corte sirven de suficiente soporte para mantener ajustado a la ley el proveído del ad-quem.

Por consiguiente, no prospera el cargo.

* * *

TERCER CARGO:

Lo sustenta el recurrente como sigue: "Acuso la sentencia proferida por el H. Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en el juicio adelantado por el doctor Jesús V. Gutiérrez contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de ser violatoria, por aplicación indebida o interpretación errónea de los artículos 2º del Decreto 510 de 1950 y décimo del mismo Decreto, aplicación indebida o interpretación errónea que consiste en haberlos aplicado a un caso no regulado por éstos".

"En efecto, los artículos 2º y 10º del Decreto citado, señalan la pauta y fijan el alcance de los poderes del Gerente del Instituto en lo que se relaciona con el nombramiento y remoción de ciertos trabajadores y dan base para responsabilizarlo por los actos realizados con extralimitación de poder al respecto, pero los actos aún así realizados tienen pleno valor jurídico en el campo laboral, merced a lo dispuesto en el artículo 32 del Código Sustantivo, como ya se vió, luégo no son aplicables por consiguiente los artículos mencionados a las relaciones entre el Gerente, o lo que vale decir el Instituto y sus trabajadores; lo que no implica que por su infracción quede el Gerente exento de responsabilidad, ya que el Presidente de la República puede destituirlo al incurrir aquél en alguna de las causales que fija el artículo 18 de los Estatutos, entre las cuales se halla la violación grave de los preceptos estatutarios o reglamentarios, sin menoscabo de la obligación de indemnizar por los perjuicios consiguientes, de conformidad con la ley civil".

"Distinto sería al caso, en el supuesto de que el Gerente infringiera cualquier otro precepto estatutario ó reglamentario v. gr. si celebrara un contrato mayor de VEINTE MIL PESOS ($ 20.000.00) sin la autorización del Consejo Directivo, porque en tal evento, fuera de la responsabilidad consiguiente, su actuación no vincularía válidamente al Instituto por exceder los límites del ministerio que le fue confiado, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 6640 del Código Civil".

Se considera el cargo.

En primer lugar, observa la Sala que las disposiciones indicadas como infringidas, o sean los artículos 2º y 10 del Decreto 510 de 1950, contienen un error de referencia puesto que el citado Decreto sólo contempla un (1) artículo. Parece ser que el artículo que se quiso mencionar fue el 1º, que es el único que trae el referido Decreto (D. O. número 27254, Marzo 3 de 1950).

En segundo término, no consulta la técnica especial del recurso de casación un cargo, como el analizado, que involucra imprecisamente la acusación por aplicación indebida y por interpretación errónea. Sobre este particular, ha dicho el extintinguido Tribunal Supremo, en jurisprudencia que acoge esta Sala: ".....son distintos los conceptos de la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea por lo cual no pueden predicarse conjuntamente de una misma norma sustantiva, ni plantearse en forma imprecisa. Es, pues, forzoso repetir que el concepto de la infracción debe expresarse en forma clara y que cada una de sus modalidades ha de proponerse separadamente, a fin de permitir la labor

de confrontación de la sentencia acusada con el precepto legal que se pretenda infringido". (Gaceta del Trabajo. Tomo VII, página 120).

Finalmente, ya antes se vió que las disposiciones acusadas no fueron ni mal aplicadas ni erróneamente interpretadas por el Tribunal. Al contrario él las aplicó e interpretó en su recto sentido. Además, el sentenciador no tenía por qué referirse a la responsabilidad de índole administrativa del Gerente del Instituto, tal como lo expresa el recurrente, sino estudiar, como lo hizo, la incidencia del acto unilateral del nombrado funcionario, en el campo estrictamente laboral.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

o o o

CUARTO CARGO:

Este cargo está planteado en forma subsidiaria para el caso de que no prosperen los cargos anteriores. Como los tres primeros cargos no han prosperado, se estudia este cuarto que lo fundamenta el recurrente en la siguiente forma:

"Acuso la sentencia proferida el 19 de mayo de 1956 por el H. Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en el juicio adelantado por el doctor Jesús V. Gutiérrez contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de ser violatoria del artículo 64 del Código Sustantivo Laboral por aplicación indebida del mismo".

"Es un hecho demostrado en el proceso que el demandante dejó de prestar sus servicios al Instituto a partir del 1º de junio de 1954, y en el supuesto de que el acto del Gerente que puso fin a la relación laboral hubiese sido injurídico o inválido, el Tribunal sólo podía condenar al Instituto a pagar al demandante el valor de los salarios faltantes hasta la terminación del término presuntivo del contrato, pero en ninguna forma a la cesantía correspondiente a ese lapso, porque es sabido que en el derecho laboral las prestaciones, entre ellas la cesantía, tienen su causa en razón de los servicios efectivamente prestados por el trabajador y no en razón del tiempo del contrato de trabajo".

"Según lo prescribe el inciso 2º del artículo 64 del Código Sustantivo en el caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador, por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, el lucro cesante consisten (sic) en el monto de los salarios (se subraya) correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del contrato, pero en ningún caso este artículo dá asidero legal al fallador para que condene por las prestaciones que se hubieran podido causar si el contrato hubiera llegado hasta su término".

Se estudia el cargo.

Tal como se dijo al examinar el Segundo Cargo de la parte demandante-recurrente, en la debida oportunidad procesal, "la Sala estudiaría la condena del Tribunal sobre reconocimiento de cesantía por tiempo en que no hubo prestación de servicios". Esta oportunidad ha llegado ahora en este cargo, en que se acusa la sentencia recurrida por aplicación indebida del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y se alude a que "en el derecho laboral las prestaciones, entre ellas la cesantía, tienen su causa en razón de los servicios efectivamente prestados por el trabajador....."

Considera la Sala que es cierto el planteamiento hecho por el demandado-recurrente. Ya la Sala tuvo oportunidad de expresar su pensamiento, al estudiar el recurso del trabajador demandante, relativo a que, de acuerdo con la ley y como tesis general, la causación de los derechos por cesantía, prima de servicios y vacaciones, está condicionada a la prestación efectiva de los servicios del trabajador. Como el Tribunal hizo una condena por cesantía, que comprende tiempo que no fue realmente trabajado, se impone la casación parcial por este aspecto del fallo acusado.

En consecuencia, este cargo prospera.

o o o

En mérito de lo que antecede, la Corte Suprema de Justicia —SALA DE CASACION LABORAL—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida del AD-QUEM en cuanto condenó al INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES a pagar al demandante doctor JESUS V. GUTIERREZ la cantidad de TRESCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS ($ 319.98) por concepto de CESANTIA, y en su lugar, CONFIRMA la ABSOLUCION DEL A-QUO sobre este aspecto. NO LA CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiria C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SOLIDARIDAD ENTRE CONTRATISTA INDEPENDIENTE, EL INTERMEDIARIO Y EL BENEFICIARIO RESPECTO DEL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES Y DE INDEMNIZACION POR MORA. — CASO EN QUE NO PUEDEN DISTINGUIRSE ESTAS MODALIDADES DEL PATRONO. —CONTRATO DE TRABAJO DISFRAZADO DE COMPRAVENTA. — REMUNERACION INDIVIDUAL CUANDO SE PAGA A DESTAJO TRABAJO REALIZADO EN EQUIPO. — CUANDO LA DISCUSION SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTRATO EXONERA DE SALARIOS CAIDOS. — VALOR DEL TESTIMONIO SUMINISTRADO POR EMPLEADO DEL DEMANDADO.—APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIAL. — LA LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO EN RELACION CON PRUEBAS QUE NO OBRAN EN EL EXPEDIENTE. ERROR DE HECHO.—TECNICA DE CASACION.

1.—Concurriendo los elementos esenciales que la ley (artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo) propone como integrantes del contrato de trabajo, éste se configura así se hubiere dado a la retribución de los servicios del trabajador la forma aparente de "precio" de compraventas, pues como lo dice la norma citada el contrato de trabajo, reunidos aquellos elementos, "no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

2.—Los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo son mandatos a todas luces propuestos por el Legislador de manera reflejamente complementaria, a efecto de que, dada una relación objetivada de trabajo, resulte inescapable la responsabilidad de quienes directa o indirectamente se hayan aprovechado del servicio. Otra solución sería inequitativa y entrañaría una burla misma de la voluntad de la ley. Los términos del artículo 34 en armonía con los ordinales 2º y 3º del 35 no dejan escapatoria: consagran hipótesis encaminadas a superar las evasivas patronales, como la de autos. Si en el primer evento (artículo 34), el contratista es independiente, con él responde solidariamente el que se beneficie del trabajo Si en el segundo (artículo 35) es simple intermediario, no dejará de serlo por parecer contratista, y además responderá solidariamente con el patrono real si al celebrar el contrato deja de declarar su calidad de intermediario y no revela quién es aquél patrono.

3.— Una antiquísima jurisprudencia de la Corte —aún no modificada— sostenía la tesis de que el juzgador de instancia dispone de plena autonomía y libertad para las apreciaciones indiciarias, las cuales se escapan al ámbito de la casación cuando en su inferencia o conclusión el inferior no ha obrado en oposición manifiesta a la evidencia de los hechos.

4.—El tratamiento que debe dársele a la prueba testimonial en caso de ser el testigo empleado del patrono, en armonía con el artículo 61 del C. P. T., fue expuesto con clara precisión por el Tribunal Supremo del Trabajo, el cual dijo:

"1.—Esta Corporación sostiene que las reglas sobre habilidad e impedimentos de testigos establecidas en el Código Judicial no pueden aplicarse en los juicios del trabajo con el mismo rigor preestablecido para la justicia ordinaria, en virtud de la distinta naturaleza de los pleitos y de las diferentes atribuciones especiales que la ley consagra para unos y otros juzgadores. En efecto, la circunstancia de que las relaciones de trabajo son observadas más directamente y constantemente, en sus modalidades de tiempo, lugar y ejecución por las personas vinculadas a la misma empresa, ya se trate de compañeros del trabajador ora de subalternos del mismo patrón; y la de que los jueces del trabajo pueden formar libremente su convencimiento inspirándose en los principios científicos sobre la crítica de la prueba y atendiendo a los caracteres relevantes del pleito y a la conducta observada por las partes, explican suficientemente que sea mucho más amplio el criterio de estimación de estos últimos y que él pueda desenvolverse sin otras limitaciones que las

de la prudencia y el respeto a aquellos principios científicos sobre la crítica probatoria. Aceptar o rechazar, por consiguiente, el testimonio de un trabajador de la misma empresa es una decisión que corresponde al ámbito de apreciación libre y científica del juzgador y resulta inatacable en casación mientras no se la demuestre contraria a la evidencia de los hechos o notoriamente ilógica, infundada, paralizada u opuesta, en fin, a la verdad de los mismos, todo conforme a las reglas de la crítica de las pruebas. En todo caso, la sola consideración de ser compañero de trabajo del demandante o depender económicamente del patrono no es suficiente, por elevada o por modesta que sea su jerarquía en la empresa, para declarar inadmisible su deposición".» (G. del T., Tomo VII, número 59|65, página 145).

5.— Ha sido constante la jurisprudencia del trabajo en punto a establecer que, mientras un ataque basado en errores de hecho, deseche el señalamiento de una o algunas pruebas que tuvo en cuenta el fallador para pronunciar la decisión impugnada, y sólo se refiera a parte de ellas, tal decisión debe mantenerse por conservar aún soportes probatorios intactos.

Pero si se ataca todo el acervo probatorio pertinente, y, en la prueba o pruebas señaladas no aparece ostensible el error de hecho afirmado, la decisión igualmente se mantiene inexpugnable.

8.—Aserrar maderas es por naturaleza un trabajo en equipo o par grupo, por lo menos de dos trabajadores pareados, y si se paga por obra o a destajo, la única forma de retribución individual es la de distribuir el valor obtenido entre los operarios intervinientes; esta peculiaridad no destruye el elemento actividad personal del contrato de trabajo.

7.—La libre convicción no es pura y simple, sino acompañada de los principios científicos que informa la crítica de la prueba. Estos principios, que deben obrar respecto de la prueba producida dentro del juicio, procuran que para la jurisprudencia laboral colombiana sea aplicable en su integridad la tesis de que el método de la libre convicción permite al juzgador "adquirir el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos". (Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil).

Porque en la búsqueda de la verdad real el juzgador de instancia posee facultades para acrecentar oficiosamente el acervo probatorio. Y no le es dado desechar tales facultades, cuando en sus manos estuviere aclarar puntos dudosos.

8.—Nadie sería osado a pensar que a alguien mucho menos a un juez —se le ocurriera argüir que la sola discusión del contrato de trabajo, por parte del patrono, exonerase a éste de las sanciones legales por la falta en el pago oportuno de las prestaciones debidas al trabajador. Si así fuere, el texto del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo carecería de objeto y de sentido. Sería una sanción irrisoria, puesto que, so capa de discutir la realidad del contrato laboral, cualesquiera patronos le harían un doble esguince al pago oportuno de prestaciones y a la pena por no pagarlas en la debida oportunidad. Muchos patronos alegarían haber discutido que el contrato no era de naturaleza laboral, y este solo hecho de la discusión, con razón o sin ella, justificada o injusta, les serviría de patente para eludir la responsabilidad consiguiente por el no pago en el momento debido a las prestaciones adeudadas.

Más de un lustro lleva ya la jurisprudencia que, concorde con las anteriores obvias consideraciones, establece cómo en punto a indemnización moratoria o "salarios caídos", cuando se discute la fuente misma de la obligación que es el contrato de trabajo, el elemento eximente de la responsabilidad es la discusión justificada, o razonable, o la duda de todos los casos de buena fé que motive serios y atendibles reparos en torno a la configuración del contrato mismo. No es la duda a secas el factor eximente. Ni lo es la simple discusión. Duda y discusión deben completarse con la razonabilidad, fundamentación, justificación y seriedad del reparo que se le formule al contrato para alegar que no sea de trabajo. Todo lo anterior, como aspecto de la tesis jurisprudencial que sustenta cómo la buena fé del patrono, deducida por el Juez, exceptiona al primero de la pena mencionada.

9.—La solidaridad que se deduce para los codemandados ora del artículo 34, ora del 35 del Código Sustantivo del Trabajo conlleva la obvia consecuencia de situarlos dentro de un mismo plano de responsabilidad frente al trabajador en cuanto a los

salarios y prestaciones adeudas a éste; esa solidaridad trasciende a los mismos y gravita lógicamente sobre ellos respecto de la obligación de satisfacer la indemnización moratoria cuando se configura la hipótesis legal del artículo 65 ibidem, o sea en el evento de que dejen de pagarse oportunamente por los responsables solidarios los salarios y prestaciones debidos al trabajador. En efecto: el artículo 34 propone como objeto de solidaridad a cargo de contratista y beneficiario "los salarios, prestaciones e indemnizaciones", y el artículo 35, fija como objeto de igual solidaridad a cargo del intermediario y del patrono —cuando aquél no declara su calidad ni manifiesta el nombre de éste— "las obligaciones respectivas", o sea toda gama de derechos, prestaciones o indemnizaciones que natural o eventualmente puedan fluir del contrato. En síntesis, es evidente que a la luz de la doctrina legal de responsabilidad solidaria se mantiene de igual manera inmodificable en relación con la obligación indemnizatoria a que se refiere el artículo 65 del Estatuto laboral.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.— Bogotá D. E., veinticinco de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Por medio de apoderado, el señor Juan Crisóstomo Hernández demandó a la Colombian Petroleum Company —representada para tal efecto por el doctor Rafael Espinosa— y al señor Anselmo Amaya, solidariamente, para que mediante los trámites del juicio ordinario del trabajo los demandados fueran condenados a pagarle al demandante las siguientes cantidades: "....$ 4.439.-34 por concepto de 142 meses y 21 días trabajados.....; $ 1.810.17 por concepto de primas de servicio correspondientes a 9 semestres y 3 meses y 23 días del último semestre servido en 1955....., $ 1.125.00 por concepto de vacaciones durante los últimos seis años de trabajo..... $ 7.125.00 por concepto de 570 domingo dejados de liquidar....., $ 2.225.00 por concepto de cinco meses y 28 días faltantes para cumplirse el período presuntivo de trabajo; la indemnización por falta oportuna de pago de las prestaciones sociales, y las costas del juicio.

Relata el libelo que:

1º.—Juan C. Hernández fue trabajador de Anselmo Amaya como aserrador de madera para Colpet (Colombian Petroleum Company), durante dos períodos así: sirvió del 21 de marzo de 1943 al 8 de agosto de 1947, y luégo del 21 de abril de 1948 al 23 de octubre de 1955.

2º.— Hernández trabajó continuamente durante los dos períodos mencionados, aserrando madera a destajo, con un salario promedio de $ 12.50 diarios.

3º.—En el pago del salario no iba incluido o no se le liquidaba el valor correspondiente a los días domingos, "adeudándosele así todos los domingos comprendidos durante sus dos períodos de trabajo, lo mismo que los feriados".

4º.—Hernández y otros compañeros de trabajo reclamaron ante la Inspección de Trabajo de Tibú el valor de las prestaciones, sin que les hubieran sido canceladas ni por Amaya ni por Colpet.

5º.—Hernández y los demás trabajadores de la compañía utilizaban, en el desempeño de su trabajo, "los servicios que les prestaban, tales como comedores, dormitorios, transportes, clínica, etc.".

6º.—Anselmo Amaya era o es contratista de Colpet para la explotación y suministro exclusivo de madera.

7º.—Entre Amaya y sus trabajadores —para el caso Hernández— se celebraron contratos verbales de trabajo.

8º.— Anselmo Amaya siempre fue renuente al pago de prestaciones y, por ello, en caso semejante, el trabajador Antonio José Garzón obtuvo que aquél fuera condenado al pago por sentencia del Juzgado del Trabajo y del Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, proferidas el 30 de marzo y el 6 de mayo de 1955, en su orden.

9º.—Dice textualmente este punto de los hechos que "El pago de prestaciones a que fue condenado Amaya fue hecho por (sic) la Colombian Petroleum Company 'a nombre y por orden de Anselmo Amaya', según se ve en acta suscrita en el Juzgado de Trabajo el 17 de mayo de 1955, lo que manifiesta claramente la vinculación entre la Empresa y Amaya".

10º.—No obstante estar enterados de que hay contrato de trabajo, o lo hubo, entre Amaya y sus trabajadores, la empresa y su contratista se han negado enfáticamente a pagar el valor de las prestaciones "haciéndose acreedores a la presunción de mala fé".

Como normas de derecho aplicables citó los artículos 22, 23, 24, 37, 47, 55, 64, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 del Código del Trabajo.

Notificada que fue en debida forma y corrido su traslado tanto a la compañía como a Amaya, sólo Colpet afrontó el juicio, y, por conducto de

apoderado respondió el libelo negando los hechos 1º, 2º y 3º. Manifestó —en relación con el 4º— que el actor jamás había sido trabajador de la compañía, por lo cual no existía razón para que ésta le pagara prestaciones sociales. Dijo que el 5º debía probarse; y que si la Compañía le había suministrado tales servicios a Hernández, había sido por cuenta de Amaya, quien a su vez descontaba su precio del valor de la madera que le compraba al demandante. Respecto del 6º afirmó que Anselmo Amaya es una persona que celebra con Colpet el contrato de compraventa de madera aserrada. En cuanto al 7º manifestó que, a su turno, Amaya y el demandante efectuaban compraventas de madera aserrada por éste y otras personas —respecto de las cuales Hernández era patrono— y con una maquinaria y aserrío de propiedad de Hernández, en las semanas y días que a éste y a los demás aserradores les provocaba. Al 8º replicó que el hecho de que Amaya, por descuido en la defensa, y "debido a la intervención de testigos falsos", hubiera sido condenado a pagar lo que no debía, no es razón suficiente para que se le siga condenando. Dijo al 9º que debe estarse a lo que dice esa cita; y que tal pago lo hizo Colpet, autorizada por Amaya y con dinero de éste, ante las amenazas hechas por el apoderado del demandante en ese negocio de que ejecutaría a la compañía. Y al 10º reiteró que eso se debía a que el actor es un mero vendedor de madera a Amaya. Se opuso a que se hicieran las condenaciones solicitadas en la demanda, y concretamente alegó la prescripción de la acción ejercida en todo lo referente al tiempo anterior al 21 de agosto de 1953.

Por sentencia proferida el 10 de octubre de 1956, el Juez del Trabajo del Círculo de Cúcuta, que fue el del conocimiento, declaró no probada la tacha de los testigos Urbano Peña y Ricardo Africano y no accedió a la acumulación de los juicios contra los mismos demandados (promovidos por José Joaquín Carrillo, Urbano Peña, Víctor M. Luna, Luis Luna y Alejandro Cargi), tacha y acumulación que habían sido solicitadas por el apoderado de la Compañía en el curso del proceso; declaró la prescripción relativa a las prestaciones correspondientes al primer período de trabajo de Hernández, e hizo las siguientes condenaciones a favor de éste y a cargo de la Compañía: $ 2.815.62 por concepto de cesantía (por los servicios correspondientes al período de 21 de abril de 1948 al 23 de octubre de 1955); $ 2.742.37 por primas de servicio; $ 562.50 por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas en los últimos tres años de servicio; $ 4.875,00 por razón de domingos no pagados; $ 3.212.50 por incumplimiento del contrato presuntivo, y las costas del juicio. La empresa fue absuelta de la sanción por mora o salarios caídos.

Ambas partes apelaron del proveído del a-quo, y, elevados los autos al superior (Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta), éste decidió la litis mediante providencia de 22 de noviembre de 1956, reformatoria de la sentencia de primer grado, en la cual se condena a la Colombian Petroleum Company a pagar al demandante Juan C. Hernández las siguientes cantidades: por concepto de cesantía $ 2.815.62; por primas de servicio, $ 1.125.00; por vacaciones, $ 562,50; por domingos y días feriados, $ 2.625.00 y por contrato presuntivo $ 775.00. Se absolvió expresamente a la empresa de la sanción por mora en el pago (artículo 65) y se la condenó en costas parciales.

Contra la providencia anterior las partes interpusieron el recurso extraordinario de casación. Como éste fue concedido, admitido y tramitado legalmente, corresponde ahora decidirlo a la Corte, Sala de Casación Laboral, mediante el estudio de las demandas. Se verá, en primer término, el recurso de la Compañía.

Recurso de la demandada-recurrente.

I

Acusa la sentencia recurrida con base en el ordinal 1º del artículo 87 del C. de P. L., y pretende que por la Corte se case aquélla, se revoque la de primera instancia y en su lugar se absuelva a la Colombian Petroleum Company de los cargos de la demanda.

El libelo consta de diez capítulos. No obstante su extensión y, en algunas partes, el carácter de alegación que ostenta, los diez acápites de que se compone presentan diversos aspectos de cuatro órdenes de pretendidas violaciones. Primera: los capítulos I y VIII se refieren al error de hecho en que habría incurrido el Tribunal por falta de apreciación de los hechos 1º, 6º y 7º de la demanda y su contestación y del acta del folio 14, cuaderno 2º, error que indujo al sentenciador a declarar una situación jurídico-procesal muy distinta a la planteada, con violación del artículo 471 del Código Judicial, el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo que aplicó no siendo aplicable y el 4 ibídem (en su primera parte) que debió aplicar y no aplicó, y en consecuencia los artículos 47, 64, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 ibídem, que consagran prestaciones y derechos decretados por el Tribunal sin ser del caso.

Segundo: En el capítulo IV se refiere (sic) a la violación directa de los artículos 604 y 606 del Código Civil y de los Arts. 47 a 306 del Código Sustantivo del Trabajo (en la forma en que fueron citados en el primer orden de cargos), por haberse considerado prueba suficiente la respuesta pertinente a la "existencia del contrato de trabajo y a la fecha inicial de su vigencia" en la absolución de posiciones hecha por el demandante.

Tercero: En los capítulos II, III, V, VI, y VII se acusa la sentencia por error de hecho en que habría incurrido el sentenciador por indebida apreciación de la respuesta de la demanda (punto 1º), del testimonio de Urbano Peña y de los recibos que aparecen de folios 8 a 31 inclusive, y por falta de apreciación del acta a folio 14, con la violación de los artículos 22, 23 y 47 a 306 del Código Sustantivo del Trabajo (en la forma en que fueron citados en el primer orden de cargos).

Cuarto: En los capítulos IX y X se acusa el proveído por violación directa de los artículos 593 y 597 del Código Judicial y los artículos 22, 23, y 47 a 306 del Código Sustantivo del Trabajo (en la forma en que fueron citados en el primer grupo de cargos).

En una réplica tan extensa como la demanda, el opositor critica y rechaza cada uno de los diez capítulos. Esta Sala se ha permitido reagrupar los cargos presentados en forma dispersa por el demandado y no obstante las fallas de que adolece la demanda en su aspecto de técnica formal, accede a considerarla, siguiendo la relación de los órdenes o grupos de cargos, en la forma y sucesión en que acaban de enunciarse.

Primer orden de cargos.

Es sustentado así por el recurrente: En el I Capítulo dice que la demanda que promovió el juicio solicitó una condena solidaria contra Colpet y Anselmo Amaya, por haber existido, según el demandante, contrato de trabajo entre éste y Amaya, y ser la compañía beneficiaria del trabajo y dueña de la obra o base industrial. Agrega que en la demanda se consideró a Amaya como un contratista independiente y por ello en tal libelo no se planteó debate sobre la existencia o inexistencia de contrato de trabajo entre él (el demandante) y la Co. No obstante lo anterior, agrega, a Colpet se la condenó como contratante, como patrono del actor. De esta manera se salió el Tribunal, —dice— de la relación jurídico procesal de las partes, condenando a la compañía en una calidad distinta de aquélla en que había sido citada al juicio y que había sido materia de debate dentro del mismo juicio. Por tanto el Tribunal incurrió en error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, en la apreciación de la demanda y de su contestación, que plantearon una relación jurídico-procesal muy diferente de la que la sentencia declaró, lo cual resulta violatorio del artículo 471 del Código Judicial —que no se aplicó, debiendo haber sido aplicado— según el cual las sentencias deben ser dictadas en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes, lo mismo que los demás textos citados anteriormente. (Artículos 34 y 35 etc. del Código Sustantivo del Trabajo).

En el Capítulo VIII (incluído por razones de método en este grupo) el apoderado de la demandada sustenta la violación por vía directa de los mismos artículos 34 por falta de aplicación y 35 por aplicación indebida y las demás normas citadas, pero hace consistir tales transgresiones (que equivocadamente llama directas) en que el sentenciador no valoró debidamente varios aspectos de hecho, entre ellos los que indica el acta de conciliación a folio 14 del cuaderno segundo —que el recurrente señala— lo cual hizo que el **ad-quem** considerara a Anselmo Amaya como simple intermediario, y no como contratista independiente que realmente lo es, para deducir en consecuencia relación laboral entre el actor y la compañía.

Se considera:

En el primero de los capítulos, a través de la pretendida violación de una norma instrumental (artículo 471 del Código Judicial, última parte), como consecuencia de la indebida apreciación de los hechos de la demanda y la respuesta, se acusa igualmente la transgresión de normas sustantivas de carácter nacional, los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, el primero por falta de aplicación y el segundo por aplicación indebida. Por otra parte en el capítulo VIII, el recurrente acusa —como ya se dijo de manera impropia— la violación "directa" de los mismos artículos 34 y 35 por iguales conceptos, como efecto de la defectuosa estimación que hizo el sentenciador del acta que obra a folio 14 del segundo cuaderno.

No podría la Sala entrar a considerar en este recurso extraordinario un "error in procedendo" propuesto de manera aislada; mas si le es dado entrar a estudiar, haciendo abstracción del defecto formal anotado en la presentación del cargo del capítulo VIII, la infracción indirecta de normas sustantivas que surge por ostensible error de he-

cho, en la apreciación de la demanda y su respuesta y del acta de conciliación que figura a folio 14 del segundo cuaderno, que condujo a los sentenciadores a no declarar la responsabilidad solidaria impetrada (responsabilidad a cargo de Colpet y de Amaya), como era de rigor declararla a la luz de la realidad procesal, según va a verse.

El punto primero de los hechos de la demanda afirma que Juan C. Hernández "fue trabajador de Anselmo Amaya aserrando maderas para la Colombian". El sexto: que "Anselmo Amaya era, o es, contratista de la Colombian Petroleum Company para la explotación de madera y suministro exclusivo". (Subraya la Sala); y en el séptimo se afirma que "Entre Amaya y sus trabajdores, en este caso Hernández, se celebraron contratos verbales de trabajo". La demandada negó el primero; dijo, respecto del sexto, que "Anselmo Amaya es una persona que celebra con la Colombian el contrato de compraventa de madera aserrada", y respondió el séptimo afirmando que, a su turno, Amaya y el demandante Hernández efectuaban compraventas de madera aserrada por éste y otros señores respecto de los cuales Hernández era patrono, etc.

Se observa que, según el encabezamiento de la demanda, el actor había promovido acción solidaria contra Amaya y la Colombian Petroleum Company, y que para configurar la responsabilidad solidaria de éste hizo especial énfasis en el carácter de exclusividad que los servicios tenían, en último término, para la compañía; no se adujo la existencia de contrato de trabajo entre la Colombian y el demandante —sino entre éste y Amaya—, pero sí se presentaron los presupuestos conducentes a establecer que la beneficiaria del trabajo de Hernández era la Colombian Petroleum Company. Mas como los hechos de la demanda son simples aseveraciones sometidas a prueba, es menester que la realidad procesal los demuestre. Y, con este propósito, cabe analizar el acta de conciliación que figura a folio 14 del segundo cuaderno, a la cual alude el recurrente, celebrada en la Inspección Auxiliar del Trabajo de Tibú el 22 de octubre de 1955, en la cual Amaya expresó:

"Desde el año de 1947, que he comprometido con la Colombian Petroleum Company a extraer la madera de los bosques de la empresa para suministrarla a la misma y, para el efecto, he venido contratando con los trabajadores aquí presentes y otros veintisiete que están entregados a sus labores de extracción de madera, bajo las siguientes condiciones: a) Cada uno de los trabajadores mencionados se han (sic) comprometido a venderme la madera que extraen de los mismos bosques de la empresa mencionada, bajo la condición de que yo les suministre en los comedores de la misma Empresa la alimentación que consumen los otros trabajadores de la Compañía y también se hospedan la mayoría de ellos en los dormitorios de la Empresa y se transportan en vehículos de la misma Empresa a los lugares de trabajo; b) Los mencionados trabajadores están en la obligación, como se ha dicho, de venderme la madera a razón de cinco pesos con cuatro centavos ($ 5.04) el bloque o "banco" de noventa decímetros cúbicos de las maderas de las siguientes especies: "Cocobarco" y similares, "cascarillo" a $ 7.50; "carne asado" al mismo precio del anterior, y yo, me he comprometido a venderle a la Empresa ya citada las maderas a los siguientes precios: Cocobarco a $ 6.72, y los demás nombrados a $ 10.00 el banco. También debo venderles (sic) obligatoriamente a la Empresa, ya que ella me facilita todos los medios para extraerla, transportarlas, (sic), dormir y comer en las mismas condiciones que un empleado de la Compañía".

El documento transcrito, referido a los puntos vistos de la demanda y su respuesta, presta asidero para analizar los datos objetivos y subjetivos que entraña la relación indicada, como va a verse:

a).—El actor Hernández afirma la existencia de una relación de trabajo entre él y Amaya;

b).—Por su parte estos (Hernández y Amaya) están de acuerdo en señalar a la compañía como suministradora de locales para dormitorio y comedores para la alimentación de los trabajadores, como también de vehículos destinados a su movilización y al transporte de la madera;

c).—Amaya indica que los bosques eran de la compañía;

d).—Ambos (Hernández y Amaya) le atribuyen a la compañía el carácter de beneficiaria exclusiva del trabajo, y la compañía considera a Hernández como contratista para el suministro de madera;

e).—Amaya se refiere a una doble relación contractual así: 1) El contrato con la empresa para venderle madera, y 2) El contrato con los aserradores para comprarles la madera que produjeran;

f).—Amaya no hace relación a que les hubiera expresado a los trabajadores, al celebrar el contrato, cuál era el nombre del patrono o si contrataba con ellos en beneficio y por cuenta exclusiva de otro;

g).—La compañía acepta en parte la aseveración de Amaya en el punto e).

De la discriminación anterior de los hechos se desprende:

Realidad objetiva de la relación contractual de trabajo.

Objetivamente se presenta una relación contractual de trabajo (haciendo abstracción de la persona misma del patrono, o sea de la identidad subjetivo-patronal del contrato), por concurrir los elementos esenciales que la ley (artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo) propone como integrantes de aquélla, así se hubiere dado a la retribución de los servicios del trabajador la forma aparente de "precio" de compraventas, pues como lo dice la norma citada el contrato de trabajo, reunidos aquellos elementos, "no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

Esta realidad objetiva del contrato de trabajo fue deducida por el sentenciador no sólo a través de las pruebas que aquí el recurrente considera indebidamente estimadas, sino por otras piezas del acervo probatorio que sirven de soporte eficaz a esta conclusión del proveído. No encuentra la Sala por ello que sea infirmable la decisión del *ad-quem* en cuanto a la declaratoria de existencia del contrato láboral. Otra cosa es el tratamiento que el juzgador de segundo grado le dió al aspecto subjetivo-patronal de dicho contrato, como va a verse.

Imprecisión subjetivo-patronal y solidaridad de los demandados.

La cuestión del sujeto patronal del contrato, aislada de su realidad objetiva, ostenta en el caso sub-lite motivos indudables de perplejidad. En efecto: los puntos a), d), e), f) y g), anteriormente propuestos, sugieren la idea de que Anselmo Amaya era un verdadero **contratista independiente** por cumplirse la hipótesis del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, o sean las condiciones de contratación autónoma de trabajadores en beneficio ajeno y la libertad técnica y directiva de Amaya.

Por su parte los puntos b), c) y los mismos d) y f) se prestan para situar a Amaya como un **simple intermediario** por configurarse en ellos los presupuestos de hecho establecidos por el artículo 35 ibidem, como son la agrupación o coordinación de los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales se utilizan equipos, maquinarias etc., elementos de un patrono para beneficio de éste.

La Sala considera vano empeño buscar, en el sub-lite, la ubicación subjetivo-patronal de Anselmo Amaya en cualquiera de los dos artículos (34 o 35), porque, como se vió, militan argumentos poderosos en pro de una u otra posición. Mas sería irrisorio pensar que ante un problema como el planteado, la jurisdicción se considerara atada de manos, con menoscabo de la equidad, como ocurriría en el evento de que, objetivada una relación de trabajo no pudieran deducirse las responsabilidades consiguientes por no encontrarse calificativo que darles (si contratistas independientes, si simples intermediarios o si beneficiarios) a los sujetos que recibieron el servicio.

Aún más: los artículos 33 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo citados son mandatos a todas luces propuestos por el Legislador de manera reflejamente complementaria, a efecto de que, dada una relación objetivada de trabajo, resulte inescapable la responsabilidad de quienes directa o indirectamente se hayan aprovechado del servicio. Otra solución sería inequitativa y entrañaría una burla misma de la voluntad de la ley. Los términos del artículo 34 en armonía con los ordinales 2º y 3º del 35 no dejan escapatoria: consagran hipótesis encaminadas a superar las evasivas patronales, como la de autos. Si en el primer evento (artículo 34), el contratista es independiente, con él responde solidariamente el que se beneficie del trabajo. Si en el segundo, (artículo 35) es simple intermediario, no dejará de serlo por parecer contratista, y además responderá solidariamente con el patrono real si al celebrar el contrato deja de declarar su calidad de intermediario y no revela quién es aquél patrono.

De lo anterior surge la procedencia jurídica de declarar la responsabilidad solidaria que se demanda (a cargo de Colpet y de Amaya). En efecto: el sólo examen de las piezas referidas, y bien si se aplica la doctrina del contratista independiente a que se refiere el artículo 34, o bien la del intermediario a que alude el 35, resulta de rigor la declaratoria jurisdiccional de tal solidaridad. Lo primero, porque si se considera a Amaya contratista independiente, será responsable solidariamente con Colpet —beneficiaria del trabajo— por los salarios, prestaciones e indemnizaciones, según el mandato legal, y porque no sería valedero el argumento de que la extracción de madera constituye una labor extraña a las actividades normales de la compañía, puesto que tal materia, (madera), es indispensable e inherente al objeto de exploración y explotación petrolífera que es uno de sus fines. Lo segundo, porque si Amaya es considerado como intermediario, no existe constancia expresa ni en la demanda ni en la contestación de la demanda (que él no formuló, sino la codemandada Colpet), ni en el acta

de folio 14, segundo cuaderno, de que hubiera declarado su calidad de intermediario y manifestado el nombre del patrono al celebrar el contrato con Hernández, y, cuando no existe tal declaración, el intermediario "responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas" (ordinal 3º del artículo 35). Una cosa bien distinta es que el acervo probatorio muestre cómo Hernández y los demás trabajadores comprendían, por múltiples hechos notorios, que su trabajo beneficiaba a Colpet, la cual transportaba la madera, permitía que aquéllos tomaran alimentación en sus comedores y durmieran en sus campamentos.

Luégo en las dos hipótesis legales la declaratoria de solidaridad se imponía. No habiéndose hecho ésta, y constituyendo tal omisión un "error in judicando in facto" —aunque harto deficientemente sometido a la Corte—, esta Sala declara la prosperidad de los cargos en cuanto a la violación indirecta de los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, y lo desecha en cuanto a las demás pretendidas violaciones por no aparecer configuradas. En su oportunidad, por tanto, habrá de casar el proveído del ad-quem y, como Tribunal de instancia, declarará la solidaridad de los demandados.

Segundo orden de cargos.

El recurrente dice que el Tribunal invoca lo afirmado por el demandante en el libelo de demanda y en la absolución de posiciones (folios 3 y 94), y a estos hechos les da, "al parecer", la fuerza de prueba contra la compañía en cuanto a la existencia del contrato y a la fecha inicial de su vigencia. Agrega que el Tribunal entendió que la declaración de Hernández constituye prueba de sus afirmaciones, en perjuicio, no de él mismo sino de la compañía, y en contra de lo que ella sostiene. Seguidamente cita una jurisprudencia de 1923 (casación de mayo 19 de dicho año), según la cual "Para que haya confesión, es condición esencial que el hecho, (positivo o negativo) sobre que ella verse sea perjudicial al confesante". De lo cual el recurrente colige que mal puede invocarse, en contra y en perjuicio de la compañía, atribuyéndole la fuerza de confesión, una declaración de Hernández que en nada la puede comprometer. "Al hacerlo —agrega—, el Tribunal viola directamente (subraya la Sala) los artículos 604 y 606 del Código Judicial y el 1.769 del Código Civil", y consiguientemente los artículos 22, 23 etc. 306 (en la forma en que fueron citados en el primer grupo de cargos).

Examen:

La Sala anota, en primer término, que el cargo en la forma en que fue formulado peca contra la técnica del recurso. En efecto: se le enrostra a la sentencia "violación directa" de textos legales, pero se hace consistir tal violación en la presunta indebida apreciación de hechos, (la demanda y prueba confesoria); y es sabido que no puede haber violación directa, sino violación indirecta, cuando la transgresión se pretende causada por estimación indebida o falta de estimación de los hechos. Con todo, la Sala accede a estudiar el fondo mismo del cargo.

Al considerar el anterior grupo de cargos, la Sala encontró mérito suficiente para declarar la solidaridad de Colpet y Amaya (a la luz bien del artículo 34 o bien del 35 del Código Sustantivo del Trabajo), y, por tal extremo, anunció la casación del proveído. En el presente grupo se entra a controvertir la realidad objetiva misma del contrato, su existencia, especialmente en punto a la fecha de su iniciación.

Se advierte en primer término que lo que sirvió de base de hecho al juzgador de segunda instancia para declarar la existencia del contrato de trabajo fueron a más de la aseveración de la demanda y la manifestación confesoria del actor, las actas de conciliación (folios 87 a 92) en que 30 trabajadores —inclusive el demandante— reclamaron sus prestaciones de Amaya y Colpet, con ausencia del primero en algunas audiencias y de la última en todas; la declaración del señor Julio C. Yory, empleado de Colpet (folio 82); las constancias de pago hecho por Amaya a Hernández por extracción de madera realizada por el actor en los bosques de la Colombian (folios 8 a 30); las constancias de compras de madera hechas por Colpet a Amaya (folios 32 a 36); la declaración de Urbano Peña Meneses (Fl. 99); las copias de las demandas presentadas por éste y por Ricardo Africano (folios 49 a 53); y, el acta de conciliación (folio 14 del segundo cuaderno) que se vio en el grupo anterior.

Estos hechos, concordantes y fehacientes, necesariamente condujeron al sentenciador a declarar la existencia del contrato de trabajo. Por ello, y si el cargo hubiera sido bien formulado (violación indirecta por error de hecho), no habría manera de aceptar su prosperidad en razón de que no aparece de manera ostensible el pretendido error de hecho en el cual hubiera incurrido, por este aspecto, el sentenciador; y ya lo ha dicho la Corte, reiterando jurisprudencia del extin-

to Tribunal Supremo, que tal error debe surgir en forma ostensible y manifiesta para que pueda dar base a la casación del proveído al cual se le imputa.

Respecto del extremo temporal de iniciación del contrato, afirma el actor, en la demanda, en la absolución de posiciones y en el acta de conciliación, que la fecha en que empezó a prestar sus servicios, en el segundo período, fue el 21 de abril de 1948. El declarante Urbano Peña Meneses manifiesta que cuando entró a trabajar él también en aserrío, el 6 de enero de 1949, ya trabajaba Hernández allí (folio 99). Amaya dice que desde 1947 había comenzado el contrato con la Colombian y con los aserradores (folio 14 cuaderno segundo); y el sentenciador toma el testimonio de Peña Meneses como elemento que "viene a darle fuerza a la declaración del demandante" (Fl. 23 del segundo cuaderno), acerca de que fue el 21 de abril de 1948 la fecha de iniciación del contrato, lo cual equivale a una apreciación indiciaria, igualmente apoyada por el aserto de Anselmo Amaya antes referido (año de 1947 como comienzo de trabajos de aserrío), de los cuales hechos indicadores el juzgador —a falta de otras probanzas— dedujo el hecho indicado de la fecha que el actor afirma en la demanda, reitera en las actas de conciliación y en la absolución de posiciones, con la observación de que la última pieza probatoria debe tomarse en su totalidad, y, —así tomada— de que en ella se advierten respuestas adversas a los intereses del absolvente Hernández, como son las respuestas 2ª, 5ª y 6ª en las cuales reconoce que en su labor recibía la ayuda de otro trabajador.

Una antiquísima jurisprudencia de la Corte, —aún no modificada— sustenta la tesis de que el juzgador de instancia dispone de plena autonomía y libertad para las apreciaciones indiciarias, las cuales se escapan al ámbito de la casación cuando en su inferencia o conclusión el inferior no ha obrado en oposición manifiesta a la evidencia de los hechos. Ante la insuficiencia probatoria que se advierte en cuanto a la fecha de iniciación del contrato, el sentenciador optó por evaluar indicios demostrativos del simple aserto del demandante, sin que en su valoración se anote error ostensible de hecho, por lo cual su conclusión en este particular resulta intocable.

Finalmente, los textos legales (artículos 604 y 606 del Código Judicial) son normas relativas a la tarifa legal de pruebas, y es sabido que el juzgador laboral no está sometido a dicha tarifa. De suerte que, si se tratara de disposiciones sustantivas, no sería procedente acusar la sentencia por su violación como quiera que el juzgador ni las tuvo en cuenta ni las aplicó por no hallarse sujeto a su mandato (Artículo 61 del C. de P. L.). En tal virtud, no aparece que se hayan producido las transgresiones aludidas, ni tampoco, por tanto, las de los restantes textos citados, y por ello no prosperan los cargos.

Tercer orden de cargos.

Dice el recurrente que la prueba que más le sirve al Tribunal para fundamentar sus conclusiones es la declaración rendida por el testigo Urbano Peña Meneses (Folio 99, cuaderno 1º), en cuyo testimonio se funda el sentenciador para concluír que Hernández prestaba sus servicios en virtud de un contrato de trabajo, que ese contrato empezó el 21 de abril de 1948 y que el salario era de $ 12.50. Agrega que el señor apoderado de la parte demandada hizo valer oportunamente la tacha que existía con respecto a ese testigo (Folio 81, cuaderno 1º), y trajo al expediente los documentos que acreditaban cómo Peña, además de ser demandante de la compañía en un juicio igual ha sido llamado a declarar como testigo nada menos que en seis juicios similares al suyo (Folios 49 a 107 del cuaderno 1º). "Con la observación, muy interesante —anota el recurrente— de que en el juicio de Hernández el testigo es Peña y en el juicio de Peña el testigo es Hernández".

Agrega más adelante que evidentemente el testimonio de Peña resulta, cuando menos, extremadamente sospechoso en los términos del artículo 670 del Código Judicial "siendo por tanto injurídico e ilegal darle el alcance que el Tribunal le dió". El apoderado de la demandada hace un análisis del artículo 61 del C. de P. L. sobre la libre formación del convencimiento en materia del trabajo, para concluír que el fallador incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, en la apreciación de las constancias citadas (Folios 49 y 107) "que descalifican al testigo Hernández") debió decir Peña), y de la declaración de este testigo, con la consiguiente violación de los artículos 670 del Código Judicial y 61 del C. de P. L., por haber dejado de aplicar el primero y por haberle dado al segundo el alcance que no tiene, y del conjunto de artículos (22, 23 a 306) que cita en los otros órdenes de cargos.

Agrega que el Tribunal invoca además, como prueba del contrato de trabajo "entre Hernández y Amaya", unos recibos de dinero que obran a folios 8 a 30 del cuaderno primero. Dice que se trata de recibos por sumas de dinero que Amaya

entregaba a Hernández por valor de madera, unos, y a cuenta de madera, otros, y que no es posible ver cómo el Tribunal encuentre acreditados con esos recibos los elementos de un contrato de trabajo. Con lo cual —dice—, el Tribunal incurrió en error de hecho, en cuanto a la apreciación de tales recibos, y violó en consecuencia el grupo de artículos del Código del Trabajo antes enumerados, tanto más si se les compara con el recibo que forma el folio 31 del mismo cuaderno, comparación que no deja duda acerca de la naturaleza de las relaciones entre Hernández y Amaya, completamente extrañas a una relación de trabajo.

Manifiesta, finalmente, que el Tribunal tuvo en cuenta las actas de folios 87 a 92 del cuaderno primero y que de ellas dedujo aquél que, "aunque no se hallan suscritas por Amaya, consta que Amaya empleaba aserradores y se negaba al pago de prestaciones", pero que dejó de apreciar el acta que figura a folio 14 del cuaderno segundo, en la cual el mismo Amaya describe sus relaciones con los aserradores y con la compañía, en términos que excluyen toda relación de trabajo, con lo cual aduce también error de hecho, por falta de apreciación de dicho documento, con las violaciones del conjunto de artículos tantas veces citados del Código del Trabajo.

Se considera:

La necesaria reagrupación del libelo en varios órdenes de cargos (como el actual que comprende los capítulos II, III, V, VI y VII), y que como se dijo obedece a lo disperso y desordenado de la demanda; y a más del desorden la no precisión del concepto por el cual se consideran violados los numerosos preceptos que señala el recurrente, hacen que la Corte repita lo que ya tuvo ocasión de expresar en un caso semejante (casación del 14 de junio de 1957, juicio de Eliseo Gómez contra Colpet y Anselmo Amaya), cuando dijo: "Para la Sala, la simple enumeración de las disposiciones no se ajusta a la técnica del recurso, ni basta para proceder a un análisis de los distintos casos que tratan de puntualizarse con la sola enunciación de los preceptos; porque las acusaciones se hacen de manera vaga y no dicen cómo pudieron producirse esas diversas violaciones, pues, se afirma únicamente que por haberse aceptado la existencia del contrato se produjo la condena contra la compañía" con base en las múltiples disposiciones enumeradas cuya violación en abstracto se afirma.

No ha extremado su rigor la Corte en la mayoría de los casos, cuando se trata de pura forma legal, y tampoco lo va a extremar ahora. En tal razón, prosigue, en lo que le sea posible al margen de los reparos presentados, el estudio de este grupo de cargos. En cuanto a la tacha del testigo Peña Meneses —dijo el sentenciador— "el hecho de ser demandante de la Empresa no invalida su testimonio pues es ajeno a su voluntad el haberse visto obligado a demandar sus prestaciones a (sic) igual que el resto de madereros, ellos (sic) más que nadie están en condiciones de testimoniar sobre su trabajo realizado en la selva ocultos a la vista de los numerosos trabajadores de la empresa. Tampoco se halla comprobado que incurra en grave error, falso aserto o infundado testimonio, por estas razones no se acepta la tacha propuesta en esta instancia". Lo anterior explica de manera satisfactoria el hecho, demostrado por la parte demandada, de que Peña haya sido testigo en otros seis negocios similares al presente, igualmente promovidos contra Colpet y Amaya, e inclusive sea demandante contra los mismos y para tal evento necesite valerse del testimonio de Hernández y de cualquiera o cualesquiera de los seis actores en cuyos negocios ha declarado.

Así lo impone la naturaleza misma de los antecedentes de la litis, y, en razón de tales antecedentes, juntamente con no haber hallado en la declaración de Peña grave error, falso aserto o infundado testimonio, el Tribunal la acogió como válida. Si la norma instrumental (artículo 670 del Código Judicial) fuera materia sustantiva sobre la cual pudiera versar este recurso, debería tenerse en cuenta que ella defiere a la decisión prudencial del juzgador la aceptación o invalidación del testimonio. Y en este caso la Sala no halla motivo alguno para considerar que la decisión del sentenciador haya dejado de ser prudente. Tampoco advierte la Corte que el Tribunal le hubiera dado un alcance superior del que posee a la doctrina legal del artículo 61 del C. de P. L., porque en concordancia con la declaración de Peña existen muchos otros hechos (Véase segundo orden de cargos) que la sana crítica no puede desechar y que el juzgador, en ejercicio de ésta, tomó en cuenta para las deducciones de su providencia. El tratamiento que debe dársele a la prueba testimonial en estos casos, en armonía con el artículo 61 ibídem, fue expuesto con clara precisión por el Tribunal Supremo del Trabajo, el cual dijo:

"1.—Esta Corporación sostiene que las reglas sobre habilidad e impedimentos de testigos establecidas en el Código Judicial no pueden aplicarse en los juicios del trabajo con el mismo

rigor preestablecido para la justicia ordinaria, en virtud de la distinta naturaleza de los pleitos y de las diferentes atribuciones especiales que la ley consagra para unos y otros juzgadores. En efecto, la circunstancia de que las relaciones de trabajo son observadas más directamente y constantemente, en sus modalidades de tiempo, lugar y ejecución, por las personas vinculadas a la misma empresa, ya se trate de compañeros del trabajador ora de subalternos del mismo patrón; y la de que los jueces del trabajo pueden formar libremente su convencimiento inspirándose en los principios científicos sobre la crítica de la prueba y atendiendo a los caracteres relevantes del pleito y a la conducta observada por las partes, explican suficientemente que sea mucho más amplio el criterio de estimación de estos últimos y que él pueda desenvolverse sin otras limitaciones que las de la prudencia y el respeto a aquellos principios científicos sobre la crítica probatoria. Aceptar o rechazar, por consiguiente, el testimonio de un trabajador de la misma empresa es una decisión que corresponde al ámbito de apreciación libre y científica del juzgador y resulta inatacable en casación mientras no se la demuestre contraria a la evidencia de los hechos o notoriamente ilógica, infundada, parcializada u opuesta, en fin, a la verdad de los mismos, todo conforme a las reglas de la crítica de las pruebas. En todo caso, la sola consideración de ser compañero de trabajo del demandante o depender económicamente del patrono no es suficiente, por elevada o por modesto que sea su jerarquía en la empresa, para declarar inadmisible su deposición"." (G. del T., Tomo VII, número 59|65, página 145).

Todo lo anterior conduce a que la Corte tenga como ajustada a derecho la apreciación que hizo el sentenciador del testimonio del señor Urbano Peña Meneses.

Respecto de los recibos que obran a folios 8 a 30, sobre transacciones de madera realizadas entre Hernández y Amaya, el Tribunal consideró que tales constancias "hacen fé de lo afirmado en el libelo". Y más adelante, al analizar si se configura el contrato de trabajo y cuál es la situación de Amaya declara: "A pesar de que hasta los mismos obreros hablan de venta de madera, la realidad procesal es la de venta de trabajo, ellos no pueden ni podían vender madera laborada dentro de la concesión pues la empresa no tolera en ella la presencia de personas ajenas a sus labores....".

El razonamiento anterior es suficiente para concluír, como concluyó el **ad-quem**, que los trabajadores lo que recibían, según dichas constancias, no era el precio de sucesivas compraventas, sino una verdadera retribución por sus servicios; no se trataba del precio de la madera, porque los bosques son parte de la concesión de Colpet, y ni siquiera Amaya poseía una facultad autónoma para explotarlos como se advierte a folio 84 del primer cuaderno, según certificación del Inspector Nacional de Recursos Naturales; luego lo único que Hernández y los demás aserradores podían rendir era su servicio, y de la realidad procesal se desprende que la única beneficiaria de ese servicio era la Colombian Petroleum Company. De forma, pues, que dentro de la más estricta apreciación de los hechos el juzgador tuvo que deducir la configuración de un contrato de trabajo, a la luz del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que valiera alegar en contrario el nombre que hubo de dársele (compraventa de madera), ni las otras condiciones y modalidades que se le agregaron.

El documento que aparece a folio 31 del primer cuaderno es un recibo, fechado a 2 de diciembre de 1955 (casi dos meses después de terminada la relación laboral), por $ 455.76 líquidos, descontado el valor de alimentación, en el que Hernández dice que deja la constancia "de que conmigo trabaja el señor José J. Rojas como Ayudante a quien cubriré los valores que le daba". Tal constancia ha dado base a la parte demandada para argumentar que el hecho de que Hernández se valiera de Rojas como ayudante, significa que aquél no efectuaba completamente una "actividad personal, es decir, realizada por sí mismo" (Literal a), del artículo 23 ibidem), con lo cual desaparece uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

La Corte tiene en cuenta la pieza probatoria que se le indica como mal apreciada por el ad-quem, y considera:

1º.—Ha sido constante la jurisprudencia del trabajo en punto a establecer que, mientras un ataque basado en errores de hecho, deseche el señalamiento de una o algunas pruebas que tuvo en cuenta el fallador para pronunciar la decisión impugnada, y sólo se refiera a parte de ellas, tal decisión debe mantenerse por conservar aún soportes probatorios intactos.

2º.— Pero si se ataca todo el acervo probatorio pertinente, y, en la prueba o pruebas señaladas no aparece ostensible el error de hecho afirmado, la decisión igualmente se mantiene inexpugnable.

En relación con el primer punto, en el caso subjudice aparece que el sentenciador debió tener en cuenta para afianzar su decisión, a más de la prueba que se señala, las demás que han sido objeto de análisis y que han resultado valederas. Y, especialmente, el cuadro de posiciones absuelto por el

actor, en el cual Hernández reconoce que José J. Rojas trabajó con él, al responder cómo era cierto que recibía la ayuda de otros trabajadores (2º punto de las posiciones folio 95); y más adelante, al contestar el punto sexto, explica cómo esta clase de trabajo en equipo o por grupo, con remuneración al destajo, exigía una distribución entre los operarios del valor de la obra producida; a este respecto dice: "Eso era al partir; Amaya le pagaba al que fuera a firmar el recibo y él recibía la plata y la repartía por partes iguales entre todos los aserradores del grupo. Todos trabajadores buscados por Amaya".

En cuanto al segundo punto, tampoco surge de forma evidente u ostensible el error de hecho, en razón de que: a) Aserrar maderas es por naturaleza un trabajo en equipo o por grupo, por lo menos de dos trabajadores pareados, y si se paga por obra o a destajo, la única forma de retribución individual es la de distribuir el valor obtenido entre los operarios intervinientes; b).—Esta peculiaridad no destruye el elemento actividad personal del contrato de trabajo; c).—En el expediente obra el hecho de que todos los trabajadores realizaban el trato con Amaya; d). -Hecha abstracción de las condiciones de eficacia y experiencia, en esta clase de trabajo, si Rojas era ayudante de Hernández también puede afirmarse la viceversa: luego es más exacto el aserto de Hernández o sea simplemente el de que "Rojas trabajaba conmigo"; e).—El recibo de folio 31 se produjo casi dos meses después de terminado el contrato, lapso durante el cual Amaya había incumplido el pago de los últimos salarios, luego un pago tan accidentado e irregular no resultaba inadecuado dejar de hacérselo individualmente a cada trabajador, para en cambio terminar rápidamente con la pugnacidad recíproca pagándoles a grupos, en concordancia con la clase de trabajo en equipo, y, finalmente, f).—Ya al final de una contienda por salarios y para precaver su posición en el inminente evento de un juicio por prestaciones, no es osado pensar que la expresión "ayudante" hubiera sido premeditadamente concebida, para favorecer su causa, por la parte patronal. Lo dicho es suficiente para desechar este aspecto de la impugnación.

El apoderado de la demandada remata este grupo de cargos con un último punto: la pretendida inapreciación por el fallador del acta que figura a folio 14 del segundo cuaderno. El texto de dicha acta, al cual no se refiere expresamente el ad-quem, corresponde a la audiencia celebrada ante la Inspección Auxiliar del Trabajo de Tibú, que ya fue reproducida en su parte pertinente al analizar el primer grupo de cargos.

La Corte no encuentra que la estimación —si fue que el sentenciador la hizo tácitamente— o la desestimación de esta pieza modifique en nada la conclusión a que hubo de llegar el Tribunal; conceptúa en cambio que ese documento, apreciado o no, es confirmatorio de la decisión jurisdiccional por la cual se estableció un contrato de trabajo con base en los presupuestos del artículo 23 de la ley sustantiva laboral. Es refrendadora dicha prueba de puntos claves de la demanda acerca de la prestación de servicios personales, la contratación entre los aserradores y Amaya, el carácter de beneficiaria exclusiva que de dichos servicios tenía Colpet, etc., circunstancias conducentes a configurar las hipótesis de los artículos 34 o 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en acuerdo con el 23 antes citado. Luego no puede colegirse el error de hecho que al proveído, por este particular, se le achaca.

Por las anteriores consideraciones, no prosperan los cargos de este tercer grupo.

Cuarto orden de cargos.

Aun suponiendo la existencia del contrato de trabajo y su duración —dice el recurrente—, no se sabe si "los servicios se prestaron continuamente, en todos los días laborales de todas las semana", es decir no se estableció la continuidad del servicio. Agrega que "las condenaciones que trae la sentencia del Tribunal sólo se podían hacer sobre la base de un servicio continuo, especialmente las relativas a remuneración por descanso dominical y a primas de servicios" Luego —colige el recurrente— el Tribunal pese a haber sido negado por la compañía tal hecho, condenó a ésta a pagar al trabajador prestaciones "no devengadas" o que, al menos no aparece que se hayan causado, por no estar acreditada la continuidad del servicio. Añade que para que haya lugar a pago por concepto de "contrato presuntivo" se requiere, ante todo, que esté acreditada la fecha de terminación del contrato de trabajo, sin lo cual no es posible fijar la suma que haya de pagarse. Dice que el Tribunal fijó como fecha de despido el 23 de octubre de 1955, con base en que tal día se acreditó en otros juicios. Por todo lo cual el sentenciador "viola directamente los artículos 593 y 597 del Código Judicial, según los cuales toda decisión judicial se debe fundar en hechos demostrados con pruebas, y para estimar el mérito de las pruebas éstas deben formar parte del proceso", y consiguientemente viola también el conjunto de artículos del Código Sustantivo del Trabajo tantas veces referidos.

Se considera:

Nuevamente observa la Sala el defecto formal en que incurre el apoderado de la Compañía al pretender configurar una "violación directa" de la ley con la involucración de cuestiones de hecho; porque es sabido que la violación directa sólo puede surgir, con absoluta prescindencia de discusión acerca de la certeza de los hechos, por la aplicación indebida o por falta de aplicación de la norma adecuada a los hechos que se reputan como ciertos.

Cuando subsiste discusión acerca de los hechos —por estimación indebida o falta de estimación de medios probatorios— el fenómeno que se configura es el de "violación indirecta". Pero, aún en el evento de que, como era de rigor, hubiera formulado en este caso la violación por vía indirecta, el recurrente no enuncia las pruebas mal apreciadas o inapreciadas. Se limita a decir que la sociedad demandada negó, y esa negación no es objeto de prueba, (artículo 595 del Código Judicial), porque aquélla no respaldó su negativa con hechos demostrables. Constreñido como debió hallarse el sentenciador ante una simple negativa de Colpet y la reiterada aseveración de treinta trabajadores en punto a la continuidad de los servicios, no la podía el juzgador acoger como verdadera la negación de aquélla y desestimar como falsa la afirmación de los últimos, ítem más, cuando la afirmada continuidad tuvo asidero probatorio en recibos, en actas de conciliación, en testimonios. Por otra parte continuidad es un término equívoco en materia del trabajo; el problema debería haber sido planteado por el recurrente acerca de la "continuada dependencia" que es el término fraguado por la doctrina y acogido por la ley para evitar equivocaciones.

Respecto de la fecha (octubre 23 de 1955) de la terminación contractual, la Sala no encuentra de recibo la tesis, sostenida por el Tribunal, de que esa fue la fijada, por el sólo hecho de que tal día es el que se establece en juicios similares. Ello va contra la unidad del proceso. Empero, si habría aceptado el aserto de su libre convicción acerca de esa verdad real con fundamento en hechos que constan en el proceso. Porque la libre convicción no es pura y simple, sino acompañada de los principios científicos que informan la crítica de la prueba. Estos principios, que deben obrar respecto de la prueba producida dentro del juicio, procuran que para la jurisprudencia laboral colombiana no sea aplicable en su integridad la tesis de que el método de la libre convicción permite al juzgador "adquirir el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos" (Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil). Cómo habría el Juez formado su convicción al respecto, con base en otros juicios?. Haciendo constar en audiencia pública en los autos, el hecho de que tal día era el que figuraba como fecha de terminación del contrato en los demás juicios, con la relación de éstos. Porque en la búsqueda de la verdad real el juzgador de instancia posee facultades para acrecentar oficiosamente el acervo probatorio. Y no le es dado desechar tales facultades, cuando en sus manos estuviere —como en este caso— aclarar puntos dudosos.

No obstante caberle los anteriores reparos al fallo de segundo grado, la Corte advierte que si por tal motivo se casara la providencia con ello no se alcanzarían los resultados prácticos que pretende el apoderado de la demandada. En efecto: la casación exigiría que esta Sala, erigida en tribunal de instancia y al entrar a conocer del fondo mismo del asunto, se viera compelida a examinar el acervo probatorio pertinente al asunto debatido para proferir la decisión en reemplazo de la del inferior. Concretamente entraría a establecer cuál fue la fecha verdadera de la terminación del contrato, y hallaría que ésta fue el 23 de octubre de 1955, por las siguientes razones: en las actas de conciliación (folios 89 y 90), de los treinta trabajadores, doce reclamantes (entre estos Hernández) afirman que la fecha de la terminación del contrato fue para ellos el 23 de octubre; siete dicen que lo fue el 24 de octubre de 1955 y los once restantes o no fijan fecha o establecen otra posterior a las anteriores. Para el caso de Hernández su dicho en la demanda está concorde con la declaración de Peña, con las demandas de éste y de Ricardo Africano (folios 49 y 51), con la prueba confesoria del actor y con el aserto de los doce reclamantes, incluído Hernández, a que se ha hecho referencia. Luego la fecha deducida (23 de octubre de 1955), aun siendo como es ineficaz el aserto de que ella se toma por ser la que figura en otros juicios similares, debería mantenerse por la Corte en decisión de instancia por cuanto ella se desprendería del elenco probatorio que obra en el expediente.

En mérito de las consideraciones anteriores, no prospera este último grupo de cargos.

El recurso del demandante-recurrente.

Pretende la casación parcial de la sentencia, en el sentido de que se mantengan las condenaciones y, además, se decrete el reconocimiento y

pago "de la indemnización en una suma igual al último salario devengado por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales etc." por considerar que se halla plenamente demostrada la mala fé de la parte demandada, por lo cual debe imponerse la sanción consagrada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Formula dos cargos, de los cuales la Sala, en ejercicio de las atribuciones que le otorga el artículo 538 del Código Judicial, entra a considerar sólo el segundo.

Segundo cargo.

Acusa la sentencia recurrida de ser violatoria "por aplicación indebida de los Arts. 23, 24, 34, 35, 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo", como consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras. (Causal 1ª del artículo 87 del C. de P. L.).

Los errores aludidos son destacados por el recurrente así:

1º.—Haber dado por demostrado, sin estarlo, que Colpet hubiera discutido la existencia del contrato de trabajo surgido de los hechos del litigio, con razones realmente poderosos y serias, siendo así que la empresa no aportó ninguna prueba que pudiera desvanecer la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, no obstante que el Tribunal encuentra demostrados el servicio y la remuneración del actor.

2º.— Textualmente dice: "No haber dado por demostrado, estándolo que además de las pruebas que sobre el particular apreció erróneamente existen otras que dejó de apreciar y que de todas ellas surge la línea sinuosa de la empresa sin asomo alguno de buena fé. Por este motivo o a consecuencia de los errores apuntados apreció en forma indebida el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo etc.".

Agrega más adelante que las pruebas que el Tribunal "apreció erróneamente o dejó de apreciar", para los efectos de la condena por salarios caídos son:

a) Actas levantadas en la Oficina del Trabajo de Tibú (por la Inspección Auxiliar del Trabajo) folios 87 a 92, en las cuales existe la manifestación expresa del contratista e intermediario Amaya de la situación en que estaban los trabajadores que fueron despedidos colectiva e intempestivamente, sin el reconocimiento del mes de preaviso, infringiendo claras normas legales, con notoria mala fé.

b) El recibo de pago de Colpet al señor Juan C. Hernández (Fl. 31) de 2 de diciembre de 1955, y de las copias de las demandas de Urbano Peña y Ricardo Africano (folios 49 a 51), en las que consta que estos trabajadores fueron despedidos igualmente el 23 de octubre de 1955 y en que figuran los mismos demandados. Dice que tales documentos fueron dejados de apreciar en el sentido de que no dedujo el Tribunal sentenciador la actitud de mala fé que conlleva el haber despedido colectivamente a varios trabajadores que han presentado demanda contra los mismos, según la prueba —que igualmente dejó de apreciar el Tribunal— visible al folio 107 del primer cuaderno, "con quebranto manifiesto del artículo 61, ordinal 3º del Código Sustantivo del Trabajo que considero indebidamente aplicado".

c).—Los documentos —no apreciados por el adquem— visibles a folios 2 y 48 del primer cuaderno, en que consta que Colpet pagó al apoderado de Antonio José Garzón la suma proveniente de prestaciones sociales a favor de éste, uno de los trabajadores del contratista o intermediario Amaya, que prestaba iguales o similares servicios que Juan C. Hernández, "y de los cuales se infiere que desde el 10 de mayo de 1955 la Colombian Petroleum Company sabía que los trabajadores del intermediario Amaya en la explotación de maderas de la Concesión Barco eran trabajadores dependientes y con ellos existía un contrato de trabajo". Y agrega: "En consecuencia la empresa negó a sabiendas de que existía una relación laboral el pago oportuno de las prestaciones, sin motivo justificable alguno y con notoria mala fé".

d). La nota remisoria —no apreciada por el sentenciador— del folio 78, en que la compañía manifiesta que el señor Juan Crisóstomo Hernández no tiene "record" en Colpet, y que fue trabajador del contratista Amaya, quien estaba en capacidad de suministrar la prueba solicitada, lo mismo que la contestación de la demanda (folio 41) en que el representante de la sociedad demandada se opone a la práctica de la inspección ocular, "lo cual demuestra —arguye textualmente el apoderado del demandante— una actitud procesal reñida con la lealtad", puesto que no discute ya el contrato de trabajo para cuyo ataque no presentó ninguna prueba, sino que asume una oposición sistemática a la comprobación de los hechos fundamentales de la demanda para hacer más difícil la situación probatoria del juicio.

Argumenta el recurrente que la omisión del juzgador en la apreciación de las pruebas relacionadas, así como no haberle dado su debido alcance a las que tuvo en cuenta para la con-

figuración del contrato de trabajo, fueron causa de que aquél hubiera deducido erróneamente que la demandada había negado con fundamento el contrato de trabajo cuando realmente no allegó pruebas suficientes para justificar tal negativa; y que ante la carencia de datos demostrativos de duda fundamentada en la discusión del contrato, surge nítida y clara la ausencia de toda buena fé.

Para afianzar su argumentación cita la siguiente jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo: "No siempre que se discuta la naturaleza del contrato debe dejar de aplicarse la sanción establecida en el artículo 665 del Código Sustantivo del Trabajo, porque si así fuera, se abriría la puerta para que ese mandato fuera defraudado. Sólo en aquellos casos en que por razones realmente poderosas y serias que surjan de los hechos del litigio, la postura del patrono pueda tener carácter realmente respetable para discutir la calidad del contrato, la sanción prevista no debe ser aplicada etc.". (Casación del 10 de marzo de 1954. D. del T. Volumen XIX, número 112/14, página 221).

Concluye diciendo que de la apreciación del acervo probatorio relacionado y de la ausencia de todo hecho demostrativo que pudiera justificar en algo la negativa de la empresa en cuanto al contrato de trabajo, al par que de la violación patronal de las normas sobre despido colectivo, surge inequívocamente la mala fé en la conducta de la empresa, por lo cual es de rigor la sanción del artículo 65 sobre indemnización moratoria.

Examen del cargo:

La Corte halla aspectos de inevitable confusión en la exposición del cargo. El segundo error que enuncia el recurrente hace colegir de su texto que el ad quem se equivocó al no haber dado por demostrado estándolo, que además de las pruebas "que sobre el particular apreció erróneamente" existen otras que dejó de apreciar etc. Se toma aquí el continente por el contenido —en un inextricable nudo de conceptos— en que se pretende hacer prosperar un error de hecho sobre la base de que no se dió por demostrado, a pesar de estarlo, que existen otras pruebas etc., como si la tarea del juzgador, de suyo ingente, hubiera de versar también sobre la demostración a su cargo de la existencia de pruebas. La existencia de una pieza probatoria no se demuestra: ella existe o no existe, y eso es todo. Lo que se demuestra son los hechos referidos por esas pruebas o cuya realidad ellas indican. Esta dificultad se acrecienta cuando el recurrente, más adelante, en la demostración del cargo, deduce una nueva violación: la del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo en su ordinal tercero. La Sala no encuentra que relación tenga la hipótesis legal consagrada por dicho texto, acerca de la suspensión del contrato laboral, con los planteamientos jurídicos y las pretensiones del recurrente.

No está por demás encarecer precisión, claridad de conceptos y ordenamiento lógico a quienes se valgan del recurso extraordinario de casación. Los presupuestos y formas legales de éste obedecen a un depurado rigor dialéctico y a una adesta simplicidad formal que no han sido caprichosamente establecidos por la ley, sino en beneficio de la justicia a través de la unificación jurisprudencial. La ley quiere que el juzgador de casación aprehenda la esencia del negocio —la alegada oposición entre la sentencia y la norma sustantiva de derecho—, y para que el juzgador logre su difícil cometido, es menester, como condición previa e indispensable, que ese aspecto esencial se le presente de manera concisa, ordenada y breve.

Hechas las anteriores observaciones al cargo, que no versan precisamente en cuanto al aspecto de la técnica formal, la Sala entra a considerarlo.

El ataque va dirigido sustancialmente a impugnar la sentencia por haber considerado el fallador que la discusión sobre el contrato de trabajo, por parte de la demandada, estaba fundamentada en razones suficientemente poderosas y serias, siendo que la realidad procesal no daba base para colegir la existencia de tales razones. Este es el planteamiento que hace el recurrente como base de su acusación. El fallador se limitó a decir sobre este particular: "**Indemnización por falta de pago:** No se condena a la empresa demandada por discutirse el contrato mismo". La lacónica aseveración del Tribunal fue tomada por el recurrente como una conclusión subsiguiente a tácitas consideraciones de aquél acerca de la existencia de "razones realmente poderosas y serias" por parte de la demandada en cuanto a la configuración del contrato de trabajo. Es decir, cuando el juzgador expresamente sitúa el nudo hecho de la "discusión" acerca de la existencia del contrato, como factor liberador de la sanción por "salarios caídos", el recurrente —más dentro de la línea de la jurisprudencia interpretativa del artículo 65— considera que tácitamente el juzgador aludía a "discusión con razones poderosas y serias"; y que, en consecuencia, como estas razones (poderosas y serias) no aparecen de parte de la empresa, ésta no puede liberarse de la sanción referida.

La posición del recurrente al presumir en su escrito —a pesar del laconismo del fallo— que el juzgador exoneró de la pena a la sociedad por

considerar tácitamente que ésta discutía fundadamente, con razones sólidas, el contrato de trabajo, es la más lógica y valedera. Porque nadie sería osado a pensar que a alguien —mucho menos a un Juez— se le ocurriera argüir que la sola discusión del contrato de trabajo, por parte del patrono, exonerase a éste de las sanciones legales por la falta en el pago oportuno de las prestaciones debidas al trabajador. Si así fuere, el texto del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo carecería de objeto y de sentido. Sería una sanción irrisoria, puesto que, so capa de discutir la realidad del contrato laboral, cualesquiera patronos le harían un doble esguince al pago oportuno de prestaciones y a la pena por no pagarlas en la debida oportunidad. Muchos patronos alegarían haber discutido que el contrato no era de naturaleza laboral, y éste sólo hecho de su discusión, con razón o sin ella, justificada o injusta, les serviría de patente para eludir la responsabilidad consiguiente por el no pago en el momento debido de las prestaciones adeudadas.

Más de un lustro lleva ya la jurisprudencia que, concorde con las anteriores obvias consideraciones, establece cómo en punto a indemnización moratoria o "salarios caídos", cuando se discute la fuente misma de la obligación que es el contrato de trabajo, el elemento eximente de la responsabilidad es la discusión justificada, o razonable, o la duda en todos los casos de buena fe que motive serios y atendibles reparos en torno a la configuración del contrato mismo. No es la duda a secas el factor eximente. Ni lo es la simple discusión. Duda y discusión deben completarse con la razonabilidad, fundamentación, justificación y seriedad del reparo que se le formule al contrato para alegar que no sea de trabajo. Todo lo anterior, como aspecto de la tesis jurisprudencial que sustenta cómo la buena fé del patrono, deducida por el Juez, excepciona al primero de la pena mencionada.

En este ataque por vía indirecta el recurso propicia el examen de pruebas, enunciadas por el recurrente, y criticada por éste la evaluación que de ellas hizo o dejó de hacer el sentenciador, las cuales son:

a) En las actas de conciliación a folios 87 a 92 del primer cuaderno se advierte, en el aparte señalado por el apoderado del actor, que Amaya manifiesta: "Es verdad que les estoy debiendo a los trabajadores reclamantes los salarios que ellos reclaman, pero debido a los altos descuentos, es decir, al veinte por ciento del valor de la madera que me debe pagar la Compañía, no ha sido posible cancelarles esas deudas a los trabajadores, pero me comprometo a pagar lo que les estoy debiendo el próximo martes quince (15) de los corrientes (1956) antes de las tres de la tarde". (Acta del 12 de noviembre de 1955). Los reclamantes son los treinta trabajadores despedidos el 23 y el 24 de octubre de 1955 etc., quienes venían realizando la extracción de madera "para la Colombian Petroleum Company bajo órdenes del contratista señor Anselmo Amaya", y quienes estaban reclamando de Colpet y Amaya las prestaciones sociales.

Igualmente se observa que en audiencias anteriores (y concretamente en la del 25 de octubre de 1955, ni Amaya, ni "los representantes legales de la Colpet, E. W. Rihl y L. E. Romero" se presentaron, no obstante la citación que con la oportunidad debida les hiciera el Inspector.

b) La copia del recibo de pago hecho por Colpet "por orden y cuenta de Anselmo Amaya" a Hernández (folio 84), indica el conocimiento que; a 2 de diciembre de 1955 (fecha del recibo) tenía la compañía del incumplimiento de Amaya en relación con los últimos salarios del actor.

c) El acta acerca del pago hecho por Colpet de las prestaciones debidas al trabajador Antonio J. Garzón (folio 48), también del grupo de trabajadores de Anselmo Amaya, pago realizado por el representante de la Colombian, doctor Rafael Espinosa, "en nombre y por orden de Anselmo Amaya", documento que demuestra la vinculación entre Amaya como contratista o intermediario y la Colombian Petroleum Company como beneficiaria del trabajo, lo cual produce —como antes se vio— la responsabilidad solidaria de Colpet y Amaya.

d) En el oficio (folio 72) de la Jefatura de Relaciones Industriales de la Colombian se dice que Hernández no ha sido trabajador de la Compañía y que "si lo fue del contratista Amaya, debe ser éste quien suministre dicho record, pues la empresa no atendía el manejo del personal de su contratista Amaya". Como ya se ha visto, Amaya fue renuente a pagar salarios y prestaciones como también a comparecer en juicio, y se observa que en el momento en que Colpet daba el anterior informe (julio 26 de 1956), hacía aproximadamente siete (7) meses que la misma compañía había pagado unos salarios a Hernández "por orden y cuenta de Anselmo Amaya".

El recurso va dirigido a demostrar que la empresa obró de mala fé al discutir (como efectivamente discutió en el curso del juicio) la realidad del contrato de trabajo. Es natural que la orientación de aquél buscara tal propósito, habida cuenta de que las dos decisiones de instancia, y concretamente la de segundo grado, desecharon

la solidaridad impetrada para responsabilizar exclusivamente a la Colombian Petroleum Company. Sin desestimar la discusión del contrato mismo por parte de la empresa —que es ostensible en el proceso— es importante destacar que en el sub-lite van primordialmente implícitas dos cuestiones fundamentales: la premencionada declaratoria de solidaridad de Colpet y Amaya como culminación de las consideraciones hechas por la Corte al estudiar el primer grupo de cargos de la recurrente demandada, y la posición de los codemandados Amaya y Colpet, aquél por su manifiesta indiferencia a apersonarse en juicio y ésta por rehuir obstinadamente la responsabilidad que le cabía por su carácter de exclusiva beneficiaria del trabajo, en un contrato laboral cuya realidad objetiva se ha visto que es incuestionable.

En primer término, la solidaridad que se deduce para los codemandados ora del artículo 34, ora del 35 del Código Sustantivo del Trabajo conlleva la obvia consecuencia de situarlos dentro de un mismo plano de responsabilidad frente al trabajador en cuanto a los salarios y prestaciones adeudados a éste; esa solidaridad trasciende a los mismos y gravita lógicamente sobre ellos respecto de la obligación de satisfacer la indemnización moratoria cuando se configura la hipótesis legal del artículo 65 ibídem, o sea en el evento de que dejen de pagarse oportunamente por los responsables solidarios los salarios y prestaciones debidos al trabajador. En efecto: el artículo 34 propone como objeto de solidaridad a cargo de contratista y beneficiario "los salarios, prestaciones e indemnizaciones", y el artículo 35, fija como objeto de igual solidaridad a cargo del intermediario y del patrono —cuando aquél no declara su calidad ni manifiesta el nombre de éste— "las obligaciones respectivas", o sea toda la gama de derechos, prestaciones e indemnizaciones que natural o eventualmente puedan fluír del contrato. En síntesis, es evidente que a la luz de la doctrina legal la responsabilidad solidaria se mantiene de igual manera inmodificable en relación con la obligación indemnizatoria a que se refiere el artículo 65 del estatuto laboral.

La jurisprudencia ha condicionado la aplicación de la pena referida a la postura de buena fé o de temeridad y mala fé que asuma la parte patronal en relación con el contrato de trabajo que es la fuente inmediata de las obligaciones, o con respecto al monto de éstas, a efecto de dejar de imponerla en el primer caso y aplicarla en el último.

En segundo término, y acogiendo el criterio anterior para el caso sub-judice, resulta de notoria y evidente contumacia la actitud asumida por el codemandado Amaya en el proceso, deducible de la abstención de éste a responder la demanda y de su no comparecencia en juicio; y ello, acompañado de la falta de pago de prestaciones hasta ahora insatisfechas, hace a Amaya merecedor de la sanción propuesta por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que se dan plenamente las bases de hecho que tal disposición establece para la condena por indemnización moratoria.

Por otra parte, se configura efectivamente un error de hecho en que hubo de incurrir el sentenciador al estimar las pruebas atrás enunciadas por el recurrente y analizadas por la Sala. A fuer de la solidaridad que de la relación contractual de trabajo les resulta a Amaya y Colpet en frente del trabajador, y que trasciende al ámbito de la indemnización por mora, la compañía aparece evadiendo su clarísima responsabilidad legal, como beneficiaria del trabajo, que sólo asume por excepción y a medias en casos extremos. Esas evasivas se producen bien mediante la discusión infundada de la realidad objetiva del contrato de trabajo, bien por la ausencia injustificada de sus personeros en las audiencias en que un grupo de trabajadores, de cuyos servicios se aprovechaba total y exclusivamente, demandaban salarios y derechos legítimamente adquiridos, y bien, en fin, por su conducta de elusividad manifiesta en frente de compromisos que, como se ha visto, gravitaban ineludiblemente sobre ella de acuerdo con el expreso mandato legal.

Visto lo anterior, resulta de rigor admitir la prosperidad del cargo y acceder a las pretensiones de su alcance. Por tal razón la Corte habrá de constituirse en Tribunal de instancia para proferir la condena indemnizatoria por mora de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a cargo de los responsables solidarios Colpet y Arsélmo Amaya y a favor de Juan C. Hernández, sobre la base de un salario de $ 12.50 por día y a partir del 24 de octubre de 1955 —día siguiente al de la terminación del contrato— hasta cuando se haga el pago de las prestaciones debidas.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 22 de noviembre de 1956 por el Tribunal Unitario Seccional del Trabajo de Cúcuta, en cuanto no declaró la solidaridad de los demandados y no accedió a la petición por indemnización morato-

ria, y en su lugar, modificando en este mismo sentido el fallo de primer grado, dispone:

PRIMERO.—Condénase solidariamente a la Colombian Petroleum Company y al señor Anselmo Amaya a pagar al señor Juan Crisóstomo Hernández las cantidades de dinero a que se refieren los literales a), b), c), d) y e) de la sentencia de segundo grado que fue objeto del presente recurso.

SEGUNDO.—Condénase solidariamente a la Colombian Petroleum Company y a Anselmo Amaya a pagar a Juan Crisóstomo Hernández la indemnización por mora de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo o "salarios caídos" a razón de doce pesos con cincuenta centavos ($ 12.50) moneda corriente por día, a partir del 24 de octubre de 1955 hasta la fecha en que se pagaren al último las obligaciones de los literales preindicados. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas.

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

Luis Alberto Brave—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SUSPENSION Y TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. — FINALIDAD, SEMEJANZAS. — EFECTOS. — RESPONSABILIDAD. — LA MUERTE DEL PATRONO ES CAUSAL DE SUSPENSION DEL CONTRATO Y LA DEL TRABAJADOR, DE TERMINACION DEL MISMO. — SUSTITUCION DEL PATRONO POR SUS HEREDEROS. — EN CASO DE MUERTE DEL PATRONO EL CONTRATO PUEDE TERMINARSE POR CIERRE DE LA EMPRESA. — LA SUSPENSION OPERA EN CUALQUIER CLASE DE CONTRATO. — INTERES JURIDICO DEL RECURRENTE EN CASACION CUANDO NO APELO DEL FALLO DE PRIMER GRADO PARCIALMENTE FAVORABLE A SUS PRETENSIONES. — INFRACCION DIRECTA DE LA LEY

1.—La sentencia del a-quo tomó en consideración las pretensiones deducidas por el recurrente en el libelo con que se inició este juicio, resolviéndolas del modo que estimó acomodado a derecho. — Contra este fallo no interpuso recurso alguno la parte demandante, es decir se conformó con esa decisión, consintiendo así el pronunciamiento dictado en la primera, lo que hace suponer que no consideró sufrir agravio alguno a sus intereses, por no hallar contraste entre el contenido de lo resuelto y el interés puesto en juego en la litis.

Las anteriores consideraciones que hacen referencia al alcance de los cargos contra la sentencia proferida por el Tribunal se reafirman si se considera que el interés de la impugnación va íntimamente ligado a la idea de vencimiento en instancia, que, a su vez, se percibe, como lo expresa Carnelutti, por el contraste entre el contenido de lo resuelto y el interés puesto en juego en la litis, si no ha sufrido alteración o no ha sido renunciado. De ese modo, se conjugan con la idea inicial del interés, otras complementarias, dado que la tutela que se pretende ha de referirse a un interés actual, y, en otro aspecto, no puede alcanzar a los supuestos en que por acto voluntario de la parte haya desaparecido, como ocurre por el aquietamiento ante la resolución de primera instancia, o lo que es lo mismo, por el asentimiento tácito a lo resuelto, pues en este caso, existiendo inicialmente interés éste ha desaparecido o se ha limitado, por las causas anotadas, lo que constriñe a estar y pasar por una situación que la parte recurrente ha creado irrevocablemente. — Todo esto lleva, además, a afirmar que las situaciones procesales consentidas en instancias, se mantienen o deben mantenerse, a pesar del recurso, por haber sido renunciado o limitado el interés inicial al no interponerse apelación contra el fallo de primer grado, por la parte recurrente en casación.

2.—La ley laboral consagra y regula dos instituciones bien distintas, a saber: la suspensión del contrato de trabajo (artículos 51, 52 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo) y la terminación del contrato de trabajo (artículos 61, 62 y 63 ibídem). — La suspensión de las relaciones individuales de trabajo, como institución que es, comprende el conjunto de normas que señalan las causas justificadas de incumplimiento temporal de las obligaciones de los trabajadores de los patronos y los efectos que se producen. Ella deriva de la existencia de circunstancias que impiden la prestación de los servicios; su finalidad es, evitar la disolución o terminación de las relaciones de trabajo y, consecuencialmente, contribuir a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos; tiene por objeto relevar temporalmente a los trabajadores y a los patronos del cumplimiento de sus obligaciones, con la consecuencia de que los primeros no prestarán sus servicios y los patronos no pagarán salarios; existiendo causa justificada para la suspensión, ninguno de los dos grupos incurrirá en responsabilidad; su efecto final, consiste en el deber del empresario de utilizar a los trabajadores, tan pronto desaparezca el impedimento que impuso la suspensión. (Artículos 52 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo).

La terminación del contrato de trabajo, produce la disolución de los vínculos jurídicos y, en consecuencia, desaparecen, pa-

ra el futuro, los derechos y obligaciones de trabajadores y patronos, inherentes a su ejecución, subsistiendo, tan sólo, los impuestos por la naturaleza de ciertas prestaciones, como sucede, por ejemplo, con las pensiones jubilatorias y de invalidez y el seguro de vida.

Como instituciones diferentes que son, tanto la suspensión como la terminación de la relación laboral, se apoyan en diversas causas o motivos que las justifican y tienen efectos distintos. En ambos casos la violación de los principios o normas que regulan cada una de esas instituciones, puede producir diversa responsabilidad.

La suspensión de las relaciones de trabajo concluye con la desaparición de la causa que la motivó. El trabajador debe presentarse al trabajo dentro de los términos contemplados para los diversos casos de suspensión en los artículos 51 y 52 del Código Sustantivo del Trabajo, pues de lo contrario, podría configurarse abandono del empleo y dar ocasión a su despido; el empresario, a su vez, está obligado a reanudar las labores y admitir a sus ocupaciones anteriores a todos los trabajadores que se presenten dentro de los tres días siguientes a la notificación o aviso que debe efectuar en los casos y en la forma estatuida por el citado artículo 52. Desaparecidas las causas de la suspensión temporal del trabajo, o vencido el tiempo máximo establecido de modo expreso en los casos del numeral 3º del artículo 51 ibídem, si el patrono no reanuda las labores, dicha suspensión, puede convertirse en despido, con todas las consecuencias que este último conlleva, pues el exceso del plazo de la suspensión, removidas las causas que la hicieron posible, o el vencimiento del término legal, permitirá al trabajador considerarse en esa situación, o podrá constituir causal para la terminación del contrato de trabajo como lo prevé el ordinal e) del artículo 61 del Código de la materia.

Las cuestiones relativas a la suspensión del contrato de trabajo, pueden estar emparentadas con las ideas sobre terminación del mismo, no sólo por las causas anotadas antes, en los casos de exceso o vencimiento del plazo, sino también, porque en ambas —la suspensión y la terminación— se hace imposible el desarrollo de la relación de trabajo, pues los hechos que las motivan no pueden superarse, al menos durante un cierto tiempo. Pero de esta vinculación no puede deducirse la identidad de causas justificadas o motivos determinantes ínitos que regulan una y otra institución.

3.—La muerte o inhabilitación del patrono, cuando éste sea una persona natural y cuando ella traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo, constituye apenas una causal de suspensión, conforme a lo estatuído por el ordinal 2º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo.—De otra parte, en el artículo 61 del mismo Código, que enumera las causales por las cuales se termina el contrato de trabajo no se contempla o consagra la consistente en el hecho de la muerte del patrono, pues lo normal u ordinario en estos casos es que el contrato continúe con sus causahabientes o herederos o que se suspenda cuando "la muerte del patrono traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo", para reanudarse posteriormente con éstos desaparecidas las causas de la suspensión temporal. La razón para que la muerte del patrono no produzca la terminación del contrato de trabajo, estriba en que éste ha perdido el carácter de *intuitu personae*, para quedar sustituido por la relación entre el trabajador, como factor de la producción y la empresa y esta la razón para que opere el fenómeno de la sustitución patronal, pues al obrero no interesa, de manera fundamental, la persona del propietario, sino el conjunto de derechos que le confiere su permanencia, en la empresa. En cambio, la muerte del trabajador sí produce ese efecto, —la terminación del contrato— porque es elemento esencial del mismo la actividad personal del trabajador, que le impone la obligación de realizarla por sí mismo, y ese deber u obligación no se transmite a sus herederos. (Artículos 23, 61, ordinal d) del Código Sustantivo del Trabajo).

Puede sobrevenir una modificación en la situación jurídica del patrono, por la muerte de éste, operándose un cambio o sustitución del primitivo por otro, constituído por su causahabientes o herederos en la sucesión, por causa de la transmisión a título universal, siempre que, por otra parte, subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones

esenciales en el giro de sus actividades o negocios, con la consecuencia de mantener íntegra la continuidad de la relación de trabajo, ya que la sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes. (Artículos 67 y 68 del Código Sustantivo del Trabajo).

Sólo cuando las causas susceptibles de impedir a los trabajadores y a los patronos el cumplimiento de sus obligaciones obran definitivamente, se produce la terminación de las relaciones de trabajo. En el caso de muerte del patrono, el hecho impeditivo del cumplimiento de las obligaciones puede obrar definitivamente, cuando tenga como consecuencia ineludible y forzosa la terminación o clausura del negocio, como acontece cuando éste vive de la actividad personal del patrono; pero en este caso, la muerte del empresario o patrono no es la causa de la terminación del contrato de trabajo; éste concluye o termina por el cierre del negocio, cuando no es posible su continuación. (Artículos 61, ordinal f) del Código Sustantivo del Trabajo).

4. — **No es exacta la tesis del ad quem cuando expresa que: "la simple suspensión debe entenderse para los contratos a término fijo", porque este fenómeno jurídico puede acaecer en todo contrato de trabajo, cualquiera que sea su forma, contenido y duración, pues el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no establece la limitación ni consagra las modalidades que pretende el Tribunal.**

5. — **El problema de la infracción directa de la ley, abarca, como es sabido, una cuestión de existencia, subsistencia o determinación del alcance de la norma, cuando independientemente de toda cuestión probatoria, se aplica a un hecho inexistente, o se deja de aplicar a un hecho no discutido.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral—Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Salvador Pulido y Luisa Bolívar, obrando en su propio nombre y en representación de sus hijos Adolfo, Matilde y Patrocinia Pulido Bolívar, por medio de apoderado, establecieron demanda contra la sucesión de Salvador Isaza, representada por sus hijos Marco Alfredo Isaza y María del Carmen Isaza de Muñoz, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se condene a la referida sucesión a pagar a los demandantes las sumas a que crean tener derecho, por los siguientes conceptos: cesantía, horas extras, dominicales y feriados, aumento de salarios, vacaciones, prima de servicios, preaviso, overoles, zapatos, salarios caídos y costas del juicio, en caso de oposición.

Como fundamentos de la demanda, se adujo que Salvador Pulido, Luisa Bolívar, Adolfo, Matilde y Patrocinia Pulido Bolívar, fueron contratados verbalmente por el señor Salvador Isaza para que sirvieran en su hacienda de Samacá, como obreros, desde el día 10 de enero de 1948, hasta el día 15 de febrero de 1954 en que fueron despachados sin previo aviso; que los demandantes realizaron la prestación del servicio para que fueron contratados, desde las 6 de la mañana hasta las 7 de la noche, de todos los días, sin exceptuar los de fiesta; que Salvador Isaza pagaba a Salvador Pulido la suma de $ 1.50 diarios, a Luis Bolívar, Adolfo, Patrocinia y Matilde Pulido Bolívar, la suma de $ 1.00 diario, mas alimentación, a cada uno, o sea, que el salario se pagaba parte en dinero y parte en especie; que los demandantes no disfrutaron de vacaciones, ni se les pagaron éstas en dinero; que el demandado no dió el preaviso legal, sino que los despidió intempestivamente; que no les dió overoles ni zapatos, ni les pagó la sobre remuneración de horas extras, ni el salario doble de los días domingos y feriados, ni la prima de servicios y que, los herederos de Salvador Isaza, se han negado a hacer el pago de las prestaciones que se les deben.

En derecho se apoyó en la Ley 6ª de 1945 y "demás leyes y Decretos concordantes para el caso" lo mismo que en el Código Sustantivo del Trabajo. Se citó igualmente el artículo 240 del Código Judicial y el artículo 62 y concordantes del Código Civil.

Los demandados Marco Alfredo Isaza y Carmen Isaza de Muñoz contestaron por sí mismos la demanda, manifestando que los hechos no están acordes con la realidad y oponiéndose a que el Juzgado hiciera las declaraciones y condenas solicitadas. Por escrito separado constituyeron apoderado quien, por su parte, manifestó que autorizaba la contestación de la demanda hecha directamente por los demandados; se opuso a que se hicieran las condenas pedidas en la demanda, negó los hechos y propuso las excepciones de carencia de acción, falta de personería en la parte demandada, e inepta demanda.

El negocio fue desatado por el Juez del Trabajo del Círculo Judicial de Tunja, en sentencia de fecha 26 de mayo de 1955, así:

"PRIMERO.—Condénase a la sucesión del causante Salvador Isaza representada por Marco Alfredo Isaza y María del Carmen Isaza de Muñoz, ambos mayores y vecinos de Samacá a pagar a Salvador Pulido y Luisa Bolívar, también mayores de edad y vecinos de Turmequé la suma de SEIS MIL TRESCIENTOS PESOS CON SETENTA Y TRES CENTAVOS ($ 6.300.73) por concepto de prestaciones sociales en la forma siguiente:

"A Salvador Pulido la suma de TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON TRES CENTAVOS ($ 3.469.03), discriminados, así:

"Cesantía .....$	511.23
"Dominicales y feriados	633.30
"Vacaciones	252.00
"Prima de servicios	336.00
"Indemnización por falta de pago....	1.288.00
"Aumento de salarios de acuerdo con el Decreto número 71 de 1950.....	448.50
"TOTAL .....$	3.469.03

"A Luisa Bolívar la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON SETENTA CENTAVOS, discriminados así:

"Cesantía .....$	420.70
"Dominicales y feriados .....$	437.00
"Vacaciones	207.00
"Prima de servicio	276.00
"Indemnización por falta de pago....	1.042.50
"Aumento de salarios de acuerdo con el Decreto número 71 de 1950.....	448.50
"TOTAL .....$	2.831.70

"Igualmente condénase a MARCO ALFREDO ISAZA Y MARIA DEL CARMEN ISAZA DE MUÑOZ a pagar tanto a Salvador Pulido como a Luisa Bolívar en especie diez (10) pares de zapatos y diez (10) overoles a cada uno.

"SEGUNDO.—Sin costas.

"TERCERO.—Absuélvase a los demandados de los demás cargos de la demanda".

Contra la sentencia de primera instancia, interpuso el recurso de apelación el apoderado de los herederos de Salvador Isaza. Los demandantes se conformaron con el fallo, lo cual se advierte desde ahora, pues más adelante se hará el estudio de las implicaciones que esta conducta procesal ha de tener al fijar el alcance de la sentencia recurrida.

Tramitada la segunda instancia del juicio, el Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja, en sentencia de fecha 23 de agosto de 1955, resolvió lo siguiente:

"1º.—MODIFICASE la sentencia de fecha veintiséis de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, proferida por el señor Juez del Trabajo del Círculo Judicial de Tunja, en la siguiente forma:

"a).—CONDENASE a la sucesión de Salvador Isaza representada por sus herederos MARCO ALFREDO ISAZA Y MARIA DEL CARMEN ISAZA DE MUÑOZ, ambos mayores y vecinos de Samacá, a pagar a SALVADOR PULIDO Y LUISA BOLIVAR, mayores y vecinos de Turmequé, por concepto de aumento de salarios, dominicales y festivos, cesantía, vacaciones, prima de servicios, overoles y zapatos, a las siguientes cantidades:

"A SALVADOR PULIDO

"Por concepto de aumento de salarios $	167.40
"Por concepto de dominicales y festivos	511.23
"Por concepto de cesantía	347.90
"Por concepto de vacaciones	130.50
"Por concepto de prima de servicios.....	61.16
"TOTAL .....$	1.218.84

"A esta suma se agregan siete pares de zapatos y siete overoles.

"A LUISA BOLIVAR

"Por concepto de aumento de salarios..$	129.60
"Por concepto de dominicales y festivos	373.87
"Por concepto de cesantía	269.15
"Por concepto de vacaciones.....	108.55
"Por concepto de prima de servicio....	34.35
"TOTAL .....$	915.52

"A esta suma se agregan siete pares de zapatos y siete delantales.

"2.º—ABSUELVASE de los cargos formulados

a la parte demandada, a partir de la fecha de la muerte del causante Salvador Isaza, en conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"3º.—REVOCASE la parte resolutiva de la sentencia apelada en lo que hace a la condenación hecha por indemnización por falta de pago.

"4º.—CONFIRMASE en todo lo demás, la providencia en mención.

"5º.—Sin costas".

Salvó su voto el Magistrado doctor José E. Otálora Zárate.

Contra la sentencia del Tribunal, interpuso recurso de casación el apoderado de los demandantes y habiéndoselo concedido el **ad-quem**, admitido y tramitado en legal forma, se va a resolver mediante el examen de la respectiva demanda. No hubo escrito de oposición.

LA DEMANDA DE CASACION

Persigue el quebrantamiento parcial del fallo del Tribunal para que se reforme "en el sentido de condenar a la parte demandada, al pago de los salarios caídos o indemnización por falta de pago de las prestaciones sociales hasta cuando se ejecutoria la sentencia que así lo ordena; al pago de horas extras probadas durante todo el tiempo de servicio; a pagar doble los días domingos y festivos; las anteriores condenas, junto con las que hace el H. Tribunal, sobre la base del salario devengado al terminar el contrato de trabajo o sea a principios del año de 1954. Debe hacerse pagar también, todas las prestaciones sociales, horas extras etc. durante el tiempo comprendido entre la muerte del causante y el momento de despido de los trabajadores, como consecuencia de la causal primera de casación".

INTERES JURIDICO

Se observa:

Antes de iniciar el estudio de los cargos que contempla la demanda de casación, es indispensable discernir cuál es el interés que justifica la actuación del impugnante y que le autoriza para pedir la tutela que el recurso supone, para concretar, por este aspecto, como cuestión fundamental y previa, su aspiración, o alcance del petitum, para el evento de que el recurso prospere. Para este supuesto es indispensable examinar la conducta procesal observada en el plenario por la parte recurrente, para determinar la posición que ha de ocupar en el recurso y para ello, se hace el siguiente análisis: la sentencia del **a-quo** tomó en consideración las pretensiones deducidas por el recurrente en el libelo con que se inició este juicio, resolviéndolas del modo que estimó acomodado a derecho. Contra ese fallo no interpuso recurso alguno la parte demandante, es decir, se conformó con esa decisión, consintiendo así el pronunciamiento dictado en la primera, lo que hace suponer que no consideró sufrir agravio alguno a sus intereses, por no hallar contraste entre el contenido de lo resuelto y el interés puesto en juego en la litis. Al verificar la comparación entre los extremos contemplados en la demanda y los bienes protegidos en la sentencia, mediante la actuación concreta de la voluntad de la ley, se observa que como consecuencia de su conformidad ante la resolución **del a-quo**, desapareció totalmente el interés inicial en cuanto a los extremos contemplados en la litis, por horas extras, pago doble de dominicales y feriados y preaviso; por lo que hace a los derechos de cesantía, pago sencillo de dominicales y feriados, vacaciones, prima de servicios, aumento de salarios, overoles y zapatos, el interés de la misma parte, al no apelar, quedó limitado en su extensión y cuantía al contenido de lo resuelto en el **fallo**; finalmente, en cuanto se relaciona con la indemnización, por falta de pago de las prestaciones y salarios debidos, el interés para recurrir en casación quedó limitado, por la misma causa, a lo resuelto en la sentencia de primer grado. Debe agregarse que, habiéndose absuelto a la demandada, en la sentencia de primer grado, por lo que hace a los derechos reclamados por Adulfo, Matilde y Patrocinio Pulido Bolívar, y no habiéndose interpuesto el recurso de apelación contra la misma, también desapareció totalmente su interés, por lo que hace a estas personas, en casación.

Las anteriores consideraciones que hacen referencia al alcance de los cargos contra la sentencia proferida por el Tribunal se reafirman si se considera que el interés de la impugnación va íntimamente ligado a la idea de vencimiento en instancia, que, a su vez, se percibe, como lo expresa Carnelutti, por el contraste entre el contenido de lo resuelto y el interés puesto en juego en la litis, si no ha sufrido alteración o no ha sido renunciado. De ese modo, se conjugan con la idea inicial del interés, otras complementarias, dado que la tutela que se pretende ha de referirse a un interés actual, y, en otro aspecto, no puede alcanzar a los supuestos en que por acto voluntario de la parte haya desaparecido, como ocurre por el aquietamiento ante la resolución

de primera instancia, o lo que es lo mismo, por el asentimiento tácito a lo resuelto, pues en este caso, existiendo inicialmente interés éste ha desaparecido o se ha limitado, por las causas anotadas, lo que constriñe a estar y pasar por una situación que la parte recurrente ha creado irrevocablemente. Todo esto lleva, además, a afirmar que las situaciones procesales consentidas en instancia, se mantienen o deben mantenerse, a pesar del recurso, por haber sido renunciado o limitado el interés inicial al no interponerse apelación contra el fallo de primer grado, por la parte recurrente en casación.

ESTUDIOS DE LOS CARGOS

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. P. T., el recurrente formula tres cargos, por violación directa de la ley, los dos primeros y, el último, por aplicación indebida ocasionada por error de hecho, por falta de apreciación de las pruebas que señala y que condujeron al sentenciador a violar en forma indirecta la ley. La Sala los estudiará en el orden en que han sido presentados.

Primer cargo.—Acusa la sentencia de violar, "por infracción directa los artículos 65 y 67 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 673, 1.008, 1.021, 1.314, 1.317, 1.318 y 1.319 del Código Civil, al dejar de aplicarlos al caso de autos siendo pertinentes, y por aplicación indebida los artículos 51 y 52 del Código Sustantivo del Trabajo y artículos 44 y 45 del Decreto 2.127 de 1945, al aplicarlos sin ser pertinentes para el caso de autos".

Para sustentarlo, manifiesta que, el sentenciador sostiene: "A la muerte de un patrono, el contrato de trabajo se extingue, porque se interrumpe la prestación del servicio y el pago de salarios, quedando por tanto la sucesión del causante libre de pagar, salarios, prestaciones sociales y demás obligaciones para con el obrero, siendo obligación de pagarle los anotados emolumentos quien lo haya tenido a su servicio, desde la muerte del patrono, hasta cuando lo despida la sucesión". Transcribe a continuación algunos apartes del fallo recurrido sobre la interpretación del artículo 44 del Decreto 2.127 de 1945, para deducir luégo que esas normas no son pertinentes y que el Tribunal en el afán de aplicarlas, da una doble definición de lo que entiende por "suspensión" del contrato de trabajo, pues que al efecto, en la primera definición "lo hace con el sentido que la palabra suspensión expresa, privación temporal, pero como si aplicaba este postulado, entonces tenía que condenar a la sucesión, dió a continuación la otra definición en que descansa el peso del fallo. Ya en este caso, suspensión, no es privación temporal, sino que significa que 'el contrato de trabajo queda sin efecto con todas sus cláusulas', y como consecuencia sin obligación alguna el patrono para con el trabajador". Agrega, "que la interpretación anterior dada al artículo es curiosa, ya que no se detuvo el sentenciador a leer el segundo inciso del Art. 51 del Código Sustantivo del Trabajo", que transcribe. Comenta, en seguida, que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 51 citado "el contrato de trabajo se suspende, con una suspensión temporal, como dice la norma, solamente cuando la muerte del patrono traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión del trabajo temporalmente. Cuando la muerte no traiga ésa consecuencia necesaria, y directa, el trabajo no debe suspenderse, como en el caso de autos". Arguye que, como lo demostrará más adelante, "la muerte de Salvador Isaza no trajo como consecuencia natural y directa la suspensión del trabajo, ya que éste siguió sin interrupción, hasta hoy y de paso hasta cuando despidieron a los trabajadores en principio de año de 1954". Que la muerte de Salvador Isaza ocurrió en el año de 1951, hacia el mes de junio, pero que el contrato de trabajo siguió sin interrupción y que los trabajadores siguieron laborando por espacio de dos años y medio en la hacienda sin que se alteraran las labores de ésta. Que si la muerte de Salvador Isaza hubiera alterado las labores de la hacienda, para dar aplicación a la norma que comenta, la sucesión habría tenido que darle cumplimiento al artículo 52 del Código Sustantivo del Trabajo, "circunstancia y mandato que no aparece cumplido, con la prueba del caso en el expediente". Anota que los artículos 44 y 45 del Decreto 2.127 de 1945, son inaplicables porque desde el año de 1951 rige el Código Sustantivo del Trabajo. En seguida, entra a demostrar que no se interrumpieron las labores en la hacienda de la sucesión de Salvador Isaza, transcribiendo, al efecto, lo pertinente de las declaraciones de Silvia María Aponte, Eusebio Aponte, Gabino González (folios 22 y siguientes), Manuel Gil (folios 23 y siguientes) y Misael Castelblanco (folio 25), para concluir de esas declaraciones transcritas, que "el trabajo de la hacienda siguió su curso regular hasta principios del año de 1954 en que fueron despedidos los obreros demandantes"; que de esta suerte, al seguir laborando continuamente en las labores agrícolas y gana-

deras de la hacienda de Salvador Isaza, la sucesión debe responder de los salarios de los trabajadores, lo mismo que de sus prestaciones hasta cuando fueron despedidos. Que no debe aceptarse la conclusión a que llega el Tribunal sentenciador, de que dichos salarios y prestaciones debe pagarlos, a partir de la muerte de Salvador Isaza, quien haya tenido a su servicio a los trabajadores; que según las pruebas, quien tuvo a su servicio a los trabajadores fue la referida sucesión, para concluír que ésta debe pagar o cumplir con sus obligaciones patronales y que, en tales condiciones, no debe absolverse de esas obligaciones a la sucesión, como lo hizo el ad-quem. A continuación, manifiesta que el Tribunal, en el fallo impugnado, no se detuvo a estudiar el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo porque si esto hubiera hecho, el resultado de su estudio habría sido el de darle aplicación a esta norma, que dejó de aplicar; que en el caso presente sí hubo la sustitución de patrono por la muerte de Salvador Isaza, siendo esta la causa para que sigan sustituyéndolo sus hijos, o representándolo en la sucesión, mientras ésta se liquide; que por cualquier causa se sustituye el patrono, y en el caso de autos, fue por la muerte del dueño de la hacienda donde trabajaban los demandantes, la cual ha seguido sin trastorno alguno, ya que siguieron explotándola sus hijos. Que al aplicar esta norma (el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo), el Tribunal habría tenido necesariamente que aplicar el artículo 65 de la misma obra, puesto que no aparece de autos que se le hubieran cubierto las prestaciones a los demandantes cuando fueron despedidos, dos años después de la muerte de Salvador Isaza. Que al violar las dos anteriores normas, violó los artículos del Código Civil que cita en el cargo, porque estas disposiciones señalan las obligaciones que tienen los herederos frente a la sucesión y en relación con terceros; que en el caso presente, éstos aceptaron la herencia con beneficio de inventario. Concluye que "es un imposible jurídico, desfigurar las normas que regulan la sucesión intestada, como se ha querido hacer por el H. Tribunal de instancia, dejando de aplicarlas, siendo pertinentes, para aplicar otras que sin relación alguna con el caso de autos se aplicaron indebidamente, violando normas sustantivas expresas tanto del Trabajo, como Civiles, que están concatenadas de tal manera y necesariamente, ya que si se violan las del Trabajo, se violan necesariamente las Civiles y si se aplican aquéllas tienen que aplicarse éstas".

Se considera:

En su juicio el Tribunal principia por establecer si por el hecho de la muerte de Salvador Isaza se suspendió o nó, el contrato de trabajo celebrado entre éste y los demandantes, y para ello, después de analizar los artículos 44 y 45 del Decreto 2.127 de 1945, junto con las normas contenidas en los artículos 51 y 52 del Código Sustantivo del Trabajo, que regulan actualmente la materia, concluye, con base en su razonamiento, que en este caso "no hubo suspensión sino terminación del contrato verbal de trabajo", para fijar, en consecuencia, el alcance y el ámbito en el tiempo, de las condenas que contempla el fallo. Al efecto, se expresa así: "En el caso de autos, el patrono Salvador Isaza dejó de existir a mediados de 1951 sin que con posterioridad se cumplieran las exigencias dadas por la ley para reanudar los trabajos encomendados a los demandantes. Tampoco consta en el expediente en qué calidad continuaron en la finca de Samacá. ¿Podría hablarse de la reanudación de labores?. La muerte de Isaza trajo como consecuencia la suspensión temporal del trabajo?. ¿Puede aplicarse de un hacendado los mismos principios de una empresa organizada?. El Tribunal considera que a falta de la prueba requerida debe concluir afirmando que en este caso, no hubo suspensión sino terminación del contrato verbal de trabajo. Y es que en esta clase de contratos no debe perderse de vista que la ley lo presume de seis en seis meses y se entenderá prorrogado por períodos iguales con consentimiento expreso o tácito del patrono. Ante esta afirmación de la ley, la Corporación estima que después de la muerte del patrono el contrato de trabajo termina, por cuanto falta el consentimiento expreso o tácito, la remuneración y la subordinación. La simple suspensión debe entenderse para los contratos a término fijo, porque en tal caso, ya están estipuladas las condiciones, modalidades, retribución, subordinación, tiempo y demás requisitos del contrato escrito.

"El Tribunal Supremo del Trabajo refiriéndose a la muerte del patrono y terminación del contrato de trabajo, dice: 'Es cierto que el artículo 47 del Decreto 2.127 de 1945 no menciona expresamente entre las causales para la terminación del contrato de trabajo la muerte del patrono. Este hecho, conforme al artículo 44 del mismo Decreto, simplemente suspende el contrato de trabajo", 'cuando traiga como consecuencia necesaria inmediata y directa la suspensión temporal del trabajo'. Pero es obvio que si de manera ineludible y forzosa el trabajador queda cesante por la muerte de su patrono, el con-

trato de trabajo se extingue, con los efectos inherentes a los motivos que enumera el artículo 47 atrás citado'.

"Así pues, y no obrando en autos prueba fehaciente que acredite que los demandantes continuaron prestando sus servicios a la sucesión o ignorándose la persona o personas a las cuales estaban subordinados y quienes debían pagar sus salarios como retribución de servicios, es lógico que a partir de la muerte de Isaza, la sucesión no tiene por qué responder de las prestaciones demandadas. En este caso, si hubo contrato verbal de trabajo, debe responder la persona, sea heredero o nó, a quien los demandantes prestaron su servicio personal mediante remuneración y bajo su dependencia. Debe anotarse que los testigos no dicen quién pagaba a los demandantes sus emolumentos después de la muerte del señor Isaza. Quien los contrató no pudo hacerlo a nombre de la sucesión porque en el expediente no consta el hecho. En tales condiciones, el Tribunal estima que luégo de la desaparición de Isaza, no podía existir contrato con la sucesión, por lo cual los demandantes tienen acción contra aquellos a quienes les continuó (sic) prestando servicios".

Las anteriores consideraciones las relaciona el ad-quem con el fenómeno de la sustitución patronal que prevé el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo y que el recurrente considera violado por infracción directa, pues al hacer el estudio referente al extremo de cesantía, se expresa así: "En este punto, el Tribunal acepta como fecha de la terminación del contrato de trabajo verbal, la fecha en que murió el patrono, conforme ha sido anteriormente explicado y de aquí el que se proceda a esta liquidación por cuanto no está demostrado que hubo sustitución de patrono (subraya la Corte) porque 'no se presume sino que es necesario demostrar en cada caso que la relación de trabajo no ha terminado por haber continuado el giro ordinario de los negocios u otra circunstacia semejante', según lo ha dicho el Tribunal Supremo".

Considera la Corte, que este cargo es inestimable por la forma como ha sido planteado, pues es bien sabido que la infracción directa de la ley, sólo ocurre cuando independientemente de las cuestiones de hecho sobre las cuales no hay discusión, se omite o deja de aplicar la disposición legal pertinente, o cuando se aplica a un hecho inexistente. En el caso sub-lite, las apreciaciones del fallador que se han transcrito antes, llevan a la Sala a la conclusión de que, en la hipótesis contemplada sobre el fenómeno de sustitución patronal, ocasionada por la muerte de Salvador Isaza, la cuestión probatoria no está descartada, pues así se desprende, tanto del análisis que hace el Tribunal como de la argumentación del propio recurrente, quien, en el desarrollo del cargo, cita los testimonios de Silvia María Aponte, de Eusebio Aponte, de Gabino González, de Manuel Gil y de Misael Castelblanco, para tratar de demostrar la sustitución por no haberse interrumpido las labores de la hacienda de Salvador Isaza, después de su muerte. En consecuencia la posible violación del artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, no pudo darse sino indirectamente, es decir, a través de errores de hecho por falta de apreciación o apreciación errónea de las pruebas, que sólo puede revisarse por la vía del error de este orden, no señalada por el recurrente.

Idénticas consideraciones cabe hacer con relación a la violación por infracción directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo pues el Tribunal, partiendo de la base de que no estaba demostrada la sustitución patronal por razón de la muerte de Salvador Isaza, consideró que no podía aplicarse a la sucesión la sanción que contempla esa norma.

Estima la Sala, con base en el juicio del sentenciador contenido en la parte del fallo anteriormente transcrita, que las disposiciones civiles que el recurrente señala como infringidas directamente por falta de aplicación, fueron consideradas por el Tribunal y aplicadas al condenar a la sucesión de Salvador Isaza, representada por los herederos demandados, al pago de las prestaciones y derechos reclamados, que estimó demostrados, pero limitando la extensión y contenido de las condenas, hasta la muerte del causante, pues a partir de esta fecha, consideró que no estaba configurada y probada la sustitución patronal.

Para concluir el análisis del cargo que se estudia, la Corte, en cumplimiento de la primordial función que le corresponde, de velar por la recta aplicación e interpretación de las normas, en orden a la unificación de la Jurisprudencia Nacional del Trabajo, considera del caso rectificar la tesis del ad-quem, contenida en el siguiente aparte del fallo: "Y es que en esta clase de contratos (se refiere a los celebrados por tiempo indefinido o sin fijación de término) no debe perderse de vista que la ley lo presume de seis en seis meses y se entenderá prorrogado por períodos iguales con consentimiento expreso o tácito del patrono. Ante esta afirmación de la ley, la Corporación estima que después de la muerte del patrono el contrato de trabajo termina, por cuanto falta el consentimiento expreso o tácito, la remuneración y la subordinación. La simple

suspensión debe entenderse para los contratos a término fijo porque en tal caso, ya están estipuladas las condiciones, modalidades, retribución, subordinación, tiempo y demás requisitos del contrato escrito".

No es exacta la tesis del ad-quem cuando afirma "que después de la muerte del patrono el contrato de trabajo termina, por cuanto falta el consentimiento expreso o tácito, la remuneración y la subordinación" Al efecto, cabe observar que la ley laboral consagra y regula dos instituciones bien distintas, a saber: la suspensión del contrato de trabajo (artículos 51, 52 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo) y la terminación del contrato (artículos 61, 62 y 63 ibídem). La suspensión de las relaciones individuales de trabajo, como institución que es, comprende el conjunto de normas que señalan las causas justificadas de incumplimiento temporal de las obligaciones de los trabajadores y de los patronos y los efectos que se producen. Ella deriva de la existencia de circunstancias que impiden la prestación de los servicios; su finalidad es evitar la disolución o terminación de las relaciones de trabajo y, consecuentemente, contribuir a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos; tiene por objeto relevar temporalmente a los trabajadores y a los patronos del cumplimiento de sus obligaciones, con la consecuencia de que los primeros no prestarán sus servicios y los patronos no pagarán los salarios; existiendo causa justificada para la suspensión, ninguno de los dos grupos incurrirá en responsabilidad; su efecto final consiste en el deber del empresario de utilizar a los trabajadores, tan pronto desaparezca el impedimento que impuso la suspensión. (Artículos 52 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo).

La terminación del contrato de trabajo, produce la disolución de los vínculos jurídicos y, en consecuencia, desaparecen, para el futuro, los derechos y obligaciones de trabajadores y patronos, inherentes a su ejecución, subsistiendo, tan sólo, los impuestos por la naturaleza de ciertas prestaciones, como sucede, por ejemplo, con las pensiones jubilatorias y de invalidez y el seguro de vida.

Como instituciones diferentes que son, tanto la suspensión como la terminación de la relación laboral, se apoyan en diversas causas o motivos que las justifican y tienen efectos distintos. En ambos casos la violación de los principios o normas que regulan cada una de esas instituciones, puede producir diversa responsabilidad.

La suspensión de las relaciones de trabajo concluye con la desaparición de la causa que la motivó. El trabajador debe presentarse al trabajo dentro de los términos contemplados para los diversos casos de suspensión en los artículos 51 y 52 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, de lo contrario, podría configurarse abandono del empleo y dar ocasión a su despido; el empresario, a su vez, está obligado a reanudar las labores y admitir a sus ocupaciones anteriores a todos los trabajadores que se presenten dentro de los tres días siguientes a la notificación o aviso que debe efectuar en los casos y en la forma estatuída por el citado artículo 52. Desaparecidas las causas de la suspensión temporal del trabajo, o vencido el tiempo máximo establecido de modo expreso en los casos del numeral 3º del artículo 51 ibídem, si el patrono no reanuda las labores, dicha suspensión, puede convertirse en despido, con todas las consecuencias que este último conlleva, pues el exceso del plazo de la suspensión, removidas las causas que la hicieron posible, o el vencimiento del término legal, permitirá al trabajador considerarse en esa situación, o podrá constituír causal para la terminación del contrato de trabajo como lo prevé el ordinal e) del artículo 61 del Código de la materia.

Las cuestiones relativas a la suspensión del contrato de trabajo, pueden estar emparentadas con las ideas sobre la terminación del mismo, no sólo por las causas anotadas antes, en los casos de exceso o vencimiento del plazo, sino también, porque en ambas —la suspensión y la terminación— se hace imposible el desarrollo de la relación de trabajo, pues los hechos que las motivan no pueden superarse, al menos durante un cierto tiempo. Pero de esta vinculación no puede deducirse la identidad de causas justificadas o motivos determinantes lícitos que regulan una y otra institución. Así las cosas y aplicando estas ideas y principios al caso concreto, se observa que la muerte o inhabilitación del patrono, cuando éste sea una persona natural y cuando ella traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo, constituye apenas una causal de suspensión, conforme a lo estatuído por el ordinal 2º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo. De otra parte, en el artículo 61 del mismo Código, que enumera las causales por las cuales se termina el contrato de trabajo no se contempla o consagra la consistente en el hecho de la muerte del patrono, pues lo normal u ordinario en estos casos es que el contrato continúe con sus causahabientes o herederos o que se suspenda cuando "la muerte del patrono traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo", para

reanudarse posteriormente, con éstos, desaparecidas las causas de la suspensión temporal. La razón para que la muerte del patrono no produzca la terminación del contrato de trabajo, estriba en que éste ha perdido el carácter de intuitu personae, para quedar sustituido por la relación entre el trabajador, como factor de la producción y la empresa, y esta la razón para que opere el fenómeno de la sustitución patronal, pues al obrero no interesa, de manera fundamental, la persona del propietario, sino el conjunto de derechos que le confiere su permanencia, en la empresa. En cambio, la muerte del trabajador sí produce ese efecto, —la terminación del contrato— porque es elemento esencial del mismo la actividad personal del trabajador, que le impone la obligación de realizarla por sí mismo, y ese deber u obligación no se transmite a sus herederos. (Artículos 23, 61, ordinal d), Código Sustantivo del Trabajo).

Puede sobrevenir una modificación en la situación jurídica del patrono, por la muerte de éste, operándose un cambio o sustitución del primitivo por otro, constituido por sus causahabientes o herederos en la sucesión, por causa de la transmisión a título universal, siempre que, por otra parte, subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios, con la consecuencia de mantener íntegra la continuidad de la relación de trabajo, ya que la sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes. (Artículos 67 y 68, C. S. del T.).

Sólo cuando las causas susceptibles de impedir a los trabajadores y a los patronos el cumplimiento de sus obligaciones obran definitivamente, se produce la terminación de las relaciones de trabajo. En el caso de muerte del patrono, el hecho impeditivo del cumplimiento de las obligaciones puede obrar definitivamente, cuando tenga como consecuencia ineludible y forzosa la terminación o clausura del negocio, como acontece cuando éste vive de la actividad personal del patrono; pero en este caso, la muerte del empresario o patrono no es la causa de la terminación del contrato de trabajo; éste concluye o termina por el cierre del negocio, cuando no es posible su continuación. (Artículo 61, ordinal f) del Código Sustantivo del Trabajo).

Finalmente tampoco es exacta la tesis del ad-quem, cuando expresa que: "la simple suspensión debe entenderse para los contratos a término fijo", porque este fenómeno jurídico puede acaecer en todo contrato de trabajo, cualquiera que sea su forma, contenido y duración, pues el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no establece la limitación ni consagra las modalidades que pretende el Tribunal.

Por todo lo expuesto no prospera el cargo.

Segundo cargo.— Acusa violación, por infracción directa, de los artículos 127, 189 inciso 1º y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, y artículo 7º del Decreto 617 de 1954, inciso 2º, "porque a pesar de haberse aplicado por el juzgador, se aplicaron en forma incompleta, al hacer el cómputo de las condenas hechas, y que se tomó un guarismo distinto al salario máximo probado en los autos y sobre el cual han debido hacerse las liquidaciones, que el H. Tribunal hizo".

Para demostrarlo, manifiesta que el Tribunal al verificar la liquidación de las condenas que contempla el fallo, las hace, sobre la base del salario compuesto por el pago en dinero efectivo hecho a los trabajadores y el valor de la alimentación, pero que, deja por fuera el aumento de salario, a que condena el mismo Tribunal; que Salvador Pulido devengaba $ 1.50 en efectivo, mas $ 1.15 en que se avaluó el valor de la alimentación; que computado el aumento de salario, sobre las sumas anteriores, en un doce por ciento de acuerdo con el Decreto 71 de 1950, se obtiene un salario real de $ 2.96 sobre el cual ha debido hacer las liquidaciones el fallador y no sobre un salario de $ 2.65. Semejantes consideraciones hace por lo que respecta a la demandante Luisa Bolívar, para concluir que el ad-quem debió tomar como base para la liquidación de las condenas un salario de $ 2.30 y no el de $ 2.00, como ordenan las normas acusadas, que aplicó, pero en forma incompleta.

Se considera.

La proposición jurídica contenida en este cargo, persigue la modificación de la sentencia, en lo que se relaciona con los extremos de vacaciones y cesantía. Al respecto el Tribunal se expresó, así

"VACACIONES.— Otro de los pedimentos del doctor Gómez Arroyo se relaciona con la compensación en dinero de las vacaciones dejadas de disfrutar por sus mandantes. Ciertamente, y de acuerdo con el informativo, el patrono no concedió el descanso legal a sus servidores, por cuya razón es el caso de reconocer el pedimento. Es sabido que si terminado el contrato sin haberse hecho uso de las vacaciones causadas, tal derecho se compensa en dinero con la remuneración que ha debido pagarse por vacaciones en el momento de causarse. Hechas las operaciones aritméticas, la sucesión adeuda por este concepto a Salvador Pulido la suma de ciento treinta pesos con cin-

cuenta centavos ($ 130.50) y a Luisa Bolívar, la suma de ciento ocho pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 108.55).

"AUXILIO DE CESANTIA. — Al terminar el contrato de trabajo, todo patrono está obligado a pagar a su ex-trabajador como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios o proporcionalmente, por fracciones de año. Para hacer la liquidación se tomó como base el último salario mensual devengado por el trabajador. Establecido como está, el tiempo servido y el salario devengado no hay ningún obstáculo para efectuar la liquidación.

"En este punto, el Tribunal acépta como fecha de la terminación del contrato de trabajo verbal, la fecha en que murió el patrono, conforme ha sido anteriormente explicado y de aquí el que se proceda a esta liquidación por cuanto no está demostrado que hubo sustitución de patrono porque 'no se presume sino que es necesario demostrar en cada caso que la relación de trabajo no ha terminado por haber continuado el giro ordinario de los negocios u otra circunstancia semejante', según lo ha dicho el Tribunal Supremo.

"Así que la sucesión demandada adeuda por concepto de cesantía a Salvador Pulido, la suma de trescientos cuarenta y siete pesos con noventa centavos ($ 347.90) y a Luisa Bolívar la suma de doscientos sesenta y nueve pesos con quince centavos ($ 269.15). Así queda reformada la sentencia de primer grado".

El problema de la infracción directa de la ley, abarca, como es sabido, una cuestión de existencia, subsistencia o determinación del alcance de la norma, cuando independientemente de toda cuestión probatoria, se aplica a un hecho inexistente, o se deja de aplicar a un hecho no discutido, lo que al relacionarlo con el juicio del Tribunal, sobre los extremos que comporta el cargo, lleven a la conclusión de que éste no fue idóneamente formulado, puesto que el sentenciador, hallando debidamente establecido el hecho de que el demandado no había concedido el descanso anual a sus trabajadores y en consideración a que el contrato de trabajo había terminado, profirió su condena ordenando compensar en dinero tales vacaciones no disfrutadas y causadas; reconoció el derecho de los demandantes y la obligación correlativa del patrono, de pagar a sus ex-trabajadores el auxilio de cesantía, equivalente a un mes de salario por cada año de servicios o proporcionalmente, por fracciones de año, con base en el último salario mensual devengado por éstos. Es decir, hallando debidamente establecidos los hechos, aplicó las normas pertinentes, lo que significa que no hubo un desconocimiento de los mandatos legales que regulan los extremos a que el cargo se refiere, ya que los encontró eficaces para regir la situación de hecho establecida y comprobada. La posible inexactitud de los antecedentes tenidos en cuenta para pronunciar el fallo, que según el recurrente estriban en que el juzgador, para hacer las condenas por vacaciones y cesantía no tuvo en cuenta, al verificar la liquidación correspondiente, todos los factores constitutivos del salario devengado por los demandantes de acuerdo con lo establecido y comprobado en el expediente, plantea una situación distinta a la idónea para configurar violación de la ley por el concepto de la infracción directa. Esto implica una cuestión de hecho que sólo puede estudiarse a través de la apreciación probatoria, como infracción medio y no por la vía directa escogida por el recurrente. No prospera el cargo.

Tercer cargo.— Acusa la sentencia de violar, "por vía indirecta, los artículos 161, ordinal a), 168, inciso 2º, 172, 173 y 179, regla segunda, del Código Sustantivo del Trabajo, al dejar de aplicarlos al caso de autos siendo pertinentes, por haber incurrido en evidente error de hecho por falla de apreciación de determinadas pruebas que singularizaré".

Al efecto, para demostrarlo, transcribe apartes de las declaraciones de Silvia María Aponte (folios 18 vuelto y 19 y 19 vuelto); de Eusebio Aponte (folios 19 y 20); de Gabino González (folios 22 y siguientes); de Manuel Gil (folios 23 y siguientes) y de Misael Castelblanco (folios 25 y siguientes). A continuación, manifiesta que "por lo transcrito, vemos que el sentenciador dejó de apreciar las pruebas, con evidente error de hecho, ya que ellas son claras y precisan el trabajo desarrollado por los trabajadores durante todos los domingos y días festivos mientras trabajaron en la hacienda de Salvador Isaza. Todas las declaraciones están acordes en dicho punto, pero el H. Tribunal sin dar las razones desecha los testimonios, no en un todo, para venir a concluír que no está demostrado el trabajo en días domingos y festivos y por tanto no condena sino al pago sencillo de ellos".

Para referirse a la parte de la sentencia que trata sobre dominicales y feriados, transcribe del fallo lo siguiente: "Dicen los declarantes que a Salvador y Luisa los veían trabajar todos los días de fiesta pero sin concretar el número exacto de los que ciertamente hubieran laborado. Sobre este particular el Tribunal Supremo ha dicho: 'cuando se reclama el pago de trabajo suplementario y de dominicales y festivos, es indispensable acreditar

exactamente el número de horas y los domingos y días festivos que se hubieren laborado....." y agrega: "El pensamiento del Tribunal Supremo es claro, y de acuerdo con las declaraciones está demostrado que durante todo el tiempo que trabajaron al servicio de Salvador Isaza, trabajaron los días domingos y feriados, Luisa y Salvador. De suerte que no se desconoce el número de días trabajados, porque hasta sumar los que señala el Código Sustantivo del Trabajo como feriados y domingos, y entonces tenemos que encontramos exacto el número de días trabajados". Concluye este aspecto del cargo, así: "El Tribunal de instancia dice que aparecen las declaraciones, 'sin concretar el número de los que ciertamente hubieran laborado', lo que me parece imposible para un declarante poder afirmar cuantos días domingos o feriados tiene un año, porque seguramente no lo saben. En estas condiciones se limitan los declarantes, a decir lo que pudiera decir cualquier persona interrogada en las mismas condiciones, por ignorar el número de tales días que tiene un año, o señala el Código Sustantivo del Trabajo, que trabajaron todos los días domingos y festivos del año. Con esta afirmación que es categórica, se sabe cuántos días domingos y feriados trabajó en el año".

Sobre horas extras, después de transcribir lo pertinente del fallo en donde el sentenciador expresó no encontrar asidero en el expediente para establecer el número de horas trabajadas y en donde se transcribe en su apoyo una doctrina del Tribunal Supremo del Trabajo, sobre el hecho de que, "cuando se trata de una reclamación de horas extras, es requisito esencial, para que pueda ordenarse el pago, que se establezca el número de horas suplementarias en que el trabajador haya prestado servicio", manifiesta que, la "jurisprudencia citada en nada contradice a los autos que se analizan, porque ella dice que se establezca el número de horas suplementarias trabajados, y como dejé demostrado, eso se ha hecho en los autos, según las declaraciones llevadas al expediente". Que "mal podían los declarantes, decir que los obreros trabajaban dos o tres horas extras diarias, porque ellos no saben muchas veces de cuántas horas se compone su jornada de trabajo, limitándose solamente a obedecer las órdenes patronales". Concluye manifestando, que "los testigos solamente se limitaron a decir, lo que tenían que decir y les constaba, que trabajaron los demandantes de las seis de la mañana hasta las seis de la tarde todos los días de labor incluyendo los domingos y días de fiesta. Al H. Tribunal, era a quien le tocaba, con la anterior aseveración, sacar el número de horas extras o suplementarias, conociendo por tal circunstancia su número preciso, que es como dejé anotado de tres horas días".

Se considera.

Este cargo impugna la sentencia en cuanto a los extremos de horas extras diurnas y nocturnas y remuneración por dominicales y días feriados, pues a ellos hace relación la proposición jurídica planteada en el mismo.

Al hacer el estudio sobre el alcance de la impugnación, se dejó definido que el recurrente carecía de todo interés jurídico para atacar la sentencia del ad-quem por los extremos de horas extras y remuneración doble de dominicales y feriados, por habérse conformado con el fallo del a-quo, que absolvió totalmente a los demandados, por estos conceptos. Por tanto faltando dicho interés jurídico, se hace innecesario estudiar estos aspectos del cargo, que no pueden prosperar.

Por lo que respecta a la remuneración sencilla de dominicales y días feriados, se observa: como se dijo en el estudio referente al alcance de la impugnación, la parte recurrente conserva su interés jurídico para impugnar la sentencia por lo que hace a este extremo, pero limitado, en su alcance y contenido, a la condena que contempla el fallo del a-quo puesto que se conformó con dicho proveído. Por otra parte el ad-quem, al decidir, con fuerza vinculante cuál es la voluntad de la ley y proferir las condenas patentizadas por el fallo, lo hizo, como se comprueba con las transcripciones de la sentencia hechas al estudiar el primer cargo, amparado en dos supuestos, de acuerdo con los antecedentes que tuvo en cuenta, a saber: que por la muerte de Salvador Isaza había terminado el contrato de trabajo existente entre éste y los demandados, a partir del 30 de junio de 1951 y que no se había demostrado que se hubiera operado el fenómeno de la sustitución patronal con los herederos de dicho causante, razón por la cual concluyó, que debía absolverse a la sucesión de los cargos de la demanda, a partir de la muerte de Salvador Isaza. Estos dos supuestos constituyen necesariamente los soportes en que se apoya. Ahora bien: el Tribunal al hacer el análisis probatorio aceptó y dio por establecido el hecho de que los demandados no habían pagado a los demandantes el valor correspondiente al descanso en domingos y días feriados que contempla la ley, por lo cual profirió la condena del caso, pero limitada hasta la época del fallecimiento del patrono Salvador Isaza; fueron, pues, apreciadas y consideradas por el fallador. Otra cosa es el aspecto relativo

a la limitación, en el tiempo, que contempla esa condena. Ya se ha visto cuáles fueron las razones aducidas por el **ad-quem**, que constituyen otro de los soportes de la sentencia impugnada; sin embargo el recurrente, en este cargo no señala las pruebas, ni hace la demostración conducente para acreditar el error de hecho evidente en que pudo incurrir el Tribunal, al afirmar que el contrato de trabajo existente entre Salvador Isaza y los demandantes, terminó por la muerte del primero sin operarse la sustitución patronal con los herederos demandados. Se mantiene así, intacto este soporte del fallo, ya que, por otra parte, la impugnación que el recurrente hizo a esta tesis del Tribunal, fue formulada por éste en el primer cargo por el concepto de violación directa, que hubo de declararse inadmisible. No prospera el cargo.

Por cuanto el recurso ha permitido a la Corte corregir algunas de las tesis del Tribunal y fijar el verdadero alcance de las normas del Derecho del Trabajo, no es el caso de condenar en costas al recurrente.

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 objeto del presente recurso.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

LA AMISTAD INTIMA, COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO, DEBE SER CON ALGUNA DE LAS PARTES, NO CON SU APODERADO. — EL HABER SIDO PERSONERO DE UNO DE LOS LITIGANTES EN OTROS NEGOCIOS, O EL QUE EL JUEZ SEA EN UN ASUNTO PARTICULAR MANDANTE DEL APODERADO DE UNA DE LAS PARTES, NO SON HECHOS CONSTITUTIVOS DE INHIBICION.—NO OCASIONA LA SEPARACION DEL FUNCIONARIO, EL SILENCIO, EN TORNO AL IMPEDIMENTO, DE LA PARTE QUE CARECE DE INTERES

1.—La causal de impedimento del numeral 14 del artículo 436 del C. de P. C., se refiere al hecho de que el Juez tenga amistad íntima con alguno de las partes, no con su apoderado. Para que esos vínculos sentimentales se extendieran a los apoderados de las partes, sería necesario que dicho numeral lo dijera así expresamente, dado que en los demás motivos de impedimento y recusación que dicha disposición establece, se hace una clara distinción sobre el particular, como se deduce de los numerales 2º y 15º.

2.—El haber sido personero de uno de los litigantes en otros negocios, o el que el Juez sea en un asunto particular mandante del apoderado de una de las partes, no son hechos constitutivos de inhibición. Alegados como tales, apenas demuestra un simple acto de honradez y pulcritud, que al ser abrazado por la parte interesada, contribuye a elevar el ambiente de imparcialidad que debe prevalecer en las decisiones judiciales, y a prevenir de toda sospecha de arbitrariedad la sagrada función del juzgador.

3.—No excusa ningún efecto el silencio, en torno al impedimento, de la parte que carece de interés no solo para coadyuvar la prórroga de jurisdicción, sino para lograr por los medios tácito y expreso de que trata el inc. 1º del artículo 438 del C. de P. C., la separación del funcionario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, tres de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

Hallándose en tramitación el incidente sobre acumulación de autos promovido en este negocio por la Compañía Empresaria del Camino del Carare, el H. Magistrado sustanciador, doctor Samuel de Sola Roncallo, en proveído de fecha 14 de mayo pasado, dispuso poner en conocimiento de las partes la manifestación de que se consideraba impedido para continuar conociendo de estos autos con fundamento en las siguientes causales: a) amistad íntima con el apoderado de la compañía petrolera Shell Cóndor, contraparte en el juicio a que dicha acumulación se refiere; b) haber sido apoderado a sueldo de esta última sociedad en la ciudad de Barranquilla hasta el 31 de diciembre de 1957; c) ser el doctor Paredes, representante de la Shell Cóndor en el juicio cuya acumulación está tramitándose, su apoderado en un negocio administrativo.

Al recibir el doctor Victor Cock, apoderado de la Empresaria del Camino del Carare la notificación del referido auto, manifestó que "allana los impedimentos de que trata la misma providencia". Los representantes de la Nación, de la Shell Cóndor y demás interesados en los negocios de cuya acumulación se trata, guardaron silencio.

Corresponde a esta Sala en la presente oportunidad, resolver, en las circunstancias anotadas, si el H. Magistrado doctor de Sola Roncallo debe o no continuar conociendo de estos autos.

El artículo 438 del C. de Procedimiento Civil dispone: "Si la parte a quien interese directamente la separación del funcionario impedido, expresa en el acto de la respectiva notificación, o dentro de los tres días siguientes, que no allana el impedimento, o guarda silencio, dicho fun-

cionario queda por el mismo hecho separado del conocimiento.

"Si, por el contrario, aquella parte manifiesta que allana el impedimento en el acto de la notificación o dentro de los tres días siguientes, el Juez sigue conociendo del asunto a virtud de la prórroga de jurisdicción".

De acuerdo con las causales de impedimento manifestadas por el H. Magistrado sustanciador, en el presente caso la parte a quien primordialmente podría interesar la separación es la Compañía Empresaria del Camino del Carare. En efecto, dos de las causales alegadas dicen relación exclusivamente con vinculaciones de orden estrictamente personal entre el H. Magistrado doctor de Sola con el apoderado de la Compañía Shell Cóndor, doctor Paredes, y la tercera con la propia compañía codemandada, a la cual sirvió dicho Magistrado como abogado a sueldo en la ciudad de Barranquilla. Todas estas causales, además, estriban en un acto de relevante honorabilidad y delicadeza, porque, en rigor, ninguna de ellas está comprendida entre los motivos de impedimento y recusación taxativamente señalados en el artículo 435 del C. de Procedimiento Civil.

La causal de impedimento del numeral 14 del artículo 435 ya citado, se refiere al hecho de que el Juez tenga amistad íntima con alguna de las partes, no con su apoderado. Para que esos vínculos sentimentales se extendieran a los apoderados de las partes, sería necesario que dicho numeral lo dijera así expresamente, dado que en los demás motivos de impedimento y recusación que dicha disposición establece, se hace una clara distinción sobre el particular, como se deduce de los numerales 2º y 15º .

El haber sido apoderado de una de las partes en otros negocios, o el que el Juez sea en un asunto particular mandante del apoderado de una de las partes, no son hechos constitutivos de inhibición. Alegarlos como tales, apenas demuestra, como se ha dicho, un simple acto de honradez y pulcritud que al ser absuelto por la parte interesada, como aquí ha ocurrido, contribuye a elevar el ambiente de imparcialidad que debe prevalecer en las decisiones judiciales, y a premunir de toda sospecha de arbitrariedad la sagrada función del juzgador.

Finalmente, estima la Sala, con apoyo en las consideraciones que preceden, que la circunstancia de que las entidades demandadas, Nación, Texas Petroleum Company y Concesionaria de Petróleos Shell Cóndor hayan guardado silencio en torno a los impedimentos ya referidos, en ningún caso pueden determinar la separación del Magistrado sustanciador, en los términos del inciso 1º del artículo 438 del C. de Procedimiento Civil. Dadas las características de los hechos aquí señalados como impeditivos, tales entidades carecen de interés no solo para coadyuvar la prórroga de jurisdicción, sino para lograr por los medios tácito y expreso de que trata la citada disposición legal, la separación del Magistrado. El voto de confianza dado por la parte a quien presumiblemente podrían perjudicar las vinculaciones de amistad y de carácter profesional del señor Magistrado sustanciador con el apoderado de la Shell Cóndor y el haber representado a esta empresa en negocios distintos al juicio que está en trance de acumulación, es, en sentir de la Sala, por sí mismo definitivo para asegurar el prestigio de las decisiones que hayan de dictarse en este negocio por dicho Magistrado y alejar cualquier sugestión desobligante.

Con apoyo en las consideraciones que preceden, la Sala dispone que el expediente vuelva al Despacho del H. Magistrado doctor Samuel de Sola Roncallo, para que continúe conociendo de él.

Notifíquese y cúmplase.

Héctor Martínez Guerra — Roberto Goenaga—

Jorge Sanabria—Jorge García M., Secretario.

EXCEPCIONES DILATORIAS DE DECLINATORIA DE JURISDICCION, PLETO PENDIENTE E ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA. — SE DECLARAN NO PROBADAS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiseis de abril de mil novecientos cincuenta y ocho.

Al darse traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, a la Empresa Colombiana de Petróleos y a la Colombia Cities Service Petroleum Corporation, sociedades domiciliadas en esta ciudad, de la demanda promovida contra la Nación y dichas compañías por la Compañía Empresaria del Camino del Carare, sociedad anónima de esta plaza, para que mediante el trámite de un juicio ordinario de única instancia se hicieran las declaraciones solicitadas en el libelo que obra de folios 82 a 92 del cuaderno principal de este proceso, propusieron las siguientes excepciones dilatorias:

a) La Nación y la Compañía Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), la de pleito pendiente; b) Esta y la Colombia Cities Service Petroleum Corporation, la de ilegitimidad de la personería; c) y la Ecopetrol, además, la de declinatoria de jurisdicción.

Las demandadas fundaron sus excepciones en los hechos que se sintetizan así:

La de pleito pendiente, por estimar que las acciones instauradas contra ellas por medio del presente juicio, son idénticas a las que la demandante ejercita en otros ordinarios contra la Nación, contra la Nación y la Texas Petroleum Company y Concesionaria de Petróleo Shell Cóndor, y contra la Nación y la Florida Petroleum Company que cursan actualmente en la Corte, al primero de los cuales fue admitida la Empresa Colombiana de Petróleos como coadyuvante en la defensa de los intereses de la demandada.

La de ilegitimidad de la personería en que, en sentir de las proponentes, la demandante, Compañía Empresaria del Camino del Carare, no puede ser la misma persona jurídica que se constituyó con el mismo nombre por la escritura pública número 736 de 8 de mayo de 1937, Notaría Tercera del Circuito de Bogotá, cuyos derechos invoca, porque ésta expiró el día 15 de marzo de 1947; y en que, según Ecopetrol, el doctor Víctor Cock no ha acreditado ser el apoderado judicial de aquella, ya que quien le otorgó el poder, señor Eduardo Dreyer, no es el gerente de la actora, pues no puede tener gerente una sociedad que no existe y que feneció en la última de las fechas indicadas.

La de declinatoria de jurisdicción por considerar la excepcionante que, si la Nación no es parte en el contrato que origina la controversia, como lo afirma, al tenor del artículo 40 del C. J., la Corte no tiene competencia para conocer en única instancia del presente juicio.

Propuestas las aludidas excepciones, se ordenaron los correspondientes traslados al apoderado de la sociedad demandante, quien los evacuó negando los hechos sobre los cuales se basan y los fundamentos jurídicos aducidos para sustentarlos, razón por la cual el incidente se abrió a prueba y se produjeron las solicitadas que se determinarán a medida que la Sala avance en el estudio de aquellas, a lo que se procede por estar agotada la tramitación de rigor, comenzando, como es lógico, por la de declinatoria de jurisdicción.

Declinatoria de jurisdicción

La Compañía Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), afirmando que la Sala, al tenor del artículo 40 del C. J. y 2º de la Ley 67 de 1943, no tiene competencia para conocer en única instancia del presente juicio, porque en el contrato celebrado entre ella y la Colombia Cities Service Corporation el 14 de diciembre de 1955 que motiva la controversia y se acompañó a la demanda en ejemplar autenticado del Diario Oficial, no es parte la Nación, comoquiera que la aprobación que ésta le otorgó al pacto fue una simple ritualidad administrativa que no la vinculó al convenio, propuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción.

En verdad que el Decreto 30 de 9 de enero de 1951, vigente cuando se celebró el contrato en cita y creador y regulador de la Ecopetrol, dice en una parte de su artículo 5º: "...Pero los contratos de administración delegada relacionados con actividades de perforación con taladro, explotación de los yacimientos conocidos o de los que se descubran, refinación y distribución de combustibles, administración de combustibles, administración de

oleoductos, ensanches y ampliación de refinería, necesitarán de la aprobación del Gobierno". (La subraya es de la Sala). Mas no es menos cierto que la cláusula 46 del susodicho convenio dice también: "El presente contrato requiere para su validez, la aprobación del Gobierno de la República de Colombia, y comenzará a regir desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial. Es entendido que la aprobación de este contrato por el Gobierno GARANTIZA LA ESENCIA Y EL CUMPLIMIENTO DE TODOS SUS TERMINOS, CONDICIONES Y ESTIPULACIONES POR PARTE DE ECOPETROL Y DE CUALQUIERA QUE LE SUCEDA EN SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES...". (Las mayúsculas son de la Sala). De donde se colige que la Nación no solamente aprobó el contrato en referencia para que se cumpliera una formalidad administrativa sino también para hacerse parte en el mismo, y, por consiguiente, sí tiene competencia la Sala para conocer de este negocio en única instancia.

Refiriéndose al artículo 40 del C. J. ha dicho la Corte:

"El concepto de parte en un contrato, es susceptible de recibir dos significados: a) Uno general, relativo a los efectos, en que se oponen los términos parte y tercero. Y b) Otro particular, fundado en las causas que concurren a la creación del vínculo jurídico y en que solo se tiene en cuenta a quienes figuran como sujetos originales de aquella relación; en este concepto se oponen los términos parte por celebración y parte por derivación. Aplicando esta diferencia resulta claro que para hallar el radio propio de la norma excepcional del artículo 40 del C. J. se requiere que la Nación haya sido precisamente sujeto de la relación jurídica original, de donde deriva su existencia el contrato; porque si se pretendiera que bastara la calidad de persona vinculada a sus efectos, o sea, la de no ser simplemente un tercero, sobraría ese artículo 40, comoquiera que la única distinción entre este fuero y el general del artículo 76, estriba en el preciso elemento de haber sido el Estado parte en la celebración misma del contrato. Lo otro equivaldría al mero interés general del Estado. Parece fácil entender, por lo demás, que una de las consideraciones implícitas en el hecho de la celebración de los contratos por la Nación, consiste en que se juzga un acto emanado del alto Gobierno que tiene su personería y que el juez natural de esta clase de actos no puede ser sino la Corte, por razón de jerarquía constitucional. Aquí es donde radica principalmente el motivo de la excepción, de la misma manera como corresponde al Consejo de Estado conocer en una sola instancia de los asuntos contencioso-administrativos contra actos del Gobierno". (J. G. Tomo LXXXII, pág. 191).

Y sea esta la oportunidad para manifestar al apoderado de la demandante que la Sala no comparte su concepto de que la excepción que ahora se examina es de las perentorias, pues ella se refiere a uno de los presupuestos procesales, la competencia del Juez, y al considerarla, nada se está dilucidando acerca de la validez o invalidez de las obligaciones que la Nación hubiera podido haber contraído por la cláusula transcrita, lo que sí sería materia de una excepción de fondo.

Pleito pendiente

La excepción de pleito pendiente tiene lugar cuando se ejercita contra el demandado idéntica acción a la que el demandante sigue contra aquel en juicio diferente. Por tanto, si las acciones ejercitadas son diferentes, no tiene cabida la excepción aludida.

Sentado lo anterior, veamos cuáles son las acciones propuestas contra las excepcionantes, la Nación y la Compañía Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), en el presente juicio, y si ellas son iguales o diferentes a las ejercitadas contra ellas por la demandante en el único proceso de los citados como similares al fundamentar la excepción que se menciona en otro lugar, cuya existencia y curso se ha demostrado en el incidente, el cual no es otro que el ordinario instaurado por la Compañía Empresaria del Camino del Carare contra la Nación, mediante demanda presentada ante la Corte el 13 de diciembre de 1951, corregida el 23 de julio de 1952. Con tal fin, a continuación se transcriben las súplicas de las demandas cuyo cotejo ha de hacerse, y se sintetizan los hechos en que se apoyan.

Las peticiones de la demanda que motiva este proceso son del tenor siguiente:

"Primera.—Que es nulo, o inoponible a la Compañía Empresaria del Camino del Carare, el contrato celebrado con fecha 14 de diciembre de 1955 por la Empresa Colombiana de Petróleos y la Colombia Cities Service Petroleum Corporation sobre exploración y explotación de petróleos, contrato de que dan cuenta los hechos 21º, 22º, 23º de la presente demanda; y en el cual se hizo parte, como contratante garante de la Empresa Colombiana de Petróleos, la Nación Colombiana.

"Segunda.—Que las entidades demandadas deben pagar, solidariamente, a la Compañía Empre-

saria del Camino del Carare los daños y perjuicios que se hayan causado, o lleguen a causarse por razón de la simple celebración de tal contrato, de 14 de diciembre de 1955, y hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia que se dicte con motivo de la presente demanda, daños y perjuicios que deben pagarse aún en el caso de que para tal fecha no haya sido iniciada todavía la explotación de hidrocarburos objeto de tal contrato.

"Tercera.—Que la Nación, la Empresa Colombiana de Petróleos y la Colombia Cities Service Petroleum Corporation deben pagar, solidariamente, a la Compañía Empresaria del Camino del Carare los daños y perjuicios causados y que lleguen a causarse por razón del mencionado contrato, de 14 de diciembre de 1955, y por razón de su ejecución por las partes contratantes, y hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia que sea dictada con motivo de esta demanda, principalmente en el caso de que para tal fecha se haya iniciado ya la explotación de petróleo, y comprendido dentro del cómputo de los perjuicios el valor del petróleo extraído.

"Cuarta.—Subsidiariamente a las peticiones anteriores: que la Nación, la Empresa Colombiana de Petróleos y la Colombia Cities Service Petroleum Company deben pagar, solidariamente, a la Compañía Empresaria del Camino del Carare los daños y perjuicios causados o que lleguen a causarse por razón de la celebración del mencionado contrato de 14 de diciembre de 1955 y por razón de su ejecución por dichas partes contratantes, quedando comprendido dentro del cómputo de los perjuicios el valor del petróleo extraído, o que se extraiga.

"Quinta.—En subsidio de la petición cuarta que precede, y de las marcadas segunda y tercera, en cuanto ellas hablan de solidaridad en relación con las tres Entidades demandadas: que las condenaciones respectivas se hagan reconociendo la solidaridad de parte de la Nación, frente a una obligación también solidaria de las otras dos entidades, pero dividida la obligación de éstas, entre sí, en la proporción del setenta y cinco por ciento (75%) para la Colombia Cities Service Petroleum Corporation y del veinticinco por ciento (25%) para la Empresa Colombiana de Petróleos, y según la proporción estatuída en las cláusulas 7ª y 29ª del contrato citado de 14 de diciembre de 1955".

Y las súplicas del libelo de 12 de diciembre de 1951, enmendadas por la corrección hecha al mismo por escrito del 23 de julio de 1952, son estas:

"1ª—Que sin que medie un fallo definitivo pasado en autoridad de cosa juzgada y proferido por autoridad competente de la rama jurisdiccional del Poder Público, que declare, por cualquier concepto legal, no vigentes los contratos mencionados en los hechos 2º y 17º de esta demanda, relacionados con el Territorio Nacional de Bolívar, no puede el Estado Colombiano tener esos contratos como no vigentes.

"2ª—Que sin que medie un fallo definitivo pasado en autoridad de cosa juzgada y proferido por autoridad competente de la rama jurisdiccional del Poder Público que declare, por cualquier concepto legal, no vivientes los contratos de que habla la petición anterior, el Estado Colombiano debe respetar los derechos originados de tales contratos de los cuales es titular hoy la Compañía Empresaria del Camino del Carare, sociedad anónima con domicilio en Bogotá, sobre explotación de productos vegetales y minerales en el Territorio Nacional de Bolívar a que se refiere la petición precedente".

Los hechos en que se basan las referidas demandas son en parte iguales y en parte diferentes. Los iguales o sean los hechos primero a décimo quinto de ambos libelos, y que podríamos llamarlos la antesala o prólogo de los diferentes, se sintetizan, en gracia a la brevedad del fallo, así:

Con fundamento en la Ley 21 de 1879, el Gobierno Nacional celebró un contrato con los señores Wenceslao Camacho y Nepomuceno Merchán para que estos construyeran, en el término de siete años, un camino de herradura entre Vélez y un punto sobre una de las orillas del río Carare, camino que los contratistas explotarían durante cincuenta años, contados desde el momento en que el Gobierno declarara concluída la vía a su satisfacción, cobrando determinados peajes, al final de cuyo término lo entregarían a la Nación. Se comprometieron también los concesionarios a mantener expedita la navegación del Carare entre el puerto terminal del camino y su desembocadura en el Magdalena, a fundar algunas colonias agrícolas y otras cosas más, en compensación de lo cual, además de lo que anteriormente se dijo, el Gobierno les otorgó el derecho exclusivo de explotar gratuitamente, durante la vigencia del contrato, los productos minerales y vegetales del Territorio de Bolívar, excepción hecha de las minas de carbón, y dejando siempre a salvo los derechos adquiridos de terceros.

Con base en el contrato referido, los contratistas lo traspasaron a la "Compañía Empresaria del Camino del Carare", la que a su turno y con la

modificación que sufrió el 9 de diciembre de 1892, lo cedió también, con la autorización del Estado, a los señores Flavio Pinzón O. y Francisco Camacho A., con quienes el Gobierno celebró el 24 de abril de 1897, un pacto adicional a los anteriores, mediante el que se prorrogó por cuatro años más el plazo para la entrega del camino, se elevó la subvención que debían recibir los concesionarios, se expresó que el privilegio para el cobro de peajes a que antes se aludió, seguiría siendo por el término de cincuenta años desde el 19 de marzo de 1897, y se comprometieron los contratistas a formar una compañía anónima solvente para la financiación de la obra, que constituyeron también con el nombre de "Compañía Empresaria del Camino del Carare", a la que le traspasaron los contratos mencionados.

Como el Gobierno considerara que por la guerra civil de los mil días y la consiguiente depreciación de la moneda, la compañía contratista no había podido terminar oportunamente el camino, por resolución del Ministerio de Hacienda del 27 de junio de 1901, extendió hasta el 24 de marzo de 1905 el plazo para la terminación de la obra, y por contrato del 16 de julio de 1904, aprobado por la Ley 25 de 10 de noviembre del mismo año, modificó la subvención precitada a partir del kilómetro 36 del camino.

Por contrato de 15 de octubre de 1904, el Gobierno otorgó a la Cía. Empresaria del Camino del Carare un nuevo plazo hasta de 18 meses más para la entrega de la vía, contado desde el 24 de marzo de 1905; y luego, por convenio del 29 de julio de 1905, prorrogó nuevamente por dos años, contados a partir del 1º de agosto de ese año, el plazo para la terminación del camino, y se otorgó una subvención adicional a las anteriores nombradas, por cada kilómetro construído.

Y hasta aquí la síntesis de los hechos similares de las demandas en cita. Hagamos ahora el resumen de los disímiles que el apoderado de la demandante expone a continuación de los anteriores en los respectivos libelos.

En la demanda que sirve de pie a este pleito, el abogado de la actora, después de relatar lo sintetizado, agrega que el 21 de marzo de 1907, el Gobierno celebró con la Compañía Empresaria del Camino del Carare un nuevo contrato en virtud del cual le concedió a ésta otra prórroga de dos años, contados desde el 31 de julio de 1907, para la entrega definitiva de la vía, a cambio de lo que la concesionaria renunció a la propiedad y explotación de la misma, por medio de peajes, por el término de cincuenta años a que tenía derecho, y a la explotación de la región comprendida en el contrato celebrado con un señor Carlos Tavera Navas el 12 de enero de 1906, así como también se comprometió a dar garantías para asegurar la terminación de la obra, y a establecer navegación a vapor en el Carare desde Puerto Aquileo hasta las Bocas, en las condiciones que se determinaron. Y que, a pesar de que todos los contratos citados están vigentes y que en ninguno de ellos se hizo salvedad alguna en cuanto a la prórroga tácita de todos los derechos correlativos a las obligaciones de la Sociedad, excepción hecha de lo relacionado con el plazo para el cobro de peajes que no se extendió cuando el convenio de 1897, la Nación, por resolución número 680 de 15 de octubre de 1947, proferida por el Ministerio de Minas y Petróleos, no solo no aceptó la propuesta de transacción que le hizo la Compañía en 1946 para dirimir las diferencias surgidas con respecto a los mismos, sino que conceptuó que no estaban vigentes, y procedió a garantizar las obligaciones que la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), contrajo con la Colombia Cities Service Petroleum Corporation el 14 de diciembre de 1955, en pacto de esa fecha que versa sobre la exploración y explotación de petróleos en una región denominada "Area del Carare" que en parte se encuentra, según la demandante, dentro del antiguo Territorio Nacional de Bolívar, cuyo derecho de explotación se le había concedido antes a la Compañía Empresaria del Camino del Carare, conforme a lo expuesto. Que ese convenio que la actora estima incompatible con los que ella celebró con el Gobierno y cuya ejecución ha causado y seguirá causándole daños y perjuicios, lo celebraron los contratantes no obstante el conocimiento que tenían de los juicios que por razones similares a las del presente la demandante había instaurado con anterioridad contra la Nación y contra ésta y la Texas Petroleum Company, en los que es parte la Ecopetrol; otro contra la Nación y la Texas Petroleum Company, y otro contra la Nación y la Compañía Concesionaria de Petróleo Shell Cóndor.

En la demanda de la Compañía Empresaria del Carare contra la Nación, de 12 de diciembre de 1951, corregida el 23 de julio de 1952, el apoderado de la actora, después de exponer los primeros quince hechos que se sintetizaron al señalar los similares de los libelos que se estudian, añade que el 28 de noviembre de 1905 el Gobierno celebró con el señor Roberto de Mares un contrato para la explotación de fuentes petrolíferas en una región aledaña al río Carare, concesión

que por convenio de 25 de agosto de 1919, efectuado entre las partes prenombradas y The Tropical Oil C. se traspasó a la última, feneciendo el 25 de agosto de 1951, lo que careció de importancia práctica para la sociedad demandante, aun en el hipotético caso de que se hubiera superpuesto en parte al Territorio de Bolívar, porque no hubo explotación petrolífera dentro de dicho territorio, y porque en los pactos últimamente citados se dejaron a salvo los derechos adquiridos de terceros. Que a pesar de que están vigentes los contratos celebrados entre el Gobierno Nacional y la Compañía Empresaria del Camino del Carare de que tratan los primeros quince puntos de la demanda, por Resolución número 6 de 17 de febrero de 1932, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, el Gobierno se consideró desligado de tales convenciones por incumplimiento de la Sociedad, todo lo cual rechaza la demandante, y ordenó a la Procuraduría solicitar a la justicia la resolución de los mismos, con la consiguiente indemnización de perjuicios, lo que no se había hecho hasta el momento de la presentación del libelo.

De la transcripción de las partes petitorias de la demanda con que se inició este juicio y de la otra presentada por la Compañía Empresaria del Camino del Carare contra la Nación, en la que coadyuva la defensa del Estado la Compañía Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), así como del resumen que se hizo de los hechos fundamentales de las mismas, se desprenden, con claridad meridiana, las siguientes conclusiones:

1º—Que las acciones ejercitadas en una y otra son perfectamente diferentes, pues en la primera de las nombradas se pide la nulidad del contrato celebrado entre la Compañía Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) y la Colombia Cities Service Petroleum Corporation con fecha 14 de diciembre de 1955, contrato en que, en sentir de la actora, es parte la Nación como garante de las obligaciones de aquella; y el pago, en forma solidaria, de los daños y perjuicios causados o que llegaren a causarse con la celebración de dicho pacto; o, en subsidio, solamente el pago de tales daños y perjuicios, de la manera expresada, o divididos como se solicita en la súplica quinta; y en la segunda se demanda que se diga que sin que medie un fallo definitivo ejecutoriado proferido por autoridad competente que declare, por cualquier concepto legal, no vigentes los convenios efectuados entre el Gobierno y la Compañía Empresaria del Carare, de que tratan los quince primeros hechos de las dos demandas, no puede tenerlos el Estado como tales, y debe respetar los derechos otorgados a ésta sobre explotación de los productos vegetales y minerales del Territorio Nacional de Bolívar;

2º—Que si es cierto que ambos libelos tienen varios hechos que son absolutamente iguales, no lo es menos que contienen muchos otros desiguales que dan origen a la diversidad de acciones anotadas y no permiten prospere la excepción que se examina, como se declarará en el fallo; y

3º—Que aunque todos los hechos de las dos demandas en referencia fueran absolutamente iguales, tampoco sería esto razón para que prosperara la excepción de pleito pendiente, comoquiera que lo que la ley exige para que se configure la dilatoria aludida es la identidad de acciones ejercitadas por el demandante contra el demandado, pero no la identidad de hechos de los libelos.

Y no vale decir en contra de lo argumentado, como lo insinúa el señor Procurador Delegado en lo Civil, que son idénticas las acciones incoadas en el presente juicio y en el otro de la demandante contra la Nación, porque al culminar aquel afirmativa o negativamente de hecho quedaría fallado éste también afirmativa o negativamente, pues para el buen o mal éxito de ambos es premisa indispensable que se tengan por vigentes o fenecidos los pactos celebrados entre la demandante y la Nación, porque de ser ello cierto, a lo sumo podría afirmarse que hay lugar a una acumulación de autos pero no a la identidad señalada.

Para concluir esta parte del fallo nos resta agregar que como durante el término probatorio no se trajeron las pruebas de la existencia de los otros procesos instaurados por la actora contra la Nación y la Texas Petroleum Company y Concesionaria de Petróleo Shell Cóndor, ni contra aquella y la Florida Petroleum Company, nada puede decir la Sala sobre la identidad o desigualdad de las acciones instauradas por medio de ellos, con respecto a las que motivan este litigio, por lo que se impone una vez más la conclusión anunciada.

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

El doctor Víctor Cock al presentar la demanda dentro de cuyo traslado se ha producido este incidente de excepciones, acreditó su derecho a representar a la demandante, Compañía Empresaria del Camino del Carare, acompañando a la demanda, entre otros, los siguientes documentos:

a) Copia auténtica de la escritura pública nú-

mero 736 de 8 de mayo de 1897, de la Notaría Tercera del Circuito de esta ciudad, debidamente registrada, que demuestra la constitución de la sociedad anónima "Compañía Empresaria del Camino del Carare", de conformidad con el artículo 2090 del C. C. en relación con los números 465 y 551 del C. de Co.;

b) Un ejemplar, debidamente autenticado, del "Boletín de la Cámara de Comercio de Bogotá", distinguido con el número 198, de 20 de junio de 1946, en que se publicó el extracto de la escritura pública número 2.036 de 23 de mayo de 1946, otorgada ante el Notario Tercero del Circuito de Bogotá, expedido por el Notario en cita el 18 de junio del mismo año, escritura por la cual se subrogaron íntegramente los estatutos de la compañía demandante contenidos en la escritura de constitución y en las de sus reformas;

c) Un certificado del Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá de 11 de abril de 1956, en que consta que el extracto notarial a que se refiere el aparte anterior, fue registrado en dicha Cámara;

d) Una copia auténtica de la Resolución número 24 de 16 de enero de 1950 proferida por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, por la cual se concede permiso definitivo a la sociedad anónima "Compañía Empresaria del Camino del Carare", domiciliada en esta plaza, para que continúe ejerciendo su objeto social;

e) Un ejemplar autenticado del "Boletín de la Cámara de Comercio de Bogotá" del 31 de enero de 1950, distinguido con el número 628, en que aparece publicada la resolución últimamente mencionada;

f) Un certificado expedido por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá de 11 de abril de 1956, que, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 28 de 1931, prueba que en esa fecha el gerente de la Compañía Empresaria del Camino del Carare era el señor Eduardo Dreyer; y

g) Poder que le otorgó el señor Eduardo Dreyer, como gerente de la Compañía ya antes mentada, para que la representara en este pleito.

A pesar de la documentación anteriormente aludida que demuestra el nacimiento jurídico de la actora y que su apoderado judicial recibió el mandato de su representación legal, la Cities Service Petroleum Corporation y la Compañía Colombiana de Petróleo (Ecopetrol), afirmando que si la Compañía Empresaria del Camino del Carare se extinguió el 18 de marzo de 1947, porque según su escritura de constitución y de reforma se fijó como término de su existencia el de la duración de los privilegios que otorgó el Gobierno por el contrato de 18 de marzo de 1890 mencionado en otro lugar, y que estos fenecieron en aquella fecha, mal puede ser ella la compañía que demanda y la que tenga un representante legal capaz de otorgar poderes al doctor Cock, por lo que, en consecuencia, conjuntamente proponen la excepción de ilegitimidad de la personería de que trata el numeral 3º del artículo 332 del C. J., y la segunda de las excepcionantes, además, la del caso contemplado en el numeral 2º de dicho artículo.

O dicho de otra manera: Las excepcionantes no niegan que la Compañía demandante nació a la vida jurídica, requisito indispensable para demandar o ser demandado, pero en cambio afirman que por el hecho de haberse extinguido la Sociedad como persona jurídica, el 18 de marzo de 1949, hoy no tiene existencia legal y, por tanto, no puede constituir apoderados ni comparecer en juicio, a menos que se trate de una sociedad diferente a la que se constituyó por la escritura pública 736 de 8 de marzo de 1897, afirmación que ataca no la personería adjetiva de la demandante, que es la que puede ser motivo de excepciones dilatorias, sino la personería sustantiva de la Sociedad. Es decir, proponen una verdadera cuestión de fondo que se roza con la titularidad de los derechos de la reclamante y, por tanto, con la legitimación en la causa que, según doctrina expuesta por la Corte, Sala de Casación Civil, en sentencia de 19 de agosto de 1954 (G. J. número 2145, páginas 345 a 453), y reiterada después en diversos fallos, no hace parte de los presupuestos procesales, y, por consiguiente, debe ser resuelta en la sentencia.

Para hacer resaltar aún más el carácter de fondo que tiene la excepción de ilegitimidad de la personería propuesta como dilatoria, se recuerda que, según el caso sub-judice y de acuerdo con los hechos de la demanda que sirve de cabeza de proceso, uno de los fundamentos para que prosperen las acciones instauradas es que en la sentencia se concluya que no está vencido el término de las concesiones o privilegios otorgados por el Gobierno a la Compañía Empresaria del Camino del Carare, como lo afirma la demandante, y por consiguiente, que sigue teniendo vida la Sociedad que para explotarlos se constituyó por igual tiempo; y si ahora por este auto se estudiara, como lo pretenden los excepcionantes, el fenecimiento o extinción de la actora, con base en lo afirmado por ellos, vale decir, porque se concluya que tales privilegios expiraron el 18 de marzo de 1949, se estaría prejuzgando o fallando el

pleito antes de tiempo por medio de una providencia interlocutoria.

Lo expuesto y el hecho de estar demostrada la personería adjetiva de la Sociedad y que la Compañía demandante es la misma que se constituyó por la escritura pública número 736 de 8 de marzo de 1897, es suficiente para que no prospere tampoco la excepción materia de estas consideraciones.

En mérito de todo lo expuesto SE RESUELVE:

Decláranse no probadas las excepciones dilatorias de declinatoria de jurisdicción, pleito pendiente e ilegitimidad de la personería propuestas dentro del presente juicio, en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia, por el señor Procurador Delegado en lo Civil como representante de la Nación, por la "Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol)" y por la "Colombia Cities Service Petroleum Corporation", a quienes, en consecuencia, se ordena contestar la demanda dentro del término de dos días.

Condénase en costas a la Empresa Colombiana de Petróleos y a la Colombia Cities Service Petroleum Corporation.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL, una vez ejecutoriado.

Samuel de Sola Roncallo — Jorge García Merlano, Secretario.

RECURSO DE SUPLICA.—LA SALA NO ACCEDE A REVOCAR LA ANTERIOR PROVIDENCIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

En providencia de 25 de abril último, el H. Magistrado sustanciador doctor Samuel de Sola Roncallo, decidió del incidente sobre excepciones dilatorias propuestas por la Nación, la Empresa Colombiana de Petróleos y la Colombia Cities Service Petroleum Corporation, dentro del término que tenían para contestar la demanda ordinaria de única instancia promovida por la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. contra dichas entidades.

Las excepciones en referencia fueron propuestas así:

Declinatoria de jurisdicción, por la Empresa Colombiana de Petróleos; la de pleito pendiente, por la Nación y la sociedad ya nombrada; y la de ilegitimidad de la personería de la demandante, por la Colombia Cities Service Petroleum Corporation y la Empresa Colombiana de Petróleos.

En el fallo citado se declaran no probadas todas estas excepciones y se condena en costas a las sociedades petroleras que las alegaron.

Las tres entidades vencidas han interpuesto oportunamente el recurso de súplica, que la Sala entra a fallar mediante las consideraciones que siguen:

Fundamentos del Procurador Delegado en lo Civil

Sostiene este funcionario que el señor Magistrado sustanciador, al decidir sobre la excepción de pleito pendiente desatendió principios de orden filosófico-procesal, según los cuales aquella excepción no descansa exclusivamente en el fenómeno de la identidad formal de las acciones, sino en aquel, señalado por la jurisprudencia de la Corte y por los expositores, de que el fallo pronunciado en una de aquellas, produzca la excepción de cosa juzgada en las demás. "Este criterio, por una parte —añade— de economía procesal, y por la otra en guarda de la unidad y firmeza de los fallos judiciales, es la base primordial y razón de ser de la excepción de litis-pendencia, que con la de cosa juzgada tiene de común la finalidad de evitar una inútil duplicación de la actividad jurisdiccional".

Estima por tanto el señor Procurador que para la prosperidad de la excepción de litis-pendencia, lo esencial es que exista identidad de causa petendi entre las demandas, identidad que en este proceso aparece claramente establecida. Para demostrarlo expone lo siguiente:

"Al proponer, el distinguido apoderado del actor este nuevo pleito, formuló la petición principal de que es nulo e inoponible a la Compañía Empresaria del Camino del Carare el contrato celebrado con fecha 14 de diciembre de 1955 por la Empresa Colombiana de Petróleos y la Colombia Cities Service Petroleum Corporation sobre explotación de petróleos, en el antiguo territorio de Bolívar.

"Ahora, de acuerdo con los antecedentes relatados por el actor en los hechos de su demanda, ¿por qué vienen a resultar en su concepto nulos tales compromisos? Porque estima, que están vigentes los primitivos contratos celebrados para la explotación exclusiva del territorio de Bolívar, a partir del celebrado entre el Ministro de Fomento de la Administración Holguín y Wenceslao Camacho y Nepomuceno Bernal, con las adiciones, reformas y cesiones que relatan los hechos del libelo y los que fundan los escritos de excepciones.

"Pero es que, a su vez, el pleito principal iniciado el 12 de diciembre de 1951, por el mismo actor contra la Nación ataca en sus fundamentos básicos los problemas surgidos por juicios posteriores como éste, al pretender, que sin que medie fallo definitivo pasado en autoridad de cosa juzgada y que declare no vigentes los contratos primitivos celebrados por el Gobierno y cedentes de la hoy pretendida Empresa del Carare, no puede tener el Estado Colombiano como no vigentes dichos contratos".

Y agrega más adelante:

"Luego, es absolutamente cierto, e incontrovertible que este nuevo pleito esté contenido en el principal a que hice referencia en mi excepción de pleito pendiente, pues no es dable resolver por la justicia encomendada en este caso a vuestra suprema investidura, la validez o invalidez jurídica del compromiso a que alude la nueva demanda, sin que estudiéis su raíz, causa o fundamento, que lo constituyen los contratos primitivos, cuya vigencia está desde el año de 1951 **sub-judice**".

En otro párrafo más adelante argumenta:

"En consecuencia, la H. Corte no podrá pronunciarse sobre las peticiones de este nuevo proceso, sino después de haberse resuelto en sentencia definitiva y con autoridad de cosa juzgada como la pidió el doctor Víctor Cock en su primitiva demanda, si los privilegios que la compañía Empresaria del Camino del Carare cree tener sobre el antiguo territorio de Bolívar están o no vigentes. Porque, ¿con qué legitimación en causa pretende impugnar el actor la validez de un compromiso de explotación de petróleos en un territorio de propiedad de la Nación, si ésta no ha estado inhibida en forma alguna para contratar, autorizar o garantizar los efectos del correspondiente compromiso?".

Al referirse a estas fundamentaciones de la súplica, el apoderado de la Empresaria del Camino del Carare, contesta:

"Empero si existe la identidad de causa alegada por el señor Agente del Ministerio Público, ello contribuye, simplemente a demostrar el acierto de la providencia recurrida, en cuanto se reconoce en ella, que el caso que en este asunto se contempla, no es el de pleito pendiente, sino que se presenta, en cambio, una posible causal de acumulación de los juicios.

"El punto lo define, por lo demás, el artículo 396 del C. Judicial en relación con el 397, desde el ángulo de la cosa juzgada. (Ord. 1º del artículo 398 del C. Judicial en relación con el 397, desde causa, en el artículo 398, Ord. 4º, al señalar como motivo de acumulación".

Efectivamente, en la providencia recurrida se analizó con toda claridad el problema que aquí nuevamente ha venido a plantear el señor Procurador Delegado, al sostener la tesis de que si bien existen en las demandas de la Empresaria del Camino del Carare fundamentos de hecho y de derecho idénticos, no puede afirmarse que las causas de pedir sean idénticas puesto que la acción que se pretende enervar con la excepción en estudio, se ejercita la petición de nulidad e inoponibilidad de un contrato celebrado entre la Empresa Colombiana de Petróleos y la Colombia Cities Service Petroleum Company en 1955, petición no contemplada en los juicios ya existentes. Tal identidad de hechos en los libelos, se dice en el auto referido, no es suficiente para la prosperidad de la excepción en estudio, "comoquiera que lo que la ley exige para que se configure la dilatoria aludida es la identidad de acciones ejercitadas por el demandante contra el demandado, pero no la identidad de hechos en los libelos".

Ante la tesis reiteradamente sostenida en sus escritos por el señor Procurador Delegado, sobre el fenómeno de la cosa juzgada que se dice es incuestionable en el presente caso, cabe preguntar:

¿Es que realmente la sentencia que haya de dictarse en los procesos acumulados de la Empresaria del Camino del Carare contra la Nación únicamente, y contra ésta y la Texas Petroleum Company, y otros más que no hay necesidad de detallar, ineludiblemente va a producir sobre la demanda aquí incluida por aquella misma Compañía, los efectos de la cosa juzgada?

De ninguna manera. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que las súplicas de los diferentes libelos se encaminan a obtener declaraciones relacionadas intrínsecamente con relaciones contractuales diferentes unas de otras. De tal suerte que no puede decirse con propiedad que fallados adversa o favorablemente los juicios ya acumulados, esas resoluciones, en virtud del fenómeno jurídico de la cosa juzgada, automáticamente dejen resueltas las peticiones formuladas en el juicio que habrá de tener origen en la demanda a que la excepción se contrae.

Lo que ocurre en los juicios ya acumulados y en la presente demanda, todos relacionados con contratos que ha venido celebrando el Gobierno Nacional con distintas compañías sobre exploración y explotación de petróleos en zonas pertenecientes al antiguo Territorio de Bolívar, es que parten de la base de la vigencia de los primitivos contratos pactados entre el Gobierno Nacional y la Compañía Empresaria del Camino del Carare, cuestión que se halla **sub-judice** en el primer juicio promovido por esta última sociedad contra la Nación. De tal suerte que la resolución favorable o adversa que en este último se produzca para la demandante, hará sí que las acciones sobre nulidad e inoponibilidad de los contratos y las resoluciones a ellos pertinentes que ha venido ejercitando la Compañía Empresaria del Camino del Carare, sean resueltas asimismo, favorable o des-

favorablemente, pero no producirá en ningún caso la excepción de cosa juzgada. De ahí que todas las razones aducidas por la Procuraduría Delegada a favor de la excepción de pleito pendiente, convenzan una vez más de la posibilidad de obtener una acumulación de autos respecto de todos los negocios que ha promovido la Empresaria del Camino del Carare en torno a los contratos celebrados por el Gobierno para la explotación de yacimientos petrolíferos en el antiguo Territorio de Bolívar, en cuanto todos esos negocios se apoyan en un título que le es común: las concesiones y privilegios concedidos por la Nación a dicha compañía a modo de compensación por la construcción del camino del Carare, derechos que, se repite, se hallan sub-judice en el primer juicio seguido por dicha compañía contra la Nación.

Excepciones de ilegitimidad de la personería y declinatoria de jurisdicción

En la providencia recurrida se hizo un estudio muy completo de los fundamentos que hicieron valer la Colombia Cities Service Petroleum Corporation y la Empresa Colombiana de Petróleos para proponer la excepción "dilatoria" de ilegitimidad de la personería de la parte demandante.

De tales fundamentos dedujo el señor Magistrado sustanciador que en ellos no se trata de atacar la representación de la Compañía Empresaria del Camino del Carare desde un punto de vista simplemente adjetivo, sino de demostrar que dicha sociedad no existe como persona jurídica por haber caducado el término fijado para su duración, lo cual plantea una cuestión de fondo que solo puede ser resuelta en la sentencia definitiva.

En los párrafos que en seguida se copian, deja la Colombia Cities Service Petroleum Corporation expuestos los argumentos que en su sentir justifican su reclamo:

"Pero resulta que ni mi mandante y tampoco Ecopetrol, que propuso también esta excepción, hemos afirmado la extinción de la sociedad actual por la conclusión de los privilegios otorgados a ella. La extinción de dicha sociedad la hemos afirmado por la expiración del plazo, es decir, por la llegada del día, cierto y determinado, 19 de marzo de 1947, señalado por la Escritura constitutiva como término de duración; al hablar la escritura de constitución del plazo por duración de los privilegios estaba entendido que estos privilegios podían caducar antes del 19 de marzo de 1947 y no después puesto que la fecha ya citada era el tope de duración de la sociedad.

"Por eso el objeto y fundamento de esta excepción es que se identifique la persona del demandante que representa una sociedad que subsiste después del 19 de marzo de 1947 con la que existía antes de esa fecha, ya que no puede ser la misma, porque la prórroga que el actor alega no se produjo en la forma ordenada por el artículo 2124 del Código Civil, es decir: 'Por unánime consentimiento de los socios y con las mismas formalidades que para la constitución primitiva'.

"Esto, que ha debido demostrarse con el certificado de la Cámara de Comercio, el cual debe ser presentado en los términos del artículo 40 de la Ley 28 de 1931, en donde se haga constar la fecha y Notaría de la escritura de constitución y las de aquellas que contengan la forma de las mismas con la extinción exigida por los artículos 469 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1899, no fue acreditado plenamente y conforme la exigencia legal. Si el Magistrado-estudia el que aparece al folio 66 del expediente, encontrará que no acredita los requisitos determinados por la ley para obrar como sociedad existente, es decir como persona jurídica en actividad y por tanto como ente jurídico capaz de ser parte en juicio: esto porque la Compañía Empresaria del Camino del Carare, que se constituyó por medio de la Escritura número 736 ya citada, dejó de existir al vencerse el término señalado para su duración. La excepción de ilegitimidad propuesta para que se identifique la persona del demandante, tiene como fin que se demuestre la existencia de la Compañía a cuyo nombre obra el señor Dreyer, quien se dice Gerente de ella, de donde debía resultar la capacidad de la demandante para ser parte, que es uno de los presupuestos procesales. A pesar de haberse propuesto la excepción aunque se refiere el numeral 3º del artículo 332 del C. J., esto es la de ilegitimidad de la personería 'para que se pruebe la identidad de la persona que establece la demanda', tal prueba de identidad no se ha dado. Y como no tiene existencia legal ni jurídica la Compañía Empresaria del Camino del Carare, a cuyo nombre se estableció la demanda, como se dijo en el memorial de excepciones, falta el presupuesto procesal de capacidad para ser parte, requisito de examen previo que al Juez corresponde decidir al fallar las excepciones...".

Por su parte, el apoderado de la Empresa Colombiana de Petróleos, alega:

"Al recurrir la providencia del 28 de abril por medio de este escrito lo hago en vista de que en

tal proveído el distinguido señor Magistrado ponente se limitó a estudiar el elemento de la acción denominado legitimatio ad causam o personería sustantiva del actor y no la capacidad para ser parte, que como presupuesto procesal indispensable y previo a la constitución de la relación jurídico procesal es indispensable para el desarrollo del juicio. Solicité por medio de esta excepción que el demandante compruebe la identidad de la persona que establece la acción o sea que demuestre la existencia como sociedad en funcionamiento de la Compañía Empresaria del Camino del Carare, ya que se ha negado su existencia. El señor Magistrado analizó los documentos que demuestran el nacimiento a la vida jurídica de la sociedad actora pero no tuvo en cuenta las razones anotadas en mi escrito para exigir la prueba de que dicha sociedad existía legalmente en la fecha de la demanda y el actor no se preocupó en la oportunidad debida para demostrar la vigencia de la misma. Si la sociedad existía en el momento de presentar la demanda, pues es obvio que cumple el presupuesto procesal de capacidad para ser parte en el juicio; pero si no existe como lo demostré con las razones acompañadas a la excepción propuesta carece de esa capacidad para ser parte y por consiguiente el juicio no puede continuarse por ausencia clara de uno de los presupuestos procesales que la H. Corte ha considerado esencial para el desarrollo del juicio".

Estas alegaciones contienen una verdadera petición de principio. Porque no puede llegarse a la afirmación de que la Compañía Empresaria del Camino del Carare que aquí demanda debe considerarse como una entidad distinta de la fundada por medio de la escritura 736 de 1897 de la Notaría Tercera de Bogotá y que por tanto debe acreditar su existencia jurídica por los medios establecidos en la ley, sin desconocer la existencia de la primera y de plantear por consiguiente una cuestión de fondo, es a saber, la falta de titularidad de la parte actora para ejercitar las acciones contenidas en la demanda de autos. En otros términos, la Sala no puede aceptar en el presente caso, sin incurrir en la anticipación de una decisión que va al fondo de la controversia, que haya una dualidad de personas jurídicas bajo el nombre de Compañía Empresaria del Camino del Carare, una anterior al 19 de marzo de 1947 y otra constituída con posterioridad a esta fecha, porque para ello debería comenzar por resolver si evidentemente la Compañía Empresaria del Camino del Carare en cuya representación se ha promovido la demanda de autos, dejó de existir o no, y en caso afirmativo, si esta Compañía que demanda es de nueva organización y si tiene o no acreditada su personería, que es, como se ha visto, lo que pretenden las sociedades excepcionantes.

Lo dicho, a juicio de la Sala, es suficiente para demostrar que el auto suplicado no merece, por este nuevo aspecto, modificación alguna.

Resta decir que no es del caso entrar a examinar el mérito probatorio de la publicación oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá, número 963 de 15 de marzo último, en el que, al folio 58 v. aparece publicada la resolución número 655 del 10 de septiembre de 1957, dictada por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, por medio de la cual se revocó la número 24 de 16 de enero de 1950 que concedió permiso a la Compañía Empresaria del Camino del Carare para continuar ejerciendo su objeto social, por cuanto este documento ha sido traído por la Colombia Cities Service Petroleum Corporation fuera del término probatorio del incidente de excepciones, toda vez que vino acompañada con el escrito de súplica.

Respecto a la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, alega la Empresa Colombiana de Petróleos en esta oportunidad:

"La diferencia entre estas dos normas (artículos 76 y 40 del C. J.) consiste en que el artículo 76 dá la competencia al Tribunal para todos los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y se ventilen cuestiones de derecho privado. Y el artículo 40 que es la excepción de la competencia a la Corte para conocer de controversias provenientes de contratos en que la Nación 'haya sido precisamente sujeto de la relación jurídica original de donde deriva su existencia el contrato'. En el caso presente la existencia del contrato no se deriva de las obligaciones contraídas en forma directa por la Nación. Sobre este punto dice la Corte en fallo de 16 de agosto de 1951 lo siguiente: 'Analizando de cerca lo que ocurre cuando un propietario privado se considera lesionado en sus derechos por el contrato que celebra la Nación ya sea para explorar y explotar petróleos en terrenos que aquel juzga de su dominio privado, o para explorar y explotar minerales contenidos en terrenos en que el interesado alega tener derechos preferenciales, la controversia no tiene como origen el contrato mismo que la Nación haya celebrado, sino el derecho del propietario que ve ante el peligro de que se le desconozca. El vocablo proveniente, derivado del verbo PROVENIR no puede tener sentido distinto del que le señala el diccionario de la lengua...".

"De manera —continúa— que es claro que la competencia de la Corte para conocer en una sola instancia de un litigio proveniente de un contrato es presupuesto esencial el que la Nación haya celebrado el contrato, es decir, que el acuerdo de voluntades pactado y que constituye el contrato se haya hecho con la Nación como sujeto original de la relación jurídica convenida...".

Se insiste; pues, en que la competencia para conocer de la demanda de autos no corresponde a la Corte —Sala de Negocios Generales— en única instancia, sino al Tribunal Superior respectivo.

En la providencia suplicada, teniendo en cuenta el contexto de la cláusula 46 del contrato de que trata la presente demanda, dice: "De donde se colige que la Nación no solamente aprobó el contrato en referencia para que se cumpliera una formalidad administrativa sino también para hacerse parte en el mismo, y, por consiguiente, sí tiene competencia la Sala para conocer de este negocio en única instancia".

Resulta de toda evidencia que en virtud de la citada cláusula 46 del contrato materia de la demanda, la Nación se hizo parte en él, al garantizar "la esencia y el cumplimiento de todos sus términos, condiciones y estipulaciones por parte de Ecopetrol y de cualquiera que le suceda en sus derechos y obligaciones...".

El señor apoderado de la Compañía Empresaria del Camino del Carare expone en su escrito de traslado este argumento que merece ser transcrito:

"Quien dá la garantía, contrata, y si ese contrato está en conflicto con contratos anteriormente celebrados por el mismo garante, la Nación, como los pactados con la Compañía Empresaria del Camino del Carare, y que esta Compañía sostiene estar vigentes, debe comparecer en juicio la Nación contratante para que sea la justicia ordinaria, en este caso la Corte Suprema de Justicia, la que, con fuerza vinculante, defina tal situación, y en armonía con el artículo 40 del Código Judicial, que al respecto le fija competencia".

No puede desconocerse, en efecto, que la Nación intervino en la celebración del contrato de 14 de diciembre de 1955 entre la Empresa Colombiana de Petróleos y la Colombia Cities Service Petroleum Corporation de que habla la demanda, para garantizar todas sus estipulaciones. Y si la Nación se hizo parte en ese convenio, no puede negarse que de las controversias que provengan de tal contrato, sea esta Sala de la Corte la que conoce de ellas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 del C. de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 2º de la Ley 67 de 1943.

Las consideraciones que se dejan expuestas son suficientes a juicio de la Sala para que se mantenga la providencia suplicada.

Por tanto, la Sala RESUELVE no acceder a la revocatoria del auto suplicado.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Héctor Martínez Guerra — Roberto Goenaga. Jorge Sanabria—Jorge García M., Secretario.

LA ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL AMPARO ADMINISTRATIVO DE UNA MARCA DE FABRICA, SOLO PUEDE INSTAURARSE ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA CONTRA EL POSEEDOR DE LA MARCA OBJETO DE ESE AMPARO, Y NO CONTRA LA ENTIDAD OFICIAL REPRESENTADA POR EL FUNCIONARIO QUE DECIDIO DE LA QUERELLA RESPECTIVA. — EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

1. — El registro de patentes y marcas de fábrica, comercio y agricultura, tienen una reglamentación especial en las leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, esta última modificatoria de algunas de las disposiciones de aquella. De acuerdo con esos estatutos, de las controversias a que dan origen las solicitudes sobre registros de marcas de fábrica y patentes de invención, y la cancelación de las mismas, son de la privativa competencia de los Jueces del Circuito de Bogotá en primera instancia, y del Tribunal respectivo en segunda. El artículo 67 consagra a favor de los poseedores de marcas de fábrica y patentes de invención debidamente registradas, la acción administrativa del amparo posesorio contra los usurpadores de tales títulos. Estas acciones, según dicha disposición, se promueven ante el Alcalde del domicilio del sindicado, y los fallos que dichos funcionarios dicten en tales negocios, son apelables para ante el respectivo Gobernador. En efecto, dispone el artículo 79 de la misma Ley 31: "El sindicado podrá apelar para ante el Gobernador correspondiente, contra la resolución posesoria del amparo, y la primera autoridad municipal deberá conceder tal apelación en el efecto devolutivo, ejecutándose provisionalmente lo que hubiere dispuesto".

Y el artículo 73 de la misma Ley 31 establece: "Confirmada por el superior (la Gobernación) la resolución apelada, el sindicado usurpador podrá probar la legitimidad de su proceder, en acción que ha de intentar ante el Poder Judicial CONTRA EL POSEEDOR DE LA PATENTE O CERTIFICADO YA DICHOS: y mientras no obtenga una sentencia definitiva, prevalecerá la resolución administrativa que decretó el amparo". (Subrayado por la Sala).

En concordancia con las disposiciones legales anteriormente comentadas, los Gobernadores son funcionarios competentes para decidir en segunda instancia de las querellas que se promuevan para obtener el amparo administrativo de una marca de fábrica (artículos 70 y 71 de la Ley 31 de 1925 vigentes). De consiguiente, del ejercicio de esta facultad en ningún caso podría derivarse responsabilidad alguna distinta de la individual que, en el campo penal, le cabe a los funcionarios públicos por abuso de autoridad, prevaricato y demás delitos en que puedan incurrir por razón del ejercicio de sus cargos. La atribución de que tratan las disposiciones citadas, no la usan los Gobernadores en su carácter de representantes del respectivo Departamento, sino en virtud de un mandato legal especialísimo.

La Ley 31 de 1925, en su artículo 73, consagra la acción que cabe ejercitar al sindicado usurpador vencido en la querella respectiva para obtener la reparación de los derechos que le hayan podido ser conculcados en la resolución definitiva de aquella, que ha de ejercitar ante el poder judicial, desde luego, por la vía ordinaria. Esta disposición da a entender claramente que en esa acción ha de revisarse la legalidad del acto administrativo, junto con las consecuencias que de su nulidad puedan derivarse.

Mas de acuerdo con el contexto de aquella misma norma legal, esa acción revisoria no se dirige contra el funcionario que dictó el fallo sobre amparo administrativo, ni contra la entidad que ese funcionario esté representando, sino contra el querellante titular de la patente o certificado de registro de marca objeto del amparo.

2.—Cuando la demanda inicial del pleito está dirigida contra persona distinta de la que realmente debe responder por la obligación que se pretende sea reconocida judicialmente, da origen a la excepción dilatoria

de inepta demanda, la cual debe entenderse en un sentido meramente formal. Pero si afecta la personería sustantiva deja de serlo desde el punto de vista puramente procesal, para convertirse en una cuestión de fondo, desde luego que constituye la falta de legitimación de la causa de la parte demandada. Así lo ha expresado la Corte, entre otros fallos, en el de fecha 20 de junio de 1945, de esta misma Sala (G. J. Tomo LIX, pág. 546).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, once de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

Del contexto de la demanda y de los documentos que han sido allegados a este juicio, los antecedentes de la acción indemnizatoria aquí ejercitada por el señor Antonio Yemail G. contra el Departamento de Bolívar, son los siguientes, sintetizados:

a) En la liquidación de la sociedad comercial de responsabilidad limitada "A YEMAIL GOMEZ & COMPAÑIA", con domicilio en Tolú, se adjudicaron al socio Antonio Yemail Gómez la totalidad del activo y pasivo de dicha sociedad, según consta de la escritura pública número 84 de 31 de diciembre de 1953, de la Notaría de Tolú.

b) Antes de tal liquidación, la sociedad "H. Lecompte e Hijos Ltda." de Cartagena promovió ante la Alcaldía de Tolú una querella policiva contra "A. Yemail Gómez & Compañía Ltda." sobre amparo de posesión de la marca de fábrica del producto denominado "Menticol", de que es titular la compañía querellante, en razón de que la última de las sociedades nombradas estaba fabricando y dando al comercio un producto similar bajo la marca "Eticol", que, como aquel, consistía en una loción de tocador. En la querella policiva se pedía la prohibición a "A. Yemail Gómez & Cía." de continuar en la elaboración del "Eticol" bajo las respectivas sanciones, y el retiro del comercio de dicho producto.

c) La acción policiva tuvo por fundamento el hecho de que el producto "Eticol" era una imitación fraudulenta del "Menticol" que la sociedad "H. Lecompte e Hijos Ltda. Perfumería Lemaitre" de Cartagena, tiene debidamente registrado en el Ministerio de la Economía Nacional.

d) La Alcaldía de Tolú denegó el amparo solicitado por resolución de 5 de septiembre de 1949, providencia que fue apelada por el querellante para ante la Gobernación del Departamento. (Fol. 11, C. número 1).

e) La Gobernación, por Resolución de 8 de febrero de 1950 (fol. 13, C. número 1), revocó la del inferior, y en su lugar dispuso:

"Conceder a la sociedad comercial 'H. Lecompte e Hijos Ltda. Perfumería Lemaitre', amparo posesorio de la marca de fábrica 'MENTICOL" de que trata la presente querella, previniendo a la sociedad comercial denominada 'Yemail Gómez & Cía. Ltda.' representada por el señor Antonio Yemail Gómez, se abstenga en lo sucesivo de seguir fabricando el producto o loción de tocador que ha lanzado al mercado con el nombre de 'ETICOL' el cual no podrá usarse, ni ser objeto de comercio ni explotación industrial de ninguna especie, y se le exige una fianza por el doble de la suma fijada como valor del fraude, o sea la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente, la cual prestará por ante la Alcaldía de Tolú dentro del término de quince (15) días a partir de la ejecutoria de esta providencia".

f) La Gobernación de Bolívar impartió las órdenes del caso a la Alcaldía de Tolú para el fiel y oportuno cumplimiento de la resolución que se acaba de mencionar.

Con fundamento en estos hechos, y alegando que la Resolución de la Gobernación de Bolívar es ilegal y violatoria de derechos legítimamente adquiridos, el señor Antonio Yemail G. por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria de mayor cuantía ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena con fecha 4 de agosto de 1955, en la cual formula las súplicas siguientes:

"Que el Departamento de Bolívar, como persona jurídica, es directa y civilmente responsable de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que le fueron ocasionados a la sociedad comercial 'Yemail Gómez & Cía. Ltda.', domiciliada en Tolú, de este Distrito Judicial, y representada por el señor Antonio Yemail Gómez, por culpa del entonces Gobernador del Departamento, doctor Alfredo Araújo Grau y del Subsecretario de Gobierno doctor Oscar de la Ossa, al dictar como funcionarios directos la Resolución de fecha ocho (8) de febrero de 1950, que revocó la dictada por la Alcaldía de Tolú, de fecha 5 de septiembre de 1949, en la querella policiva de los señores 'H. Lecompte e Hijos Ltda.', en cuya Resolución 'se previno a la sociedad demandada 'Yemail Gómez & Cía. Ltda.', representada por el señor Antonio Yemail Gómez se abstenga en lo sucesivo de seguir fabricando el producto o loción

de tocador que ha lanzado al mercado con el nombre de 'ETICOL', el cual no podrá usarse, ni ser objeto de comercio ni de explotación industrial de ninguna clase', y se le exige la prestación de una fianza por el doble de la suma fijada como valor del fraude, o sea, la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente, la cual prestará por ante la Alcaldía de Tolú dentro del término de quince (15) días a partir de la ejecutoria de esta providencia'.

"2º—Que como consecuencia de la anterior declaración, el Departamento de Bolívar está obligado a pagar a favor de mi poderdante Antonio Yemail Gómez, como representante de la sociedad 'Yemail Gómez & Cía. Ltda.', dentro del término que fije para ello y a título de indemnización o reparación civil, la suma de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) moneda corriente o la que fijen peritos en este juicio o con posterioridad, de acuerdo con el artículo 553 del C. J., como valor de los daños morales objetivos y los perjuicios materiales propiamente dichos (daño emergente y lucro cesante) que se le causaron a la sociedad 'Yemail Gómez & Cía. Ltda.', y al mismo Antonio Yemail Gómez, cómo su representante, por motivo de la Resolución dictada por la Gobernación del indicado Departamento de Bolívar está obligado a pagar a favor de mi poderdante como representante de la sociedad perjudicada 'Yemail Gómez & Cía. Ltda.', la suma que en justicia se fije por ese Honorable Tribunal, como valor de los perjuicios morales subjetivos que le ocasionaron a la expresada sociedad, en la persona de su socio Antonio Yemail Gómez, los funcionarios directivos del Departamento, al pronunciar la Resolución de fecha ocho (8) de febrero de 1950, perjuicios consistentes en el dolor y sufrimiento morales, que se le ocasionaron, no solo por la inhabilitación en que lo colocaron para hacer uso de un derecho legítimo, sino por el desprestigio profesional y social en que quedaron como industriales y comerciantes.

"4º—Que el señor Antonio Yemail Gómez, como representante de la sociedad comercial 'Yemail Gómez & Cía. Ltda.' a quien se le adjudicó el activo de la expresada sociedad, tiene derecho a seguir usando la marca de fábrica y comercio consistente en la palabra 'Eticol', conforme a las características expresadas en el Registro de marca de fábrica y comercio número 24.831, concedido por el entonces Ministro de Comercio e Industrias y que consta en el certificado expedido por dicho Ministerio, fechado en Bogotá el 30 de noviembre de 1948, y de consiguiente, Yemail Gómez conserva el derecho de seguir fabricando y poniendo al comercio nacional, el producto o loción de tocador con ese nombre de 'Eticol', como propietario de la referida marca industrial.

"5º—Que el Departamento de Bolívar está obligado a pagar las costas de este juicio...".

Además de los hechos anteriormente anotados, el actor alega que para fabricar y lanzar al comercio el producto de tocador 'Eticol', obtuvo del Ministerio de Comercio e Industrias que por Resolución de fecha 29 de noviembre de 1948, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley 31 de 1925, se le reconociera a 'Yemail Gómez & Cía. Ltda.' como propietaria de la expresada marca 'Eticol', concediéndole el derecho exclusivo de usarla en el territorio nacional, por el término de diez años, contados desde el 30 de noviembre de 1948, y de acuerdo con las características de dicha marca contenidas en la referida resolución ministerial.

En el hecho 12º afirma el demandante, que con la prohibición decretada por la Gobernación de Bolívar para continuar fabricando el "Eticol", acto que señala como culposo, se le ocasionaron graves perjuicios de índole moral y económica, habida cuenta de que dicho producto había tenido general acogida en el público y constituído por tanto un verdadero éxito en esa industria; que en virtud de dicha determinación administrativa, la sociedad "Yemail Gómez & Cía. Ltda." hubo de liquidarse con la pérdida total del capital aportado para su organización, que fue de $ 25.000.00, así como también de las utilidades obtenidas durante diez años de labores.

Agrega en esta parte que esos perjuicios han recaído directamente sobre el demandante señor Yemail Gómez, en virtud de haber sido el adjudicatorio del activo y pasivo de la extinguida sociedad "Yemail Gómez & Cía. Ltda.", por cuanto se ha visto privado de las utilidades que inicialmente venía derivando de la producción del "Eticol".

Dentro de los hechos fundamentales, el demandante intercala varias alegaciones de orden jurídico en torno a la Resolución de 8 de febrero de 1950, dictada por la Gobernación de Bolívar, y más aún, en relación con la querella de carácter policivo promovida en la Alcaldía de Tolú. Esti-

ma el actor que la Alcaldía no tenía jurisdicción para conocer de esa acción, como así lo hubo de declarar esa dependencia en la providencia que luego revocó la Gobernación, por cuanto esas acciones deben promoverse ante los Jueces del Circuito de Bogotá.

"La Resolución de la Gobernación —dice en el hecho 7º— a que se hace referencia, carece de base legal, puesto que el 'amparo administrativo' solicitado por 'H. Lecompte e Hijos Ltda.' está fuera de lugar, ya que es errónea y arbitraria la aplicación que se hizo del artículo 67 de la Ley 31 de 1925, en concordancia con los artículos 1º y 2º del Decreto número 1023 de 1934, porque la sociedad comercial 'Yemail Gómez & Cía. Ltda.' al elaborar y dar al comercio su producto 'Eticol', hizo uso de una marca de fábrica legalmente registrada a su favor, después de haber llenado en el Ministerio de Comercio e Industrias, todas las formalidades legales, inclusive la de la publicación de su solicitud, para enterar a todo el comercio del país, del registro de su marca. De consiguiente, es falsa y dolosa la afirmación que se hizo de ser los señores Yemail 'usurpadores' de los derechos alegados por 'H. Lecompte e Hijos Ltda.', toda vez que ellos no procedieron en forma fraudulenta o clandestina, irrogándoseles una gratuita ofensa, perjudicial para sus intereses morales y materiales".

Sostiene en el hecho 8º que el régimen legal colombiano sobre protección industrial, señala dos clases de acciones sobre el particular: la primera consiste en la oposición al registro de una marca de fábrica por quien se considera titular de otra igual y preexistente, oposición que debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a la última publicación de la solicitud en el Diario Oficial. El conocimiento de las controversias a que dan origen dichas oposiciones, corresponde a los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, de modo privativo. La segunda, consiste en el 'amparo administrativo', que se ejercita contra quienes violan el derecho adquirido por la respectiva patente, la cual sí corresponde al conocimiento de los Alcaldes en primera instancia y a la respectiva Gobernación en segunda.

"Pero este procedimiento, agrega el demandante, no es admisible contra otro 'propietario de marca de fábrica' legalmente registrada por el Ministerio, caso en el cual solo es procedente la 'oposición al registro', ante los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá".

En el hecho 14º narra el actor que en el mes de mayo de 1950 ocurrió ante el H. Tribunal Seccional Contencioso Administrativo del Departamento de Bolívar, para demandar la nulidad de la predicha Resolución de la Gobernación y la reparación de los perjuicios que dicha providencia le había causado; mas tal demanda le fue rechazada "porque se trataba de una resolución dictada 'en la querella policiva de amparo posesorio de una marca de fábrica' y de conformidad con el artículo 73, numeral 2º del C. C. Administrativo, los actos de esta naturaleza no son acusables ante la jurisdicción Contencioso Administrativa".

Como disposiciones de derecho cita el demandante los artículos 76, numeral 2º, 84, 250, 734, 735, 737 y 739 del C. de Procedimiento Civil, 80 de la Ley 153 de 1887, 63, 73, 633, 1494, 1505, 1527, 2341, 2342, 2356, 2360 y concordantes del C. C., 34 y 38 y concordantes de la Ley 31 de 1925, 1º, 8º, 9º de la Ley 94 de 1931, 181, 194 de la C. Nacional 79, y 86 del Acto Legislativo de 1945 y la Ley 4ª de 1913.

Con la demanda fueron aducidos varios documentos mencionados a lo largo del libelo, de los cuales, si fuere el caso, se hará mención particular más adelante.'

La Gobernación del Departamento de Bolívar, por medio de apoderado, dio contestación a la demanda, aceptando los hechos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º; de los marcados con los números 7º, 8º, 11º, 15º y 16º manifiesta que se trata de cuestiones de derecho; negó los señalados con los números 10º, 12º y 13, y en cuanto al 9º alega que si bien es cierto que a "Yemail Gómez & Cía." se le concedió el registro de la marca de fábrica del producto "Eticol", no es menos cierto que tal derecho se otorgó bajo la responsabilidad del interesado y dejando a salvo los derechos de terceros, como lo preceptúa el artículo 46 de la Ley 31 de 1925. En cuanto al hecho 14º el demandado manifiesta que se atiene al valor probatorio de los certificados respectivos.'

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Superior de Cartagena, en fallo de fecha 6 de agosto de 1957, puso fin a la instancia, absolviendo al Departamento de Bolívar de todos los cargos contenidos en la demanda. (Fols. 85 a 96 del C. número 1).

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal considera en primer término que la Resolución de 8 de febrero de 1950 fue dictada por el Gobernador del Departamento demandado en ejercicio de una facultad jurisdiccional que le otorga la constitución y la ley, la cual ejerce no en representación

del Departamento como ocurre con los actos de administración, o de gestión, sino como Juez, en nombre de la República y por autoridad de la ley. Cierto es, añade el Tribunal, que esa función es propia de los jueces que forman la rama jurisdiccional del Poder Público, pero esta anomalía "no puede conducir a crear una situación todavía más anómala, cual sería la de vincular el patrimonio del Departamento a situaciones que, si bien cumplidas por quien por mandato constitucional es su jefe administrativo, no fueron realizadas por él en tal carácter". En tales condiciones, "no es el departamento de Bolívar la persona llamada a responder de esos perjuicios".

A continuación se analiza en el fallo el aspecto de la legalidad de la Resolución señalada por el actor como causa eficiente de los perjuicios reclamados, y allí, con base en la doctrina sentada por esta Sala en fallo que corre publicado en el Tomo LVJ de la GACETA JUDICIAL, páginas 299 y ss., se establece que para que la acción indemnizatoria proceda contra la indebida aplicación de la ley por parte de los funcionarios públicos, "se requiere que medie intención dolosa en dicho funcionario o el simple ánimo preconcebido de poner el error al servicio de un fin tortuoso en detrimento de una persona".

Aplicando este principio al caso debatido, añade el Tribunal:

"Ahora bien: no fue ilegal la Resolución de 8 de febrero de 1950. En efecto, según el artículo 67 de la Ley 31 de 1925, 'todo propietario de patente de invención o de un certificado de marca de fábrica, de comercio o de agricultura, que se crea objeto de una usurpación ejecutada por cualquier individuo o asociación, y que lesione los derechos reconocidos por tales documentos, podrá ocurrir al Alcalde del domicilio del sindicado, pidiéndole amparo administrativo contra los actos infractores que violen el derecho adquirido por la respectiva patente de invención o certificado de marca'.

"El parágrafo de dicho artículo indica las pruebas que deben acompañarse a la demanda, y el artículo 68 ordena que el fallo se profiera dentro de las 48 horas siguientes. En caso de acogimiento de la demanda la Resolución del Alcalde contendrá la prevención al sindicado de que se abstenga de ejecutar los hechos infractores porque ha sido denunciado, y le exigirá una fianza de que así lo hará, cuya cuantía no será menor del doble del fraude probado en la infracción presentada.

"Según el artículo 70 'el sindicado podrá apelar dentro de tres días, para ante el Gobernador correspondiente, contra la resolución posesoria del amparo'. El artículo 71 concede igual derecho de apelación al querellante en caso de no ser acogida su petición.

"Y de conformidad con el artículo 73 'confirmada por el superior la resolución apelada, el sindicado usurpador podrá probar la legitimidad de su proceder, en acción que ha de intentar ante el Poder Judicial contra el poseedor de la patente o certificado ya dichos; y mientras no obtenga una sentencia definitiva, prevalecerá la resolución administrativa que decretó el amparo".

"Pues bien: fue con base en las anteriores disposiciones legales y sus concordantes y por haber encontrado configurado un caso de usurpación de marca de fábrica, que la Gobernación del Departamento de Bolívar profirió la Resolución acusada por el demandante como ilegal y arbitraria".

Refiriéndose al argumento expuesto en la demanda por el actor de que el amparo administrativo solo procede respecto de la persona o entidad que carece de una marca de fábrica debidamente registrada y en ningún caso contra quien sí posee ese título, como ocurre en estos autos, expresa el Tribunal en el fallo que se viene transcribiendo:

"Dice el demandante que el amparo posesorio de que tratan los artículos 67 y ss. de la Ley 31 de 1925 no puede prosperar contra quien tiene una marca de fábrica debidamente registrada, como era el caso de la sociedad 'Yemail Gómez & Co.' con relación al producto 'Eticol', porque de conformidad con el artículo 8º de la Ley 94 de 1931, 'marca imitada es la no inscrita, igual o semejante a la inscrita'. Sin embargo, como bien anota el señor apoderado del Departamento, el artículo 1º del Decreto 1023 de 1925, reglamentario de los artículos 67 y 68 de la Ley 31 de 1925, considera como usurpador incluso al poseedor de una marca registrada, al decir en términos bien generales que 'entiéndese por usurpador todo aquel que en forma alguna (subraya la Sala), atente contra los derechos del propietario de una patente de invención o de una marca o modelo registrados'. Lo cual aparece corroborado por la posibilidad que contempla el inciso 2 del mismo decreto, de que el objeto que constituye la usurpación haya estado amparado por 'alguna licencia', la cual deberá ser cancelada".

Finalmente, el Tribunal, hace notar que la acción también está llamada a prosperar en razón de que los perjuicios de orden puramente económico de cuya indemnización se trata, no aparecen debidamente demostrados en el expediente,

pues del examen de los libros de contabilidad de la sociedad demandante verificado dentro del término probatorio no comporta la plena prueba acerca de las pérdidas sufridas, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 49 del C. Judicial, ni aparece acreditado que "Yemail Gómez & Cía." o el demandante Antonio Yemail hubiesen constituido la fianza impuesta en la resolución de 8 de febrero de 1950.

Las motivaciones del fallo en referencia aparecen resumidas textualmente del siguiente modo:

"De lo dicho resulta: a) que no fue ilegal la resolución de 8 de febrero de 1950 de la Gobernación de Bolívar que ordenó a la sociedad Yemail Gómez & Cía., suspender la elaboración del producto Eticol, ni mucho menos, que los autores de dicha resolución hubieran obrado dolosamente; b) que aunque dicha resolución hubiera sido ilegal y sus autores hubieran actuado dolosamente al proferirla, no se sabría si esa resolución afectó el ejercicio económico de la sociedad Yemail Gómez & Cía.; y c) que aunque dicha resolución hubiera sido dolosamente dictada y hubiera afectado la marcha económica de la sociedad Yemail Gómez & Cía., no sería el Departamento de Bolívar la entidad llamada a responder económicamente de los perjuicios que tal resolución hubiera causado, como se señaló en el capítulo I".

ALEGACIONES DEL DEPARTAMENTO

Conviene advertir en primer término que la parte actora se mantuvo totalmente inactiva en esta alzada, de tal suerte que no se conocen sus puntos de vista con respecto al recurso por ella interpuesto contra la sentencia anteriormente anotada.

El Departamento de Bolívar por su parte, constituyó en debida forma su apoderado ante esta Sala, quien en escrito de fecha 18 de marzo último (fol. 20 de este cuaderno) solicitó que se condene en costas al actor, por estimar que su demanda es temeraria, 1º) porque la resolución de 8 de febrero de 1950 es un acto jurisdiccional, no susceptible de generar perjuicios indemnizables; 2º) porque la acción se ha dirigido contra persona distinta de la llamada a responder por ella; y 3º) porque no se ha demostrado la relación de causalidad entre los perjuicios y el derecho invocado como fuente de ellos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El registro de patentes y marcas de fábrica, comercio y agricultura, tienen una reglamentación especial en las leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, esta última modificatoria de algunas de las disposiciones de aquella. De acuerdo con esos estatutos, de las controversias a que dan origen las solicitudes sobre registro de marcas de fábrica y patentes de invención, y la cancelación de las mismas, son de la privativa competencia de los Jueces del Circuito de Bogotá en primera instancia, y del Tribunal respectivo en segunda. El artículo 67 consagra a favor de los poseedores de marcas de fábrica y patentes de invención debidamente registradas, la acción administrativa del amparo posesorio contra los usurpadores de tales títulos. Estas acciones, según dicha disposición, se promueven ante el Alcalde del domicilio del sindicado, y los fallos que dichos funcionarios dicten en tales negocios, son apelables para ante el respectivo Gobernador. En efecto, dispone el artículo 7º de la misma ley 31: "El sindicado podrá apelar para ante el Gobernador correspondiente, contra la resolución posesoria del amparo, y la primera autoridad municipal deberá conceder tal apelación en el efecto devolutivo, ejecutando provisionalmente lo que hubiere dispuesto".

Y el artículo 73 de la misma ley 31 establece: "Confirmada por el superior (la Gobernación) la resolución apelada, el sindicado usurpador podrá probar la legitimidad de su proceder, en acción que ha de intentar ante el Poder Judicial contra el poseedor de la patente o certificado ya dichos: y mientras no obtenga una sentencia definitiva, prevalecerá la resolución administrativa que decretó el amparo". (Subrayado por la Sala).

Dicho esto, se pasa a estudiar la demanda dentro de la interpretación que cabe darle en su conjunto.

Se pretende que el Organo Judicial declare civilmente responsable al Departamento de Bolívar de los perjuicios morales y materiales que se dice le ha irrogado dicha entidad a la sociedad "Yemail Gómez & Cía.", cuyos derechos representa hoy el señor Antonio Yemail Gómez, demandante, a causa de haber dictado la Gobernación de dicho Departamento la resolución de 8 de febrero de 1950, por la cual se declaró a dicha firma comercial como usurpadora de la marca de fábrica "Mentícol", se le prohibió continuar produciendo y dando al comercio el artículo llamado "Eticol" y se le impuso la obligación de constituir una fianza por la cantidad de $ 30.000.00 a fin de garantizar el cumplimiento de aquella sanción. Se alega que la Resolución gubernamental en referencia fue dictada con violación de las disposiciones legales

relacionadas con el registro de marcas de fábrica y comercio.

En concordancia con las disposiciones legales anteriormente comentadas, los Gobernadores son funcionarios competentes para decidir en segunda instancia de las querellas que se promuevan para obtener el amparo administrativo de una marca de fábrica. (Artículos 70 y 71 de la Ley 31 de 1925 vigentes). De consiguiente, del ejercicio de esta facultad en ningún caso puede derivarse responsabilidad alguna distinta de la individual que, en el campo penal, le cabe a los funcionarios públicos por abuso de autoridad, prevaricato y demás delitos en que puedan incurrir por razón del ejercicio de sus cargos. La atribución de que tratan las disposiciones citadas, como lo anota el Tribunal en el fallo que se revisa, no la usan los Gobernadores en su carácter de representantes del respectivo Departamento, sino en virtud de un mandato legal especialísimo. Luego la Resolución de 8 de febrero de 1950 a que se refiere la demanda, por este solo aspecto, no compromete civilmente la responsabilidad de la entidad demandada.

Pero hay algo más al respecto. La Ley 31 de 1925, en su artículo 73, consagra para los casos como el que aquí se contempla, la acción que cabe ejercitar al sindicado usurpador vencido en la querella respectiva para obtener la reparación de los derechos que le hayan podido ser conculcados en la resolución definitiva de aquella, que ha de ejercitar ante el poder judicial, desde luego, por la vía ordinaria. Esta disposición da a entender claramente que en esa acción ha de revisarse la legalidad del acto administrativo, junto con las consecuencias que de su nulidad puedan derivarse.

Mas de acuerdo con el contexto de aquella misma norma legal, esa acción revisoria no se dirige contra el funcionario que dictó el fallo sobre amparo administrativo, ni contra la entidad que ese funcionario está representando, sino contra el querellante titular de la patente o certificado de registro de marca objeto del amparo.

De ahí que haya de concluirse necesariamente que la demanda que ha dado origen a este pleito esté dirigida contra persona distinta de la que realmente debe responder por la obligación que se pretende sea reconocida judicialmente.

Se puede decir entonces con toda propiedad, que en este negocio aparece probada la excepción de inepta demanda, de que trata el numeral 2º del artículo 333 del C. de Procedimiento Civil, agregándose a ello la circunstancia de que los hechos y los principios legales y jurídicos que la configuran son de entidad tan fundamental, que tal excepción deja de serlo desde el punto de vista puramente procesal, para convertirse en una cuestión de fondo, desde luego que constituye la falta de legitimación en la causa de la parte demandada.

En providencia de 20 de junio de 1945 proferida por esta misma Sala de la Corte, Tomo LIX, pág. 546 de la GACETA JUDICIAL, se dijo sobre este particular:

"La Corte, en numerosos fallos, ha sostenido la tesis de que el numeral 2º del artículo 333 del C. J. debe entenderse en un sentido meramente formal; para que esta excepción prospere como dilatoria es necesario que ataque la personería adjetiva, como cuando una persona es demandada a nombre de otra de quien no es su legítima representante. Mas cuando se trata de saber si una persona es o no la obligada a responder por determinados hechos, es cuestión de fondo que debe resolverse en el fallo mismo y que, por lo tanto, no cabe presentar como una excepción dilatoria".

La solución que jurídicamente debe recaer en el caso de autos, es la de absolver a la entidad de derecho público demandada, aunque por razones distintas a las tenidas en cuenta en la sentencia recurrida, que remata con la misma resolución.

No prohija, pues, esta Sala, el afán demostrado por el Tribunal, para absolver al Departamento por las razones expuestas en el fallo al tener como "usurpador" al demandante y al declarar la legalidad de la Resolución, porque ello no era de su competencia, puesto que en la controversia policiva entre los litigantes no había sido parte el Departamento de Bolívar. Solo le correspondía al Tribunal calificar la demanda para declararla fundada en la Ley o no, por falta de legitimación en la causa de la parte demandada, como sucede en el presente caso, pero no podía, se repite, por ser esto injurídico e innecesario, pronunciarse sobre la legalidad de ese acto administrativo.

Con base en las anteriores consideraciones, dis-

tintas en su fundamento a las aducidas por el Tribunal Superior de Cartagena, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, ABSUELVE al Departamento de Bolívar, de los cargos formulados en la demanda.

Condénase al recurrente al pago de las costas procesales de esta instancia. (Num. 3º del artículo 2º del Decreto Extraordinario número 0243 de 1951).

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

Héctor Martínez Guerra—Samuel de Sola Escallón—Roberto Goenaga — Jorge Sanabria—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS. — SE REAFIRMA LA DOCTRINA DE LA CORTE, SEGUN LA CUAL, EN LAS ADJUDICACIONES DE TIERRAS CON MEDIDAS Y LINDEROS, PRIMA ENTRE ESTOS DOS ELEMENTOS DETERMINANTES DEL OBJETO O MATERIA DE LA ADJUDICACION, EL QUE MAS RESALTE DE ELLOS, LAS MEDIDAS O LOS LINDEROS. — EN ESTA CLASE DE ACCIONES, ES TAMBIEN REQUISITO ESENCIAL QUE EL INTERESADO PRESENTE SUS TITULOS DE PROPIEDAD SOBRE EL TERRENO DE QUE SE TRATA Y EL CERTIFICADO DEL REGISTRADOR DEL CIRCUITO QUE COMPRENDA EL PERIODO DE LA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

1.—Las tierras se localizan por linderos o por medidas, y también por la concurrencia de ambos elementos. Importante es tanto recalcar sobre la doctrina de esta Sala, según la cual, en las adjudicaciones de tierras con MEDIDAS Y LINDEROS, prima entre estos dos elementos determinantes del objeto o materia de la adjudicación, el que más resalte de ellos, las medidas o los linderos. Así, pues, tratándose de localizar terrenos con medidas y linderos antiguos, aquéllas y éstos deberán corresponderse en cuanto fuere posible, no sólo en el área comprendida por la medida que se usó en la época en que se hizo la expedición del título de adjudicación, sino en los linderos, esto es, en el perímetro que comprende el área abarcada por la medida. Evidente es que si una extensión superficiaria se localiza por linderos solamente, éstos deberán encerrar con suficiente claridad o precisión esa superficie, pues entonces no existen puntos de comparación entre la medida y un perímetro determinado. Pero si para la localización surgen ambos elementos —medidas y linderos— esta Sala sigue considerando que si las medidas son proporcionadas, es decir, si son próximas en extensión al área abarcada por los linderos, y el área encerrada por éstos próxima a la superficie que dan las medidas, la identificación de las tierras surge inevitable, así prime en el objeto o materia de la adjudicación uno de tales elementos.

2.—Para el reconocimiento de los derechos de los particulares sobre el patrimonio de propiedad privada, es también requisito indispensable que el interesado presente al juicio sus títulos de propiedad sobre el terreno de que se trata, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados correspondiente, que comprenda el periodo de la prescripción extraordinaria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio doce de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Sanabria)

Por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia, el doctor Carlos J. Vargas por medio de apoderado demanda a la Nación, a efecto de que por sentencia definitiva se haga esta declaración:

"Que son de propiedad del doctor Carlos J. Vargas Forero, como actual dueño inscrito de los terrenos de "ACUAPAL" y "TEÑARANDA", ubicados en jurisdicción del Municipio de Guaduas, del Departamento de Cundinamarca, los petróleos y demás hidrocarburos existentes en el subsuelo de tales terrenos, los cuales se hallan comprendidos dentro de estos linderos: "Desde el Charco Indio siguiendo a tomar la Cuchilla de Pico Gallo; toda la cuchilla arriba hasta dar a la quebrada de La Pedregoza que se llama del Monal; ésta arriba hasta dar al camino real que va para Guaduas, dejando el camino real en línea recta a dar a un mojón de tierra clavado y marcado con una cruz; de este punto en línea recta a dar a una piedra nativa marcada con una cruz; de este punto de para arriba en línea recta hasta encontrar con una piedra nativa marcada con una cruz; de este punto en línea recta a dar al Alto que divide los Distritos de La Paz y Guaduas; siguiendo por todo el Alto a dar al lindero de Serafina Sanabria; de este lindero en línea recta a dar a la quebrada ALEGRE; ésta abajo a dar al primer lindero".

Los hechos en que se apoya la petición transcrita pueden resumirse así:

Primero.—Don Sancho Girón, marqués de Sofraga, etc. Gobernador y Capitán General del Reino y Presidente de la Real Audiencia, dispuso el 7 de febrero de 1636 que se diera título a don Francisco Floriano de las tierras que él había solicitado en merced, consistentes en tres estancias de ganado mayor en tierras que llaman Calamoima, cabeceras de Rionegro y su comarca, que corren desde un guadual del Hato de Las Tapias del Capitán Francisco Fernández Floriano, su padre, caminando hacia la parroquia del dicho Rioseco donde el dicho don Francisco Floriano ha tenido y tiene más de veinte años a esta parte que le hizo merced de las dichas tres estancias el señor don Juan de Borja, Presidente y Gobernador que fue de este Reino pobladas con un hato de ganado vacuno, cañaverales y trapiches; y de otras tres estancias de pan coger en los montes de una y otra banda como se mira a la venta de Enrique Vélez..., y porque al presente en la dicha ciudad de Mariquita se trata de la composición general de tierras, para efecto de componer éstas, tiene necesidad de que conste por títulos legítimos lo que ha poseído y lo que se ha de componer por dicho don Francisco Floriano. Las copias que se acompañan a la demanda, demuestran —según se dice en el hecho primero— que las tierras solicitadas por don Francisco Floriano le fueron efectivamente dadas por el Estado por intermedio del Tesorero, Juez Oficial Real de la Real Caja de Mariquita, Capitán Juan Capa de Lago.

Segundo.—Las tierras mercedadas a don Francisco Floriano pasaron a sus sucesores y fueron ellas partiéndose y dividiéndose en diversas porciones y fracciones, cada una de las cuales fue tomando nombres diferentes, en forma tal, que hoy esa gran extensión de terreno está constituída por las haciendas principales de Guaduas y de otros municipios, y entre ellas la del demandante, denominada "Peñaranda".

En los hechos Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo y Noveno, se hace relación de la transferencia, desde 1894, de la finca denominada "Peñaranda", hasta llegar hoy al dominio del demandante doctor Carlos J. Vargas. En los mencionados hechos se citan, una a una, las escrituras públicas en que constan aquéllos.

Décimo.—El certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Guaduas demuestra —dice este hecho— que el doctor Carlos J. Vargas es el titular actual y dueño inscrito de la finca "Peñaranda" o "Acuapal", y él comprende un período de más de treinta años.

Undécimo.—La Compañía de Petróleos Arauca presentó ante el Ministerio de Minas y Petróleos una propuesta para contratar la exploración y explotación de los petróleos de propiedad nacional, en un globo de 48.721 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los municipios de Caparrapí, Guaduas y Chaguaní, en el Departamento de Cundinamarca. Tal propuesta, registrada bajo el número 266, fue aceptada por el Ministerio en resolución de fecha 26 de junio de 1945, y a ella se formularon diversas oposiciones que luégo resolvió la Corte en sentencia de 2 de marzo de 1955.

Duodécimo.—El demandante Carlos J. Vargas figuró entre los opositores a la propuesta de contrato mencionada en el hecho anterior, por considerar que su finca Acuapal o Peñaranda se hallaba comprendida dentro de los linderos del área de aquella propuesta; pero la Corte declaró infundada su oposición, en la sentencia de 2 de marzo de 1955, con fundamento en que el opositor no acreditó que tales tierras hubieran salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Décimo tercero.—El demandante ejercita la acción ordinaria dentro del término legal correspondiente.

Como fundamento de derecho cita el actor los artículos 669 y 673 del Código Civil, 28 de la Ley 153 de 1887, Ley 160 de 1936, Decreto 1056 de 1953 y todas las demás disposiciones adicionales y concordantes.

Acompañó a su libelo la copia del título emanado del Estado y las de las escrituras públicas que tratan de las transferencias de la propiedad, citadas en la demanda.

El señor Procurador Delegado en lo Civil al contestar el libelo, manifiesta que se atiene a la eficacia y conducencia de las pruebas presentadas, y en principio se opone a que se haga la declaración impetrada.

* * *

Durante el término de prueba el actor adujo legalmente el Diario Oficial número 25.557, en que aparece publicado el aviso de aceptación de la Propuesta número 266 formulada por la Compañía de Petróleos Arauca para explorar y explotar el petróleo de propiedad nacional en terrenos de Caparrapí, Guaduas y Chaguaní; copia auténtica del Plano Topográfico y Geográfico de los terrenos materia de la propuesta 266; copia auténtica de las resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos sobre la admisión de la propuesta

mencionada y de la aceptación de la cesión que la Compañía de Petróleos Arauca hizo a la International Petroleum Colombia Limited de la Propuesta 266; copia debidamente autenticada de los Capítulos XXII y XXIV de la sentencia de 2 de marzo de 1955 de la Corte, por medio de la cual se decidieron las oposiciones a la referida Propuesta 266; copias auténticas de la inspección ocular y dictamen pericial producidos por Benjamín Vera S., propietario del terreno "Peñaranda" en el juicio breve y sumario de las oposiciones a la Propuesta 266; copia de la parte resolutiva, publicación, notificaciones y ejecutoria del fallo de 2 de marzo de 1955 atrás mencionado; certificado del Ministerio de Minas y Petróleos sobre que la Propuesta número 266 se halla vigente, y ampliación de los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Guaduas, acompañados a la demanda, para acreditar la suficiencia de los títulos de propiedad del demandante sobre la finca "Peñaranda" o "Acuapol". También se agregó a los autos legalmente, un ejemplar de la GACETA JUDICIAL en que aparece publicado el fallo del juicio breve y sumario de oposiciones a la Propuesta número 266.

Se practicó igualmente una diligencia de inspección ocular a los terrenos materia del pleito, con asistencia de peritos, quienes oportunamente rindieron su dictamen sobre los cuestionarios propuestos, acompañando a dicho dictamen dos planos ilustrativos.

Vencido el término de prueba y el de los alegatos de conclusión, del cual hicieron uso las partes presentando sendos escritos, se les citó para sentencia, en auto ya ejecutoriado. Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Corte entra a decidir.

I

El título colonial

En copia expedida por el Jefe del Archivo Nacional, que obra a folios 1 a 5 del cuaderno número 1, aparece que don Francisco Floriano, vecino de Mariquita, dirigió una solicitud a don Sancho Girón, Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino, en la que le manifiesta ser poseedor, por títulos, de tres estancias de ganado mayor en tierras de Calumbimo, cabeceras del Río seco y su comarca, y de otras tres de pan coger en los montes, de una y otra banda como se mira a la venta que llaman de Enrique Vélez; que sus títulos han desaparecido y aunque ha hecho muy grande diligencia en buscarlos no los ha encontrado; y "porque al presente en la dicha ciudad de Mariquita se trata de la composición general de tierras", para efecto de componer las suyas mencionadas, tiene necesidad de que conste por título legítimo que las ha poseído, por todo lo cual pide que se le haga merced de proveerle de nuevo las tierras y se le despache el título. Recibida la petición, el Gobernador dispuso remitirla a las autoridades de Mariquita, Honda, etc., para que, con citación de los indios comarcanos y demás interesados, se admitan las contradicciones que se hicieren, y se verifique por información la cantidad de dichas tierras, su estimación y valor.

El anterior documento fue recibido por el Capitán Juan Capa de Lago, Tesorero de la Real Caja en Mariquita, quien lo publicó y lo leyó en presencia del padre doctrinero Fray Mateo de Baños, y citó a don Antonio Molina, a Bernabé del Castillo, mayordomo de la encomienda de Juana de Bohórquez, a los herederos de Antonio Castillo y a José de Madrigal, "para que si tuvieren que pedir y contradecir, lo hagan dentro de quince días, con apercibimiento que pasados, remitiré los autos con mi parecer al señor don Sancho Girón Salcedo y Loaisa, Presidente, Gobernador y Capitán General de este Reino". Los indios de la encomienda de Juana de Bohórquez, don Antonio Molina y José de Madrigal, hicieron algunas salvedades en relación con las tierras que les pertenecían. Luégo el Capitán Capa de Lago sentó la siguiente diligencia:

"En el sitio de Rioseco, a ocho días del mes de diciembre del dicho año atrás contenido, yo el dicho Capitán Juan Capa de Lago hice comparecer ante mí a Josef de Madrigal y a Martín Hernández, de los cuales recibí juramento en forma de derecho, y lo hicieron cumplidamente, so cargo del cual prometieron de decir verdad, y les fue preguntado por mí qué valor tendrán las tierras que se le pueden proveer al dicho don Francisco Floriano que estén sin perjuicio, y dijeron: que las tierras que hay desde su hato al dicho picacho alto donde se descubren sus cañaverales, yendo desde la iglesia y hasta la quebrada honda, caminando la loma de la mano que parte de la quebrada del Mene y la del Tocuyo, no valen más de treinta patacones, por ser tierras desiertas e inhabitables, llenas de arcabucos bravos, y que es su parecer no contiene esta tierra dos estancias de ganado mayor cuando estuviere limpia y hecha sabana, y en esto se afirmarán y ratificarán...."

Después de practicadas otras diligencias, el Capitán Capa de Lago rindió su parecer a don Sancho Girón de Salcedo, en los siguientes términos: "Señor: He visto las tierras contenidas en el pedimento de don Francisco Floriano y las que se le pueden proveer y hacer merced son las que hay desde un hato que tiene sus corrales en el sitio que llaman de Las Tapias hasta dar vista al valle de Riosseco desde un picacho que con su loma va corriendo hasta la quebrada honda, partida esta loma en dos quebradas que llaman del Tocuyo y de el Mene, de manera que las tierras vienen a ésta entre la loma y la cordillera alta de Calamolma y Enrique Vélez, salvando lo que por justo título dice posee un Gregorio Hernández; y a mi parecer, cuando estas tierras no fuera la mayor parte incultas no habrá dos estancias de ganado mayor, y porque la mayor parte es arcabuco y tierra inculta e inhabitable, no tiene estimación ni valor, ni otra persona que el dicho Floriano diera por ellas nada, y así es mi parecer que se le pueden proveer y que están bien apreciadas en lo que dicen los testigos, que son treinta pesos de a ocho reales. Y así lo firmé de mi nombre en doce días del mes de diciembre de mil y seiscientos y treinta y cinco años. JUAN CAPA DE LAGO (Rúbrica)".

A lo anterior recayó este proveído: "Autos y vistos por su señoría el marqués de Sofraga, del Consejo de su majestad, gentil hombre de su boca, Comendador de Paraleda, del Orden de Alcántara, Presidente, Gobernador y Capitán General de este Nuevo Reino, dixo que se despache título de estas tierras a don Francisco Floriano en conformidad del parecer de Juan Capa de Lago y diligencias por él fechas, sin perjuicio de tercero, y pague los derechos de media anata, y así lo mandó. En Santafé, siete de febrero de mil y seiscientos treinta y seis años. (Hay una rúbrica). Fuí presente, PEDRO DE BUSTAMANTE (Rúbrica) — DIOSE ESTE TITULO". (Los subrayados son de la Sala).

Se tiene pues, que don Francisco Floriano promovió la composición de las tierras que poseía, por habérsele extraviado los títulos de la merced que le había sido otorgada de tiempo atrás, aprovechando que "al presente en la dicha ciudad de Mariquita se trata de la composición general de tierras", y en esta consideración, las autoridades competentes, después de practicar las diligencias del caso, hallaron justo legitimarle la posesión, pero únicamente de dos estancias de ganado mayor, y no de las tres de esta clase y de las tres de pan coger que alegaba le pertenecían.

No hay duda, de que el título así adquirido por Floriano es legítimo, por tener apoyo en los ordenamientos de las Reales Cédulas de El Pardo, vigentes entonces, expedidas por el monarca español en 1591 y 1592. Anota el Rey en la primera de ellas, que como por culpa u omisión de los Virreyes, Audiencias y Gobernadores se ha consentido que unos, con ocasión que tienen de la merced de algunas tierras, se hayan entrado y ocupado otras muchas, sin título, causa, ni razón; que otros las tengan y conserven con títulos fingidos e inválidos de quien no tuvo poder ni facultad para poderlos dar, es necesario que los que posean tierras exhiban sus títulos ante el Gobernador y ante las personas de leyes, ciencia y conciencia que se nombren para ello, y amparen a aquellos que con buenos títulos y recaudos poseyeren, y "se me devuelvan y restituyan las demás, sin que haya ni pueda haber pleito alguno más que la declaración de vos y las personas que tuvieren vuestro poder y comisión hicieren acerca de ello". Por la segunda Cédula el Rey, después de reiterar la orden de que se le hagan restituir todas las tierras que cualquier persona tenga y posea sin justo y legítimo título, manifiesta que ha tenido y tiene a bien disponer que las personas que posean tierras en tales condiciones "sean admitidas a alguna moderada composición" para que sirviéndolo en lo que fuere justo "se les confirmen las tierras y viñas que poseen" y se les expida el título, "y todo lo que assi compussieredes confirmaredes y conzediereredes, de nuevo yo por la presente lo apruebo confirmo y conzedo, siendo conforme a lo esta Cédula declarado, la cual es mi voluntad que vaya incorporada en los títulos confirmaciones y despachos que dieredes de las dichas tierras, para que mediante los dichos recaudos se tengan por verdaderos señores y legítimos poseedores de lo que no lo son agora. Fecha en El Pardo a primero de noviembre de mil y quinientos y noventa y un años. Yo El Rey".

Verificada la composición de las tierras que poseía Francisco Floriano, las cuales se apreciaron en dos estancias de ganado mayor, y expedido el título correspondiente, ha de afirmarse que los terrenos de la merced de que se trata salieron legítimamente del patrimonio del Estado con anterioridad a la reserva nacional del petróleo consagrada en el Código Fiscal de 1873. Cúmplese así uno de los requisitos exigidos por la ley para la prosperidad de esta clase de acciones.

II

DETERMINACION DEL OBJETO

Con el propósito de obtener una determinación precisa del objeto de la demanda, el demandante solicitó, por medio de su apoderado, la práctica de una diligencia de inspección ocular con peritos, la que se decretó por esta Sala y se practicó por el Juez Civil del Circuito de Guaduas en los días cinco (5) y seis (6) de septiembre de 1957, como comisionado.

Acta de la inspección ocular.

Según el acta actuaron como peritos ingenieros, los doctores Diego Páez Rueda y Gustavo Patiño Rossetti, respectivamente designados por la parte demandante y la Nación demandada, y como perito tercero en discordia el ingeniero doctor Roberto Andrade B. Por lo demás, en dicha acta se consignan las siguientes constancias, respecto a la identificación de los terrenos objeto de examen, es a saber: que "se dio iniciación a la diligencia localizando la quebrada La Pedregoza, denominada también del Menal, desde la carretera que de Guaduas conduce a Honda. Esta quebrada desciende y desemboca en la del Tocuy o Tocuyo. Desde aquí a grandes rasgos se pudo divisar el pico de gallo, el charco del Indio y también el alto de la cruz. El personal de la diligencia continuó por la carretera que conduce a La Paz su recorrido hasta llegar a una casa de propiedad de Maximiliano Cadena, donde se nos informó por testigos que firmarán esta diligencia..... que estuvo ubicado el sitio denominado Las Tapias. Se continuó el recorrido por el camino que conduce de Guaduas a La Paz, cerca del cual se pudieron observar en una planada de unas dos cuadras unas ruinas de lo que según informe de los testigos fue la antigua población de Calamoima. Según los testigos hay unos cimientos que son el resto de unos que fueron sacados de ese lugar para ser trasladados a otra parte; dicen los mismos testigos que cerca a una mata de Reino que data de mucho tiempo atrás, donde aún se vé parte de los referidos cimientos, quedaba la iglesia, o mejor dicho, la Capilla. Se prosiguió el recorrido hasta encontrar la quebrada de Calamoima. Más o menos a unos ciento veinte metros de donde se nos dijo estaba la iglesia se bifurca el camino que viene de La Paz en el ramal que se dirige hacia Honda y el que va a Guaduas. Cerca a esta bifurcación se encuentra una casa que perteneció a Dorotea Bustos, madre del testigo Israel Bustos. Se siguió por la bifurcación o ramal que conduce a Honda llegando hasta el alto de La Cruz. Desde este lugar se pudo observar claramente el Pico de Gallo hacia el Sur-Oeste de este alto, quedando por medio el Charco del Indio. Hacia el Occidente el valle de Rioseco (véase folio 4 vuelto, relativo a la merced)....., que bajando por la carretera de La Paz se pudo observar el cerro de Cocoló, el cual comparando con la diligencia de la Corte Suprema de Justicia que aparece en la GACETA JUDICIAL y por la afirmación de los testigos, se pudo deducir se llamó también Calamoima. Que al ser preguntado el testigo Israel Bustos sobre la finca de Enrique Vélez manifestó que no tenía conocimiento preciso de su existencia, pero que había oído hablar que en lo que hoy corresponde a la finca Santamaría quedaba una hacienda o finca de unos señores Vélez. Que desde el Alto de la Cruz se observó el cerro de Picalito, citado también en la sentencia antes indicada, en la diligencia que llevara a cabo el Magistrado doctor Agudelo. Que ayudado por la colaboración de los señores peritos el señor Juez calculó que entre el Alto de la Cruz y la finca Santamaría hay una distancia de cinco kilómetros. De este lugar al río Magdalena en dirección Oeste hay seis kilómetros. Del mismo Alto de la Cruz al charco del Indio dos kilómetros. De este mismo al Pico de Gallo, cuatro kilómetros. Del referido alto al lugar donde la quebrada Pedregoza con la carretera que de Bogotá conduce a Honda, aproximadamente cuatro kilómetros. Que también se constató la existencia de las quebradas La Alegre, El Guamo, quebrada Grande, El Guadual y Mata de Guaduas..... Que el personal recorrió el camino que conduce de Honda hacia Guaduas hasta llegar a la quebrada Pedregoza o Menal. Que el Juzgado procedió a identificar los linderos generales de la finca que pertenece hoy al doctor Carlos J. Vargas, denominada "Peñaranda" o "Acuapal". Se identificó perfectamente el lindero desde el charco del Indio hasta la cuchilla de Pico de Gallo, recorriendo esta cuchilla hacia arriba hasta llegar a la quebrada de La Pedregoza. Esta arriba hasta dar al camino real que va para Guaduas, el cual había sido citado anteriormente. El personal de la diligencia desde el lugar donde es cortado el camino por la quebrada P e d r e g o z a siguió por toda la cerca colindante, que separa la finca del doctor Carlos J. Vargas de las que colindan con ella por este costado, hasta llegar al altico que divide los distritos de La Paz y Guaduas. Aquí se advierte que dos mojones no pudieron ser localizados, pero se siguió el recorrido de la cerca divisoria; además, los testigos manifestaron bajo la gravedad

del juramento que han podido observar la existencia de las piedras naturales que han servido de mojones, citadas en las escrituras que contienen los linderos de la finca "Peñaranda" (Véase folio 38 vuelto). Que así identificada la finca en su totalidad, y en la misma forma localizados los puntos de referencia respecto de los que fueran los linderos de la merced con que favoreció la Corona de España a don Francisco Floriano en 1636, se siguió el lindero por todo el alto (cordill. El Sargento), hasta llegar a lo que fue de Serafina Sanabria, hoy perteneciente a otro propietario, Rafael Trujillo. De aquí se siguió en línea recta hasta encontrar la quebrada Alegre; se bajó por ésta hasta el charco del Indio. En este recorrido se identificaron nítidamente de acuerdo con el plano que se agrega a estas diligencias y sobre el mismo terreno, con ayuda de testimonios juramentados de quienes aparecen firmando esta diligencia, la quebrada Nemal o Pedregoza, la quebrada de El Guadual, la quebrada Grande y la quebrada Alegre, la quebrada Mata de Guadua y la del Guamo. Se constató que todas ellas se unen para llegar al charco del Indio. Que acorde con la escritura 182 de 24 de mayo de 1892, por medio de la cual Lorenzo Galindo vende a Serafina Sanabria, y por los demás instrumentos que aparecen en el expediente se procede a identificar el paso de la quebrada de El Guamo, por el camino que viene de La Paz; el nacimiento de la quebrada Alegre en la parte alta de la cordillera de El Sargento; por ella abajo hasta dar a la confluencia o unión de la quebrada Grande y siguiendo los linderos indicados en la escritura antedicha hasta llegar al cerro Pico de Gallo. Que de acuerdo con esto se deduce que esta finca adquirida por doña Serafina Sanabria está también dentro de los linderos anteriormente indicados de la merced. Que la localización de los puntos anteriormente citados permitirán a los señores peritos resolver en la mejor forma el cuestionario que aparece en el cuaderno de pruebas de la parte demandante. .... El Juzgado deja al criterio de los señores peritos la evacuación de las preguntas presentadas por el demandante y de que habla el memorial y el auto correspondiente, cuanto a los puntos 1º a 5º de ese cuestionario. Que en relación con la última pregunta y armónicamente con la deducción que pueda hacerse de la simple observación del mapa topográfico que el Juzgado acompaña a esta diligencia, el Juzgado hace constar que la finca "Peñaranda" sin lugar a duda se encuentra toda dentro de los linderos de la propuesta número 266, quedando contestado por el Juzgado el punto 6º. Que en relación con la identificación de las quebradas de El Guamo, Mata de Guadua, La Alegre, La Grande, la del Guadual o Pico de Gallo, lo mismo que la del Menal, el Juzgado se valió de los testimonios de los señores Maximiliano Cadena.... Tiburcio Trujillo... Israel Hernández Bustos.... Santos Ortiz Andrade.... Ellos informaron, bajo la gravedad del juramento, que en realidad las quebradas identificadas son las que llevan los referidos nombres. En la misma forma respecto de los puntos o lugares: Pico de Gallo, Charco del Indio, Alto de la Cruz, cordillera de El Sargento, a cuya continuación se encuentra la llamada hoy de Cocoló (antiguamente Calamoima), el camino que viene de La Paz y se bifurca en dos ramales, yendo uno para Honda y el otro para Guaduas. Que en esta diligencia se localizó también la Quebrada Honda que se llama también La Cimarrona, de acuerdo con los documentos concernientes a la merced que obra a folios 1 a 4 del cuaderno principal. Se constató la existencia de la quebrada El Tocuyo, lo mismo que la loma de La Mana "que parte de la quebrada de El Mene y la del Tocuyo". Que el doctor Carlos J. Vargas solicita al Juzgado sean agregadas al expediente para ser tenidas como pruebas oportunamente las escrituras números 204 de 9 de agosto de 1946, y la 182 de 24 de mayo de 1892. Y que el Juzgado hallando procedente el pedimento accede a ello para que sean los respectivos documentos en cuenta (sic) como presentados dentro del debate probatorio...."

Del recorrido e identificaciones que se consignan en el acta de inspección ocular, antes transcrita, el funcionario comisionado que la practicó se abstuvo de derivar conclusiones de las atinentes a los peritos y que se le sometieron a éstos por el señor apoderado de la parte demandante en el correspondiente memorial de pruebas. No obstante, dicho funcionario, en presencia del plano topográfico acompañado a la diligencia, hizo constar "que la finca Peñaranda sin lugar a duda se encuentra toda dentro de los linderos de la propuesta número 266, quedando contestado por el Juzgado —dice— el punto número 6º".

Dictamen pericial.

Los peritos, de común acuerdo, y en exposición que cumple a cabalidad con los requisitos legales, por la certeza con que sientan sus premisas y deducen sus conclusiones, responden el cuestionario sometido a su análisis en los siguientes términos:

PUNTO 1º.—Como según el demandante se debía establecer el hecho de que la hacienda Peñaranda o Acuapal de su propiedad, alinderada como se expresó en la demanda, y como consta en los títulos adquisitivos, hacía parte de una finca de mayor extensión llamada de modo general Peñaranda, ubicada en Guaduas, parte ésa que unida a la que fue ó es del señor Benjamín Vera S. forma, junto con la del demandante Carlos J. Vargas Forero lo que se ha conocido con el nombre general de Peñaranda, los peritos comentan:

"Se refiere el punto transcrito a dos fincas, a saber: la del doctor Vargas y la que fue propiedad de D. Benjamín Vera S., que según el demandante están unidas y formaban una sola conocida con el nombre general de Peñaranda. Como se verá al analizar adelante las escrituras que figuran en el juicio que nos ocupa y en el expediente de la oposición de D. Benjamín Vera S. a la misma propuesta número 226, esas afirmaciones de la demanda están equivocadas porque la hacienda que fue de este último señor, nó es contigua a la del doctor Vargas y está separada de aquella por la de Romualda Sanabria, que fue materia del contrato ratificado por escritura número 82 de 21 de abril de 1921 de la Notaría de Guaduas, que obra a folios 29|31. —Cuaderno número 11— del expediente de Benjamín Vera S. (archivo de la Sección Jurídica de Minminas). En vista de lo expuesto la identificación de linderos se refiere a las tres fincas de que acabamos de hablar, y no solamente a las dos de que trata el punto 1º del cuestionario".

Así, pues, los peritos procedieron a identificar los linderos de las tres fincas en esta forma:

"Hacienda del doctor Carlos J. Vargas Forero.—(Líneas rojas en el mapa del Instituto).

"Los linderos que figuran en el memorial de la demanda, se identificaron sobre el terreno y en la plancha 207-II-D de la Carta Preliminar del Instituto Geográfico, en la siguiente forma, siguiendo la numeración y las líneas de colores dibujadas sobre la citada plancha que acompañamos al presente:

"Desde el Charco Indio siguiendo a tomar la cuchilla de Pico Gallo; toda la cuchilla arriba hasta dar a la quebrada de la Pedregoza que se llama Menal" (Línea 1-2).

"El Charco del Indio (punto 1) aunque no figura en el mapa del Instituto, es muy conocido en la región, y lo identificamos fácilmente desde varios lugares de nuestro recorrido durante la inspección ocular. Está localizado pocos metros abajo de la desembocadura de la quebrada El Guamo, en la Quebrada Grande y se halla en el fondo de una garganta muy pronunciada que separa las lomas del Alto de la Cruz y de Pico Gallo, identificada también como lindero esta última, cuyo nombre tampoco aparece en el mapa, sobre el cual sinembargo la reconocimos por sus características fisiográficas y por ser la única sierra que se interpone entre las vegas de las quebradas Guadual, Grande y Alegre y las de los ríos Seco y Magdalena. Dicha sierra desciende hacia la quebrada Menal con dos escarpadas cuchillas de las cuales reconocimos como lindero la situada más al este por estar en ella la cerca divisoria.

"...ésta arriba (quebrada Menal) hasta dar al camino real que va para Guaduas...." (Línea 2-3-4).

"La quebrada Menal, llamada también la Pedregoza, que ha conservado el nombre primitivo por más de tres siglos, figura en el mapa y es muy conocida en la región. Como lindero la identificamos desde la caída de la loma de Pico de Gallo (punto 2), al paso de la carretera Bogotá-Honda (punto 3) y luégo en el cruce del antiguo camino de Guaduas a La Paz (punto 4). En el reconocimiento de esta quebrada, pudimos observar que en la plancha 207-II-D, aparece con una dirección general Oeste Sur de su nacimiento al camino, y que en el terreno su dirección general es Oeste-Norte. Esta última dirección la hemos señalado con línea negra en el mapa.

"...dejando el camino real en línea recta a dar a un mojón de tierra (sic) clavado y marcado con una Cruz (punto 5); de este punto en línea recta a dar a una piedra nativa marcada con una Cruz; de este punto para arriba en línea recta hasta encontrar con una piedra nativa marcada con una Cruz (punto 6); de este punto en línea recta a dar al Alto que divide los Distritos de La Paz y Guaduas (punto 7)...."

"Con los datos del plano del doctor J. M. Infante que en copia acompañamos a este dictamen, reconocimos sobre el terreno esta parte del lindero que está formado por una cerca de alambre que corre por el lado derecho de la quebrada Menal o Nemal, desde el camino real —punto 4— hasta el punto 6 situado en un pequeño bosque al pie de los escarpes de la cordillera del Sargento. No pudimos encontrar los varios mojones citados, no obstante la prolongada rebusca que de ellos hicimos. El punto 7 sobre el alto no fue posible identificarlo en su propio sitio por ser el terreno, arriba del punto 6, excesivamente

abrupto y escarpado para llegar hasta aquél. En forma aproximada lo determinamos desde abajo siguiendo la dirección de la cerca entre los puntos 5 y 6, hasta su intersección con la cordillera que divide los antiguos distritos de La Paz y Guaduas, visible desde el punto donde nos encontrábamos.

"....siguiendo por todo el alto a dar al lindero de Serafina Sanabria...." (línea 7-8).

"Esta línea que sigue por los abruptos farallones del Sargento, la identificamos en nuestro recorrido a lo largo del antiguo camino de Guaduas a La Paz, que va, como puede verse en el mapa, muy cerca de los escarpes de aquéllos. El punto 8 lo reconocimos también desde el camino, siguiendo la dirección general de una hondonada, que es nacedero de la quebrada Alegre.

"....de este lindero (punto 8) en línea recta a dar a la quebrada Alegre...." (Punto 9).

"Como pudimos observarlo en nuestros reconocimientos sobre el terreno, la recta 8-9, corresponde prácticamente a la hondonada de que hablamos en el párrafo anterior, que separa de sus vecinos el predio del doctor Vargas, en este sector del lindero Norte.

"....esta (quebrada Alegre) abajo, a dar al primer lindero...." (Línea 9-10-11-12-13-1).

"Reconocimos esta quebrada desde su nacimiento al paso del camino antiguo de Guaduas a La Paz, y en el cruce del carreteable de La Paz que se desprende de la carretera Guaduas-Honda, y luégo observamos su curso hasta cerca al Charco del Indio, en la inspección general que hicimos desde el Alto de la Cruz. La localización de esta quebrada está de acuerdo con el plano Infante ya citado. Pero como no figura en el mapa del Instituto, en el cual además aparecen cambiados los nombres de otras quebradas que reconocimos sobre el terreno, según consta en la diligencia de inspección ocular, hicimos en el mapa una reducción lo más aproximada posible del plano Infante y luégo un cuidadoso estudio de aquél y de los informes, cartas y fotografías de la región que tiene en sus archivos el Instituto Geográfico, estudio en que nos asesoró el Ingeniero Jefe de la respectiva Sección Técnica, del cual concluímos que la localización de las varias quebradas que figuran en el plano Infante, está de acuerdo con el terreno y sus nombres con los de la región; que la quebrada Alegre corresponde a la que lleva en la plancha 207-II-D, el nombre de "Quebrada Grande"; que la llamada en la misma plancha "Pico de Gallo", es la del Guadual; y que la que con este nombre figura en esa plancha es en realidad la "Mata de Guadua", de que se hablará más adelante. Con estas aclaraciones queda confirmada la identificación que hicimos de la línea que sigue la quebrada Alegre, así: -8- cordillera de Cocoló -9- nacimiento quebrada Alegre -10- Camino La Paz-Guaduas; -11- carreteable La Paz; -12- quebrada Grande; -1- Charco del Indio".

"Hacienda que fue de Benjamín Vera, hoy de Hernando Pérez y Jorge Vanegas.—(Color azul Mapa).

"Para la identificación de sus linderos los tomamos de la escritura número 204 de 9 de agosto de 1946 de la Notaría de Guaduas. "Desde el paso de la quebrada El Guamo por el camino que viene de La Paz, de dicho paso quebrada arriba a dar con una piedra nativa grande marcada con una cruz que está en la montaña, de ahí arriba a dar a donde hay una piedra enterrada marcada con una cruz de dicha piedra a dar al alto de la cuchilla inmediata divisoria de los distritos de Guaduas y La Paz...." (Línea 19-18-17).

"La Quebrada El Guamo se reconoció desde el cruce del carreteable de La Paz hasta cerca a su nacimiento de donde arranca la recta 18-17, con dirección general aproximada N- 75º 30'- E, siguiendo la cual se localizó en forma aproximada al punto 17 en la parte alta de la cordillera de Cocoló o El Sargento.

"....toda esta cuchilla arriba hasta encontrar una piedra marcada con una cruz en la cima más alta...." (Línea 17-16). Esta parte de la cuchilla que es el borde de los farallones, se identificó desde el camino de herradura, lo mismo que "la cima más alta" (Punto 16) que es fácilmente identificable desde el camino de herradura tanto en el terreno como sobre el mapa del Instituto.

"....de aquí línea recta a encontrar una piedra marcada con una cruz que se halla a orillas de la quebrada Mata de Guadua y en el camino que de Guaduas conduce a La Paz; toda esta quebrada abajo hasta encontrar la del Guamo" (Línea 16-15-14-1).

"La quebrada Mata de Guadua, que según dijimos corresponde a la que lleva en la plancha del Instituto el nombre de "EL GUADUAL", se reconoció en sus cruces con la carretera (punto 14) y con el camino de herradura (punto 15). Aunque en este último punto no se encontró la piedra marcada con cruz, se identificó sobre el terreno la recta que va de dicho punto a la cima de la cordillera, línea que tiene un rumbo aproximado de S-20º-E.

"..... ésta arriba (quebrada El Guamo) hasta encontrar el primer lindero" (línea 1-20-19). Esta quebrada se identificó en sus cruces con el carreteable de La Paz (punto 19) y de la carretera Guaduas-Honda (20) y la mayor parte de su curso se reconoció desde el cerro de La Cruz".

Hacienda de Romualda Sanabria, hoy de Pablo Barajas.—(Líneas amarilla en el mapa).

"Esta finca que formaba parte de los terrenos a que se refiere la escritura número 162 de 24 de mayo de 1892, señalados con el color morado o violeta en el mapa, no se consideró de una manera específica en la inspección ocular porque no aparece individualizada en el cuestionario. Sin embargo como se observó en el terreno con base en el plano del doctor Infante que en copia acompañamos, dicha finca está localizada entre las haciendas de Benjamín Vera y del doctor Vargas, quedando sus linderos identificados de hecho en la siguiente forma durante la diligencia: del nacimiento de la quebrada Alegre (punto 9) aguas abajo a encontrar la quebrada Grande (13); y por ésta hasta dar a la quebrada Mata de Guadua (punto A-). Esta línea, y la que une el nacimiento de la quebrada Alegre (9) con la cordillera (punto 8), fueron identificadas al reconocer los linderos de la hacienda del doctor Vargas. Luego, de la unión de las quebradas Grande y Mata de Guadua (punto A-), aguas arriba por esta última hasta su cruce con el camino La Paz-Guaduas (15); y de éste línea recta a la parte más alta de la cordillera de Cocoló (punto 16). Corresponde este lindero (A-15-16) al que se reconoció en la identificación de la finca del señor Benjamín Vera. Finalmente, la finca de la señora Sanabria, cierra su alinderación entre los puntos 16 y 8, siguiendo por la cuchilla de Cocoló, que se identificó en varias ocasiones durante la diligencia, tanto desde el camino La Paz-Guaduas como desde el cerro de La Cruz. Del punto 8 cordillera de Cocoló, al 9, nacimiento de la quebrada Alegre, lo identificamos como parte también del lindero de la hacienda del doctor Vargas".

Aclarada por los peritos la equivocación de la demanda consistente en afirmarse que la finca del demandante y la que fue de Benjamín Vera S. se hallaban unidas, siendo así que entre las dos se interpone la de Romualda Sanabria, entran en seguida ellos a concluir, de acuerdo con los términos de los instrumentos públicos que citan y examinan, que las tres (3) haciendas identificadas formaban parte de los terrenos conocidos con el nombre de PEÑARANDA, sin que puedan sin embargo decir cuáles son los linderos del "globo general llamado "Peñaranda", por no existir documento, título, escritura, declaración o plano, indicativo de tales linderos, ni cuáles fueran en total los predios, fincas o haciendas que lo formaban. En efecto los peritos dicen:

"EL NOMBRE DE PEÑARANDA

"No figura en autos ni hemos encontrado en el expediente de la oposición de Benjamín Vera S. a la propuesta número 266, ningún documento, escritura, declaración o plano, que indique los linderos del "globo general llamado Peñaranda", o que permita determinar cuáles fueron en total los predios, fincas o haciendas que lo formaban.

"De las quince escrituras que figuran en el expediente del doctor Vargas, solamente las dos más antiguas —la número 162 de 1892 y la número 9 de 1894— así como la 295 de 1918 y la 77 de 1919, hablan de Peñaranda como un globo general, pero sin indicación ninguna que permita determinar ese globo en su conjunto; sinembargo de los términos de tales instrumentos se deduce que las tres haciendas identificadas como se indicó en los párrafos anteriores, formaban parte de los terrenos conocidos con el nombre de Peñaranda. Las otras escrituras de dicho expediente y las que se encuentran en el juicio de Benjamín Vera S. citado en la demanda, emplean la denominación de Peñaranda como un todo y no como parte, tanto para la hacienda del dicho señor Vera como para la del doctor Vargas. A este respecto conviene citar especialmente la escritura número 258 de noviembre de 1943, que obra a folios 27|28 —cuaderno 11— de la oposición del señor Benjamín Vera S. en la cual éste como comprador y D. Ricardo Vera Cruz como vendedor, hacen constar que la finca que fue motivo de la operación, era TODA LA HACIENDA PEÑARANDA y no la mitad como erradamente habían dicho en la escritura de venta.

"Lo que dejamos expuesto nos permite concluir, que la hacienda Peñaranda o Acuapal de propiedad del doctor Carlos J. Vargas Forero, identificada por los linderos que figuran en la demanda y en los títulos adquisitivos, hacía parte de una finca de mayor extensión ubicada en el municipio de Guaduas, que se llamó Peñaranda, de la cual formaba parte también la que fue del señor Benjamín Vera S.".

PUNTO 2º.—Concluyen que la finca de Peñaranda o Acuapal, de propiedad del demandante

Vargas Forero, es la misma de que tratan los varios títulos que se acompañan a la demanda y es la misma que se halla comprendida dentro de los linderos indicados en esta demanda, afirmación que respaldan en la exposición que hacen sobre el Punto 1º y en el estudio de las escrituras públicas que citan en su informe, las cuales dan en un período de 30 años los mismos linderos para la finca en mención.

PUNTO 3º.—Este punto que persigue establecer, de una parte, que la hacienda de Peñaranda o Acuapal es una parte de la antigua hacienda Peñaranda, siendo la otra parte de tal hacienda la que es o ha sido de Benjamín Vera S., vendida luégo por éste a Jorge Venegas y Fernando Pérez, y la misma que Vera S. o sus sucesores señalaron como de su propiedad al formular la oposición a la propuesta 266 del Ministerio de Minas, y de otra parte, que es la misma sobre la cual la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 2 de marzo de 1955 declaró fundada la oposición y, en consecuencia, que su dueño era también dueño del subsuelo y del petróleo existente en él, fue contestado por los peritos así:

"Comprende este punto dos cuestiones principales que consideraremos separadamente, a saber:

"a).—**Relaciones de la antigua Peñaranda con las fincas del doctor Vargas y del señor Benjamín Vera S.**

"En la exposición que hicimos al dar respuesta al punto 1º del cuestionario, en el aparte relativo al nombre "Peñaranda", citamos las siguientes escrituras únicas entre las varias que figuran en los expedientes del doctor Vargas y de la oposición Vera, que hablan del globo general de Peñaranda:

"Escritura número 9 de 11 de enero de 1894 de la Notaría de Guaduas, por la cual Lorenzo Galindo vende a José Galindo, "un lote que formó parte de mayor extensión llamado "Peñaranda". Los linderos que describe esta escritura, son exactamente los mismos que figuran en la demanda del apoderado del doctor Carlos A. Vargas Forero, de acuerdo con los cuales se identificó sobre el terreno la hacienda de Peñaranda o Acuapal, propiedad de aquél y motivo de dicha demanda.

"Las escrituras número 295 de 13 de agosto de 1918 de la Notaría de Honda, y la número 77 de 8 de abril de 1919 de la Notaría de Guaduas, por las cuales Ismael, Patricio y Salvador Galindos venden a Benjamín Vera Cruz, acciones y derechos en la sucesión de José Galindo vinculados al lote de terreno denominado Acuapal, hablan de éste como "perteneciente al globo general llamado Peñaranda", y lo describen por los mismos linderos contenidos en la demanda e identificados para la propiedad del doctor Vargas en la diligencia de inspección ocular.

"Figura también en el expediente, presentada por el demandante en el curso de la inspección ocular, la escritura número 182 de 24 de mayo de 1892 de la Notaría de Guaduas, por la cual Lorenzo Galindo vende a Serafina Sanabria, "un globo de tierra que es parte de las tierras de 'Peñaranda'", por los siguientes linderos: "Desde el paso de la quebrada del "Guamo" por el camino que viene de La Paz, de dicho paso quebrada arriba a dar donde hay una piedra grande nativa con una cruz, piedra que está en la montaña; de allí línea recta de para arriba hasta donde hay una piedra también enterrada y marcada con una cruz, de dicha piedra en línea recta por el alto de la cuchilla inmediata, divisoria de los distritos de Guaduas y La Paz, y siguiendo por el mismo alto hasta dar con el nacimiento de "Quebrada Alegre", por ella abajo a dar a la confluencia o unión con la quebrada Grande; ésta abajo hasta donde le cae o llega la cuchilla de Pico de Gallo; de allí cogiendo la dicha quebrada abajo buscando la corriente de la quebrada de Potrero; esta quebrada arriba llamada del Potrero a dar al paso de la quebrada del "Guamo", primer lindero.

"Estos linderos corresponden a las líneas de color morado en el mapa del Instituto, señaladas además en el mismo con los números 19, 18, 17, 16, 8, 9, 10, 11, 12, 13-A, 20, 19, que siguen el mismo orden de la alinderación. Como puede observarse en dicho mapa y en el plano del doctor Infante, tales linderos que están formados por líneas identificadas en la inspección ocular, encierran la finca que fue de Benjamín Vera S. (color morado) y las tierras de Romualda Sanabria (color amarillo) que separan, como se dijo antes, la hacienda del doctor Vargas de la citada del señor Vera.

"Hacemos notar que la quebrada del Potrero que figura en la escritura número 182, corresponde a la que lleva el nombre de Zaragoza en el mapa del Instituto.

"De lo expuesto podemos deducir, que la hacienda de Peñaranda o Acuapal, de propiedad del doctor Vargas Forero, y la del señor Benjamín Vera, hoy de Jorge Venegas y Fernando Pérez, formaban parte de un globo de tierra llamado Peñaranda, en el cual estaban también compren-

didas las tierras que fueron de Romualda Sanabria, sin que se pueda por tanto afirmar que dicho globo "Peñaranda" lo constituían solamente las dos fincas que cita el punto 3º.

"b).—La hacienda del señor Benjamín Vera S. y la sentencia de la Corte.

"En el expediente de la oposición del señor Benjamín Vera S. a la propuesta número 266, que reposa en los archivos de la Sección Jurídica del Ministerio de Minas y Petróleos, se encuentra a folios 4|8 del cuaderno número 11, la escritura número 196 de 14 de diciembre de 1931, de la Notaría de Guaduas, por la cual Serafina Sanabria vendió a Benjamín Vera S. un lote denominado "Peñaranda", determinado por los mismos linderos que figuran en la demanda de Vera y en la escritura número 204 de 9 de agosto de 1946, en que aquél traspasó la propiedad de su hacienda a los señores Jorge Vanegas y Fernando Pérez, instrumento que nos sirvió para identificarla sobre el terreno, según indicamos en el punto 1º del cuestionario. Los linderos relacionados en las mencionadas escrituras, son los mismos que figuran en la diligencia de inspección ocular verificada en el juicio de oposición del señor Benjamín Vera S. y en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fechada el 2 de marzo de 1950 que aparece en el mencionado expediente y en las páginas 948 y siguientes de la GACETA JUDICIAL número 2151. Dicha sentencia declaró fundada la oposición del señor Benjamín Vera S. y en consecuencia que el dueño de los terrenos materia de la misma, es también dueño del subsuelo y del petróleo existente en él.

PUNTO 4º.—Se pretende establecer que la finca general de Peñaranda hizo en su totalidad parte de las estancias de ganado mayor que Francisco Floriano pidió en merced al Gobernador y Capitán General del Reino y Presidente de la Real Audiencia el 3 de julio de 1635, solicitud que fue resuelta favorablemente el 7 de febrero de 1636 en que se ordenó despachar título de ellas al peticionario Floriano.

Para dar respuesta los peritos a este punto, esto es, para dilucidar en forma acertada y debidamente razonada el problema relativo a la localización y la posible salida de la merced, puntos básicos de la oposición, estudiaron aquellas varias cuestiones, con auxilio de los títulos, planos e informes que figuran en el presente juicio, y también en las escrituras y planos referentes a la oposición de Benjamín Vera S. a que alude la demanda, y de los que forman el expediente completo de la sentencia de 2 de marzo de 1955 de esta Corte, expedientes y documentos que reposan en el archivo de la Sección Jurídica del Ministerio de Minas y Petróleos.

La petición de la merced —según los documentos relativos a ésta —dicen los peritos—, "fue recibida o considerada en Santa Fé el 27 de junio de 1635, y definía así el objeto de la misma: "....A vuestra señoría pido y suplico haga merced al dicho don Francisco Floriano de proveerle de nuevo las dichas tres estancias de ganado mayor y tres de pan coger...."

"La solicitud fue resuelta el 7 de febrero de 1636, en los siguientes términos: "....que se despache título de estas tierras a don Francisco Floriano en conformidad del parecer de Juan Capa de Lago y diligencias por él fechas...."

"Del parecer del mentado Juan Capa de Lago contenido en su informe de 12 de diciembre de 1635, copiamos este aparte: "....y a mi parecer cuando estas tierras no fuera la mayor parte incultas no habrá dos estancias de ganado mayor..." (Subrayados por la copia).

"Muestran los apartes transcritos que "las estancias de ganado mayor que Francisco Floriano pidió en merced al Gobernador" no fueron concedidas en su totalidad porque aquél pedía tres de ganado mayor y tres de pan coger y la merced otorgada se refiere únicamente a dos estancias de ganado mayor. La importancia que para efectos de la localización y de la identificación de la merced pueda tener la diferencia entre lo pedido y lo concedido, lo analizaremos posteriormente".

Para la Sala es evidente —como lo deducen los peritos que según informe de Juan Capa de Lago, fechado el 12 de diciembre de 1635, fue él de parecer que las tierras dadas en merced no abarcaban sino dos estancias de ganado mayor, es decir, que las pedidas por Floriano (tres de ganado mayor y tres de pan coger) no le fueron concedidas en su totalidad.

Determinado en forma clara que lo concedido a Francisco Floriano en merced no fueron sino dos estancias de ganado mayor, los peritos proceden a localizar dicha merced, mediante estudio de las diligencias constitutivas de ésta, lo mismo que dos documentos, en su concepto antagónicos, a saber: a) La diligencia de inspección ocular verificada el 30 de junio de 1949, en el juicio de oposición de Benjamín Vera, que identifican detalladamente y en todo su contorno las tierras de la merced; y, b) El informe de la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos del 25 de noviembre de 1947, sobre 26 expedien-

tes de oposición a la propuesta número 266, que considera los linderos de la merced de Francisco Floriano, imprecisos, lo mismo que su ubicación.

Dicen los peritos:

"Los siguientes apartes de los documentos relativos a la merced de Francisco Floriano, que tomamos del expediente, constituyen bases para la identificación de las tierras materia de aquella: "Thomas Gui y Zerbello, vecino desta ciudad, por don Francisco Floriano, vecino de la de Mariquita, digo: que teniendo y poseyendo el susodicho por títulos tres estancias de ganado mayor en tierras que llaman Calamoima, cabeceras de Rioseco y su comarca, que corren desde un guadual del hato de Las Tapias del Capitán Francisco Fernández Floriano, su padre, caminando hacia la parroquia del dicho Rioseco, donde el dicho don Francisco Floriano ha tenido y tiene, de más de veinte años a esta parte, que le hizo merced de las dichas tres estancias el señor don Juan de Borja,.... y otras tres estancias de pan coger en los montes, de una banda y otra como se mira a la venta que llaman de Enrique Vélez...." (Solicitud de merced, 27 de junio de 1635. Cuaderno número 1, folio 1 vuelto).

".....que como no bajase la medida de las tierras que pide el dicho don Francisco Floriano de los farallones que corren de Calamoima en loma derecha que corre del picacho alto donde se da vista a la sabana que posee el dicho don Francisco hasta el camino real y quebrada honda, partida la dicha loma en dos quebradas que llaman del Mene y el Tocuyo....." (Diligencias de Juan Capa de Lago en el pueblo de Rioseco, 20 de octubre de 1635. Cuaderno 1, folio 3).

"En el sitio de Rioseco, a ocho días del mes de diciembre del dicho año (1635) yo el Capitán Juan Capa de Lago hice parecer ante mí a Josef de Madrigal y a Martín Hernández..... y dijeron que las tierras que hay desde su hato (el de Francisco Fernández) al dicho picacho alto donde se descubren sus cañaverales yendo desde la iglesia y hasta la quebrada honda, caminando la loma de la mano que parte la quebrada del Mene y del Tocuyo...." (Diligencia de avalúo. Cuaderno 1. Folio 3, vuelto).

"He visto las tierras contenidas en el pedimento de don Francisco Floriano y las que se le pueden proveer y hacer merced son las que hay desde un hato que tiene sus corrales en el sitio que llaman de Las Tapias hasta dar vista al valle de Rioseco desde un picacho que con su loma va corriendo hasta la quebrada honda, partida esta loma en dos quebradas que llaman del Tocuyo y el Mene, de manera que las tierras vienen a estar entre la loma y la cordillera alta de Calamoima y Enrique Vélez, salvando lo que por justo título dicen posee un Gregorio Hernández....." (Informe de Juan Capa de Lago. 12 de diciembre de 1635. Folio 4 vuelto, cuaderno 1). (Subrayados y paréntesis de la copia)".

"Inspección ocular de 30 de junio de 1949. — Dice así la diligencia practicada por el Magistrado de la Corte Suprema "Para la identificación de las estancias de ganado mayor y de pan coger entregadas por don Juan Capa de Lago en el año de 1635 a don Francisco Floriano se tomó como punto de partida el sitio donde existió el pueblo llamado Calamoima en donde el personal de la diligencia pudo observar vestigios de la antigua iglesia, sitio según lo advirtieron personas de la región se llamó también "Las Tapias". Se identificó igualmente el alto llamado hoy de la Cruz como el que daba vista a los cañaduzales de don Francisco en el valle de Rioseco; se observó desde el filo de este picacho la cuchilla que desciende hasta caer a la quebrada Honda, que hoy llaman de la Cimarrona y que divide la región en dos partes; por la mitad de la loma se siguió caminando hasta Pico de Gallo, en cuyas estribaciones nace la quebrada del Mene que desemboca en la quebrada del Tocuyo o Tocuy, y el curso de ésta hasta su cruce con el antiguo camino real que de Honda conduce a Santa Fé; tomando luégo este camino se llegó hasta la cima de la cordillera que hoy llaman el Alto de Picalito. De este punto se siguió por la parte más alta de la cordillera que llaman Cocoló y antiguamente se distinguían como los farallones de Calamoima, y de aquí se siguió hasta el cerro llamado hoy "Salval" que queda al oriente del sitio donde existió el poblado de "Las Tapias" o "Calamoima" dejando identificados en esta forma los linderos de las tres estancias mencionadas".—(Subrayado por la copia) GACETA JUDICIAL, número 2151)".

"Este pormenorizado reconocimiento de la merced toma para los linderos, el poblado de Calamoima, que según afirma se llamó también "Las Tapias"; el camino real entre la quebrada del Mene y el alto de Picalito; este mismo alto; y otro alto sobre la cordillera de Cocoló, llamado hoy Salval (subrayados en la transcripción anterior). Ninguno de estos nombres o detalles figura en los documentos relativos a la merced que en copia forman parte del expediente del doctor Vargas, ni en las otras copias de los mismos que se encuentran en las oposiciones del señor Benjamín Vera S. propietario de Peñaranda, y de los señores Michelsen dueños de Playón grande y

Santa Inés, así como tampoco aparecen citados con relación a esta merced, en ninguno de los numerosos informes, títulos y documentos antiguos y modernos que obrán en los expedientes de la oposición o la propuesta número 266, que consultamos, parte en la Corte Suprema y parte en los archivos del Ministerio de Minas y Petróleos.

"Es indudable que quienes intervinieron en la diligencia que comentamos, debieron disponer de documentos, informaciones o testimonios que les permitieron identificar los terrenos de la merced formando con los nombres y detalles que antes anotamos, una alinderación continua de contorno totalmente definido y cerrado, y extendiendo además por el sur las tierras otorgadas a don Francisco Floriano, hasta el alto de Ficalito. Pero como no obstante la cuidadosa investigación que hemos realizado, no hemos podido encontrar esos documentos o informaciones, tenemos que abstenernos de considerar el reconocimiento hecho en la diligencia de 30 de junio de 1949, cuyos fundamentos no hemos podido conocer. Además la superficie contenida dentro de los linderos relacionados en el acta de la mencionada diligencia, asciende a más de 3.000 hts. que de acuerdo con la equivalencia métrica de 726,5 hts. correspondiente a la estancia de ganado mayor que veremos adelante, representa en total más de cuatro estancias de ganado mayor, o sea el doble de las que indican los títulos de la merced. Dicha superficie se distribuye así:

Area dentro de los linderos que acogemos para la merced en este dictamen según veremos más adelante (línea verde-Mapa Instituto)	1.661 hts.
Area al norte de la anterior (rayado en amarillo)	200 hts.
Area entre la quebrada Menal, el camino real, el Alto de Ficalito y la Cordillera del Sargento, medida sobre el mapa (rayado color ladrillo)	1.300 hts.
Superficie total según linderos diligencias 30 de junio de 1949 (línea de rayas color ladrillo)	3.161 hts.

"Concepto de la Sección Técnica sobre la merced de Francisco Floriano.

"Al estudiar esta merced —dicen los peritos— la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos en el juicio de oposición promovido por las haciendas Playagrandé y Santa Inés contra la propuesta número 266, transcribe el informe que sobre esa adjudicación elaboró anteriormente a propósito de la propuesta número 94, del cual tomamos los siguientes apartes relacionados con la identificación y la ubicación de la merced: "Como el informe rendido por el Capitán Capa de Lago fue el que sirvió de base para hacer la merced, es lógico deducir que los linderos fijados por éste son los que deben tenerse en cuenta, pero es bueno advertir que coinciden en su mayor parte (un hato, un picacho, la quebrada Honda y las lomas de las quebradas Neme y Tocuyo) con los linderos que fijan (se refieren a los peritos que actuaron en la oposición a la propuesta 94) pero tales linderos en ningún caso cierran el perímetro del lote mencionado y a lo sumo se podrían establecer en el terreno —siempre que hoy se conserven los nombres de los lugares que allí se mencionan— dos de los costados o sea el que partiendo del hato que tiene sus corrales en el sitio que llaman de Las Tapias hasta el picacho que da vista a Rioseco, y el que partiendo de este picacho que con su loma va subiendo hasta la quebrada Honda, partido esta loma en dos quebradas que llaman del Tocuyo y Neme; son pues imprecisos los linderos que se fijan en la merced y también es imprecisa la ubicación de ella....".

"Para quienes conocen los títulos antiguos y en especial los originales en mercedes y adjudicaciones coloniales, es un hecho suficientemente conocido la imprecisión de sus términos que se manifiesta también en la vaguedad con que se describen los terrenos, como en la indeterminación de sus áreas o cabidas, lo cual no puede por consiguiente considerarse como característica exclusiva de la merced de don Francisco Floriano, como se comprueba fácilmente al examinar los numerosos documentos del tiempo de la colonia que figuran en los 38 expedientes, de oposición a la propuesta 266, que hemos visto, y en general con los que se hallan en los archivos nacionales, la mayoría de los cuales adolecen de las mismas o de análogas deficiencias, que se explican, entre otras razones, por la forma como se hacían las adjudicaciones y por el reducido valor que tenían las tierras adjudicadas.

"Estamos por tanto de acuerdo con la Sección Técnica sobre la imprecisión de los linderos que figuran en el título de Francisco Floriano, imprecisión que no solamente es parcial porque la misma Sección considera identificables los linderos que corresponden a dos costados, sino que además en nuestro concepto, puede prácticamente

eliminarse esa imprecisión al analizar los términos de los varios documentos que se refieren a la merced, en los cuales se indican puntos y sitios que pueden establecerse sobre el terreno y que permiten determinar o deducir el resto de la alinderación.

"Sobre esta cuestión nos parece de especial interés, el siguiente concepto del doctor Pedro M. Carreño que tomamos del libro de Páez Courvel —Historia de las Medidas Agrarias Antiguas— página 174: '. . .quien pedía que se le adjudicara un globo de tierra señalaba los principales puntos de referencia, generalmente un río, una serranía, unas vertientes. Ni los peticionarios, ni los representantes de la Corona, procedían sobre mensuras geodésicas, ni mucho menos; ni había entonces un sistema métrico uniforme y claro que permitiera hacer adjudicaciones con rigurosa relación a una cabida. . . .'

"No estamos de acuerdo respecto de la imprecisión que la Sección Técnica anota para la ubicación de la merced, porque como veremos adelante, los documentos coloniales relativos a adjudicación y la misma descripción a que aludimos antes, permiten ubicar los terrenos adjudicados al analizar e interpretar cuidadosamente esos documentos teniendo en cuenta los términos y sistemas que se usaban para las adjudicaciones.

"Tomando como base, de acuerdo con el concepto de la Sección Técnica, el testimonio de Capa de Lago, identificamos en la siguiente forma durante la inspección ocular las dos líneas o costados de la merced que aquella oficina considera definidos y que el informe describe así: '. . . .desde un hato que tiene sus corrales en el sitio que llaman de Las Tapias hasta dar vista al valle de Ríoseco (Mapa. Línea C-D) que con su loma va corriendo hasta la quebrada Honda partida esa loma en dos quebradas que llaman del Tocuyo y Mene. . . . .'. El 'sitio que llaman de Las Tapias' corresponde al paraje en donde está ubicada la casa de Maximiliano Correa (Punto C marcado con un círculo azul) como pudimos comprobarlo en nuestro primer recorrido sobre el terreno el 5 de septiembre próximo pasado en virtud de los testimonios o informaciones que dieron en el curso de la diligencia, Israel Bustos o Israel Hernández Bustos, Santos Ortiz y otros conocedores de la región. Luego por el antiguo camino La Paz-Honda que baja por una cuchilla bastante pronunciada, reconocimos el cerro llamado actualmente "Alto de la Cruz", desde cuya cima se divisa el valle de Ríoseco, como "el picacho" de que habla Capa de Lago, porque dicho alto no es solamente el único picacho aislado y dominante que se encuentra en ese sector, sino que además forma la loma que como dice el informe 'va corriendo hasta la quebrada Honda'. (Punto 1). El Pico de Gallo, identificado al reconocer los linderos de la finca de la demanda, cuyas estribaciones terminan por el sur en la quebrada del Mene(punto 2) que pocos metros abajo encuentra la del Tocuy o Tocuyo, constituye la prolongación de la cuchilla del alto de la Cruz, o sea de la loma partida en dos quebradas que llaman del Tocuyo y el Mene", en que de acuerdo con el informe, termina este costado de la merced (D-1-2) como puede observarse fácilmente en el mapa del Instituto.

"Capa de Lago resume así la descripción de los terrenos adjudicados: '. . . . . de manera que las tierras vienen a estar entre la loma y la cordillera alta de Calamoima y Enrique Vélez. . . . . .' No determina este resumen propiamente los linderos porque la preposición "entre" significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua (2-acep.) "dentro, en lo interior" y sirve para denotar la situación en medio de dos o más cosas pero el mismo significado de la preposición indica que los puntos citados en el resumen son límites máximos de la merced que pueden ser o no ser linderos como se observa inmediatamente respecto de "la loma" que según hemos visto constituye un lindero claramente determinado.

"Aunque nos parece que la expresión "la cordillera alta de Calamoima" se refiera claramente a la llamada actualmente "de Cocoló" tanto porque así se deduce de los términos mismos del informe de Capa de Lago, que la enfrenta en su descripción a la "loma" —Alto de La Cruz-Pico de Gallo— como porque la cordillera de Cocoló es la sierra alta que domina la región, creemos conveniente hacer notar que el nombre de Calamoima, en los documentos antiguos que conocemos se aplicaba a la región situada en las dos vertientes de la cordillera. En efecto, la petición de merced de D. Francisco Floriano que ubica como hemos visto la parte principal de sus terrenos en el lado occidental de la cordillera, habla de "tres estancias de ganado mayor en tierras que llaman Calamoima, y el título de la adjudicación hecha a D. Francisco Sarmiento en 1644, que obra en el expediente de la hacienda Mojarras sobre la misma propuesta 266, se refiere a "seis estancias de ganado mayor en el valle de Calamoima", que están localizadas en la hoya de los ríos Negro y Guaduero, o sea en la vertiente oriental de la cordillera.

"Al examinar sobre el terreno y en el Mapa del Instituto la superficie comprendida entre los puntos de Las Tapias-Alto de la Cruz-Quebrada Honda-Quebrada Menal y —cordillera alta— observamos que las tierras arriba de las tapias (punto C) y a lo largo del costado oriental de dicha cordillera, son de inferior calidad, en su mayor parte inútiles y en gran parte escarpadas, y que no existe en aquella zona ningún accidente topográfico, natural o artificio que pudiere considerarse como linde oriental de la merced que nos ocupa, con excepción de "la cordillera alta". En tales circunstancias tenemos que concluir que al citar Capa de Lago en el resumen de su descripción, dicha "cordillera alta" quiso indicar que todas las tierras comprendidas desde ésta "la loma" estaban disponibles y podían por consiguiente adjudicarse a D. Francisco Florimo. Y no podía ser de otra manera porque precisamente esas tierras altas y no solamente de un lado de la cordillera sino en sus dos vertientes, las tenía el citado Floriano, como lo afirma su procurador; que las incluyó en el pedimento en los siguientes términos: "..... que teniendo y poseyendo el susodicho por títulos tres estancias de ganado mayor en tierras que llaman Calamoima.... y otras tres estancias de pan coger en los montes de una banda y otra como se mira a la venta que llaman de Enrique Vélez...." (Subrayado por la copia).

"La ubicación del sitio o paraje que se conocía con este nombre de Enrique Vélez, que como vimos se cita también en la descripción que Capa de Lago hace de la merced, puede determinarse en forma bastante aproximada en la solicitud de Juan López de Góngora, hecha en 1623 (Gaceta Judicial número 2151, página 934) el cual dice que abrió un camino "que sale de Hoscco a Guaduas.... y en este con medio de camino está un pedazo de arcabuco y montaña por donde pasa una quebrada de aguas claras que desciende de los altos de Enrique Vélez, ventre..... la vuestra señoría pido y suplico, me haga merced en el propio camino de derme dos estancias de ganado mayor, la una por parte de arriba de dicho camino (color carmelita) y la otra por la parte de abajo (color verde oscuro) quedándome medio esta dicha quebrada clara..." (subraya la copia). Esta segunda estancia, o sea la situada abajo del camino, fue identificada por los peritos que intervinieron en la inspección ocular del juicio de oposición de la hacienda Santa Rainelda a la misma propuesta número 266, que se halla actualmente en la Corte, diligencia en que se reconoció también como la quebrada de aguas claras que cita el título, la que se conoce actualmente con los nombres de Aguas Claras, La Chorrera y El Sargento, que está localizada hacia la mitad de la estancia identificada (Color verde oscuro).

"Se deduce de lo anterior que con el nombre de Enrique Vélez se designaban unas tierras o un paraje ubicado en los alrededores de la quebrada Aguas Claras, y de la venta, la cual seguramente estaba situada en el camino real, y de cuyo dueño se originaba el nombre de Enrique Vélez; paraje que comprendía los altos en donde nace la mencionada quebrada que son los que se conocen hoy como cordillera del Sargento (Véase Mapa).

"Es oportuno hacer notar que la lectura de los documentos relativos a la merced de Juan López de Góngora a que nos hemos referido confirma las razones que tuvimos para no aceptar el reconocimiento de la merced de D. Francisco Floriano hecho en la diligencia de 30 de junio de 1949, porque la mayor parte de las tierras que aquella tomaba como de dicha merced, al oriente del camino real Honda-Guaduas y desde la quebrada Menal hasta el Alto de Ficalito, están claramente incluidas dentro de la estancia que ubicada arriba de dicho camino, la solicitud de D. Juan López de Góngora (Zona de rayas color ladrillo. Mapa).

"La localización que hemos deducido de los documentos transcritos, para el sitio o paraje llamado Enrique Vélez, que según dijimos es el límite máximo de la merced, no permite considerarlo como lindero de aquélla, no sólo por no estar claramente delimitada la región que comprendía, sino también y principalmente porque como lo hemos dicho y se puede observar por los dibujos hechos en el mapa del Instituto, parte de la estancia de ganado mayor de Juan López de Góngora, ubicada arriba del camino Guaduas-Honda, se extendía entre esa región y la quebrada Menal. Esta misma circunstancia y el hecho de que la dicha quebrada no nace en las estribaciones de Pico de Gallo, como lo afirma la diligencia de 30 de junio de 1945, sino en las del Sargento, formando una línea artificial que sigue sensiblemente la dirección general oriente-occidente, nos lleva a concluir que esa quebrada que el informe de Capa de Lago cita como final del lindero occidental de la merced, constituye el lindero sur de la misma señalado en el mapa con los puntos 2, 3, 4, 5, 7. Debemos hacer notar que la última parte de esta línea (puntos 5-7), lo mismo que el sector Las Tapias-Cocoló (punto D-E) del costado opuesto, no se pudieron deducir de los títulos y se tomaron por aproximación,

teniendo en cuenta que las tierras altas que comprenden son en su mayor parte abruptas, escarpadas y casi totalmente inútiles.

"De acuerdo con lo expuesto, la ubicación de la merced de Francisco Floriano, queda en nuestro concepto determinada en la siguiente forma: por el norte, de la cordillera de Cocoló al alto de la Cruz, pasando por Las Tapias (puntos E-C-D); por el occidente, del alto de la Cruz al Charco del Indio, siguiendo por Pico de Gallo a la quebrada Monal (línea D-1-2); por el sur quebrada Monal arriba a la cordillera (Puntos 2-3-4-7); por el oriente, la cordillera del Sargento y del Cocoló (Línea 7-8-E)".

* * *

No obstante haber precisado los expertos la ubicación de la merced mediante el alindamiento y descripción de los terrenos, expresaron que no podían considerar dicha ubicación aisladamente, sino que debían tomar en cuenta también **la cabida asignada en los títulos**, que constituye un elemento complementario para la identificación de dichos terrenos. En efecto, en confirmación de tal apreciación citan de la sentencia de la Corte, fechada el 5 de agosto de 1942 (Gaceta Judicial número 1987), los siguientes apartes: "....Y por regla general en las adjudicaciones con medidas y linderos, prima entre los dos elementos determinantes del objeto o materia de la adjudicación, el que más resalta de ellos, las medidas o los linderos. Y cuando concurren medidas y linderos, como el lindero con relación a la medida, es perímetro que comprende el área correspondiente a la que deberían abarcar las medidas, no puede hablarse en tal hipótesis de LINDEROS sino cuando encierran con suficiente claridad o precisión la superficie que trata de establecerse. Las medidas deben ser proporcionadas, próximas en extensión al área abarcada por los linderos, y el área encerrada por éstos, próxima a la superficie que dan las medidas". (Página 788).

Las tierras se localizan por linderos o por medidas, y también por la concurrencia de ambos elementos. Importante es tanto recalcar sobre la doctrina de esta Sala, según la cual, en las adjudicaciones de tierras con MEDIDAS Y LINDEROS, prima entre estos dos elementos determinantes del objeto o materia de la adjudicación, el que más resalte de ellos, las medidas o los linderos. Así, pues, tratándose de localizar terrenos con medidas y linderos antiguos —como en el caso de autos— aquéllas y éstos deberán corresponderse en cuanto fuere posible, no sólo en el área comprendida por la medida que se usó en la época en que se hizo la expedición del título de adjudicación, sino en los linderos, esto es, en el perímetro que comprenda el área abarcada por la medida. Evidente es que si una extensión superficiaria se localiza por linderos solamente, éstos deberán encerrar con suficiente claridad o precisión esa superficie, pues entonces no existen puntos de comparación entre la medida y un perímetro determinado. Pero si para la localización surgen ambos elementos —medidas y linderos— esta Sala sigue considerando que si las medidas son proporcionadas, es decir, si son próximas en extensión al área abarcada por los linderos, y el área encerrada por éstos próxima a la superficie que dan las medidas, la identificación de las tierras surge inevitable, así prime en el objeto o materia de la adjudicación uno de tales elementos.

En la localización y la posible cabida de la merced concedida a Francisco Floriano, la Sala encuentra que los peritos tuvieron en cuenta no sólo las medidas usadas en la época de la adjudicación, sino también los linderos, a los cuales dieron cierta prioridad en relación con las medidas, por la sencilla razón de que los pudieron determinar sobre el terreno con los puntos fijos que cita el título, y en cambio las medidas, o sea la cabida indicada en el mismo, no puede tener ninguna precisión por las razones que exponen en su informe.

Con el criterio esbozado los peritos, en efecto, procedieron a determinar **la medida de la merced**, así:

"**Medida de la merced.**— En la determinación de las cabidas o áreas de las mercedes o adjudicaciones y transacciones del tiempo de la colonia, existe una extraordinaria anarquía que como es apenas lógico, se manifiesta en los informes técnicos y en los conceptos de los expertos que han intervenido en cerca de cuarenta juicios de oposición a la propuesta número 266, los cuales utilizan diferentes medidas antiguas como base para sus cálculos. En nuestro concepto esa anarquía proviene no solamente de falta de uniformidad, continuidad y precisión en la legislación colonial sobre medidas, y de la escasez de textos y documentos sobre su aplicación, sino también y quizás principalmente, de la forma equivocada como se ha interpretado esa legislación sin tener en cuenta las condiciones de tiempo y de lugar cuya consideración es indispensable como se de-

duce de los siguientes apartes de la sentencia de la Corte antes citada (Gaceta número 1987, páginas 807-809): "La validez jurídica de los mismos títulos y la extensión o área que con fundamento en ellos haya de pertenecer a los sucesores actuales de aquéllos, son cuestiones que requieren un previo y detenido estudio de la legislación española para las Indias, vigente cuando dichos títulos se otorgaron y en el tiempo de la colonia en que pudieron producir efectos.....". "La legislación española peninsular y principalmente la que rigió de modo especial en las Indias se distingue por su marcado casuismo. Esta característica impone al intérprete el mayor celo para acomodar el caso que tenga en examen, a los hechos que lo acrediten probatoriamente, el derecho más próximo y peculiar, más pertinente con la situación que es objeto de análisis, teniendo en cuenta el tiempo y lugar y también la forma general o costumbre como se aplicó la norma al hecho, o como actuó el derecho, dentro de las varias circunstancias"

En los expedientes a que nos hemos referido, encontramos para la estancia de ganado mayor, que es casi la única medida agraria antigua que figura en los documentos coloniales que obran en los respectivos juicios, las siguientes equivalencias que difieren considerablemente entre sí:

268 hts. con 8.000 mts.2 aplicado por la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos en todos los juicios que se basan en títulos originados en mercedes. Esta equivalencia corresponde a las medidas que tenía en Santa Fé, de 1.727 en adelante, la estancia de ganado mayor de las "modernas", que no puede aplicarse a la adjudicación de D. Francisco Floriano, por estas razones:

a).—En los documentos que conocemos relativos a estancias de ganado mayor "de las modernas" se anotaba esa característica al efectuar la adjudicación, transacción o diligencia, lo que no ocurre con los títulos de Francisco Floriano;

b).—Las medidas de estancia de ganado mayor de "las modernas" que corresponden a la equivalencia arriba indicada, no aparecen aplicadas antes de 1.727 en ninguna forma ni en ninguno de los documentos antiguos que hemos consultado ni tampoco en los numerosos que sirvieron de base al doctor Páez Courvel para su libro citado atrás, y no pueden por consiguiente aceptarse para una merced otorgada un siglo antes, en 1636;

c).—Con mayor razón hubiera podido aplicarse en vez de la anterior, la estancia de ganado mayor que regía en Santa Fé en 1.675 (v. Páez Courvel) cuya equivalencia era de 1.664 hts. con 6.400c.

A esta última equivalencia se refieren seguramente los peritos que actuaron en el juicio de las haciendas de Santiago y Remolino que dicen sobre la cabida de una estancia: '.....con lo cual ella cubriría el resto de las tierras que hoy forman la hacienda de Santiago que es de unas **1.600 hts. área aproximada a la que en ese entonces tenía una estancia de ganado mayor'.** Tampoco es aceptable esta equivalencia para el caso que nos ocupa, porque la merced de Floriano, es como sabemos de 1.636, y las medidas de la estancia de ganado mayor que a esta equivalencia correspondan se aplicaron en Santa Fé desde 1.675 y no antes.

633 hts. con 37 mts.2.— Esta equivalencia de estancia de ganado mayor, la aplicaron los peritos —'haciendo uso de la vara de Santa Fé' en las oposiciones de las fincas denominadas Mojarras, San Rafael, Molano, Cocoló, Aceros y Pilal, que citan en sus demandas la merced de Francisco Sarmiento, otorgada el 23 de abril de 1645.

Esta equivalencia, cuyo origen no indican los peritos, proviene en nuestro concepto de la CABALLERIA DE TIERRA definida por la ley I de 18 de junio de 1513, de la Corona Española (Recopilación de Indias. Ley I. Título XII, Libro IV) que es la más antigua que se conoce sobre medidas agrarias de la colonia. Basándose en dicha ley, el doctor Peregrino Ossa en un estudio sobre medidas agrarias antiguas, publicado en el número 518 de Anales de Ingeniería, redujo a varas cuadradas, las varias superficies componentes de la CABALLERIA DE TIERRA que la ley fija en pies, fanegas, huebras y número de animales de ganado mayor y menor que puedan alimentarse, obteniendo un total de 7.888.800 varas cuadradas, que con la vara de Santa Fé 88.81 cms. —que según dicen los peritos utilizaron para sus cálculos— equivalen a 622 hts. con 2.000 mts.2, casi igual a la de 633 hts. 37 mts.2 que aquellos fijaron en sus dictámenes.

Como es obvio, esta equivalencia tampoco es aplicable a la merced de Floriano no por referirse a CABALLERIA que fue unidad de medida que originó y se conoció después como estancia de ganado mayor cuando se estableció ésta, y que luégo se igualó en algunos lugares a la estancia de ganado menor (v. Ordenanza del Cabildo de Tocaima de 8 de enero de 1592. Tierras de Cundinamarca.-Archivo Nacional) sino principalmente porque desde la misma centuria del XVI en que

fue dictada la mencionada ley, las Audiencias y los Cabildos de la colonia, expidieron para sus respectivas jurisdicciones, ordenanzas propias con nuevas unidades y medidas, que modificaron y reemplazaron la legislación anterior, quedando por consiguiente sin aplicación, por lo menos en gran parte de estas colonias, las unidades agrarias de la citada ley de 1513.

El rápido análisis que hemos hecho de las diferentes equivalencias, tomando en consideración únicamente las utilizadas en los expedientes de una sola propuesta, todas las cuales se aplicaron en épocas distintas a las que correspondían a las fechas de su vigencia, confirman nuestra opinión de que esa falla fundamental en la aplicación de las medidas agrarias antiguas constituye la causa principal de la anarquía en la utilización de aquéllas, especialmente por parte de técnicos y expertos.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 1955, de la cual transcribimos algunos apartes en páginas anteriores, establece muy acertadamente la forma como deben considerarse los dos elementos de los títulos antiguos, linderos y cabidas, para efectos de la identificación y ubicación de los terrenos correspondientes. Como es apenas obvio, estamos en general de acuerdo con las tesis de tan elevada autoridad, sinembargo nos parece conveniente hacer notar que en nuestra opinión las cabidas o superficies señaladas en los documentos coloniales, constituyen por regla general el elemento de mayor imprecisión y de más complicada interpretación en el estudio de aquéllos. Para confirmarlo basta leer en la página 328 del libro de Páez Courvel, la extensa lista de unidades y medidas agrarias que rigieron en el tiempo de la colonia, y observar las grandes diferencias que existen entre unas y otras, inclusive en algunas de la misma denominación y dentro de las mismas épocas y aun de los mismos años para diferentes jurisdicciones; recordar la forma como se hacían las adjudicaciones sin condicionarlas a ninguna mensura, que solamente en muy contados casos se llevó a cabo, y que en otros, como sucede en la merced de don Francisco Floriano, la cabida se tomaba solamente como una suposición, una apreciación o una simple estimación visual; y tener en cuenta no sólo el instrumento que se utilizaba para las mensuras: "la cabuya", sino especialmente la forma como debía medirse según las normas antiguas: "Pisando la cabuya en lo llano descolgándola por las cañadas útiles y volando la cuerda por las yermas e inútiles".

Por otra parte, en unos casos se medían directamente en el terreno, unas a continuación de otras, el número de estancias o caballerías etc., indicadas como cabida, y en otros la cabida se calculaba midiendo solamente el perímetro y deduciendo aquella de la relación entre el perímetro y la superficie de la respectiva unidad, sistema este último inadecuado e inexacto en grado sumo.

Nos hace ver lo que dejamos expuesto, que la proporcionalidad de que habla la Honorable Corte, entre la superficie deducida del contorno determinado por los linderos y el área correspondiente a la cabida fijada en los títulos, aunque es de gran importancia para la identificación de los terrenos, no tiene ni puede tener un carácter absoluto y definitivo y es preciso analizarla teniendo en cuenta los términos mismos del título o documento de donde se deduzca, y la mayor o menor tolerancia que pueda tenerse para las variaciones o diferencias de esa proporción teniendo en cuenta que puede ser más estricta cuando interpreta resultados de mensuras realmente ejecutadas, que cuando procede solamente sobre presupuestos o estimaciones visuales.

Como puede verse en los títulos de don Francisco Floriano, las tierras que le adjudicó la merced estaban ubicadas en la región de Rioseco dependiente de la jurisdicción de Santa Fé; por consiguiente para determinar su cabida debemos aplicar las medidas agrarias que regían para dicha jurisdicción en 1636, año en que se hizo la adjudicación.

No hemos podido encontrar en los documentos antiguos ni en los libros sobre legislación colonial que hemos consultado, las ordenanzas del Cabildo de Santa Fé que establecieron las medidas vigentes en esa época, las cuales según parece tampoco se han encontrado hasta el momento en los archivos nacionales. Sinembargo el libro de Páez Courvel citado antes, transcribe en la página 51 las siguientes medidas de la estancia de ganado mayor, que por disposición de la Real Audiencia regían en Santa Fé en 1582 según documentos del archivo de Tunja relacionados con un juicio de Juan Ramírez contra Diego García Zárate: "....que las estancias de ganado mayor tenga y se mida de 6.000 pasos de largo y 3.000 de ancho....".

En nuestro concepto estas medidas estaban vigentes en 1636 y deben por lo tanto aplicarse a la adjudicación de Francisco Floriano tantas veces citada, porque con posterioridad a 1582 año en que está fechado el documento citado en el párrafo anterior, solamente para el año de 1675

se encuentra constancia de haberse modificado las medidas de la estancia de ganado mayor.

Es muy interesante hacer notar que esta modificación constituye una comprobación de la extraordinaria anarquía que existía en las medidas agrarias durante la colonia, porque la estancia de ganado mayor que se adoptó en 1675 para Santa Fé, tenía 6.000 pasos por lado o sea exactamente el doble de la de 1562 y era la misma que desde 1592 regía en Tocaima cuya jurisdicción lindaba con la de Santa Fé, río Magdalena de por medio.

El paso que figura como unidad de longitud para la medida de la estancia de ganado mayor, no está definido en forma directa en la legislación española que consultamos. La primera referencia sobre aquel, aparece en una forma incidental en la página 294 del tomo II de las Siete Partidas, en los términos siguientes: "..... quanto fasta una legua que son tres mill et seiscientos pasos....." Para determinar su más probable longitud hemos analizado los numerosos documentos que transcribe o cita en su libro Páez Courvel, y los que figuran en los estudios del doctor Peregrino Ossa sobre medidas antiguas a que antes nos referimos, y mediante las relaciones que de tales documentos resultan entre el paso y otras medidas de longitud como la legua, la vara, etc., hemos deducido varias equivalencias para "el paso" y llegado a la conclusión de que la que tuvo en la colonia aplicación más frecuente correspondía a la cabuya (unidad de longitud) de 100 pasos equivalentes a 76 varas.

La mayoría de las equivalencias métricas de medidas de longitud que figuran en el libro de Páez Courvel y en los estudios de Ossa fueron calculadas con la vara de Santa Fé, que era 1|18 más larga que la Vara de Burgos o de Castilla. Sinembargo para deducir en nuestro caso la longitud del "paso", tomamos la vara de Burgos, porque de acuerdo con la legislación española que conocemos, esta vara era no solamente la más antigua, pues se encuentra citada desde el año de 1347, sino que era además la única que se consideraba como legal en la colonia, y también la única de las medidas antiguas que se conservó invariable y que tuvo carácter general y verdadera uniformidad. No está por demás advertir, que sobre la vara de Santa Fé, no aparece en los documentos antiguos ninguna referencia anterior al año de 1761. La vara de Burgos tenía 3 pies de 12 pulgadas, o sea en total 36 pulgadas, cada una de las cuales equivalía en medidas métricas, a 23,22 milímetros; por tanto la citada vara tenía una longitud de 83,59 cms. que dan para la cabuya de 76 varas o 100 pasos, un largo total de 63,5284 mts. o sea para un paso 63,53 cms. Tomando otras relaciones entre medidas de longitud, que se encuentran en el libro de Páez Courvel, se deducen para el paso longitudes de 33,44 cms. y de 139,5 cms. que no hemos creído que puedan utilizarse porque la primera parece resultado de un error de apreciación en que se tomó una división de la vara que figura como "tercia" por un quinto, y porque a la segunda solamente se refiere a documentos posteriores al año de 1700. Por otra parte ninguna de las dos tiene una verdadera confirmación práctica en los documentos antiguos que hemos visto.

Con la longitud del paso, deducida de la vara de Burgos, se obtienen para la estancia de ganado mayor de 1562, las siguientes equivalencias métricas:

6.000 pasos x 63,53 cms.	=	3.811,80 mts.
3.000 pasos x 63,53 cms.	=	1.905,90 mts.
AREA		726 Hts. 4810 m².

La cabida de las dos estancias de que habla el título de la merced, es por consiguiente, de 1.452 hts. con 4.820 mts.².

La superficie comprendida por los linderos de la adjudicación, descritos atrás, se descomponen así:

Hacienda del Dr. Vargas Forero demandante, s|g. plano Dr. Infante	662 Hts. 9.500 mts.²
Hacienda de Romualda Sanabria s|g. plano Dr. Infante	317 Hts. 7.600 mts.²
Hacienda de Benjamín Vera S. s|g. plano Dr. Infante	339 Hts. 1.900 mts.²
Total de estas 3 fincas (1)	1.319 Hts. 9.100 mts.²
Zona fuera de las anteriores, entre puntos E-C-D-1-20-17 medida en el mapa	341 Hts. 700 mts.²
Total que resulta para la merced s|g. los linderos	1.660 Hts. 9.800 mts.²

que como se observa, da con la cabida calculada para las dos estancias de ganado mayor, una diferencia de 208 hts. que alcanza apenas a un 14% del total de aquélla.

Esta diferencia no solamente no nos parece excesiva sino que la consideramos aceptable dentro de la proporcionalidad que en el caso que nos ocupa debe tener la superficie deducida de los linderos y la que corresponde a la cabida indi-

cada en el título, por las siguientes razones:

a).—Según el mismo título no hubo ninguna mensura y la cabida fijada fue resultado de una suposición o apreciación visual cuya proporción con la deducida de los planos, demuestra la práctica y experticia de quienes la estimaron.

b).—Los términos del informe de Capa de Lago, parecen indicar que las tierras "que por justo título" se dice que poseía Gregorio Hernández, no estaban incluídas en las dos estancias, y como quedaban dentro de los linderos o descripción general de la merced, la diferencia anotada queda ampliamente justificada.

c).—En este caso particular estimamos que hay cierta prioridad de los linderos con relación a las medidas, porque aquellos según hemos visto se pudieron determinar y deducir sobre el terreno con los puntos fijos que cita el título, y en cambio las medidas o sea la cabida indicada en el mismo, no puede tener ninguna precisión, por las razones que expusimos antes.

(1) Además de las tres fincas citadas en el plano del doctor Infante incluye dos pequeños lotes de Casimiro Barragán y Vicente García, con una cabida total de 44 hts. 1.600 mts.² que no forman parte de la finca de Peñaranda o Acuapal, tal como se determina en el juicio.

Como resultado del detenido análisis que hemos hecho de los diversos asuntos conectados con el punto cuarto del cuestionario, damos respuesta al mismo, en la siguiente forma: no estamos en capacidad de afirmar si "la finca general de Peñaranda" de que habla la demanda, hizo o no parte de las estancias de ganado mayor que a Francisco Floriano otorgó en merced el Gobernador y Capitán General del Reino y Presidente de la Real Audiencia, el 7 de febrero de 1.636, porque desconocemos los linderos de esa finca y el total de los terrenos o haciendas que la formaban; pero sí podemos afirmar que la hacienda de propiedad del doctor Carlos J. Vargas Forero, objeto de la oposición, lo mismo que la de Benjamín Vera S., hoy de Fernando Pérez y Jorge Vanegas; y la de Romualda Sanabria, hoy de Pablo Barajas, que formaron parte de la antigua hacienda conocida con el nombre de Peñaranda, están comprendidas dentro de las tierras adjudicadas a Francisco Floriano por la referida merced, como puede observarse en el mapa del Instituto que acompaña a este dictamen".

* * *

PUNTO 5º.—Se pide en este punto, como consecuencia de todo lo anterior, la conclusión de que la finca Peñaranda o Acuapal, de propiedad del demandante, por los linderos de la demanda y de los títulos, y por ser una parte de la finca general de Peñaranda, hace parte también de las estancias de ganado mayor que don Francisco Floriano pidió en merced y que le fueron otorgadas por título debidamente expedido. Y a ello responden los peritos:

"En nuestro concepto este punto queda contestado en todas sus partes con la respuesta anterior. Sinembargo nos parece necesario hacer constar que la finca de Peñaranda o Acuapal, de propiedad del doctor Vargas Forero, por los linderos que se indican en la demanda, está comprendida dentro de las estancias de ganado mayor otorgadas a D. Francisco Floriano, no porque esa propiedad haya formado parte de la finca general de Peñaranda, sino simple y exclusivamente, porque los terrenos correspondientes a dicha merced abarcan, incluyen y comprenden la totalidad de las tierras que forman la mencionada hacienda del doctor Vargas Forero, como lo hemos deducido del análisis de los títulos y de la identificación de los linderos que dibujamos en el mapa del Instituto".

PUNTO 6º.—A este punto fundamental de determinar si dentro de los linderos de la propuesta número 266 está la finca del demandante Vargas Forero, o sea, que tal propuesta comprende, cobija y abarca dicha finca en su totalidad, tal como está determinada en la demanda y en los títulos, los peritos concluyen:

"En el plano de la propuesta número 266 que en copia presentamos con este dictamen, dibujamos la hacienda Peñaranda o Acuapal, objeto de la demanda, en el cual puede verse que dicha hacienda se halla comprendida íntegramente dentro de los terrenos fijados por la Compañía de Petróleos Arauca para la mencionada propuesta, como lo comprobamos además sobre el terreno con la observación a distancia de los puntos A y B de aquella, situados en la orilla del río Magdalena, el primero cerca del puente Navarro (Honda) y el segundo en las inmediaciones de Chaguaní; y también por el reconocimiento e identificación que hicimos de la cordillera de Cocoló y del Sargento, que como puede verse en el plano de la propuesta, está ubicada dentro de los terrenos de aquélla y a una distancia de cinco kilómetros de la línea C-D del plano de la Compañía, que forma el lindero oriental de la concesión o propuesta. La localización de Acuapal o Peñaranda en dicho plano la hicimos con las coordenadas geográficas

que corresponden en el mapa del Instituto a los cuatro puntos extremos de los linderos de la finca en referencia. Estas coordenadas las anotamos en el cuadro anexo a este dictamen en el cual figuran también los correspondientes a los vértices del polígono que encierra la propuesta, que calculamos con los datos de la misma que se encuentran en el Ministerio de Minas y Petróleos, tomando como coordenadas iniciales las que resultan en el mapa del Instituto para el punto (E) que tuvimos que localizar en forma aproximada en dicho mapa, debido a que la compañía proponente nó tomó coordenadas geográficas de ningún punto de la propuesta no obstante que así se lo ordenó o lo dispuso la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos en concepto del 9 de mayo de 1945, deficiencia que por lo demás no tiene ninguna influencia en la localización que hicimos sobre el plano, ni tampoco en la respuesta que hemos dado a este punto del cuestionario".

* * *

En sentir de la Sala, la prueba de inspección ocular con peritos que se deja relacionada —acta y dictamen— es concluyente en orden a establecer el elemento de la acción consistente en la determinación precisa del terreno objeto de la oposición, y de que los linderos de la propuesta abarcan en su totalidad dicho terreno. En efecto, de tales acta y dictamen se desprende, sin dudas, la determinación de los linderos que encierran el polígono de la propuesta número 266, de los linderos y cabida aproximada de las dos estancias de ganado mayor que le fueron merecedadas a Francisco Floriano el 7 de febrero de 1636, de los linderos de la finca del demandante Vargas Forero, objeto de la oposición, y las conclusiones inequívocas de hallarse esta finca comprendida dentro de los linderos y cabida de la merced, de estar la merced abarcada por los linderos de la propuesta número 266 y, por ende, estar superpuesta la superficie de la propuesta tanto a los linderos de la merced como a los de la finca objeto de la oposición.

III

Propiedad del demandante.

Para el reconocimiento de los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada, es también requisito indispensable que el interesado presente al juicio sus títulos de propiedad sobre el terreno de que se trata, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados correspondiente, que comprenda el período de la prescripción extraordinaria.

El demandante doctor Carlos J. Vargas acompañó a su demanda las copias debidamente registradas de diversas escrituras públicas relacionadas con la transferencia del dominio de la finca Peñaranda o Acuapal, así:

Escritura número 9, de 11 de enero de 1894, de la Notaría de Guaduas, por la cual Lorenzo Galindo vende a JOSE GALINDO un lote de tierra que ha hecho parte del terreno denominado Peñaranda, ubicado en jurisdicción de La Paz (folios 6 y 7, cuaderno número 1).

Escritura número 60, de 20 de marzo de 1923, de la Notaría de Guaduas, por la cual se protocoliza el juicio de sucesión intestada de José Galindo. Según este instrumento, se respondió a los señores Ricardo Vera Cruz y CARLOS J. VARGAS la finca Peñaranda o Acuapal, en común y proindiviso, en su calidad de cesionarios de los derechos herenciales de Magdalena Ordóñez de Galindo, Ismael Galindo, Patrocinio Galindo, Jeremías Galindo, Salvador Galindo, Fideligna Galindo y Pedro Pablo o Isauro Galindo (Folios 33 a 35, cuaderno número 1).

Los derechos de Ricardo Vera Cruz sobre la finca en mención, adquiridos de varios de los herederos de José Galindo, constan en las escrituras públicas números 77, de 8 de abril de 1919 (Folios 8 a 10), y 295, de agosto 13 de 1918 (Folios 11 a 13), ambas de la Notaría de Guaduas.

Los derechos adquiridos por Carlos J. Vargas en la misma finca, también dados a éste en venta por varios herederos de José Galindo, constan en las siguientes escrituras: número 282, de noviembre 21 de 1920 (Folios 16 a 18); número 26 de febrero 2 de 1921 (Folios 19 y 20); número 205, de noviembre 3 de 1921 (Folios 24 y 25); número 118, de julio 5 de 1922 (Folios 29 a 30); número 35, de 13 de febrero de 1922 (Folios 26 a 28), y número 237, de 29 de noviembre de 1922 (Folios 31 y 32), todas otorgadas en la Notaría de Guaduas.

Por medio de la escritura número 168 de 10 de septiembre de 1923, de la Notaría del Circuito de Guaduas, Ricardo Vera Cruz vendió sus derechos proindiviso sobre la finca Peñaranda o Acuapal al doctor CARLOS J. VARGAS (Folios 36 y 37 del cuaderno número 1).

Conforme a la escritura número 73, otorgada en la Notaría de Guaduas el 14 de abril de 1921,

el doctor Carlos J. Vargas había vendido a Eufrasio Gómez C. la mitad de los derechos que el otorgante adquirió a título de compraventa de algunos herederos de José Galindo según escritura número 282, de fecha 21 de noviembre de 1920, atrás relacionada (Folios 21 a 23). Y readquirió esos mismos derechos posteriormente, por venta que le hizo la señora María Hincapié de Gómez, quien los había adquirido por adjudicación en el sucesorio de su esposo Eufrasio Gómez, según consta en la escritura pública número 186, de 28 de julio de 1927, de la Notaría de Guaduas. (Folios 38 a 39).

Los títulos anteriores demuestran que el doctor Carlos J. Vargas Forero llegó a adquirir la totalidad de los derechos sobre la finca Peñaranda o Acuapal, tantas veces mencionada, y que por lo tanto es el actual propietario inscrito de tal inmueble. Así lo acredita, por otra parte, el certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Guaduas, que obra a folios 32 a 33 del cuaderno número 2, el cual abarca un período mayor del de la prescripción extraordinaria.

* * *

En este proceso se han reunido pues, los requisitos que exige el Código de Petróleos para declarar el derecho de dominio privado del petróleo. Así lo reconoce el propio representante de la parte demandada, cuando en las conclusiones de su alegato de conclusión expresa: "Que el demandante ha llenado todas las exigencias legales requeridas para que pueda prosperar la acción ordinaria sobre propiedad privada del petróleo en su favor y en contra de la Nación Colombiana". (Folio 67, cuaderno 1).

Por consiguiente, la Sala procede a hacer la declaración impetrada en el libelo de demanda que originó la presente litis.

FALLO

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,

Declara:

Son de propiedad del doctor Carlos J. Vargas Forero, como actual dueño inscrito de los terrenos denominados "ACUAPAL" o "PEÑARANDA", ubicados en jurisdicción del Municipio de Guaduas, departamento de Cundinamarca, los petróleos y demás hidrocarburos existentes en el subsuelo de tales terrenos, los cuales se hallan comprendidos dentro de estos linderos: "Desde el Charco Indio siguiendo a tomar la cuchilla de Pico Gallo; toda la cuchilla arriba hasta dar a la quebrada de La Pedregoza que se llama Menal; ésta arriba hasta dar al camino real que va para Guaduas; dejando el camino real en línea recta a dar a un mojón de tierra clavado (sic) y marcado con una cruz; de este punto en línea recta a dar a una piedra nativa marcada con una cruz; de este punto de para arriba en línea recta hasta encontrar con una piedra nativa marcada con una cruz; de este punto en línea recta a dar al Alto que divide los Distritos de La Paz y Guaduas; siguiendo por todo el Alto a dar al lindero de Serafina Sanabria; de este lindero en línea recta a dar a la quebrada ALEGRE; ésta abajo a dar al primer lindero"

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

Héctor Martínez Guerra—Samuel de Scla Roncallo—Roberto Goenaga—Jorge Sanabria—Jorge García Merlano, Secretario,

INCIDENTE DE LIQUIDACION ESTABLECIDO POR EL ARTICULO 553 DEL C. J.— A QUIEN CORRESPONDE SU CONOCIMIENTO. — EL AUTO EN QUE SE DETERMINA LA PERSONALIDAD DE UNA DE LAS PARTES ES INTERLOCUTORIO Y DE CONSIGUIENTE DEBE SER FIRMADO POR TODOS LOS MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA SALA DE DECISION DEL TRIBUNAL. — CREDITOS A CARGO DEL EXTINGUIDO CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES. — QUIEN DEBE CUBRIRLOS

1.—Según el artículo 550 del Código Judicial "el juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponda el conocimiento, conforme a las reglas generales sobre competencia, y en caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia". Así, pues, el incidente de liquidación que se propone para los efectos del artículo 553 del Código Judicial, que por ser precisamente un incidente no requiere juicio distinto, corresponderá en conocimiento al Juez o al Tribunal que ha conocido del asunto en primera o única instancia.

En desarrollo de lo antes expresado, para esta Sala es evidente que el incidente de liquidación propuesto con base en el artículo 553 del Código Judicial citado, para la ejecución de la sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Superior (Sala Civil de Decisión), debe tramitarse en esa misma entidad y, por ende, los autos interlocutorios producidos en desarrollo de ese incidente, deben llevar la firma de todos los Magistrados de la Sala de Decisión y no únicamente la del Magistrado sustanciador, pues así lo dispone en forma terminante el último inciso del artículo 84 del Código Judicial, al estatuir que los autos interlocutorios dictados en juicios de que conocen los Tribunales en primera instancia, se han de proferir por la Sala de Decisión y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia. Esta regla excepcional consagrada en el citado artículo 84, ya ha sido interpretada por esta Sala en auto de 15 de junio de 1937, XLV, 556.

En aplicación del artículo 666 del Código Judicial, numeral 2º, esta Sala de la Corte estima que el auto que le da curso al incidente de liquidación de que trata el artículo 553 ibídem, y tiene a una persona natural o jurídica como parte demandada y a un abogado como su representante judicial en la litis, es un auto interlocutorio, pues no sólo determina la personalidad de la parte demandada, sino la de su representante en ejercicio de la debida representación. En tal virtud, como auto de carácter interlocutorio, debe ser firmado por todos los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal, y no únicamente por el Magistrado sustanciador. Pero si se firma solamente por éste último, se incurre en nulidad procesal por incompetencia de jurisdicción que debe declararse de plano, por no ser ratificable o subsanable, pues la competencia en tal caso es privativa de la Sala Civil de Decisión y por ende improrrogable su jurisdicción; pero sin condenación en costas a cargo del actor en el incidente, ni de la Sala Unitaria ni de la de Decisión, porque el auto que se declara nulo apenas inicia el trámite del incidente, y el que declara la nulidad tiene por fin evitar que se produzca una tramitación viciada e inoperante.

2.—El artículo 2º del Decreto número 2645 de 30 de diciembre de 1943 (Diario Oficial número 25435, enero 3 de 1944), dió al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales el disfrute de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General, el del ejercicio de todas sus funciones con una completa independencia, la investidura de la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades y en toda suerte

de diligencias, actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas de todos los privilegios concedidos a la Nación.

La creación que el Gobierno Nacional hizo primero del Consejo Administrativo, y luégo de la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales, como establecimientos públicos, con miras a atender en forma eficaz el servicio público de los ferrocarriles de la Nación, no son sino aplicaciones del principio de descentralización administrativa que permite a las distintas secciones en que el Estado se halla dividido, organizar y prestar independientemente los servicios públicos que son de cargo del Estado.

La Sala, en orden a fijar posiciones concretas en este debate, encuentra que el Gobierno, por los artículos primero y segundo del Decreto número 3129 de 1954, no transformó el Consejo Administrativo en Empresa de los Ferrocarriles Nacionales, sino que suprimió, o mejor, extinguió el primer organismo para crear uno nuevo, sometido a los estatutos allí consignados y a normas que si en muchos aspectos concuerdan con las que regían para el Consejo extinguido, sin embargo, no contienen aquellas facultades tan amplias y precisas como las del artículo 2º del Decreto 2665 de 1943, a favor del mencionado Consejo.

Y debe de advertirse de una vez que como en definitiva lo que la Nación hacía por medio del Gobierno era descentralizar un patrimonio nacional hacia un establecimiento público, para el mejor servicio del transporte férreo, bien pudo el Gobierno disponer en el artículo 5º del citado Decreto número 3129 qué clase de bienes venían a integrar el patrimonio de la nueva empresa, como también qué persona de derecho público se haría cargo del pasivo existente que pesaba sobre el establecimiento público extinguido, en el momento de traspasarse los bienes de éste a la nueva entidad. Y si los Decretos 3129 y 3739 no dieron a la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales, en forma expresa, como sí lo hizo el Decreto 2665 para el Consejo, la facultad de representar activa y pasivamente a la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los bienes cuya administración le confiaba, mal puede sostenerse ahora que dicha Empresa —como organismo o establecimiento público— tenida como persona jurídica de derecho privado, con capital o patrimonio autónomo, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 3739, sea la entidad obligada al pago del pasivo existente o en potencia de existir concretamente, cuando ella surgió a la vida del derecho civil, a cargo del Consejo Administrativo extinguido.

No es aceptable la tesis de que la disposición del parágrafo del artículo 5º del Decreto 3129 de 1954, implica una cesión de la deuda a cargo del Consejo suprimido, a favor de la Nación, sin el consentimiento del acreedor demandante. Y es que si el Gobierno, en uso de sus atribuciones legales, suprimió un organismo público descentralizado, que fue creado precisamente para la mejor administración del transporte férreo, esto es, para la administración de una parte especial e importante del patrimonio del Estado, y a la vez se hizo cargo del pasivo existente, con tal medida no estaba haciéndose cargo por cesión de una deuda sino reconociéndose deudor de todas aquellas obligaciones contraídas por el Consejo extinguido durante su gestión, como representante de esa parte del patrimonio nacional descentralizado.

Considera la Sala que la cesión de deudas no es posible sin que el acreedor lo permita, a diferencia de la cesión de créditos que sí puede hacerse a favor de un tercero sin contar con el deudor.

Si la Nación como representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, hizo expreso reconocimiento del pasivo existente que había sido contraído por aquélla, impropio resulta entonces hablar de cesión de deudas, pues nadie se cede a sí mismo lo que le pertenece.

Si se considera, de un lado, que el Consejo estuvo erradamente sustituido por la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales a partir de su extinción, dentro del juicio ordinario fenecido, ello no impide que el favorecido con la sentencia demande la ejecución de ésta del verdadero sustituto obligado, sólo que podría verse expuesto a los remedios que para tales casos indica la ley (artículo 457 del Código Judicial), y si de otro lado se tiene en cuenta que el hecho originario de la obligación reconocida se demandó del Consejo Administrativo, cuan-

de ya éste llevaba sobre sí el gobierno de los ferrocarriles nacionales, como patrimonio autónomo y jurídico descentralizado, derivado de la Nación colombiana, para la Sala no queda duda alguna de que el valor correspondiente a la faja de tierra ocupada por el Estado, de propiedad del actor, constituía un crédito potencial a favor de éste, ya sometido a la protección de los órganos jurisdiccionales cuando el Consejo se extinguió, o mejor, un pasivo existente en contra del Consejo o de quien lo sustituyó, que si no estaba reconocido judicialmente sí era susceptible —como lo fue— de ese reconocimiento judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Sanabria).

El juicio ordinario que JUAN N. VELEZ inició en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira por medio de apoderado contra el CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES, y que terminó con sentencia condenatoria, ejecutoriada, ha vuelto a la Sala de Negocios Generales de la Corte, esta vez, en virtud del recurso principal de apelación que la Sala Civil de Decisión de dicho Tribunal concedió contra la providencia de fecha veinte (20) de marzo del corriente año, al apoderado de la parte actora.

Fijado el asunto en lista por el término legal, previo traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, también por el término de ley, quien lo evacuó oportunamente, es llegado el momento de decidir el recurso, y a ello procede esta Sala de la Corte.

Son antecedentes del juicio:

La Sala de Decisión Civil del Tribunal de Pereira, por sentencia de veintitrés (23) de julio de 1955, ejecutoriada, desató el juicio ordinario así:

"PRIMERO.— No están probadas ninguna de las excepciones propuestas o alegadas por la parte demandante.

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 Código 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.

"SEPTIMO.—Sin costas".

La Sala de Negocios Generales de la Corte, por sentencia fechada el trece (13) de agosto de 1957, también ejecutoriada,

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".

El demandante-recurrente, por medio de apoderado, en libelo que encabeza el cuaderno número 13 del expediente y en cumplimiento de lo ordenado en el numeral Tercero (3º) de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia confirmada, dijo estimar el valor del inmueble a cuyo pago fue condenado el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a razón de ciento veinticinco pesos ($ 125.00) la vara cuadrada, lo que da un total para las 5.265,6 varas cuadradas que tiene el área, de seiscientos cincuenta y ocho mil doscientos pesos ($ 658.200.00) moneda corriente.

En el mismo libelo dice el apoderado del demandante recurrente:

"Como en el curso del proceso se operó un

cambió, tanto en el carácter de la entidad demandada, como en la persona de quien ejerce su representación, y la notificación del auto que corra traslado de la presente liquidación ha de ser personal, acompaño a este escrito la prueba de que la entidad demandada está representada por el señor doctor ANGEL IGNACIO ORTIZ, mayor y vecino de Bogotá, quien es el gerente de la EMPRESA DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, sucesora de todos los derechos y obligaciones del antiguo Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y con domicilio en la ciudad de Bogotá, D. E.".

"Desde ahora manifiesto a los HH. Magistrados, que la parte por mí representada, o sean el señor Vélez o sus herederos y el suscrito, estamos dispuestos a otorgar el respectivo instrumento necesario para la tradición legal del lote de terreno a que se contrae la sentencia o fallo cuya liquidación se solicita".

El Tribunal Superior, antes de dar curso a la solicitud anterior, exigió del interesado la presentación de la prueba de la personería tanto de la parte actora como de la parte demandada, esto es, de quiénes eran o son los representantes o sucesores de Nepomuceno Vélez, fallecido, y quién la persona que debía actuar a nombre de la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, sucesora, según dicho interesado, de todos los derechos y obligaciones del antiguo Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

El interesado, en cumplimiento de la exigencia del Tribunal, trajo a los autos los precisos comprobantes acreditativos de aquellos hechos, por lo que dicha entidad, en auto de fecha catorce de octubre de 1957, admitió el incidente de liquidación propuesto por la parte actora, junto con una solicitud de adición aclarativa, y ordenó en consecuencia dar traslado al representante de la parte demandada de esa liquidación, por el término de cinco (5) días, al tenor de lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial. En el mismo auto dice el Tribunal:

"Y en vista que del certificado presentado aparece que el doctor Angel Ignacio Ortiz ejerce actualmente las funciones de Gerente General de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y tiene **en consecuencia la representación de la parte demandada**, se ordena notificarle personalmente este auto, para los fines de la ley, previniéndole que tan pronto regrese el exhorto a esta oficina principiará a correr el traslado del incidente, en la Secretaría...".

Contra el auto de 14 de octubre mencionado, admisorio del incidente de liquidación y también de la personería del Gerente General de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como representante de esta entidad demandada, interpuso apelación, por medio de apoderado, **recurso de súplica** ante el resto de los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal a-quo, fundándose, en síntesis, en no ser la entidad Empresa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia la que lleva la representación de la Nación obligada, en defecto del extinguido Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, según así se desprende de las leyes y decretos que han reglamentado tales organismos, sino el respectivo Agente del Ministerio Público, en el caso de autos, el Fiscal del Tribunal. Y para interponer recurso de súplica, el señor apoderado de la entidad recurrente considera como interlocutorio el auto de 14 de octubre citado, cuando dice: "Como la providencia recurrida es auto en el que se da a mi representado una personería que no tiene, es de carácter interlocutorio".

La Sala Dual del Tribunal de Pereira declaró en auto de 14 de diciembre de 1957 improcedente el recurso de súplica interpuesto contra el de 14 de octubre, y dio como razones, las de que este recurso sólo procede contra los autos interlocutorios que dicte un Magistrado cuando no procede como Juez **ad-quem**, sino cuando procede como **ponente** en negocios que llegan a conocimiento del Tribunal por apelación, esto es, cuando el Tribunal obra como Juez de segunda instancia y no de primera, que es el caso de autos, y, además, la de que el auto de 14 de octubre no hizo calificación de personería sino que simplemente ordenó correr traslado a la persona señalada por el demandante, pero sin que ello quiera decir que el Tribunal haya señalado o sostenido que esa persona sea la obligada a responder de la obligación, o lo que es lo mismo, que el auto, en la forma como está concebido, se limita a dar curso al incidente propuesto y por ello es de mera sustanciación. No obstante, la Sala de Decisión rectificó en auto posterior esta última razón, como se verá adelante.

En tal estado la actuación, el Tribunal (Sala de Decisión) dictó el auto de fecha veinte (20) de marzo del corriente año, por el que "DECLARA nulo y sin ningún valor el auto de catorce (14) de octubre último, dictado por la Sala sustanciadora, que admitió el incidente propuesto por el doctor Horacio Naranjo Martínez en la liquidación de prestaciones para el cumplimiento de la

sentencia proferida en el juicio ordinario del señor Juan N. Vélez contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y en su lugar se niega la admisión del incidente por no haber sido dirigido contra la Nación representada por el Ministerio Público".

o o o

El auto apelado contiene dos soluciones influyentes en el trámite del incidente de liquidación propuesto, a saber: a) Que el auto de catorce (14) de octubre de 1957, ya mencionado, es nulo y sin ningún valor, al tenor del inciso último del artículo 84 del Código Judicial, en armonía con los artículos 448, numeral 2º, y 448, regla primera también del Código Judicial; y b) Que el incidente debe proponerse contra la Nación representada por el Ministerio Público, y no contra la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, representada por su Gerente, y, por tanto, no es admisible el dirigido contra dicha Empresa.

Según el artículo 550 del Código Judicial "el juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponda el conocimiento, conforme a las reglas generales sobre competencia, y en caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia". Así, pues, el incidente de liquidación que se propone para los efectos del artículo 553 del Código Judicial, que por ser precisamente un incidente no requiere juicio distinto, corresponderá en conocimiento al Juez o al Tribunal que ha conocido del asunto en primera o única instancia.

En desarrollo de lo antes expresado, para esta Sala es evidente que el incidente de liquidación propuesto por la parte demandante con base en el artículo 553 del Código Judicial citado, para la ejecución de la sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Superior de Pereira (Sala Civil de Decisión), debe tramitarse en ese mismo Tribunal y, por ende, los autos interlocutorios producidos en desarrollo de ese incidente, deben llevar la firma de todos los Magistrados de la Sala de Decisión y no únicamente la del Magistrado sustanciador, pues así lo dispone en forma terminante el último inciso del artículo 84 del Código Judicial, al estatuír que los autos interlocutorios dictados en juicios de que conocen los Tribunales en primera instancia, se han de proferir por la Sala de Decisión y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia. Esta regla excepcional consagrada en el citado artículo 84, ya ha sido interpretada por esta Sala, cuando en auto de 15 de junio de 1937, XLV, 550, dijo: "Uno solo de los Magistrados de la Sala profirió el auto de acumulación, cuando conforme al último inciso del artículo 84 del Código Judicial, tal auto debió proferirse por toda la Sala. Esto revela con toda evidencia que el magistrado sustanciador, conforme al artículo citado, era incompetente, por la naturaleza especial del susodicho auto, lo cual es causa de nulidad, comprendida en el artículo 488 (sic) del Código Judicial".

El artículo 466 del Código Judicial, numeral 2º, estatuye que los autos son interlocutorios, "si resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás actos que contengan resoluciones análogas".

En aplicación de la norma transcrita, esta Sala de la Corte, de acuerdo con el Tribunal de Pereira, estima que el auto de 14 de octubre de 1957 es de carácter interlocutorio, pues al dar curso al incidente de liquidación propuesto por la parte demandante, teniendo a la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales como parte demandada, y al doctor Angel Ignacio Ortiz como representante de tal Empresa, en su calidad de actual Gerente en ejercicio, no sólo determinó la personalidad de la entidad jurídica demandada, sino la de su representante en ejercicio de la debida representación. En tal virtud, como auto de carácter interlocutorio, debió ser firmado por todos los magistrados integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal de Pereira, y no únicamente por el Magistrado sustanciador. Y habiendo sido firmado solamente por éste, se incurrió en nulidad procesal por incompetencia de jurisdicción y, por tanto, el auto apelado que así lo declaró es legal y debe confirmarse en esa parte, advirtiendo, además, que son perfectamente fundadas las consideraciones del Tribunal a-quo, relacionadas con la declaración de plano de la nulidad, por no ser ésta ratificable o subsanable, pues la competencia en tal caso es privativa de la Sala Civil de Decisión y por ende improrrogable su jurisdicción, y con la no condenación en costas a cargo del actor en el incidente ni de la Sala Unitaria ni de la de Decisión, porque el auto anulado apenas iniciaba el trámite del incidente, y el que declara la nulidad tiene

por fin evitar que se produzca una tramitación viciada o inoperante.

* * *

Determinada la legalidad de la primera solución contenida en el auto recurrido, la Sala considera conveniente analizar la segunda solución del mismo auto, pues de ésta depende la acertada dirección del incidente de liquidación, acorde desde luego con la sentencia ejecutoriada cuya ejecución se persigue.

Para la Sala es obvio y así se desprende de las constancias procesales, de la Ley 29 de 1931 y de los Decretos números 1.695 de 1931, 2.645 de 1943, 3.129 de 1954 y 3.739 del mismo año, que la litis contestatio origen de la sentencia cuya ejecución se persigue se trabó cuando existía la entidad administrativa denominada Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y que dicha sentencia se dictó cuando ya había sido suprimida esa entidad y se había creado la llamada hoy Empresa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Sobre la conducencia de la acción que el demandante Juan N. Vélez instauró contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, esta Sala omite todo análisis, pues ello fue ampliamente debatido dentro del juicio ordinario fenecido, en comentario pormenorizado del artículo 2º del Decreto número 2.645 de 30 de diciembre de 1943 (Diario Oficial número 25435, enero 3 de 1944), que dió a esa entidad administrativa el disfrute de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General, el del ejercicio de todas sus funciones con una completa independencia, la investidura de la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas de todos los privilegios concedidos a la Nación.

El apoderado del actor-recurrente en importante alegato de segunda instancia, después de hacer una breve historia del proceso y de anotar cómo los representantes de la nueva Empresa, una vez extinguido el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, siguieron actuando en el juicio en defensa de los derechos de éste, y de cómo una y otra entidad se han venido amparando con la Nación para eludir la responsabilidad de sus obligaciones, dice lo siguiente:

"Para una mejor comprensión del caso me permito transcribir algunos de los textos integrantes de los decretos 3.129 (octubre 27) de 1954 y 3.739 (diciembre 28) del mismo año.

'Artículo 1º.—A partir del 1º de diciembre de 1954 queda suprimido el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por la Ley 29 de 1931 y por el Decreto número 1.695 de 1931.

'Artículo 2º.—Créase a partir del 1º de diciembre de 1954 una empresa denominada "Ferrocarriles Nacionales de Colombia", destinada a administrar los ferrocarriles de propiedad nacional, sobre una base comercial, y a cuyo cargo estará la organización, administración, desarrollo y mejoramiento de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y que se regirá por los siguientes estatutos: .....Artículo 1º.—La Empresa tendrá carácter de entidad autónoma con personería jurídica y se denominará "Ferrocarriles Nacionales de Colombia".....—Artículo 4º.—La Empresa tendrá todas las atribuciones necesarias para cumplir sus objetivos, a saber: a).—Operar, mantener, manejar, desarrollar y mejorar los servicios ferroviarios en Colombia....—Artículo 5º.—El patrimonio de la Empresa estará integrado por todos los bienes que constituyen el activo patrimonial que administra actualmente el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y de los que posteriormente adquiera la Empresa. PARAGRAFO.—El Gobierno Nacional cubrirá la totalidad del pasivo existente en el momento del traspaso a cargo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales".

"Dto. 3.739: Artículo 1º.—Apruébase la siguiente reforma en los estatutos de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia:—El artículo 1º de los estatutos quedará así: "Nombre y características: Artículo 1º.—La Empresa se denominará Ferrocarriles Nacionales de Colombia, será una persona jurídica de derecho privado, con capital o patrimonio autónomo, cuyo personal se regirá por las normas legales relativas a los trabajadores particulares...."

El apoderado del actor-recurrente destaca de las normas transcritas varios aspectos, a saber:

Que la Nación es y ha sido la propietaria de los implementos, instalaciones, material, etc. destinados a la prestación del servicio de transporte férreo; que en épocas pretéritas la Nación delegó en particulares la construcción y aun la administración de las vías, luégo asumió ella directa

y totalmente el servicio; que posteriormente creó el Consejo Administrativo, al cual adscribió la totalidad de los bienes y la función de representar íntegramente a la Nación en los transportes férreos; que, por último, y atendiendo recomendaciones de misiones exteriores, se transformó el Consejo en Empresa mediante las normas enunciadas; que la nueva entidad creada tendrá por patrimonio el que poseía el extinguído Consejo y que su pasivo será cubierto por el Gobierno Nacional, así como que su régimen será el de persona de derecho privado; que no es pertinente dilucidar aquí el problema de la exequibilidad de tales decretos, entre otros motivos por darle a un patrimonio esencialmente público un régimen de derecho particular, así como tampoco establecer si en realidad eso ocurre, y que si se menciona este aspecto es simplemente como orientación sobre el espíritu que informó las disposiciones que organizaron la Empresa.

De las normas transcritas y de los aspectos destacados, el apoderado del actor-recurrente, llama la atención de la Corte hacia la solución de las siguientes cuestiones:

"a)—El encuadramiento de la hipótesis formulada y de las normas en el tiempo, por cuanto para cuando se decidió el juicio ya se había extinguido el Consejo, la apelación la propuso la Empresa, y quien ha atendido el proceso a partir de la disolución del Consejo ha sido la empresa.

"b)—Si cuando el Decreto 3130 habla de pasivo existente a la época de la transformación se puede entender que incluye los créditos aún no dilucidados, discutidos judicialmente, sometidos aún a decisión, como es el presente.

"c) — Si la resolución del deudor en punto a concretar la persona que ha de hacer el pago es vinculante para el acreedor".

Dice el apoderado del actor-recurrente que "los dos primeros temas son hasta cierto punto adjetivos, pero el tercero adquiere un especial interés"

Esta Sala comparte el anterior concepto del abogado de la parte actora recurrente respecto de presentar carácter meramente adjetivo las dos primeras cuestiones planteadas por él, porque si de un lado se considera que el Consejo estuvo cabalmente sustituido por la empresa a partir de su extinción, dentro del juicio ordinario fenecido, ello no impide que el favorecido con la sentencia demande la ejecución de ésta del verdadero sustituto obligado, sólo que podría verse expuesto a los remedios que para tales casos indica la ley (artículo 457 del Código Judicial), y si de otro lado se tiene en cuenta que el hecho originario de la obligación reconocida se demandó del Consejo Administrativo, cuando ya éste llevaba sobre sí el gobierno de los ferrocarriles nacionales, como patrimonio autónomo y jurídico descentralizado, derivado de la Nación colombiana, para la Sala no queda duda alguna de que el valor correspondiente a la faja de tierra ocupada por el Estado, de propiedad del demandante Vélez, constituía un crédito potencial a favor de éste, ya sometido a la protección de los órganos jurisdiccionales cuando el Consejo se extinguió, o mejor, un pasivo existente en contra del Consejo o de quien lo sustituyó, que si no estaba reconocido judicialmente sí era susceptible —como lo fue— de ese reconocimiento judicial.

Respecto de la tercera cuestión planteada por el mismo apoderado de la parte actora que, según él, "adquiere un especial interés", argumenta:

"....el acreedor es un particular y el deudor es la Nación. Y a pesar de ser el deudor una entidad con la categoría jurídica de la Nación no es concebible que por su propia virtud y determinación establezca a espaldas del deudor, sin su intervención, quién ha de pagar. Contra este método se encuentran elementales principios jurídicos que no pueden excluirse ni siquiera por un decreto de la naturaleza extraordinaria que se pretenda.

"La cesión de créditos, o sea su traspaso por el acreedor a un tercero es posible y produce efectos sin contar con deudor, dado que el cesionario asume las contingencias de la solvencia del deudor y que está reconocida social y legalmente como importante y merecedora de la tutela del derecho en los términos de los artículos 1.959 y siguientes (23, L, 153|887).

"Pero no acontece lo mismo con la cesión de deudas. Allí, a pesar del concepto patrimonial vigente de la obligación, persiste una radicación personal del deudor y como éste es quien tiene el deber, no puede desligarse de la relación jurídica a su amaño, sin que el acreedor lo permita. Constituya o no novación, el cambio de deudor no puede ocurrir sin que el acreedor intervenga y le dé su asentimiento. De no ocurrir así las cosas y señalarse a un tercero para hacer el pago por el deudor, se entenderá que ese tercero se compromete también pero no sustituye al deudor, sino que lo acompaña. (Código Civil 1.630 a 94).

"De donde se concluye que la decisión administrativa de pagar el Gobierno Nacional todo el pasivo del Consejo no es vinculante para los particulares, ata a quien la emitió y sólo a él. Por lo

mismo, favorece a la Empresa, y sólo con ese criterio se prefirió, en cuanto ella los pagos que efectúe por cuenta del Consejo los repetirá contra el Gobierno Nacional, Sin que por ello los particulares deban entenderse directamente con la Nación, pues para efecto de la totalidad de las relaciones atañederas a cuestiones de ferrocarriles se encuentra la Empresa como personera de la Nación, como anteriormente estuvo el Consejo.

"Tan cierto es lo anterior, y por lo mismo tan infundada es la interprelación del Tribunal, que en materias relacionadas con ferrocarriles y su pasivo, las entidades jurisdiccionales que han conocido del problema han condenado a la Empresa como representante de la Nación, como sucesora del Consejo, al pago de lo que éste debía, sea por situaciones que se hayan creado íntegramente bajo la vigencia de éste, sea por situaciones que se hayan formado en parte durante la vida del Consejo y en parte bajo la empresa. Tales los casos de prestaciones sociales, pensiones, etc., que todas deben ser cubiertas por la Empresa, prescindiendo de la época en que se causó el derecho, quedando solamente a salvo el derecho del pagador a utilizar el artículo 5º del Decreto 3129 y cobrar a la Nación lo que ha pagado por cuenta del Consejo. Así también ocurre con contratos que no envuelven relaciones laborales, como los de construcción, suministro de materiales, etc., en donde la Empresa ha reconocido la deuda y luégo ha vuelto contra la Nación....

"En este aspecto el problema se relaciona con la práctica administrativa. La administración, con miras a atender expedita y eficazmente algunos servicios públicos, crea organismos descentralizados a los que señala una órbita especial de competencia, dota de bienes suficientes para atender a su fin y les da su personería o representación. Muy antiguo es este sistema y por lo mismo ha recibido atención de doctrinantes y juzgadores, lo cual impide que repita aquí sus conceptos en dirección a mostrar cómo tales organismos son un desprendimiento del patrimonio público y que se entienden forzosa y exclusivamente con todo lo relativo a la Nación y a la sociedad en punto al servicio que prestan.

"En un tiempo tan vasto (31 años) como el que ha transcurrido desde el despojo hasta hoy, son varios los cambios ocurridos en los ferrocarriles. Primero fue la Nación directamente, luégo el Consejo, ahora la Empresa. Tres formas o sistemas de prestar el servicio, pero una unidad absoluta. Es el mismo patrimonio, son las mismas normas y principios generales. Hasta son las mismas personas individuales las que atienden y esto es sin duda lo peor del caso.

"Por mucho tiempo después de creado el Consejo se discutió si quien debía responder por hechos ocurridos con anterioridad al año 31, época de su creación, era el Consejo o la Nación. De modo que no es de sorprender que la empresa siga el mismo camino que los ferrocarriles se han trazado siempre, y que pretenda eludir sus compromisos con este sistema. La sucesión no es sólo jurídica, sino también moral.

"La Empresa, como el Consejo lo fue en su tiempo, es una entidad de derecho público que administra bienes nacionales, que tiene la personería de la Nación para todo lo que verse sobre ferrocarriles y por lo mismo es quien tiene que responder de cuanta dificultad surja a propósito, es el sujeto de toda relación jurídica sobre ferrocarriles.

"La Empresa es la sucesora del Consejo en todas sus relaciones jurídicas. El parágrafo del artículo 5º transcrito, como norma administrativa que es, no tiene fuerza compromisoria sino para quien la emitió, es decir, para la Nación (Gobierno Nacional), y a favor de la empresa creada, no de los particulares, como tampoco es oponible a éstos.

"El estado económico lamentable en que se hallaban los ferrocarriles forzó al Gobierno a prestar su ayuda en la forma dicha: ser quien en última paga los créditos a cargo del Consejo. Pero ello no significa jamás que los particulares deban entenderse directamente con la Nación. Para ello se encuentra la empresa, que como organismo técnico y especializado en el ramo que se supone sea, será quien asista, represente, lleve la personería de la Nación.

"....."

Para esta Sala de la Corte —como para el señor apoderado del actor-recurrente—, la creación que el Gobierno Nacional hizo primero del Consejo Administrativo, y luégo de la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales, como establecimientos públicos, con miras a atender en forma eficaz el servicio público de los ferrocarriles de la Nación, no son sino aplicaciones del principio de descentralización administrativa que permite a las distintas secciones en que el Estado se halla dividido, organizar y prestar independientemente los servicios públicos que son de cargo del Estado. Para la existencia de un establecimiento público —dice la doctrina— se requiere: "a)—Que se trate de un servicio público cuya organización y prestación esté a cargo del Estado;

b)—Que el servicio sea por excelencia técnico, de contenido preferentemente económico, cultural o social; c)—Que por medio de ley se consagre la autonomía administrativa y patrimonial, y la capacidad suficiente para actuar frente a los usuarios del servicio y los demás organismos estatales; d) — Que los gobernantes mantengan la necesaria tutela del organismo, como garantía de la unidad de criterio administrativo". Y corrobora la doctrina la jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado, cuando al analizar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos, respectivamente han dicho:

"a)—En el derecho administrativo no son una novedad los entes públicos, creados por razones técnicas del servicio oficial, y llamados establecimientos públicos.

"Cuando el Estado para la mayor eficacia de la administración organiza bajo bases técnicas y especiales una dependencia oficial, dotándola de un patrimonio que debe manejar con independencia y autonomía, crea un establecimiento público, al cual queda así privativamente reservada la administración de ese patrimonio, con la función de velar por él.

"El establecimiento público es, pues, un organismo del servicio oficial, pero con patrimonio propio, especial y permanente, distinto de los ingresos generales de la Nación, que administra e invierte con autonomía' (sentencias de 1940, 1941 y 1942)".

"b).—Los establecimientos públicos son desdoblamientos orgánicos del Estado para la prestación de los servicios públicos (sentencia del C. E. de 1946)". Derecho Administrativo. Eustorgio Sarria, páginas 172, 173; 185 y 186).

No obstante lo anterior y en orden a fijar posiciones concretas en este debate, la Sala —a diferencia del recurrente— encuentra que el Gobierno, por los artículos primero y segundo del Decreto número 3.129 de 1954, no transformó el Consejo Administrativo en Empresa de los Ferrocarriles Nacionales, sino que suprimió, o mejor, extinguió el primer organismo para crear uno nuevo, sometido a los estatutos allí consignados y a normas que si en muchos aspectos concuerdan con las que regían para el Consejo extinguido, sin embargo, no contienen aquellas facultades tan amplias y precisas como las del artículo 2º del Decreto 2645 de 1943, que ya se transcribieron, a favor del mencionado Consejo.

Y debe advertirse de una vez que como en definitiva lo que la Nación hacía por medio del Gobierno era descentralizar un patrimonio nacional hacia un establecimiento público, para el mejor servicio del transporte férreo, bien pudo el Gobierno disponer en el artículo 5º del citado decreto número 3129 qué clase de bienes venían a integrar el patrimonio de la nueva empresa, como también qué persona de derecho público se haría cargo del pasivo existente que pesaba sobre el establecimiento público extinguido, en el momento de traspasarse los bienes de éste a la nueva entidad. Y si los Decretos 3128 y 3739 no dieron a la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales, en forma expresa, como sí lo hizo el Decreto 2645 para el Consejo, la facultad de representar activa y pasivamente a la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los bienes cuya administración le confiaba, mal puede sostenerse ahora que dicha Empresa —como organismo o establecimiento público— tenida como persona jurídica de derecho privado, con capital o patrimonio autónomo, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 3739, sea la entidad obligada al pago del pasivo existente o en potencia de existir concretamente, cuando ella surgió a la vida del derecho civil, a cargo del Consejo Administrativo extinguido.

Consecuencia de lo antes expuesto es la de no poderse aceptar la tesis expuesta por el apoderado del actor-recurrente sobre implicar la disposición del Parágrafo del artículo 5º del Decreto 3.129, citado, una cesión de la deuda a cargo del Consejo suprimido, a favor de la Nación, sin el consentimiento del acreedor demandante. Y es que si el Gobierno, en uso de sus atribuciones legales, suprimió un organismo público descentralizado, que fue creado precisamente para la mejor administración del transporte férreo, esto es, para la administración de una parte especial e importante del patrimonio del Estado, y a la vez se hizo cargo del pasivo existente, con tal medida no estaba haciéndose cargo por cesión de una deuda sino reconociéndose deudor de todas aquellas obligaciones contraídas por el Consejo extinguido durante su gestión, como representante de esa parte del patrimonio nacional descentralizado.

Considera la Sala, acorde con el señor apoderado de la parte recurrente que la cesión de deudas no es posible sin que el acreedor lo permita, a diferencia de la cesión de créditos que sí puede hacerse a favor de un tercero sin contar con el deudor. Sobre el particular, la Corte, en sentencia de casación de 23 de abril de 1954 —Gaceta Judicial número 2140, página 419, 1ª, ha dicho: "No hay que olvidar....., que si se pueden ceder los

créditos sin el consentimiento de los deudores, no se puede hacer lo mismo con las obligaciones, pues si a ellos lo mismo les da pagar a A. o a B., a los acreedores no se les puede imponer otros por sus deudores". Acoge, pues, esta Sala, por estar acorde con determinados preceptos del Código Civil, el siguiente razonamiento del señor apoderado mencionado: "....Constituya o no novación, el cambio de deudor no puede ocurrir sin que el acreedor intervenga y le dé su consentimiento. De no ocurrir así las cosas y señalarse a un tercero para hacer el pago por el deudor, se entenderá que ese tercero se compromete también pero no sustituye al deudor, sino que lo acompaña. (C. C. 1690 a 94)".

No obstante lo anterior, el caso sub-judice no contempla una cesión de deuda alguna, según se vio, pues si la Nación como representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, hizo expreso reconocimiento del pasivo existente que había sido contraído por aquélla, impropio es entonces hablar de cesión de deudas, pues nadie se cede a sí mismo lo que le pertenece.

Dilucidado en la forma expuesta el argumento que el apoderado recurrente considera de "especial interés", la Sala prescinde de analizar los consecuenciales que refuerzan aquél y que en esta providencia se transcriben.

El señor apoderado del recurrente en su alegato de conclusión ante esta Sala, le pide se ocupe no solamente de la nulidad, sino también de la personería sustantiva, como también que revoque el auto apelado y en su lugar, continuando la actuación iniciada, se disponga abrir a prueba el incidente de liquidación de los perjuicios a cuyo pago fue condenado el Ferrocarril.

Con el estudio acometido la Sala cree dejar satisfecho al señor apoderado mencionado, sólo que no para revocar sino para confirmar el auto apelado.

En vista de las consideraciones anteriores, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el auto apelado de fecha veinte (20) de marzo del corriente año (1958).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Sanabria—**Jorge García Merlano**, Secretario.

PRESUPUESTOS DE LA ACCION DE PROPIEDAD SOBRE EL PETROLEO QUE PUEDA ENCONTRARSE EN DETERMINADOS TERRENOS. — NECESIDAD DE IDENTIFICAR EL TERRENO CUYO PETROLEO SE RECLAMA COMO DE PROPIEDAD PRIVADA FRENTE AL ESTADO. — PRUEBA ADECUADA

1.—Para que la acción declarativa de dominio privado del petróleo pueda prosperar, se requiere, como insistentemente ha venido sosteniendo esta Sala en innúmeros fallos, que en el proceso aparezcan demostrados a plenitud los siguientes factores que de acuerdo con la Ley del Petróleo, son constitutivos de la misma:

a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o la certificación de autoridad competente que dé fe de su existencia;

b) Títulos de propiedad del actor complementados con el correspondiente certificado del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, que abarque el término de la prescripción extraordinaria; y,

c) Identificación precisa de los terrenos materia de la demanda.

Esta identificación debe comprender el concepto técnico sobre el fenómeno de la superposición del área de la propuesta o de la respectiva concesión sobre el inmueble en litigio.

La falta de uno cualquiera de los tres requisitos anotados, determina necesariamente el fracaso de la demanda.

2.—La prueba de identificación de los terrenos petrolíferos cuya acción declarativa de dominio privado se pretende, y el concepto técnico sobre comprensión de estos por el área de la propuesta, ya sea parcial o totalmente, es de vital importancia como en la acción reivindicatoria de que trata el artículo 946 del C. Civil, puesto que solo se puede reivindicar "una cosa singular", es decir, determinada y cierta.

El objeto de la acción de dominio no se concreta por la sola determinación que contenga el título de propiedad, mientras su contexto no se ponga en evidencia sobre el objeto mismo controvertido.

No se puede pretender que por el hecho de que el predio esté alinderado mediante puntos considerados como linderos artificios, y que existan unos planos originarios del Instituto Geográfico de Colombia "Agustín Codazzi" ilustrados con aerofotografías de la región, no sea necesaria la identificación directa, sobre el propio terreno, de los inmuebles objeto de las declaraciones impetradas. La localización de los linderos, su reconocimiento, y la interpretación de los planos o mapas con relación a aquellos requiere conocimientos y prácticas especiales que no es dable exigir al juzgador. Para llenar ese vacío la ley procedimental ha instituido la prueba pericial.

Y si se alega la propiedad privada del subsuelo petrolífero con fundamento en el título de la justa prescripción por explotación económica de los mismos de tiempo inmemorial, se hace más imperativo aún el requisito de la identificación de tales inmuebles, toda vez que tal acción declarativa requiere la determinación precisa del terreno sobre el cual se realizaron los actos sucesivos de aprovechamiento económico generadores de dicho título.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

Con oficio número J-P 220 de 25 de noviembre de 1957, el Ministerio de Minas y Petróleos envió a esta Sala de la Corte la actuación administrativa adelantada con base en la propuesta de exploración y explotación de petróleos número 669, formulada por la International Petroleum Colombia Limited (Intercol), junto con el escrito de oposición presentado por el apoderado de la Sociedad "Barlovento Limitada", domiciliada en Cartagena, en relación con dicha propuesta, para los efectos de que trata el artículo 34 del C. de Petróleos.

Agotada la tramitación del juicio ordinario a que ha dado origen la referida oposición, es llegado el momento de dictar el correspondiente fallo, con base en el siguiente estudio de los autos:

LA PROPUESTA

La Compañía International Petroleum (Colombia) Limited (Intercol), formuló con fecha 29 de abril de 1953 al Ministerio de Minas y Petróleos, propuesta para contratar con el Gobierno Nacional la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, en un globo de terreno de 49.793 hectáreas 6404 metros cuadrados, ubicado en los municipios de Cartagena, Santa Rosa, Villanueva y Santa Catalina, en el Departamento de Bolívar (fol. 21, C. número 1). Señaló como linderos de dicho globo de terreno los siguientes:

"Como punto de referencia y de partida para la alinderación del lote solicitado se escogió el mojón de concreto denominado 'Canoas' colocado por el Servicio Hidrográfico de los Estados Unidos (U. S. H. S.) en Punta Canoas en el mar Caribe y referenciado a puntos conocidos de acuerdo con el esquema anexo, el cual fue suministrado a la International Petroleum (Colombia) Ltd. por el Instituto Geográfico de Colombia 'Agustín Codazzi', según oficio número G 389 de fecha enero 22 de 1953, procedente de la Sección de Geodesia de dicho Instituto, copia del cual también se encuentra anexa. Las coordenadas geográficas del mojón 'Canoas', de acuerdo con el Instituto Geográfico de Colombia son: latitud diez grados, treinta y cuatro minutos, treinta segundos con cuatrocientas ochenta y cuatro milésimas de segundo Norte (10º 34' 30" 484 N.) y longitud setenta y cinco grados, veintinueve minutos, cincuenta y siete segundos con ciento cuarenta y cinco milésimas de segundo al Oeste de Greenwich (75º 29' 57" 145 de Gr.) o sea un grado veinticinco minutos cinco segundos con ochocientas cuarenta y cinco milésimas de segundo al Oeste de Bogotá (1º 5' 05" 045 W. de Bog.).

"Del punto de partida o vértice 'A' de la alinderación se sigue en línea recta con rumbo Norte verdadero (N.) y con una distancia de trescientos veinte metros (320 mts.) hasta llegar al vértice 'B' el cual está en la orilla del mar Caribe.

"Del vértice 'B' se sigue la orilla del mar Caribe hasta llegar al vértice 'C' situado también en la orilla del mar. La línea recta que une los vértices 'B' y 'C' tiene un rumbo verdadero de Norte cincuenta y tres grados, diecinueve minutos cinco segundos con siete décimas de segundo Este (N. 53º 19' 05", 7 E.) y una longitud de diecinueve mil quinientos treinta y tres metros con cuarenta y tres centímetros (19.533.43 mts.).

"Del vértice 'C' se sigue en línea recta con rumbo verdadero de Sur diecinueve grados, diez minutos, cinco segundos con dos décimas de segundo Este (S. 19º 10' 05" 2 E.) y con una distancia de diecisiete mil seiscientos setenta metros (17.670 00 mts.) hasta llegar al vértice 'D'.

"Del vértice 'D' se sigue en línea recta con rumbo verdadero de Sur diez grados cuarenta y siete minutos veintidós segundos con dos décimas de segundo Oeste (S. 10º 47' 22", 2 W.) y con una distancia de catorce mil cuatrocientos setenta y nueve metros con ochenta centímetros (14.479.80 mts.) hasta llegar al vértice 'E'. Del vértice 'E' se sigue en línea recta con rumbo Oeste verdadero (W.) y con una distancia de dieciseis mil seiscientos cuarenta metros (16.640 mts.) hasta llegar al vértice 'F'.

"Del vértice 'F' se sigue en línea recta con rumbo Norte verdadero (N.) y con una distancia de setecientos ochenta metros (780.00 mts.) hasta llegar al vértice 'G' el cual se halla en la orilla Sur de la Ciénaga de Tesca.

"Del vértice 'G' se sigue en línea recta con rumbo verdadero de Norte veintitrés grados treinta y nueve minutos treinta y tres segundos con cinco décimas de segundo Oeste (N. 23º 39' 33", 5 W.) y con una distancia de seis mil setenta metros con treinta y cuatro centímetros (6.070.34 mts.) hasta llegar al vértice 'H' el cual se halla en la orilla noroeste de la Ciénaga de Tesca.

"Del vértice 'H' se sigue en línea recta con rumbo Oeste verdadero (W.) y con una longitud de quinientos cuarenta metros (540 mts.) hasta llegar al vértice 'I', el cual se halla en la orilla del mar Caribe.

"Del vértice 'I' se sigue la orilla del mar Caribe hasta llegar al vértice 'J' situado también en la orilla del mar. La recta que une los vértices 'I' y 'J' tiene un rumbo verdadero de Norte un grado, cuarenta y tres minutos, cincuenta segundos con seis décimas de segundo Oeste (N. 1º 43' 50", 6 W.) y una longitud de doce mil quinientos noventa y un metros con trece centímetros (12.591.13 mts.).

"Del vértice 'J' se sigue en línea recta con rumbo Este (E.) y con una longitud de un mil doscientos cuarenta metros (1.240.00 mts.) hasta llegar nuevamente al vértice 'A' o punto de partida, cerrándose así el polígono de los linderos del lote solicitado".

Por Resolución número 1118 de 23 de noviem-

bre de 1945, el Ministerio del Ramo admitió la propuesta que acaba de mencionarse, la cual fue distinguida con el número 669.

DEMANDA DE OPOSICION

El 26 de marzo de 1955, el apoderado legalmente constituído al efecto por la sociedad Barlovento Ltda. de Cartagena (poder visible al fol. 69 del C. de la oposición), presentó al Ministerio de Minas y Petróleos demanda de oposición a la propuesto número 669 antedicha, a la cual pertenecen los siguientes apartes sustanciales:

"Que me opongo a que se formalice el contrato sobre exploración y explotación de yacimientos de petróleo a que se refiere la Propuesta registrada bajo el número 669 y formulada el 29 de abril de 1953 por la International Petroleum (Colombia) Limited, la cual fue admitida por medio de la Resolución número 1118 de 23 de noviembre de 1954 del Ministerio de Minas y Petróleos, en cuanto dicha Propuesta abarca o comprende dentro de su alinderación los terrenos denominados 'Los Morritos' e Islas 'Los Muñoz o San Balandrán', ubicada en jurisdicción municipal de Cartagena, por no ser dichos terrenos de propiedad nacional, ni el suelo ni el subsuelo por haber salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y haberse poseído materialmente con explotación económica durante un período mayor del requerido por la Ley para la prescripción adquisitiva del dominio".

Y en orden a ajustar su escrito a las formalidades de las demandas ordinarias sobre dominio petrolífero, el opositor concreta sus peticiones así:

"Que demando a nombre de la sociedad 'Barlovento Limitada' de las condiciones y vecindad anotadas anteriormente, a la Nación representada por el señor Procurador General de la Nación, para que con su citación y audiencia, siguiendo el procedimiento de un juicio ordinario de mayor cuantía y en una sola instancia, se hagan por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, las siguientes declaraciones:

'TRIMERA.—Que el petróleo que se encuentra en el terreno denominado 'Los Morritos' ubicado en jurisdicción municipal de Cartagena y distinguido por los siguientes linderos: 'por el Norte, con el caserío de El Manzanillo: por el Sur, con el caño de la Boquilla; por el Oeste, con el Mar Caribe; y por el Este, con la Ciénaga de Tesca', es propiedad de la sociedad denominada 'Barlovento Limitada' por haber salido dicho terreno del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y no haber sido recuperado por la Nación.

"SEGUNDA.—Que el petróleo que se encuentra en las islas 'Los Muñoz o San Balandrán' ubicados en la misma Ciénaga de Tesca, jurisdicción municipal de Cartagena, al Este de la península 'Los Morritos', es propiedad de la sociedad denominada 'Barlovento Limitada' por haber salido dichas islas del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y no haber sido recuperadas por la Nación.

"TERCERA.—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores la Nación debe abstenerse de contratar la exploración y explotación de los petróleos que se encuentran en los terrenos 'Los Morritos' e islas 'Los Muñoz o San Balandrán', ubicados en jurisdicción municipal de Cartagena.

"CUARTA.—Que como consecuencia de las dos primeras declaraciones debe excluirse del área a que se refiere la Propuesta número 669 hecha por la International Petroleum (Colombia) Limited al Ministerio de Minas y Petróleos con fecha 29 de abril de 1953 y admitida por Resolución número 1.118 de 23 de noviembre de 1954, los terrenos determinados en las dos primeras declaraciones, o sea, 'Los Morritos' y las islas 'Los Muñoz o San Balandrán' ".

Apoya estas súplicas el actor en los hechos siguientes:

a) Formulación y aceptación por el Ministerio de Minas, de la propuesta número 669 de que ya se ha tomado nota.

b) Que el globo de la propuesta en referencia cubre en su totalidad los predios rústicos denominados "Los Morritos" e islas "Los Muñoz o San Balandrán", de propiedad de la sociedad "Barlovento Limitada", como claramente se desprende del alindamiento dado de dicho globo en el extracto publicado en el Diario Oficial Nº 28.669 de 28 de enero de 1955, y del plano de la Propuesta, y las aerofotografías del Instituto Geográfico de Colombia Agustín Codazzi que acompaña a la demanda.

c) Los terrenos "Los Morritos" e islas "Los Muñoz o San Balandrán" son determinables fácilmente, pues tienen linderos arcifinios bien definidos "lo cual hace innecesario que se determine su extensión superficiaria". El primero de tales inmuebles consiste en una península "que está unida al continente por una estrecha faja de tierra la que le sirve de límite norte separándola del caserío El Manzanillo. Las islas "Los Muñoz

o San Balandrán" se encuentran en la Ciénaga de Tesca al Este de la península "Los Morritos".

d) Ambos predios salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y no han sido recuperados por la Nación por ningún concepto legal.

e) La sociedad demandante adquirió los dos predios objeto de la oposición así: "por cesión que a manera de aporte le hicieron los socios fundadores señores Joaquín Sicard Calvo, Julio Santander Cellazos, José Manuel Acosta Sarmiento y Manuel Arellano Londoño, según aparece de la escritura pública número 667 de 5 de mayo de 1953, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se constituyó la mencionada sociedad de responsabilidad limitada".

f) "Tanto la posesión inscrita como la posesión material a favor de 'Barvolento Limitada' sobre los terrenos o islas mencionados anteriormente, sumando las de sus tradentes mediatos e inmediatos, se remonta a un período mayor de treinta años, tiempo suficiente para adquirir por prescripción el dominio del petróleo".

He aquí las tradiciones relacionadas en esta parte del libelo:

1ª—Por escritura número 86 de 9 de septiembre de 1856, de la Notaría de Cartagena, Ana Escudero de Castillo vendió a Simón Gutiérrez de Piñeres "unos terrenos de labor y cría con un pozo de agua dulce y varios puertos hacia la Ciénaga que sale a la Boquilla nombrados 'Los Morritos' libres y realengos, situados en la Costa de Barlovento de esta ciudad, y comprendidos entre la Boquilla y Los Manzanillos, que me pertenecen en propiedad y dominio por haberlos heredado de mi difunto señor padre Lorenzo Escudero, quien los hubo por venta que de ellos le hicieron en el pasado año de mil setecientos noventa, unos zapateros nombrados Carras...".

2ª—Por escritura número 14 de 6 de febrero de 1860, de la Notaría de Cartagena, Mercedes Carazo de Escudero vendió a Simón Gutiérrez de Piñeres una acción sobre los terrenos "Los Morritos", "acción que según reza dicha escritura le pertenecía en propiedad y dominio como heredera por derecho de su legítima hija Francisca Escudero nacida de su matrimonio con Francisco Escudero, hijo que fue de Lorenzo Escudero Filón".

3ª—Liquidación de la causa sucesoral de Simón Gutiérrez de Piñeres, hecha en el Juzgado Primero del Circuito de Cartagena, de que da cuenta el certificado número 364 expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito; allí se expresa que dicha causa sucesoral debió haberse protocolizado en la Notaría Unica de Cartagena, que luego pasó a ser Notaría Primera; pero que en esta última no fue hallado el protocolo correspondiente, por lo cual no se dio copia de la hijuela de adjudicación.

4ª—Por escritura número 134 de 20 de abril de 1882, de la Notaría Primera de Cartagena, Eduardo Gutiérrez de Piñeres, diciéndose heredero de Simón Gutiérrez de Piñeres, vendió a Juan Antonio Gutiérrez de Piñeres, "dos islitas nombradas antiguamente 'Islas de los Muñoz' y hoy de San Balandrán cuyas islas están situadas en la Ciénaga de Tesca, entre las haciendas llamadas Los Morritos con todas sus anexidades".

5ª—Muerto Juan Antonio Gutiérrez, los terrenos en cuestión fueron adjudicados a su viuda Narcisa Garrido de Gutiérrez, como consta en la escritura número 398 de 9 de julio de 1906, de la Notaría 1ª de Cartagena.

6ª—Narcisa G. v. de Gutiérrez vendió a Henrique de la Espriella A. los mismos inmuebles, por escritura número 542 de 4 de junio de 1914 de la misma Notaría.

7ª—Henrique de la Espriella A. transfirió a su vez la propiedad de la tercera parte de las islas "Los Muñoz o San Balandrán" y del predio Los Morritos a Mercedes Gutiérrez Piñeres de Valest, según escritura número 672 de 28 de noviembre de 1917, de la misma Notaría. Posteriormente, por escritura número 751 de 31 de diciembre de 1917, el mismo señor de la Espriella vendió a María Teresa G. de Piñeros y Constancia P. de Piñeres las otras dos terceras partes de los mismos terrenos.

8ª—Fallecida Mercedes Gutiérrez Piñeres de Valest, los derechos en referencia fueron adjudicados a Jenaro Valest, según consta de la escritura número 712 de 5 de diciembre de 1940, de la Notaría 2ª de Cartagena.

9ª—María Teresa Piñeres Garrido y Constancia Piñeres de Piñeres vendieron a Magdalena Gutiérrez de Piñeres los derechos sobre las dos terceras partes de "Los Morritos" y las islas de "Los Muñoz o San Balandrán", por medio de la escritura número 607 de 2 de septiembre de 1941 de la Notaría 1ª de Cartagena.

10ª—Jenaro Valest y Magdalena Gutiérrez de Piñeres vendieron sus derechos sobre aquellos mismos terrenos a Rafael Carmona, por escritura número 19 de 8 de enero de 1949 y 59 de 20 de enero del mismo año, de la Notaría 2ª de Cartagena.

11º—Rafael Carmona vendió a Joaquín Sicard Calvo y Manuel Arellano los predios referidos, según escritura número 1.243 de 19 de septiembre de 1952, de la Notaría 1ª de Cartagena.

12º—Los referidos compradores Sicard Calvo y Arellano vendieron la mitad de esas mismas propiedades a José Manuel Acosta S., por medio de la escritura número 655 de 2 de mayo de 1953, de la Notaría Primera de Cartagena.

En cuanto a derecho, el demandante se apoya en los artículos 669, 673, 740, 753, 778, 780, 959, 2.512, 2.517, 2.518 y sus concordantes del C. Civil, 5º, 34, 170 y sus concordantes del C. de Petróleos, en las leyes de 11 de octubre de 1821, de 30 de marzo de 1843, 70 de 1866 y en el Código Fiscal, y en la Real Cédula de San Ildefonso de 2 de agosto de 1780.

Al descorrer el traslado del anterior libelo, el señor Procurador Delegado en lo Civil, manifestó que se opone a que se hagan las declaraciones impetradas, y en cuanto a los hechos, que se atiene a la eficacia y conducencia de las pruebas presentadas y que pudieran ser aducidas al juicio, y, por último negó que al actor le asista el derecho por éste invocado.

ELEMENTOS DE PRUEBA

Con la demanda trajo el actor algunas de las escrituras públicas anteriormente relacionadas, con la correspondiente nota de registro, y el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cartagena, visible a folios 1 a 5 del C. número 2 de la oposición.

Son estos los únicos elementos de prueba aducidos al negocio, pues durante el término probatorio no se realizó por las partes litigantes actividad alguna.

Como ha podido observarse, no se ha alegado concretamente la existencia de título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Así lo anotó en su oportunidad el Departamento Legal del Ministerio de Minas y Petróleos (fol. 70, C. número 2) al rendir su concepto de rigor sobre la oposición. Muy al contrario, en el instrumento público que recoge la primera de las transferencias de "Los Morritos" y de las "Islas de los Muñoz o San Balandrán" de que trata la demanda (fol. 6 del C. número 2) se dice que esos terrenos por esa época eran libres o realengos, es decir, que no habían sido adjudicados por el Estado a ningún título. Dice así la escritura número 66 de 9 de septiembre de 1858 otorgada por Ana Escudero de Castillo a favor de Simón Gutiérrez de Piñeres ante el Notario de Cartagena, a que se está aludiendo:

"....por la presente otorgo: que por mí y en nombre de mis herederos y sucesores, vendo realmente y con efecto, al señor Simón Gutiérrez de Piñeres también de este vecindario, para sí y los suyos, unos terrenos de labor y cría con un pozo de agua dulce y varios puertos así a la (sic) Ciénaga que sale a la Boquilla nombrados 'Los Morritos' libres y realengos situados en la costa de Barlovento de esta ciudad, y comprendidos entre la Boquilla y los Manzanillos, que me pertenecen en propiedad y dominio por haberlos heredado de mi difunto señor padre Lorenzo Escudero quien los hubo por venta que de ellos le hicieron en el pasado año de mil setecientos noventa, unos zapateros nombrados Carrasco, cuyo título de propiedad no exhivo (sic) al señor comprador, por habérseme con el transcurso del tiempo extraviado, y de lo cual está al corriente el citado señor Piñeres como comprador...". (Subrayado por la Sala).

En cuanto hace a la personería de la demandante para ejercitar esta acción, obra en los autos (folios 41 a 47 del C. número 2) copia auténtica debidamente registrada de la escritura pública número 667 de 5 de mayo de 1953, de la Notaría 1ª de Cartagena, que recoge el acto y estatutos de constitución de la sociedad comercial de responsabilidad limitada "Barlovento Ltda." con domicilio principal en la ciudad de Cartagena, prueba esta que aparece complementada con el certificado expedido por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de la misma ciudad (fol. 63, C. número 2) sobre inscripción de la Compañía en referencia, y donde se expresa de igual modo que el Gerente de dicha entidad es el señor Joaquín Sicard Calvo, quien aparece suscribiendo el memorial-poder acompañado a la demanda.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

En su alegato de conclusión, el señor Procurador Delegado en lo Civil expresa:

"Como criterio jurisprudencial invariable de esa Alta Corporación para el estudio de las acciones que tengan por objeto definir la propiedad del subsuelo petrolífero, se ha establecido entre sus presupuestos esenciales y preferenciales, la clara determinación e identificación de los terrenos materia del litigio, ya que sin estar dicho extremo definido, es inútil entrar a estudiar la va-

lidez del título, que con el carácter de emanado u originario del Estado, se presente al proceso.

"Ahora, la necesidad de la completa identidad de los predios o inmuebles sub-lite mediante una inspección ocular, se deriva de la orientación de la doctrina al respecto que fija las características de dicho fundamento o extremo de la acción, de acuerdo con su naturaleza. Dichas características son:

"a) Identidad real y objetiva de los linderos estampados en el título originario; b) identificación sobre el terreno de los linderos de los predios, de acuerdo con la demanda; c) confrontación de unos y otros linderos, para determinar con toda precisión, que los terrenos materia del juicio, son los mismos que salieron del poder del Estado de acuerdo con los títulos emanados de éste: d) identificación también real y objetiva de los límites de la propuesta de contrato que ha dado lugar al juicio, como oposición a ella, y e) superposición de los terrenos litigiosos sobre los límites de la propuesta.

"Pero como consta del proceso, éste no dio lugar a debate probatorio, por no haberse producido más pruebas por el actor, de los que como tales, se acompañaron a la demanda. En consecuencia, no se logró acreditar, pero ni siquiera se intentó, el presupuesto relacionado con la identificación de los inmuebles sobre los que se pretendía la declaración de dominio impetrada por el actor y de acuerdo con las pautas doctrinarias memoradas.

"Mas, por otra parte, tampoco aparece el título originario del Estado que fundamente, que el bien salió del poder del Estado con anterioridad al año de 1873. Los documentos presentados con la demanda, apenas acusan simples transferencias entre particulares, incapaces de constituir propiedad privada sobre los yacimientos petrolíferos demandados".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe anotarse, ante todo, que la parte actora no hizo uso del derecho de alegar por escrito, razón por la cual se desconocen sus puntos de vista sobre el fondo de la litis.

Para que la acción declarativa de dominio privado del petróleo pueda prosperar, se requiere, como insistentemente lo ha venido sosteniendo esta Sala en innúmeros fallos, que en el proceso aparezcan demostrados a plenitud los siguientes factores que de acuerdo con la Ley del Petróleo, son constitutivos de la misma:

1º—El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o la certificación de autoridad competente que dé fe de su existencia;

2º—Títulos de propiedad del actor complementados con el correspondiente certificado del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, que abarque el término de la prescripción extraordinaria; y

3º—Identificación precisa de los terrenos materia de la demanda.

Esta identificación debe comprender el concepto técnico sobre el fenómeno de la superposición del área de la propuesta o de la respectiva concesión sobre el inmueble en litigio.

La falta de uno cualquiera de los tres requisitos anotados, determina necesariamente el fracaso de la demanda.

La prueba de identficación de los terrenos y el concepto técnico sobre comprensión de estos por el área de la propuesta, ya sea parcial o totalmente, es, en casos como el presente, de vital importancia, como lo es en la acción reivindicatoria de que trata el artículo 946 del C. Civil, puesto que solo se puede reivindicar "una cosa singular", es decir, determinada y cierta.

El objeto de la acción de dominio no se concreta por la sola determinación que contenga el título de propiedad, mientras su contexto no se ponga en evidencia sobre el objeto mismo controvertido.

No se puede pretender, como lo hace el actor en la demanda que por el hecho de que el predio esté alindado mediante puntos considerados como linderos arcifinios, y que existan unos planos originarios del Instituto Geográfico de Colombia "Agustín Codazzi", ilustrados con aerofotografías de la región, no sea necesaria la identificación directa, sobre el propio terreno, de los inmuebles objeto de las declaraciones impetradas. La localización de los linderos, su reconocimiento, y la interpretación de los planos o mapas con relación a aquellos, requiere conocimientos y prácticas especiales que no es dable exigir al juzgador. Para llenar ese vacío, la Ley procedimental ha instituído la prueba pericial.

Y si, como aquí ocurre, se alega la propiedad privada del subsuelo petrolífero de los terrenos de "Los Morritos" e "Islas de los Muñoz o San Balandrán", con fundamento en el título de la justa prescripción por explotación económica de los mismos de tiempo inmemorial, se hace más imperativo aún el requisito de la identificación de tales inmuebles, toda vez que tal acción declarativa requiere la determinación precisa del

terreno sobre el cual se realizaron los actos sucesivos de aprovechamiento económico generadores de dicho título.

No habiendo suministrado el actor la prueba técnica de la identificación del terreno o terrenos materia de la demanda, ni de la forma como esos predios vienen a resultar afectados por el globo a que se refiere la Propuesta número 669 de la International Petroleum (Colombia) Limited, la presente acción no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, FALLA:

Deniéganse las peticiones formuladas en la demanda de que se ha hecho referencia, presentada por la Sociedad "Barlovento Limitada", y, en consecuencia, se ABSUELVE a la Nación Colombiana de los cargos contenidos en el predicho libelo.

Condénase al demandante al pago de costas procesales.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvanse los autos al Ministerio de Minas y Petróleos.

Héctor Martínez Guerra—Samuel de Sala Roncallo — Roberto Gaenaga — Jorge Samaría—Jorge García M., Secretario.

PARA LA DECLARACION JUDICIAL DE QUE DETERMINADO YACIMIENTO PETROLIFERO ES DE DOMINIO PRIVADO, DEBE COMPROBARSE LA PROPIEDAD ACTUAL DE LOS TERRENOS EN CUYO SUBSUELO SE HALLAN EL PETROLEO Y DEMAS HIDROCARBUROS RECLAMADOS EN JUICIO; ACREDITARSE, CON EL TITULO PROVENIENTE DEL ESTADO, O A FALTA DE ESTE, CON DOCUMENTOS DE ORIGEN OFICIAL QUE ACREDITEN SU EXISTENCIA, QUE LAS TIERRAS DE QUE SE TRATA SALIERON LEGALMENTE DEL PATRIMONIO DEL ESTADO ANTES DEL 28 DE OCTUBRE DE 1873 Y DETERMINARSE EXACTAMENTE EL TERRENO OBJETO DE LA LITIS. — TERMINO PARA FORMULAR LAS OPOSICIONES Y PARA DEMANDAR EN JUICIO ORDINARIO ANTE LA CORTE LA DECLARACION DE PROPIEDAD DEL PETROLEO, CUANDO AQUELLA NO SE PUDO FORMULAR EN TIEMPO. — PERIODOS EN LOS QUE SE DIVIDIO DURANTE LA EPOCA COLONIAL, EL REGIMEN DE TIERRAS EN LOS DOMINIOS ESPAÑOLES DE AMERICA

1.—Cuando las personas que se creen dueñas de los hidrocarburos que pueden encontrarse en el subsuelo de un predio del que se dicen propietarias, no se oponen oportunamente ante el Ministerio de Minas y Petróleos a las propuestas de exploración y explotación de dichos petróleos que formula un tercero, tienen derecho a solicitar ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, mediante el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia, se las declare propietarias del mismo, acción que debe ejercitarse dentro de los dos años siguientes al del vencimiento del término que tuvieron para la oposición que no hicieron, término que es de un año, a partir de la vigencia del Decreto-Ley 3050 de 1956. Mas para que prospere esta clase de juicios, además de demostrarse que fueron instaurados oportunamente, es menester que el demandante, de conformidad con los artículos 5o y 36 del Código de Petróleos, durante el proceso acredite:

a)—Que es propietario del inmueble o del subsuelo del inmueble cuyos petróleos van a ser explorados y explotados por terceros, presentando el respectivo título de propiedad, acompañado de un certificado de tradición que abarque un período correspondiente al de la prescripción extraordinaria;

b)—Que dicho inmueble está total o parcialmente comprendido dentro de la zona territorial objeto de alguna propuesta que el Estado haya admitido a terceros para la exploración y explotación de hidrocarburos;

c)—Que el fundo salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

2.—El régimen de tierras en los dominios españoles de América durante la época colonial, según lo tiene dicho la Corte, se divide en cuatro períodos así: el primero de 1492 a 1591, durante el cual se efectuaron las capitulaciones con los descubridores, la fundación de poblaciones y repartimiento de tierras y las adjudicaciones por los Cabildos; el segundo, de 1.591 a 1680, en el que se aplicaron, además de los ordenamientos anteriores vigentes, los contenidos en las Cédulas de El Pardo; el tercero, de 1680 a 1754, en que rigió el Código de Indias o Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias; y el cuarto, o sea el lapso en que tuvieron vigencia la Cédula de San Lorenzo de 1754, y la de San Ildefonso de 1780, con las que concluyó la legislación indiana.

La primera de estas últimas cédulas, sancionada por Fernando VI en San Lorenzo del Real el 15 de octubre del citado año de 1754, contiene normas sobre revisión de títulos, confirmaciones, venta y composición de excesos de tierras ocupadas sin título. Según esas normas, quedaba a los Virreyes y Presidentes de las Reales Audiencias la facultad de nombrar Ministros Subdelegados para ejercer y practicar las ventas y composiciones, y a las Reales Audiencias la de "despachar las confirmaciones y las apelaciones que ocurrieren.....". De manera que una vez denunciadas como realengas determinadas tierras, a efecto de que se le

adjudicaron al denunciante, los subdelegados estaban encargados de mensurarlas y avaluarlas por medio de peritos, previa citación de los colindantes; de verificar luégo el remate en pública subasta, obtener del rematante el pago del valor respectivo, aprobar la venta así hecha, y expedir el título correspondiente, el que sería sometido posteriormente a la confirmación del Virrey o Presidente de la Audiencia y, finalmente, de dar posesión de las tierras al rematante.

La Cédula de San Ildefonso fue expedida el 2 de agosto de 1780 y entre otras cosas dispuso:

"Por lo respectivo a las tierras baldías que en el día pertenecen a mi Real Patrimonio, y de consiguiente puede éste enajenarlas, he resuelto conformándome con lo expuesto por el Fiscal de esa Audiencia, de cuyo dictamen fue vuestro antecesor y sois vos, que se concedan graciosamente a los sujetos que las quisieren desmontar bajo de las calidades que propuso el mismo Fiscal, y entre ellas la de que en el preciso término que se asignare las hayan de desmontar, sembrar y cultivar y mantenerlas siempre cultivadas con pastos o con sementeras, según su naturaleza, excepto el tiempo necesario para su descanso, pena de que si no lo ejecutaren pierdan el derecho a ellas y se adjudiquen a otros, prefiriéndose al que lo denunciare y con la calidad también de que a ningún sujeto se conceda más porción de tierras de las que buenamente pudiere labrar atendido su caudal y posibles".

Suprimió, pues, la Cédula en mención la venta de tierras realengas, disponiendo en cambio que se concedieran "graciosamente" las que como baldías pertenecían al Real Patrimonio en la fecha de su expedición, para lo cual estableció la obligación de cultivarlas y demás requisitos contenidos en el párrafo transcrito. Esa concesión era otorgada por la Real Audiencia.

Si las tierras no eran explotadas económicamente dentro del término fijado, el concesionario perdía el derecho a ellas y se adjudicaban a otros. Mas es obvio que la reversión no podía ocurrir sino después de haberse denunciado y demostrado el incumplimiento, y mediante providencia o fallo de la autoridad respectiva.

3.—Estima la Sala acorde con su jurisprudencia al respecto, que el documento oficial del cual permite la ley inferir la existencia del título por el cual determinado predio salió del dominio del Estado con anterioridad a 1873, debe también arrojar datos suficientes que permitan establecer su validez y la determinación de las tierras que fueron objeto del mismo, si por otros medios no es posible identificar las últimas, porque si así no fuera, ¿cómo podría la justicia estimar su valor y su pertinencia en un determinado litigio?

Pretender que para juzgar acerca de la validez de un título antiguo emanado del Estado relativo a la enajenación de inmuebles, cuya existencia se demuestra por cita que de él se hacen en documentos de origen oficial, es menester que esa citación contenga no sólo todo el título con que finalizó el proceso de la adquisición de una merced o composición de realengos, tierras baldías o baldíos, sino también el proceso mismo, es algo más que exigir en los autos copia auténtica del título mismo, la cual no sólo es contrario al espíritu de la parte final del inciso 2) del artículo 36 del Código de Petróleos que, tomando en cuenta las posibilidades humanas, quiso facilitar la prueba de la existencia de los documentos de remota fecha, sino que implicaría la inutilidad de esa parte de la disposición, como quiera que todo quedaría reducido a la primera parte del inciso, vale decir, a la necesidad de presentar siempre el título emanado del Estado, original o en copia auténtica.

4.—Por regla general, para determinar si un inmueble salió del patrimonio del Estado con anterioridad a 1873, por causa distinta a la de la justa prescripción, es indispensable que en el instrumento proveniente del gobierno de la época se determinen en alguna forma, pues si así no ocurre, es imposible ubicarlo en algún sitio del planeta, y establecer que ha sido motivo del mismo y consiguientemente de una propuesta de exploración y explotación petrolífera que da lugar a la acción de dominio del subsuelo. Y decimos por regla general, porque en ocasiones, se puede llegar a esas conclusiones sin el conocimiento completo del título en cuestión, siempre y cuando que el fundo o parte de él se encuentre determinado en algún otro instrumento relacionado con aquél.

En algunos casos, cuando se tienen escrituras públicas otorgadas entre particulares, contentivas de enajenaciones totales o parciales de tierras, inmediatas al título por el cual éstas salieron del dominio del Estado, sí es posible determinarlas en todo o en parte, sin tener a la vista el documento de origen estatal que las deslinde; y que si de la referencia incompleta que del último se haga en otro de origen oficial, y de las circunstancias dentro de las cuales éste se otorgó se desprenden fuertes presunciones acerca de su existencia y validez, ambas deben tenerse por probadas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel De Sola R.).

Los señores Carmen Sorzano de Quin, María Armesto de Romano y Guillermo F. Quin Sorzano, por una parte; Elio B. Navarro Villamizar, en representación de sus hijos menores María Eugenia y Carolenza Navarro Jácome; Ofelia Jácome Roca de Navarro, María Emma Jácome de Maichel, Luis Christian Maichel, éste como apoderado general de la señora Sara María Castellanos viuda de Jácome; Sixto A. Carvajalino, como apoderado general de Luis José, Alonso, Hernán, Emma Luisa y Margot Carvajalino Jácome; y Jorge Ferrero Lemus, como apoderado general de Rafael, Luis Augusto y Hernando Luis Jácome Ferrero por otra; William E. Dinney y Pedro A. Trigos, también por su parte, y Alejandro Rincón Rodríguez por otra, mayores de edad y vecinos de Ocaña, salvo el cuarto y la quinta que lo son de Barranquilla y el último de Convención, por medio de apoderados formularon ante esta Sala sendas demandas, la primera y última fechadas el 16 de marzo de 1955, y las restantes el 15 de los mismos mes y año, para que mediante el trámite de los respectivos juicios ordinarios de única instancia, y teniendo en cuenta el carácter de comuneros que afirman tener en las tierras denominadas "Palmas de Avila", ubicadas en el municipio de "La Gloria", Departamento del Magdalena, y cuyos linderos se determinan de la misma manera en todos los libelos, se hagan, en síntesis, las siguientes declaraciones:

Que el susodicho globo de tierras, situado en la sección de Simaña del municipio mencionado y llamado antaño "Luis Chiquita", salió del patrimonio del Estado colombiano con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que, en consecuencia, son de la comunidad propietaria del mencionado fundo, el petróleo, los gases naturales y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse en el subsuelo de dicho terreno, y debe suspenderse la tramitación y ejecución de la propuesta número 601, publicada en el Diario Oficial número 28.062 de 26 de noviembre de 1952, formulada al Gobierno Nacional por la Compañía de Petróleos del Vichada, para exploración y explotación de petróleos, por cuanto comprende el referido globo de "Palmas de Avila". El demandante Alejandro Rincón Rodríguez solicitó, además, que, en subsidio de las declaraciones sintetizadas, se declarara que el inmueble en mención salió del patrimonio del Estado con anterioridad a la fecha indicada, por justa prescripción.

Como hechos fundamentales de sus demandas expusieron los actores los que se compendian así:

1º) Que por medio de la Resolución número 367, proferida el diez (10) de septiembre de 1952, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta de contrato presentada por la Compañía de Petróleos del Vichada, registrada en el mismo Despacho bajo el número 601, para la exploración y explotación de los petróleos que puedan encontrarse en el subsuelo de un globo de terreno de una extensión de cuarenta y un mil quinientas once hectáreas y siete mil trescientos ochenta y ocho metros cuadrados (41.511.-7.388 mts.2), ubicado en los municipios de Tamalameque y La Gloria, en comprensión del Departamento del Magdalena, encerrado dentro de los linderos que se señalan en dicha propuesta, la cual fue publicada en el Diario Oficial número 28.062 correspondiente al día 26 de noviembre de 1952;

2º) Que los demandantes son propietarios, en común y proindiviso con otras personas, de los terrenos conocidos con el nombre de "Palmas de Avila", situados en jurisdicción del municipio de La Gloria (sección de Simaña), y cuyos linderos son los siguientes: "Desde una mata que está al Oriente de "Palmas de Avila", nombrada "Mata Redonda", a coger por las mismas palmas el caño de "Avila"; de éste aguas abajo, hasta dar con la desembocadura de un cañito a la quebrada de Simaña, que llaman "Barranca"; de éste tomando por la parte izquierda de dicha quebrada, aguas abajo hasta su desembocadura que da al río Magdalena; de dicha boca, aguas arriba, hasta una boca de caño desde donde se vuelve a tomar por

el Oriente a salir a las sabanas de "Las Conchas", "Ceja de Gallinazo", "Ambuila", "Rincón de San Matías", "Rincón Grande" y "Rinconcito", con todas las sabanas de las partes nombradas, hasta salir arriba del camino de "Quebrada Seca", por donde se toma la sabana a volver a salir al primer paraje que se ha nombrado "Mata Redonda".

3º) Que los terrenos así descritos están encerrados dentro del área objeto de la mencionada propuesta 601; y su subsuelo petrolífero y, por consiguiente los petróleos, hidrocarburos y demás sustancias similares pertenecen a la comunidad demandante, por haber salido el referido globo de tierra del dominio del Estado desde la época de la colonia española, y no haber vuelto al patrimonio nacional ni entonces ni después, por ningún título;

4º) Que la tradición de sus títulos de propiedad que detallan se extiende hacia atrás hasta la adquisición que de "Palmas de Avila" o "Luis Chiquita" hizo don Vicente Pieschacón en 1795, por adjudicación que de tales tierras le hizo la Real Audiencia de Santa Fé de Bogotá; y

5º) Que los actuales propietarios y sus antecesores en la comunidad de "Palmas de Avila" han tenido una posesión quieta, pacífica y continua de dicho globo, y han realizado permanentes actos de explotación económica por un lapso superior al necesario para adquirirlo por prescripción.

Como fundamentos de derecho citaron los demandantes los artículos 5º y 34, incisos 3º y 4º del Código de Petróleos, y demás disposiciones pertinentes.

* * *

El 15 de marzo de 1955, los señores Elio B. Navarro B., Domingo A. Jácome, Julio Luis Jácome Roca, Ofelia Jácome de Navarro, antes de Sojo, Sindicato de Productos Cina S. A., vecinos de Barranquilla, Sixto A. Carvajalino, María Emma Jácome de Maichel, vecinos de Ocaña, y Sara María Castellanos de Jácome, vecina de Bogotá, presentaron también demanda contra la Nación, para que mediante trámite igual al de las citadas antes, se declare:

"1º.—Que la comunidad dueño del subsuelo de los terrenos denominados "Gobernador", "La Mata" y "Bella Cruz", situados en el Distrito de La Gloria (Departamento del Magdalena), comprendidos dentro de los linderos señalados en el hecho segundo (2º) de esta demanda, es igualmente propietaria privada del petróleo y demás hidrocarburos y sustancias similares que se encuentren en dicho subsuelo, por haber salido los mencionados predios del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y no haber vuelto al dominio del Estado por ninguno de los medios previstos en las leyes; y

"2º.—Que, en consecuencia, no siendo dichos petróleos, hidrocarburos y sustancias similares de propiedad nacional, debe suspenderse la tramitación y ejecución de la indicada propuesta de contrato número 601, formulada por la "Compañía de Petróleos del Vichada" y publicada en el Diario Oficial número 28.062, de fecha 26 de noviembre de 1952".

Para fundamentar la demanda expusieron, además del hecho referente a la propuesta 601 a que antes se aludió, los siguientes:

"2. Mis mandantes son propietarios en común y proindiviso con otras personas del subsuelo y, por consiguiente, del petróleo y demás hidrocarburos y sustancias similares, que se hallan en los terrenos conocidos con los nombres de "GOBERNADOR", "LA MATA" y "BELLA CRUZ", los cuales están situados en jurisdicción del Municipio de La Gloria, y cuyos linderos son los siguientes: "GOBERNADOR.—Desde el paraje llamado La Angostura que está en el camino real atravesando la sabaneta primera y sabana de Gobernador, donde hubieron unas casitas, hasta la boca del monte del Cuaré, en el citado camino real, comprendiendo un cuarto de leguas de monte desde dicha boca del Monte, pues el primer lindero que es La Angostura está en la sabana".—"LA MATA Y BELLA CRUZ.— Desde el paraje nombrado Las Angosturas, sabana abajo hasta llegar a la boca del Monte que se llama Monte del Medio inclusive toda la sabana, comprendiendo un cuarto de legua por cada uno de los tres lados que la circulan, y por la parte arriba la divide la sabana dicha; de allí sigue al Suan o paso de La Santander que está junto a las tierras de la estancia que era de Antonio León Carranza, aguas arriba de la quebrada de Simaña, hasta la Singararé o Madre Vieja y por su latitud desde la quebrada de Simaña hasta la otra que llaman de San Alonso que está en la entrada del monte que sale de la quebrada de San Bernardo conocida con el nombre de San Agustín y por la parte de abajo desde la orilla del paso del camino real de Simaña a la quebrada que nombran El Cuaré hasta encontrar en dicha quebrada y en travesía desde su orilla, hasta la sabana de Angostura; por la parte de arriba desde el caño de Coloradito por su derechura a la quebrada de Cuaré, aguas abajo hasta

estar frente a un cerrito; por sus cabeceras tomando la derechura a dar con dicho caño de Coloradito donde se junta con un caño viejo siguiendo hasta el primer lindero".

"3. Los terrenos que acaban de describirse se superponen al área objeto de la propuesta de concesión 601; y su subsuelo petrolífero pertenece a la comunidad demandante por haberlo adquirido legítimamente y haber salido dichos terrenos del dominio del Estado desde la época de la colonia española, conforme se verá en su lugar, y no haber vuelto a su patrimonio ni entonces ni bajo la República a ningún título.

"4. Los derechos de comuneros, que actualmente tienen sobre el subsuelo de los lotes de terreno individualizados en el hecho 2º de esta demanda fueron adquiridos por mis mandantes así: ...."

Relaciona seguidamente el apoderado de los demandantes la tradición legal del dominio en los lotes en referencia, desde los actuales propietarios del subsuelo hacia atrás, hasta llegar a la compra que de los terrenos "El Gobernador" hizo Juan Bautista Zoluaga a Calixto Castilla por escritura pública número 22 de 31 de agosto de 1863, y a la adquisición por el mismo Zoluaga, de la hacienda "Las Matas" y "Bella Cruz", según venta hecha por Remigio Illera mediante escritura número 26 de 19 de agosto de 1865. Luégo expresa:

"14—El señor Calixto Castilla adquirió los terrenos de "El Gobernador" por compra a los señores Santodomingo y Hermanos, como aparece de la escritura número 29, de la Notaría de Ocaña, de fecha 16 de mayo de 1856; y los vendedores (Santodomingo y Hermanos), a su vez adquirieron dichos terrenos por haberlos comprado a la señora Concepción Illera de Farelo, conforme se expresa en la escritura (sin número) de fecha 19 de abril de 1856, extendida en la Parroquia del Carmen;

"15— Según aparece del mismo instrumento, declara la vendedora que dicho terreno lo adquirió su legítimo marido Santiago Gómez Farelo por herencia de sus padres, como consta del documento de fecha primero (1º) de noviembre de 1801, que en la misma escritura se inserta y según el cual don Vicente Pieschacón y su esposa Teresa Cardona ratifican la donación que de las mencionadas tierras hicieron a Gerónimo Gómez Farelo y su mujer Tomasa el 17 de febrero del año anterior (1800). En el citado documento expresan los donantes que el inmueble en referencia conocido con los nombres de "Bajiales" y "Gobernador" fue adquirido por compra "que yo el don Vicente hice en unión de otros socios al Rey nuestro señor de las haciendas y tierras que en esta jurisdicción pertenecían a los espatriados espulsos de la Compañía de Jesús, como es de ver del título de propiedad que exhibo al Alcalde ordinario, que autorizó esta escritura y pido que se me devuelva...."

"16.—En la escritura que contiene la donación de que se habla en el hecho anterior, extendida el primero (1º) de noviembre de 1801, aparece la siguiente constancia: "E yo, dho alce. ordº. certifico conocer a los señores otorgantes, quienes así lo dijeron, otorgaron y firmaron a quienes devolví el documento de propiedad citado....";

"17—La escritura pública número 60, otorgada en la ciudad de Ocaña el 17 de febrero de 1919 contiene la protocolización de los documentos que acreditan varias transferencias del dominio de un lote denominado "Coloradito" (Bella-Cruz) hechas por Roque Antonio Rueda en favor de Salvador Carvajalino el diez (10) de agosto de 1822; de éste a Manuel Candelario Herrera el nueve (9) de octubre de 1848; y de este último a Remigio Illera el veinte (20) de enero de 1850;

"18—La escritura 104, de 12 de marzo de 1919 contiene la protocolización del documento de fecha 23 de marzo de 1829 por medio del cual Florentino Delgadillo vende a Manuel Candelario Herrera las tierras de "La Mata" o "Mata Redonda" y "Bajiales". En este acto expresa el vendedor que adquirió aquel bien por venta hecha por don Vicente Pieschacón a su padre Antonio Delgadillo, conforme aparece del documento de fecha 18 de julio de 1800, que hubo las tierras en referencia "de las que compró al Rey nuestro señor en almoneda pública perteneciente a las temporalidades de los espulsos Jesuitas de la Villa de Mompox...."

o o o

Las cinco demandas fueron aceptadas y de ellas se corrieron los traslados de rigor al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien las contestó negando unos hechos, ateniéndose en cuanto a otros a las pruebas que se adujeran, y, finalmente, negando el derecho de los actores y oponiéndose a sus peticiones. Los juicios fueron luégo abiertos a prueba y se decretaron en cada uno de ellos las pedidas por las partes. Y en ese estado se encontraban cuando se solicitó su acumulación, la que se decretó por auto de 30 de septiembre de 1955.

Efectuada la acumulación, presentaron deman-

da de coadyuvancia Magdalena Rincón de Reyes, Miguel A. Rincón R. y otros, para que en la sentencia correspondiente se les reconozcan sus derechos en el globo de Palmas de Avila, en su calidad de conducños, por haberlos adquirido mediante el mismo título por el cual adquirió los suyos el demandante Alejandro Rincón Rodríguez. Dicha demanda fue aceptada por auto de 7 de julio de 1956.

Practicadas las pruebas y surtidos los demás ordenamientos de trámite, se procede a resolver mediante las consideraciones que luégo se expresan, ya que no se advierte nulidad que invalide lo actuado, a pesar de que en el segundo de los juicios acumulados no se presentaron pruebas de que el señor Elio B. Navarro Villamizar es padre legítimo de sus hijas menores en cuyos nombres otorgó poder, ni se trajeron a los autos las escrituras públicas que contienen los poderes generales que invocaron los señores Cristián Maichel, Sixto A. Carvajalino y Jorge Ferrero Lemus para darle al doctor Pedro Gómez Parra la representación judicial de las personas que dijeron ser sus poderdantes y se indicaron en otro lugar, por cuanto el resto de los demandantes que integran ese grupo, señoras Ofelia Jácome de Navarro y María Jácome de Maichel otorgaron sus poderes judiciales en debida forma, y acreditaron, como después se verá, su carácter de conducñas en la comunidad de "Palmas de Avila", y, por consiguiente, su derecho para pedir para la misma.

* * *

Cuando las personas que se creen dueñas de los hidrocarburos que pueden encontrarse en el subsuelo de un predio del que se dicen propietarios, no se oponen oportunamente ante el Ministerio de Minas y Petróleos a las propuestas de exploración y explotación de dichos petróleos que formula un tercero, tienen derecho a solicitar ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, mediante el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia, se las declare propietarias del mismo, acción que, cuando se iniciaron estos juicios, debía ejercitarse dentro de los dos años siguientes al del vencimiento del término que tuvieron para la oposición que no hicieron, término que es de un año, a partir de la vigencia del decreto-ley 3050 de 1956. Mas para que prosperen esa clase de juicios, además de demostrarse que fueron instaurados oportunamente, es menester que el demandante, de conformidad con los artículos 5º y 36 del Código de Petróleos, durante el proceso acredite:

a)—Que es propietario del inmueble o del subsuelo del inmueble cuyos petróleos van a ser explorados y explotados por terceros, presentando el respectivo título de propiedad, acompañado de un certificado de tradición que abarque un período correspondiente al de la prescripción extraordinaria;

b) —Que dicho inmueble está total o parcialmente comprendido dentro de la zona territorial objeto de alguna propuesta que el Estado haya admitido a terceros para la exploración y explotación de hidrocarburos;

c)—Que el fundo salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Sentado lo anterior, veamos si en los juicios acumulados de que la Sala se ocupa se han satisfecho tales exigencias.

PRESENTACION OPORTUNA DE LAS DEMANDAS

A folio 119 vuelto del cuaderno número 1 del proceso instaurado por los menores Navarro Jácome y otros, así como también a folios 84 vuelta y 14, respectivamente, del cuaderno principal y del segundo de los juicios entablados por Elio B. Navarro y otros, y Alejandro Rincón Rodríguez, aparecen sendos certificados expedidos por el señor Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos en que consta que el 18 de marzo de 1955, expiró el término para incoar acciones ordinarias contra la Nación con motivo de la propuesta 601 hecha al Ministerio, para explorar y explotar petróleos en una zona ubicada en los municipios de Tamalameque y La Gloria en el Departamento del Magdalena, propuesta admitida por la Resolución número 367 de 10 de septiembre de 1952, según aviso que se publicó en el Diario Oficial número 28062 del 26 de noviembre del mismo año, que en varios ejemplares, debidamente autenticados, se trajeron a los autos. Luego las demandas de los litigios acumulados de que ahora se ocupa la Sala, presentadas el 15 y 16 de marzo de 1955, como antes se dijo, se instauraron oportunamente.

PROPIEDAD DE LOS INMUEBLES

Los demandantes que se dicen conducños del globo de tierras denominado "PALMAS DE AVILA" o "LUIS CHIQUITA", probaron ser comuneros de dichas tierras, con las escrituras públi-

cas debidamente registradas, y certificados de registro que, además de acreditar la vigencia de aquéllas en las que —dicho sea de paso— los linderos del inmueble coinciden con los determinados en las demandas, consta la tradición de los títulos en un período mayor de treinta años, documentos que se determinan así:

a) Por lo que respecta a los demandantes Carmen Sorzano de Quin, Guillermo F. Quin Sorzano y María Armesto de Romano, escrituras públicas números 278 y 221 de 2 de agosto de 1937, y 5 de mayo de 1948, de la Notaría de Ocaña, y los certificados del Registrador del Circuito de Río de Oro (Magdalena), piezas obrantes de folios 1 a 6 y 71 a 78 vuelto de los cuadernos números 1 y 4, respectivamente, de dicho proceso;

b) Por lo que respecta a los demandantes María Eugenia y Carmenza Navarro Jácome, Ofelia Jácome Roca de Navarro, María Eugenia Jácome de Maichel, Sara María Castellano de Jácome, José Luis, Alonso, Emma Luisa y Margot Carvajalino Jácome, Rafael, Luis Augusto y Hernando Jácome Ferrero, herederos del señor José Antonio Jácome Niz, las hijuelas de dichos herederos acompañadas a la respectiva demanda y que constituyen los folios 7º a 18º del cuaderno número 1 de esa causa, y certificado del Registrador de Río de Oro de 9 de mayo de 1956, obrante a folios 29 a 33 del cuaderno número 3 del mismo proceso;

c) Por lo que respecta a los demandantes William M. Dinney y Pedro A. Trigos, escrituras públicas números 173 del 30 de agosto de 1954, Notaría Tercera de Barranquilla, y 192 de 2 de abril de 1925, Notaría de Ocaña, folios 1º a 5º del cuaderno número 1 de tal juicio, y certificado del Registrador de Río de Oro de 28 de noviembre de 1955, que obra a folios 9 a 12 del cuaderno número 2 de esa causa;

d) En relación con el demandante Alejandro Rincón Rodríguez y con los coadyuvantes adhesivos a éste, señores Miguel A. Rincón Rodríguez, Juana Rincón Rodríguez de Quintero, María Rincón Rodríguez de Solano, Luis Eduardo, Pedro Heli, Manuel A. y Carmen Elena Rincón Rodríguez, Edyta Rincón de Reyes, Magdalena Rincón de Reyes y Atalia Rincón de Fernández, escrituras públicas número 78 de 18 de marzo de 1944, Notaría de Convención (Folios 8 a 10 del cuaderno número 1 de ese negocio) y números 111 y 154 de 1944, y 1951, en su orden, de la misma Notaría (folios 4 a 7 del cuaderno número 3 de ese proceso), y certificado del Registrador de Río de Oro atinente a todos esos títulos, de 27 de abril de 1955, ampliado el 25 de abril de 1956, obrante a folios 8 a 10 del cuaderno número 3 citado últimamente.

Por otra parte, los señores Elio B. Navarro V., Domingo A. Jácome, Julio Luis Jácome Roca, Ofelia Jácome de Navarro, Sindicato de Productos Cima S. A., María Emma Jácome de Maichel, Sara María Castellanos de Jácome y Sixto A. Carvajalino, que afirman ser copropietarios del subsuelo de los globos de tierra denominados "LA MATA" y "BELLA CRUZ" y "GOBERNADOR", demostraron sus derechos en la comunidad, con las escrituras públicas número 110 de 20 de noviembre de 1954, Notaría de Río de Oro; número 465 de 24 de septiembre de 1946, Notaría de Ocaña y número 73 de 13 de agosto de 1921, Notaría de Aguachica, las cuales se encuentran de folios 1 a 7 y 18 a 24 del cuaderno número 1 del correspondiente proceso, y con el certificado del Registrador de Río de Oro de 23 de marzo de 1955 (Folios 6 a 16 del cuaderno número 2 de la misma causa), que nos habla de la vigencia de esos títulos y cómo los anteriores, durante un período mayor de 50 años, han sido cancelados, documentos en los que se determinan los inmuebles de la misma manera que en la demanda pertinente.

SUPERPOSICION DE "PALMAS DE AVILA", "GOBERNADOR", "LA MATA" Y "BELLA CRUZ"

Según acta de la inspección ocular que obra de folios 21 a 30 del cuaderno número 4 del juicio instaurado por Carmen Sorzano de Quin y otros, contra la Nación, durante los días 10, 11, 12 y 13 de abril de 1956, el Tribunal de Santa Marta, por comisión de la Corte, en asocio de los peritos doctores José Dulcey y Carlos A. Báez López, y con la asistencia de los representantes de las partes, practicaron una inspección ocular sobre los terrenos a "Palmas de Avila", "Gobernador" y "La Mata" o "Bella Cruz", inspección durante la cual, después de un prolijo estudio de comparación de los títulos de propiedad con lo observado sobre el terreno, lograron identificarlos. Días después, el 26 de mayo del mismo año, los mencionados peritos rindieron a la Sala los correspondientes dictámenes que obran de folios 39 a 51 del cuaderno últimamente citado, y en relación con la pregunta atinente a si quedaban comprendidos dichos terrenos dentro de la zona de la propuesta número 601 hecha al Gobierno por la "Compañía de Petróleos del Vichada" para

explorar y explotar petróleos, publicada en el Diario Oficial mencionado en otro lugar, conceptuaron unánimemente:

"A)—Asimismo conceptuamos que los referidos terrenos de "PALMAS DE AVILA", individualizados en el hecho segundo (2º) de la demanda, están, como puede verse en el plano que acompañamos, en su totalidad comprendidos dentro del área cubierta por los linderos señalados por la propuesta de contrato número 601 hecha al Ministerio de Minas y Petróleos por la "Compañía de Petróleos del Vichada", linderos éstos distinguidos en el plano que acompañamos a este dictamen con una faja de color azu, y dibujados según los datos de rumbos y distancias que se describen en la propuesta publicados en el Diario Oficial número 28.062 que se acompaña a este informe. Esta conclusión resulta lógicamente al dibujar los datos y detalles correspondientes a los linderos de "Palmas de Avila', tomados sobre el terreno y reconocidos en la inspección ocular, sobre el plano de los terrenos de la Propuesta de contrato 601, teniendo en cuenta la posición relativa de los puntos reconocidos y comunes a ambos lotes".

"a)—Los terrenos denominados "Gobernador", "La Mata" y "Bella Cruz", situados en el municipio de La Gloria (Departamento del Magdalena) y encerrados dentro de los linderos señalados en el hecho segundo (2º) de la demanda si están comprendidos, a excepción de una pequeña parte del lote de "Gobernador", dentro de los linderos señalados en la Propuesta de contrato número 601, admitida por Resolución número 367 expedida por el Ministerio de Minas y Petróleos el diez (10) de septiembre de 1952. Véase plano adjunto. La parte del lote "Gobernador" que no queda dentro de los linderos de la propuesta número 601, es la marcada en el plano con un rayado de líneas rosadas y que está al Este del lindero Oriental de la Propuesta 601 (Líneas EF de rumbo número 70-53'03.8 W) como puede verse en el plano".

La Sala nada tiene que objetar a las conclusiones periciales transcritas y las acoge plenamente, como quiera que ado el resultado de la observación y técnica de expertos en la materia y se encuentran debidamente fundadas. Y como en autos consta también que fueron satisfechos los emolumentos de los peritos, concluye que está demostrado que los terrenos materia de los juicios acumulados de que se viene ocupando, vale decir, "Palmas de Avila", "La Mata", "Bella Cruz" y "Gobernador", quedan comprendidos dentro del área de la Propuesta 601 tantas veces aludida, excepción hecha de la parte del globo últimamente nombrado excluída de tal zona por los expertos.

LA SALIDA DE LAS TIERRAS DEL PATRIMONIO DEL ESTADO CON ANTERIORIDAD AL 28 DE OCTUBRE DE 1873

Entra ahora la Sala a estudiar si en verdad, como lo afirman los demandantes, las tierras de "Palmas de Avila", "Gobernador", "La Mata" y "Bella Cruz", salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, comenzando dicho estudio por las primeras.

"Palmas de Avila"

Antes de iniciar la Sala el examen de la merced de la Real Audiencia de Santa Fé de 1º de septiembre de mil setecientos noventa y cinco por la cual ésta otorgó a don Vicente Pieschacón las tierras de "Luis Chiquita", situadas entonces en el distrito de Tamalameque, título, según el cual, en sentir de los actores, salieron del patrimonio del Estado las de "Palmas de Avila" que afirman ser las mismas, debe, como es lógico, comprobarse si lo último está demostrado en autos, porque, como lo ha dicho la Corte en reiteradas ocasiones, para nada sirve en casos como el presente la validez de un título antiguo que acredite la enajenación de tierras por parte de la corona española, si el globo no puede identificarse y, por consiguiente, saberse en dónde está ubicado.

Después de practicarse la inspección ocular de que se habló en otro lugar, sobre el globo de "Palmas de Avila", a la pregunta de si dichas tierras eran las mismas concedidas por la merced a que se hizo referencia y que en copia auténtica expedida por el Jefe del Archivo Nacional figura de folios 81 a 90 vuelto del cuaderno número 4 de los autos, los peritos en el dictamen antes mencionado y en la aclaración del mismo que obra a folios 97 y 98 del cuaderno últimamente citado, manifestaron:

"a) El terreno sobre el cual versa la demanda ("PALMAS DE AVILA") sí está comprendido dentro de los linderos señalados en el hecho trece (13) de la demanda, correspondiente a la adjudicación hecha a don Vicente Pieschacón por la Real Audiencia de Santa Fé en el año de 1795. Además, anotamos que en nuestro concepto hay una completa coincidencia de linderos de los te-

trenos señalados en el título de origen (hecho trece (13) de la demanda) con los linderos de los terrenos del título actual individualizados en el hecho segundo (2º) de la demanda, aunque la descripción de estos últimos comience en punto distinto del perímetro común que los encierra, punto este denominado "Mata Redonda" y no en el de la "Rinconada de Luis Chiquita" por donde comienza la descripción de los linderos del título de origen según el hecho trece (13) de la demanda. Pues si esto no fuese así y se cerrara la alinderación de los terrenos de "PALMAS DE AVILA", partiendo del sitio hoy día llamado "Montecristo" y descrito anteriormente en este informe y en el Acta de la diligencia de inspección ocular y por donde manifestó Venancio Guevara Sarmiento en declaración al señor Magistrado que practicó la inspección ocular, que pasaba un antiguo camino procedente de Quebrada Seca y que comunicaba por las sabanas con el punto llamado "Mata Redonda", quedaría fuera de linderos de "PALMAS DE AVILA" una pequeña zona de terreno comprendida entre la línea que llamamos "Montecristo-Mata Redonda" y los montes de Rinconcito y del Medio hasta su unión con la Rinconada de "Luis Chiquita" (véase plano zona marcado con enchurado de líneas azules), pero sí incluido dentro de los terrenos señalados en el hecho trece (13) de la demanda. Basamos esta apreciación en los siguientes hechos: 1º—En los planos consultados, el camino de Quebrada Seca aparece pasando por el Rincón de las sabanas de "Luis Chiquita" donde se juntan el Monte del Medio y el de Rinconcito; 2º— Nos parece que lo que declara el testigo Venancio Guevara Sarmiento sobre el camino de Quebrada Seca pasando por el sitio de Montecristo más bien puede referirse a un sendero que posiblemente procedía de la zona llamada Quebrada Seca, y no del verdadero camino que de Quebrada Seca va hacia las poblaciones de "La Mata" y Ayacucho como puede verse en el plano. 3º.— Según los informes del señor Alberto Marulanda Grillo, actual dueño de los terrenos denominados "Bella Cruz" y contiguos a los de "Palmas de Avila" el verdadero camino de Quebrada Seca es el que pasa por la rinconada de "Luis Chiquita" y va a la población de La Mata atravesando el Monte del Medio.

"En el terreno a que se hace referencia en el punto a) de nuestro dictamen presentado a la Honorable Corte y que se refiere al hecho 13 de otra de las demandas, es el mismo que con los nombres de Palmas de Avila, Palenquillo, Puerto Viejo, Playón de San Marcos, determinado en el libelo del señor apoderado del señor Alejandro Rincón Rodríguez y otros o sea la merced hecha por la Real Audiencia a don Vicente Pieschacón el 1º de septiembre de 1795 de los terrenos conocidos en esa época con el nombre de "LUIS CHIQUITA". Al determinar no nos referimos a cada una de las demandas por estar todas ellas acumuladas en un solo pleito".

De los conceptos expuestos, los cuales se encuentran corroborados por las observaciones detalladas y prolijas que se hicieron sobre "Palmas de Avila" durante la inspección ocular tantas veces mentada, se colige, sin lugar a dudas, que los linderos actuales de la comunidad de que ahora se ocupa la Sala, determinados en las demandas a ella atinentes y en los títulos presentados por los actores para demostrar su interés jurídico en los juicios, coinciden con los de la merced hecha a don Vicente Pieschacón por la Real Audiencia de Santa Fé el 1º de septiembre de 1795, en acuerdo con la solicitud de éste, o sea "en el distrito del expresado sitio de Tamalameque.... unas tierras realengas... cuyo globo se comprende desde una rinconada de sabana que llaman "Luis Chiquita" o orilla de un monte denominado del Medio; de éste abajo a topar con otro lindero nombrado Mata Redonda; de allí atravesando la sabana a llegar a las Palmas de Avila y siguiendo por una quebrada de este nombre que desagua en La Cienaguita, y cogiendo el caño de Barranca que sale de dicha Cienaguita aguas abajo a unirse con la quebrada nombrada Simaña, y de ésta abajo hasta su desemboque al río de la Magdalena; y éste arriba hasta el sitio nombrado San Andrés, de donde se toma una corta travesía de tierra a las Cienaguitas de las Conchas y Ambuila orillando su monte los del Salobre y San Matías, que remata en la punta del Piñal siguiendo su camino de sabana hasta la entrada al Monte del Rinconcito, orillando éste, hasta topar con la rinconada "Luis Chiquita", que es el primer lindero". O lo que es igual: que el globo de "Palmas de Avila" es el mismo que le adjudicó a don Vicente Pieschacón la Real Audiencia de Santa Fé en 1795.

Sentado lo anterior, entra ahora la Sala a estudiar si el referido título tuvo eficacia para sacar del patrimonio nacional las tierras de "Palmas de Avila"

Las diligencias concernientes a la merced de tierras hecha a Don Vicente Pieschacón, que, según se ha visto, en copia auténtica expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional se trajeron a los autos, pueden resumirse así:

Luis de Ovalle, procurador de número y apoderado de Pieschacón, se dirigió al Oidor Juez de Realengos manifestándolo que en el Distrito de Tamalameque, provincia de Santa Marta, había unas tierras realengas llamadas "Luis Chiquita", cuyos linderos dió en el mismo escrito, las que solicitó en composición a nombre de su representado, ofreciendo por ellas una cantidad moderada. En atención a la vista dada por el Fiscal en Santa Fé el 24 de mayo de 1788, libró el citado Juez un despacho al Juez Subdelegado de Tierras de Santa Marta, fechado el 28 del mismo mes y año, a fin de que se averiguara si las tierras pedidas eran o no realengas, y con citación de los colindantes se midieran, avaluaran y amojonaran, y se sacaran a remate mediante los pregones del caso, hecho lo cual el comisionado remitiría lo actuado al comitente.

El Juez Subdelegado subcomisionó al Alcalde Ordinario de Tamalameque, quien en auto de 2 de diciembre de 1793 dispuso las diligencias en mención, principiando por la citación de tres vecinos para que declararán si efectivamente eran realengas las tierras denunciadas A ese respecto depusieron, el diecisiete de dicho mes, Santiago Zapata, Francisco Valle y Juan Patricio López, expresando que tales tierras eran realengas, pues no tenían dueño conocido, a excepción del mismo Pieschacón, quien poseía algunas fanegadas de ellas en el centro y en uno de los costados de las mismas. Agregaron los declarantes que no había propietarios de las tierras en colindancia.

Demostrada así la calidad de realengos de los terrenos y la inexistencia de colindantes se ordenó, por auto de ese mismo día 17 de diciembre de 1793, llevar a cabo su mensura, amojonamiento y avalúo, para lo cual fueron nombrados agrimensores y avaluadores don Francisco Vellila y don Joseph Gabino Noriega. Posesionados éstos, se practicaron tales diligencias durante los días 18, 19 y 20 del mismo diciembre. En efecto, el funcionario, Pieschacón, los agrimensores y los testigos se trasladaron al paraje de una rinconada de sabana que llaman "Luis Chiquita", recorrieron los linderos, determinándolos, y expresaron que en el globo de aquellas tierras había "siete estancias compuestas cada una de treinta cabuyas de largo y quince de ancho y cada cabuya de setenta y seis varas de la tierra con sus pulgadas....", de las cuales dos eran de tierra alta y las restantes "de bajíos, pantanos, anegadizos y playones"; y avaluaron aquéllas a $ 16.00 cada una y las otras a $ 6.00, o sean $ 62.00 en total.

Hecho lo anterior se dispuso sacar a pregón las mencionadas tierras, por el término de treinta días, dándose los tres primeros pregones en el sitio de Simaña y los restantes en Tamalameque, "convidando postores y mejoras conforme a derecho y citándose para ello a la parte moverte de estas diligencias". Notificado Pieschacón, poseedor de dichas tierras, ofreció los $ 62.00, valor del avalúo. Con esta oferta se surtieron los pregones en los días 21, 23 y 24 de diciembre de 1793, 7 a 31 de enero y 1º a 6 de febrero de 1794, sin que se hubiera mejorado la postura.

Por auto de 15 de febrero de 1794 se ordenó la tasación de las costas y la devolución del expediente. Aquellas fueron estimadas en cincuenta pesos, dos reales, once maravedíes, los que entregó Pieschacón el 2 de marzo siguiente.

Aparecen luégo: un memorial del apoderado de Pieschacón dirigido al Juez Subdelegado de Tierras de Santa Marta el 14 de marzo de 1794, en el que le hace entrega del expediente y le reitera la solicitud de las tierras; una orden del Juez de remitir los autos al Oidor Juez General Privativo de Tierras; un proveído de éste, fechado el 28 de agosto siguiente, que dice: "Recibida en esta fecha, agréguense a sus antecedentes y entréguense a la parte de don Alonso (sic) Pieschacón para que use de su derecho en el Tribunal desta Real Audiencia conforme al espíritu de la Real Cédula de dos de agosto de 1780"; otro memorial del apoderado de Pieschacón, encabezado así: "Muy poderoso señor...." en el que nuevamente solicita la merced de tierras; la orden de los señores Virrey, Presidente, Regente y Oidores de la Audiencia de pasar las diligencias al Fiscal; el concepto de éste, contrario a la solicitud de Pieschacón, por haberse omitido la citación de los colindantes de las tierras pedidas; la orden de pasar los autos a don Francisco Javier de Esterripa, dada el 19 de agosto de 1795; el proveído de los señores Virrey, Presidente, Regente y Oidores de la Audiencia, de fecha 1º de septiembre de 1795 que dice: "Vistos: se hace gracia y merced a don Vicente Pieschacón de las tierras realengas que denuncia, con la calidad de que las ha de poblar y cultivar dentro del preciso término de tres años"; y por último esta constancia: "Se libró el título en 7 del mismo". (Véanse folios 81 a 90 vuelto, cuaderno número 4, juicio de Carmen Sorzano de Quin y otros).

El señor Procurador Delegado en lo Civil considera, en su alegato de conclusión, que la merced de tierras hecha a Pieschacón no es válida legalmente porque, de una parte, no aparece de

las diligencias correspondientes que éste hubiese pagado el valor de dichas tierras según el remate, y, de otro, porque tampoco se ha traído al expediente "el acto o cédula por medio de la cual el Virrey del Nuevo Reino de Granada o el Presidente de la Audiencia hicieren confirmación del título otorgado en favor de Don Vicente Pieschacón, diligencia ésta de carácter especialísimo que, como es conocido de todos, precedía a la entrega de los realengos y daba carácter de firmeza al título expedido", cuestiones éstas que el señor Procurador estima indispensables pues "como la denuncia y solicitud de los realengos —dice— fue hecha por don Vicente Pieschacón con anterioridad a la vigencia de la Cédula de San Ildefonso, (1780), la legislación que se aplicó al estudio fue la instrucción de San Lorenzo del Real dictada el 15 de octubre de 1754, comoquiera que la cédula de San Ildefonso prohibió la venta en pública subasta de las tierras pertenecientes a la Corona Española que no tuvieran dueño aparente o conocido, caso en el cual eran preferidos para efecto de la explotación económica de las mismas tierras (sic); y como en el caso del título "subjudice" se encuentra un acta de remate, es inequívoca la aplicación que de la cédula de San Lorenzo se dió a las tierras otorgadas a Don Vicente Pieschacón".

Los apoderados de los demandantes sostienen, en cambio, que las diligencias de avalúo y remate de las tierras resultaron prácticamente inútiles porque estando ya en vigencia la Cédula de San Ildefonso de 2 de agosto de 1780, la adjudicación debía hacerse y se hizo graciosamente conforme a dicha Cédula, y por eso no hay constancia de que se pagara el valor del remate. Además expresan que "la adjudicación de las tierras se hizo a Pieschacón "con la calidad de que las ha de poblar y cultivar dentro del preciso término de tres años", lo que indica que ya estaba en aplicación la expresada Cédula de San Ildefonso". De otra parte advierten "que en este caso no era necesaria la confirmación de la merced, precisamente por haberla hecho la Real Audiencia de Santa Fé, y no funcionarios subalternos".

Para resolver la cuestión así planteada por el señor Procurador Delegado y los apoderados de los demandantes hará la Sala, a continuación, un breve estudio de las citadas Cédulas.

El régimen de tierras en los dominios españoles de América durante la época colonial, según lo tiene dicho la Corte, se divide en cuatro períodos así: el primero, de 1492 a 1591, durante el cual se efectuaron las capitulaciones con los descubridores, la fundación de poblaciones y repartimiento de tierras y las adjudicaciones por los Cabildos; el segundo, de 1591 a 1680, en el que se aplicaron, además de los ordenamientos anteriores vigentes, los contenidos en las Cédulas de El Pardo; el tercero, de 1680 a 1754, en que rigió el Código de Indias o Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias; y el cuarto, o sea el lapso en que tuvieron vigencia la Cédula de San Lorenzo de 1754, y la de San Ildefonso de 1780, con las que concluyó la legislación indiana.

La primera de estas últimas cédulas, sancionada por Fernando VI en San Lorenzo del Real el 15 de octubre del citado año 1754, contiene normas sobre revisión de títulos, confirmaciones, venta y composición de excesos de tierras ocupadas sin título. Según esas normas, y en cuanto al caso que nos ocupa, quedaba a los Virreyes y Presidentes de las Reales Audiencias la facultad de nombrar Ministros Subdelegados para ejercer y practicar las ventas y composiciones, y a las Reales Audiencias la de "despachar las confirmaciones y las apelaciones que ocurrieren....." De manera que una vez denunciadas como realengas determinadas tierras, a efecto de que se le adjudicaran al denunciante, los subdelegados estaban encargados de mensurarlas y avaluarlas por medio de peritos, previa citación de los colindantes; de verificar luégo el remate en pública subasta, obtener del rematante el pago del valor respectivo, aprobar la venta así hecha, y expedir el título correspondiente, el que sería sometido posteriormente a la confirmación del Virrey o Presidente de la Audiencia y, finalmente, de dar posesión de las tierras al rematante.

La Cédula de San Ildefonso fue expedida el 2 de agosto de 1780 y entre otras cosas dispuso:

"Por lo respectivo a las tierras baldías que en el día pertenecen a mi Real Patrimonio, y de consiguiente puede éste enajenarlas, he resuelto conformándome con lo expuesto por el Fiscal de esa Audiencia, de cuyo dictamen fue vuestro antecesor y sois vos que se concedan graciosamente a los sujetos que las quisieren desmontar bajo de las calidades que propuso el mismo Fiscal, y entre ellas la de que en el preciso término que se asignare las hayan de desmontar, sembrar y cultivar y mantenerlas siempre cultivadas con pastos o con siembras, según su naturaleza, excepto el tiempo necesario para su descanso, pena de que si no lo ejecutaren pierdan el derecho a ellas y se adjudiquen a otros, prefiriéndose al que lo denunciare y con la calidad tam-

bién de que a ningún sujeto se conceda más porción de tierras de las que buenamente pudiere labrar atendido su caudal y posibles.

Suprimió, pues, la Cédula en mención la venta de tierras realengas, disponiendo en cambio que se concedieran "graciosamente" las que como baldías pertenecían al Real Patrimonio en la fecha de su expedición, para lo cual estableció la obligación de cultivarlas y demás requisitos contenidos en el párrafo transcrito. Esa concesión era otorgada por la Real Audiencia.

No se sabe con certeza en qué fecha hizo el apoderado de Pieschacón la petición de las tierras de "Luis Chiquita". Mas si se tiene en cuenta que el peticionario ofreció por ellas una cantidad moderada, es indudable que pretendía comprarlas y que, por lo mismo, apoyaba su solicitud en las disposiciones de la Cédula de San Lorenzo, consecuencialmente aplicadas a tal pedimento, como se ve de las diligencias llevadas a cabo. De otro lado, es de igual manera evidente que ya para finalizar esas diligencias se dió aplicación a la Cédula de San Ildefonso, puesto que el Juez General Privativo de Tierras dispuso, el 20 de agosto de 1794, entregar el expediente al interesado "para que use de su derecho en el Tribunal desta Real Audiencia conforme al espíritu de la Real Cédula de dos de agosto de 1780"; y porque la merced se hizo por el Virrey, Presidente, Regente y Oidores de la Audiencia el 1º de septiembre de 1795 "con la calidad de que las ha de poblar y cultivar dentro del preciso término de tres años", obligación ésta que fue una de las impuestas en dicha Cédula a quienes recibían "graciosamente" tierras realengas.

Ahora bien: como las tierras de "Luis Chiquita" tenían calidad de realengas en la fecha en que así lo declararon Santiago Zapata, Francisco Valle y Juan Patricio López, o sea el 17 de diciembre de 1793, vale decir en vigencia la Cédula de San Ildefonso, no podían darse en venta. Por tanto al concederlas "graciosamente" se procedió de acuerdo con la legislación vigente y se hicieron, por lo mismo, inútiles el avalúo y el remate, e innecesaria la cancelación del valor de éste. Además, como la merced fue hecha por la Real Audiencia que era, a la vez, la autoridad facultada por el Monarca para confirmar los títulos, lógicamente se hizo innecesaria también la confirmación de aquella.

Cierto es que si las tierras no eran explotadas económicamente dentro del término fijado, el concesionario perdía el derecho a ellas y se adjudicaban a otros. Mas es obvio que la reversión no podía ocurrir sino después de haberse denunciado y demostrado el incumplimiento, y mediante providencia o fallo de la autoridad respectiva. Y no hay constancia alguna de que esto aconteciera.

En conclusión, estima la Corte que la merced de las tierras denominadas "Luis Chiquita" y después "Palmas de Avila", hecha a don Vicente Pieschacón por la Real Audiencia, constituye un título válido, en virtud del cual aquéllas salieron legalmente del patrimonio de la Corona Española antes del 28 de octubre de 1873 y, en consecuencia, debe declararse que es de propiedad particular el petróleo que en ellas se encuentre, de conformidad con el artículo 5º del Código de Petróleos.

"GOBERNADOR", "LA MATA" Y "BELLA CRUZ"

Al adentrarse ahora la Sala en el estudio de los títulos que en concepto de los demandantes señores Elio B. Navarro V., Domingo A. Jácome y otros, desmembraron del dominio de España y, por ende, de la nación colombiana los terrenos "Gobernador", "La Mata" y "Bella Cruz", conviene, para mayor claridad del asunto, dejar establecido lo siguiente:

1º)—Que aunque todas las escrituras públicas acompañadas a la respectiva demanda demuestran que el dominio de las tierras de cuyo subsuelo son actualmente propietarios los susodichos actores proviene, en fin de fines, de don Vicente Pieschacón, quien en 1801 y en 1800 enajenó a Gerónimo Gómez Farelo y Tomasa de Farelo y a Antonio Delgadillo parte de "Gobernador", y "Bajiales" (La Mata y Bella Cruz), ello no quiere decir que los demandantes puedan demostrar que dichos globos salieron del dominio nacional con la merced que la Real Audiencia hizo en 1795 al susodicho Pieschacón y que antes estudió la Sala, como parecen insinuarlo al haber traído como prueba en el proceso de que ahora nos ocupamos la copia auténtica de las diligencias relativas a esa adjudicación, y haberlo entendido el señor Procurador, como se deduce de la parte final de su alegato, como quiera que esa merced se refiere a "Palmas de Avila", globo identificado por los expertos en la inspección ocular tantas veces citada, como totalmente distinto de los anteriormente nombrados, lo que, además, es evidente;

2º)—Que no habiendo en el proceso un título emanado de la Corona Española distinto al de

"Palmas de Avila" y que, como se ha visto, es ineficaz para el caso ahora contemplado, el camino que queda para saber si "Gobernador", "La Mata" y "Bella Cruz" salieron del dominio del Estado, es averiguar si de conformidad con la parte final del aparte a) del artículo 38 del Código de Petróleos, las citas que se hacen en los documentos por los cuales don Vicente Pieschacón enajenó dichas tierras a Gerónimo Gómez Farelo y señora, y a Antonio Delgadillo, como antes se dijo, referentes al modo como aquél hubo tales inmuebles, son suficientes para acreditar la existencia del título por el cual salieron los mismos del patrimonio nacional. Y dicho lo anterior se entra en la materia.

De la tercera copia auténtica de la escritura pública sin número, de fecha 19 de abril de 1856, debidamente registrada, otorgada ante el Notario de Ocaña, por la cual la señora Concepción Ilera de Farelo vendió "Gobernador" a "Santo Domingo y Hermanos", (folios 60 a 62 del cuaderno número 1 del respectivo proceso), se desprende que al efectuarse esa venta se protocolizó una copia auténtica de la escritura pública de 1º de noviembre de 1801, otorgada ante el Alcalde Ordinario Regidor Decano de Tamalameque, señor Andrés José Nieto Covillas, por la que don Vicente Pieschacón y su señora Teresa Cardona donan a don Gerónimo Gómez Farelo y a la señora Tomasa de Farelo parte de las tierras conocidas con el nombre de "Bajiales" y "Gobernador", escritura ésta que, según la copia aludida, es del tenor siguiente:

"D. Andrés José Nieto Covillas, decano, Alcalde Ordinario, Administrador del Real Haber de esta ciudad y su jurisdicción, por el Rey nuestro señor, Certifico en toda forma de derecho como en este día en el Registro de escrituras públicas de este presente año que es a mi cargo ha otorgado una el señor Regidor Alferez Real Don Vicente Pieschacón y su señora esposa doña Teresa Cardona, cuyo tenor es el siguiente. Notorio sea a todos los que la presente escritura de donación graciosa intervivos vieren, como nosotros Don Vicente Pieschacón y Doña Teresa Cardona marido y mujer, vecinos de esta ciudad, decimos: Que en diez y siete (17) de febrero del año pasado próximo de mil ochocientos (1800), de nuestra expontánea voluntad cedimos y donamos a nuestros compadres los señores Don Gerónimo Gómez Farelo ,Regidor Fiel ejecutor de esta ciudad y Doña Tomasa su mujer, parte de las tierras que (ilegible) desde el monte del medio hasta el monte del Cuaré. camino de Ocaña, conocidas con el nombre de "Bajiales" y "Gobernador" sitas en la parroquia de Simaña, las cuales entre otras hubimos por compra que yo el Don Vicente hice en unión de otros socios al Rey nuestro señor de las haciendas y tierras que en esta jurisdicción pertenecían a los espetriados espulsos de la Compañía de Jesús, como es de ver del título de propiedad que exhibo al Alcalde ordinario, que autorizó esta escritura y pide se me devuelva y las tierras de que hicimos y hacemos donación a dichos señores son a saber: "Desde el paraje nombrado "La Angostura" que está en el camino real, atravesando la sabancta primera y sabanas del Gobernador, donde hay algunas casitas, hasto la boca del monte dicho del Cuaré en el citado camino real y un cuarto de legua de monte en dicha boca del monte, pues en el primer lindero que es la Angostura, ésta está en sabana, y provisionalmente por no haber juez en el sitio de Simaña, cartulario les otorgamos donación simple con testigos en dicha fecha y ahora la renovamos..... todo lo cual así lo declaramos, otorgamos y firmamos por ante el presente señor Alcalde Ordinario Regidor Decano Don Andrés José Nieto Covillas, administrador del real haber de esta ciudad de Tamalameque y su jurisdiecián en primero de noviembre de mil ochocientos y un años con testigos presentes, por falta de escribano. Y yo dicho alcalde ordinario certifico conocer a los señores otorgantes, quienes así lo dijeron, otorgaron y firmaron a quienes devolví el documento de propiedad citado y lo firmamos.—Andrés José Nieto Covillas.—Vicente Pies Chacón.—Ana Teresa Cardona, Testigo, José Ignacio Rincón.—Testigo, Ignacio Sanmay.—Es fiel copia de su original con la cortijo y concerté yo dicho Alcalde Ordinario ante quien precede este otorgamiento firmándolo con testigos que actúo por defecto de escribano.—Andrés Nieto Cobillas.—Testigo, Felipe Benicio Avila.—Testigo, Valerio Sanmay".

Por escritura pública número 104 de 12 de marzo de 1919, Notaría de Ocaña, cuya copia auténtica debidamente registrada obra de folios 65 a 67 vuelto del cuaderno últimamente citado, se protocolizó copia auténtica expedida por Manuel María Trigor, Alcalde Segundo Municipal del Cuarto Cantón, en Ocaña, el 5 de septiembre de 1833, de la escritura pública corrida el 23 de marzo de 1829, ante el Alcalde Segundo de Ocaña, señor José Dionisio Núñez, por la cual Florencio Delgadillo vendió a Manuel Herrera las tierras de "Mata Redonda" y "Bajiales" ("La Ma-

ta" y "Bella Cruz"), instrumento éste en que se insertó la venta que por documento privado hizo don Vicente Pieschacón al señor Antonio Delgadillo, padre de Florencio, de "varias fanegas" de dichas tierras, y que es del tenor siguiente:

"Digo yo, Don Vicente Pieschacón, Regidor Alferez Real del muy ilustre cabildo de la ciudad de Tamalameque que en este día he vendido a Don Antonio Delgadillo vecino de la ciudad de Ocaña varias fanegas de tierras de monte y sabana mías propias de mayor número de las que compré al Rey nuestro señor en almoneda pública pertenecientes a las temporalidades de los expulsos Jesuítas de la Villa de Mompox, y los linderos de las tierras que he vendido son a saber, el primer lindero es desde el paraje de La Angostura que finalizan las tierras que doné a mi compadre el señor Gerónimo Gómez Parelo Regidor fiel ejecutor del citado Cabildo, sabana abajo hasta llegar a la boca del monte que llaman del Medio, toda dicha sabana y un cuarto de legua de los montes que lo circulan por los tres lados, pues por el lado de arriba sólo divide de dicha sabana la dicha angostura las tierras de montes que le he vendido son a saber: Desde el Suan o peso de Santander que está junto a las tierras que fueron Estancia de Antonio León Carranza aguas arriba de la quebrada de Simaña hasta la boca de Singararé o madre vieja, y por su ancho desde dicha quebrada de Simaña hasta la quebrada que llaman Alonso que está en el monte que sale a la sabana de San Bernardo y estas son las tierras conocidas con el nombre de San Agustín las otras tierras principian en la orilla del paso del camino real de Simaña de la quebrada que llaman del Cuaré aguas arriba de la quebrada de Simaña hasta encontrar con la dicha quebrada del Cuaré y su travesía desde la orilla de dicha quebrada de Simaña hasta la sabana arriba dicha, todas las cuales tierras son las que he vendido al citado Delgadillo..... Y para que conste firmo el presente en este papel común por falta de sellado, siendo testigos Miguel Duque, comisionado de Justicia Manuel Salvador de Salas y Francisco Jaimes vecinos de este sitio de Simaña en él a catorce de julio de mil ochocientos. Vicente Pieschacón. Testigo, Miguel Duque—Testigo, Manuel Salvador de Salas y Latorre—Testigo, Francisco Jaime.—Nota: Lo testado en la cara seguida línea seis que dice Cuaré debe decir Singararé fecha ut supra.—Vicente Pieschacón".

De los documentos transcritos, uno de los cuales no es de origen oficial, se desprende que don Vicente Pieschacón, al enajenar las tierras de "Gobernador", "La Mata" y "Bajiales" a Gerónimo Gómez Farelo y a Antonio Delgadillo, al hablar de la manera como había adquirido los inmuebles, manifestó en uno y otro documento, respectivamente: ".....Las cuales (las tierras) entre otras hubimos por compra que yo el Don Vicente hice en unión de otros socios al Rey nuestro señor de las haciendas y tierras que en esta jurisdicción pertenecían a los espatriados espulsos de la Compañía de Jesús, como es de ver del título de propiedad que exhibo al Alcalde ordinario, que autorizó esta escritura y pido se me devuelva....." "....varias fanegas de tierra de monte y sabana mías propias de mayor número de las que compré al Rey nuestro señor en almoneda pública pertenecientes a las temporalidades de los expulsos Jesuítas de la Villa de Mompox....." O lo que es lo mismo: que los títulos de adquisición de las tierras de donde desprendían las enajenadas eran compras hechas a la Junta de Temporalidades, mediando el requisito de la pública subasta, pues es cosa sabida que los bienes confiscados por el Gobierno Español a la Compañía de Jesús cuando ésta fue expulsada de sus dominios por Carlos III, aquél los vendía a los particulares por escritura pública que se corría después del remate aludido.

Según el texto de la escritura pública por la cual don Vicente Pieschacón donó a Gómez Farelo "Gobernador" y "Bajiales" (La Mata y Bella Cruz), él exhibió al Alcalde ordinario por ante quien otorgó el instrumento, el título de adquisición de dichas tierras, funcionario que da fé de ello pues al final del mismo dice: "....a quienes devolví el documento de propiedad citado...." Empero, se pregunta la Sala, bastará la cita de dicho documento en el de origen oficial para acreditar su existencia al tenor de la parte final del inciso a) del artículo 36 del C. de P.?

Aunque la escritura corrida ante el Alcalde Ordinario de Tamalameque, señor Andrés José Nieto Covillas, en 1801, no dice qué clase de documento exhibió ante él don Vicente Pieschacón para acreditar que los inmuebles que donaba eran parte de los adquiridos "en unión de otros socios" del "Rey nuestro señor", hay que presumir que debió ser el instrumento público por el cual el Presidente de la Junta de Temporalidades o quien la representara, se los traspasó a él y a otros, porque como se dijo en otro lugar y lo expresó la Corte en sentencia de 21 de mayo de 1953, contenida en las páginas 581

a 599 de la Gaceta Judicial número 2.154, con ese instrumento terminaba el proceso de compra de inmuebles confiscados por el gobierno español a los Jesuítas, y era el único eficaz para demostrar dominio sobre los mismos; y porque no cabe suponer que el susodicho Alcalde, persona de alguna ilustración como lo comprueban sus funciones de escribano, admitiera otro distinto para tal fin.

Pero se pregunta nuevamente la Sala, la prueba indirecta de "la existencia del título" emanado del Estado de que trata la parte final del inciso a) del artículo 36 del C. de P. se limita simplemente a demostrar que él existió?

Estima la Sala, acorde con su jurisprudencia al respecto, que el documento oficial del cual permite la ley inferir la existencia del título por el cual determinado predio salió del dominio del Estado con anterioridad a 1873, debe también arrojar datos suficientes que permitan establecer su validez y la determinación de las tierras que fueron objeto del mismo, si por otros medios no es posible identificar las últimas, porque si así no fuera, ¿cómo podría la justicia estimar su valor y su pertinencia en un determinado litigio como el que nos ocupa?

Dicho lo anterior, veamos ahora si la referencia que hace la tan nombrada escritura pública de 1801, al título por el cual pasaron del patrimonio del reino de España y, por ende, de la nación colombiana, a don Vicente Pieschacón "Gobernador" y "Bajiales", cuya existencia se tiene por demostrada, según lo visto, permite sacar conclusiones acerca de su validez y determinar que esos predios fueron materia del mismo.

Ha presumido la Sala, con base en los indicios vehementes que se desprenden de haberse hecho constar en la escritura pública de 1º de noviembre de 1801, la exhibición que don Vicente Pieschacón hizo del título de adquisición proveniente de la Corona de los globos de "Gobernador" y "Bajiales"; del hecho de que el funcionario ante quien se hizo la exhibición no hizo observación ninguna en contra de dicho título, y de la legislación vigente en la época sobre compra de bienes de Temporalidades, que ese documento tuvo que ser la escritura por la cual la Junta de Temporalidades o quien la representara, traspasó esos bienes a don Vicente y sus socios. Y como esa escritura no se otorgaba sino después de agotado todo el trámite correspondiente al proceso de adquisición de esa clase de bienes, se concluye también que existe fuerte presunción de que el título por el cual el señor Pieschacón hubo "Gobernador" y "Bajiales" (La Mata y Bella Cruz), era conforme a derecho, y, por consiguiente, bastante para sacar esos inmuebles del patrimonio del Estado.

Pretender que para juzgar acerca de la validez de un título antiguo emanado del Estado relativo a la enajenación de inmuebles, cuya existencia se demuestra por citas que de él se hacen en documentos de origen oficial, es menester que esa citación contenga no sólo todo el título con que finaliza el proceso de la adquisición de una merced o composición de realengos, temporalidades o baldíos, sino también el proceso mismo, es algo más que exigir en los autos copia auténtica del título mismo, lo cual no sólo es contrario al espíritu de la parte final del inciso a) del artículo 36 del Código de Petróleos que, tomando en cuenta las posibilidades humanas, quiso facilitar la prueba de la existencia de los documentos de remota fecha, sino que implicaría la inutilidad de esa parte de la disposición, como quiera que todo quedaría reducido a la primera parte del inciso, vale decir, a la necesidad de presentar siempre el título emanado del Estado, original o en copia auténtica. Por tanto, no es contrario a la norma tantas veces aludida sino acorde con ella, inferir como infiere la Sala la existencia y validez del título que ahora es motivo de su atención.

Para finalizar el estudio que se viene haciendo acerca de la eficacia del título de don Vicente Pieschacón referente a "Gobernador" y "Bajiales", procede también examinar si no ha sido inútil todo lo expresado, por cuanto no teniéndose los pormenores del mismo, es imposible saber sobre qué predios recayó y, en consecuencia, si es inaplicable al caso de autos.

Sin duda alguna que, por regla general, para determinar si un inmueble salió del patrimonio del Estado con anterioridad a 1873, por causa distinta a la de la justa prescripción, es indispensable que en el instrumento proveniente del gobierno de la época se determine en alguna forma, pues si así no ocurre, es imposible ubicarlo en algún sitio del Planeta, y establecer que ha sido motivo del mismo y consiguientemente de una propuesta de exploración y explotación petrolífera que da lugar a la acción de dominio del subsuelo. Y decimos por regla general, porque en ocasiones, como luégo se verá, se puede llegar a esas conclusiones sin el conocimiento completo del título en cuestión, siempre y cuando que el fundo o parte de él se encuentre deter-

minado en algún otro íntimamente relacionado con aquél.

En el asunto que nos ocupa consta en el proceso que durante la inspección ocular que con asistencia de peritos se practicó en el municipio de La Gloria, Sección de Simaña, para ubicar las tierras de "Gobernador" y "Bajiales" determinadas en el hecho segundo de la respectiva demanda, los expertos, después de recorrer el terreno en compañía del Magistrado del Tribunal de Santa Marta que evacuó la prueba, reconociendo los puntos de alinderamiento señalados en algunas de las escrituras que obran en el proceso, (especialmente la de 1º de noviembre de 1801, contentiva de la donación de Pieschacón a Gómez Farelo insertada en la de 19 de abril de 1856; la 69 de 17 de febrero de 1919, por la cual se protocolizó el documento privado de 10 de agosto de 1822, por el que Antonio Rueda vendió a Salvador Carvajalino parte de las mismas tierras; y la 104 de 12 de marzo de 1919, Notaría de Ocaña, por la que se protocolizó copia de la escritura de 23 de marzo de 1829, de Ocaña, por la cual Florencio Delgadillo vendió "La Mata" y "Bajiales" a Manuel Herrera, y en la que se insertó el documento privado de venta del mismo inmueble, de don Vicente Pieschacón a Antonio Delgadillo), sentaron las siguientes conclusiones:

"Según lo anteriormente expuesto y para seguir adelante en este informe, dejamos aclarado lo siguiente:

"1º. Que el lote de "Gobernador", en nuestro concepto, puede dejarse definido según la interpretación dada a la alinderación que se le señala en el hecho segundo (2º) de la demanda, como el globo de terreno que comprende las sabanas de "Gobernador" que se extienden al Oriente del caño "Coloradito", paraje de Angostura, y línea que de éste va aproximadamente hacia el Sur hasta adentrarse en el Monte del "Medio" en una distancia de un cuarto (¼) de legua (o sea 1.343 metros) a partir de la Sabana, y delimitado dicho globo de terreno por el Norte, por una línea curva que sigue las sinuosidades de la quebrada del Cuaré a un cuarto (¼) de legua de distancia hacia el Monte de dicha quebrada; y por el Sur, por otra línea curva que a distancia también de un cuarto (¼) de legua adentro del Monte del "Medio", contado a dicho cuarto (¼) de legua desde el borde con las sabanas de "Gobernador", sigue paralelamente el borde de este monte, hasta encontrarse con la línea descrita anteriormente en el sitio denominado en los títulos: "Boca del Monte del Cuaré en el Camino Real adentrándose en el monte un cuarto (¼) de legua (1.343 metros), o sea aproximadamente en la confluencia de las quebradas de Los Manos y la del Cuaré, al Oriente de la población de Ayacucho. (Véase plano adjunto, lote marcado con color rosado).

"Según el plano adjunto nos parece que el lindero Sur del lote "Gobernador" puede coincidir aproximadamente con el lindero Norte de los terrenos de "Palmas de Avila" sobre los cuales versa también la demanda en juicio acumulado y cuyo informe pericial hemos rendido por separado. Desde luego esta posible coincidencia, podrá verificarse cuando se hagan los levantamientos de precisión de estos lotes.

"2º. Que los terrenos denominados en los títulos que obran en el juicio con los nombres de "La Mata" y "Bella Cruz", hoy en día denominados únicamente con el nombre de "Bella Cruz" (o "Bajiales"), comprenden tres (3) lotes que, en nuestro concepto y según el estudio de linderos efectuado por medio de las escrituras citadas anteriormente, son los que se señalan en el plano que adjuntamos con los números uno (1) dos (2) y tres (3) y que a grandes rasgos describimos en seguida:

"Lote uno (1). Está delimitado así:

"Por el Norte: Por la quebrada del Cuaré, desde el Pozo de Santander, en la confluencia de ésta quebrada con la quebrada de Simaña, hasta la desembocadura del Caño Coloradito en la quebrada del Cuaré; por el Oriente: por el caño Coloradito, y la línea que desde el paraje de Angostura va en dirección Sur hasta adentrarse en el Monte del "Medio" en una longitud de un cuarto (¼) de legua o sean 1.343 metros; por el Sur: por la línea que trazada paralelamente y a ¼ de legua o 1.343 metros del borde del Monte del Medio que toca las sabanas de "Gobernador", va desde su encuentro con el lindero anterior, hasta frente al sitio denominado en los títulos "Boca del Monte del Medio" y a una distancia hacia el sur también de ¼ de legua (1.343 metros); por el occidente: por la línea que desde este último punto (Boca del Monte del Medio) va al punto llamado Pozo de Santander, donde arranca el lindero Norte ya descrito.

"Lote dos (2). Este es el que está encerrado por las quebradas del Cuaré y Simaña desde su confluencia en el sitio llamado "Pozo de Santander" o "Suan", y la línea que partiendo de la desembocadura de la quebrada Singararé en la Simaña va a encontrar la desembocadura del

Caño Coloradito en la quebrada del Cuaré, pasando aproximadamente por el sitio llamado Casablanca donde hay unas casas o campamentos de propiedad de don Alberto Marulanda Grillo, dueño de "Bella Cruz"

"Lote tres (3). Este lote es el que se extiende al Norte de la quebrada de Simaña la cual lo delimita por el Sur desde el punto llamado en la escritura "Suan" o "Pozo de Santander", hasta el encuentro de las quebradas Simaña y Singararé, puntos estos ya nombrados anteriormente; y por el Norte, por dos líneas: una que va desde el Suan hasta el nacimiento del Caño de Alonso y otra que va desde este nacimiento hasta el punto donde se encuentran las quebradas Simaña y Singararé, formando estos dos líneas con la quebrada Simaña una figura triangular. Este lote, según las escrituras, son las que se conocían con el nombre de "San Agustín" y que eran montañosas; montañas estas que salían a la Sabana de San Bernardo.

"Al describir este último lote queremos anotar aquí un hecho muy importante, y es que el Municipio de La Gloria limita por el Norte con el de Tamalameque, en esa parte, siguiendo el caño de Alonso hasta su nacimiento y de éste hasta el encuentro de las quebradas Simaña y Singararé.

"Esto según las informaciones de los vecinos o moradores de aquellas tierras.

"Así las cosas y juntando estos tres (3) lotes se tiene lo que en nuestro concepto son los terrenos de "Bella Cruz" o "Bajiales" y que se señalaron en el hecho segundo de la demanda y cuya alinderación general corresponde en un todo a lo que en dicho hecho segundo (2º) se describe. En el plano adjunto estos terrenos se distinguen con una faja de color verde.

.....

"Este concepto nuestro se desprende de lo que rezan las distintas escrituras que obran en el juicio y cuyas copias las hemos consultado en el respectivo expediente.

"Además al consultar el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Río de Oro (Departamento del Magdalena) y que está en el expediente, se encuentra que dentro de las escrituras y documentos registrados hay varias de ellas que describen linderos de terrenos que corresponden en un todo a los linderos señalados en el hecho segundo (2º) de la demanda, los cuales fueron identificados en la inspección ocular, conforme quedó dicho en otra parte de este informe. De suerte pues que según ello no hay duda de que sí en realidad los terrenos de "Gobernador" y "Bella Cruz" o "Bajiales" se sobreponen a los adquiridos por don Vicente Pieschacón.

"Por creerlo de importancia y para corroborar lo dicho nos permitimos transcribir a continuación parte del punto vigésimo primero del citado certificado del Registrador de Río de Oro, anotando además, que para nuestro concepto sobre la pregunta que estamos respondiendo, hemos tenido muy presente todos los documentos citados en los puntos décimo cuarto a vigésimo segundo del mencionado certificado.

"Vigésimo primero.—Del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Río de Oro (Departamento del Magdalena): "Que por escritura pública sin número de fecha primero de noviembre de 1.801, otorgada en Tamalameque ante Andrés José Nieto Covillas, Regidor y Alcalde Ordinario admor del Real, el señor Vicente Pieschacón y su legítima esposa Ana Teresa Cardona, dijeron: "Que en diez y siete de febrero del año pasado próximo de mil ochocientos, de Nra. espontánea voluntad, cedimos y damos a Nros. compadres los Srés. Dn. Gerónimo Gómez Farelo —Regidor Fiscal Executor de esta ciudad y Da. Tomasa López, su mujer, parte de las tierras propias que teníamos desde el Monte del Medio hasta el Monte del Cuaré camino de Ocaña conocidos con el nombre de "Bajiales" y "Gobernador", sitos en la Parroquia de Simaña, las cuales entre otras hubimos por compra que yo el Dn. Vicente hice en unión de otros socios al Rey Nto. señor de las Haciendas y tierras que en esta jurisdicción pertenecían a los espatriados expulsos de la Compañía de Jesús, como es de ver del título de propiedad que exivo al Sr. Alcl. Ord. que autoriza esta escritura y pido se me devuelva y las tierras de que hicimos y hacemos donación a dchos. sres. son a saber: "Desde el paraje nombrado la Angostura que está en el camino real atravesando la sabaneta primera, y Sabana de Gobernador donde hay algunas casitas hasta la boca del Monte dch. del Cuaré en el citado Camino Real y un cuarto de legua de monte adentro en cada uno de sus dos costados y otro cuarto de legua de monte en dha. voca del Monte, pues el primer lindero qe. es la Angostura está en la Sabana". Y provisionalmente pr. no haber juez en el Sitio de Simaña Cartulario les otorgaros Donación simple con testigos...."

"De esto se deduce pues, que don Vicente Pieschacón sí adquirió en compra al Rey todas

las tierras comprendidas desde el Monte del Medio hasta el Monte del Cuaré camino de Ocaña, y que es lo que corresponde a los terrenos de Gobernador y Bella Cruz o "Bajiales". También se deduce que de las tales tierras compradas al Rey, don Vicente Pieschacón y su esposa Ana Teresa Cardona cedieron a don Gerónimo Gómez Farelo y a su mujer, una parte, la cual según los linderos que se dan en la escritura de donación o sea la sin número de fecha primero de noviembre de 1.801, no es otra cosa que el lote de "Gobernador" reconocido tal y cual durante la inspección ocular".

Los peritos, pues, ubicaron las tierras de "Gobernador", "La Mata" y "Bajiales" ("Bella Cruz"), dentro de los linderos señalados en la demanda de los condueños de su subsuelo, y concluyeron también que esos globos eran los mismos que habían pertenecido antaño a don Vicente Pieschacón y que éste había adquirido de las autoridades coloniales.

Pero se preguntará: ¿Cómo llegaron los peritos al convencimiento de lo último, siendo así que ellos ubicaron los terrenos, no con vista del título de procedencia estatal que, según se ha visto, no obra en autos, sino con los de las enajenaciones inmediatas siguientes a los mismos?

Posiblemente los expertos cimentaron su convencimiento en la misma razón en que se funda la Sala: Si don Vicente Pieschacón al enajenar por la escritura de 1801 parte de las tierras de "Bajiales" y "Gobernador" a Gómez Farelo y señora (y nada decimos de la venta a Delgadillo porque esa fue por documento privado), afirmó ante el Alcalde Covillas que hizo de notario, que esas tierras eran parte de las que con otros socios había adquirido del "Rey nuestro señor", según título que mostró, hecho corroborado por el funcionario que medió en el acto, fue porque dichas tierras estaban contenidas en el globo de mayor extensión a que se refería el documento de adquisición proveniente de las autoridades españolas, pues no cabe suponer que una persona como él, Regidor Alférez Real, conocido por el susodicho Alcalde, todo lo cual atestigua el instrumento de 1801, terrateniente versado en achaques de adquisiciones de inmuebles de la Corona, como se desprende de la merced de "Palmas de Avila" de que se habló en otro lugar, presentara a un Alcalde conocedor de la región, un título que nada tuviera que ver con los bienes que donaba a sus compadres Gómez Farelo, Regidor Fiel Ejecutor, y su mujer doña Tomasa, enturbiando de esa manera su acto de generosidad que confirmaba después de un año de haberlo realizado de hecho.

Queda, pues, demostrado que en casos como el presente, vale decir, cuando se tienen escrituras públicas otorgadas entre particulares, contentivas de enajenaciones totales o parciales de tierras, inmediatas al título por el cual éstas salieron del dominio del Estado, si es posible determinarlas en todo o en parte, sin tener a la vista el documento de origen estatal que las deslinde; y que si de la referencia incompleta que del último se haga en otro de origen oficial, y de las circunstancias dentro de las cuales éste se otorgó se desprenden fuertes presunciones acerca de su existencia y validez, ambas deben tenerse por probadas.

Para terminar conviene hacer constar que el señor Procurador al referirse en su alegato de conclusión a la demanda atinente a "Gobernador", "La Mata" y "Bella Cruz", creyendo, como se expresó en otro lugar, que el título por el cual salieron esas tierras del dominio de la Corona era el mismo referente a las de "Palmas de Avila", se opuso a las peticiones de los demandantes remitiéndose a las críticas que en otra parte de su interesante escrito hizo a la merced de las últimas, críticas que la Sala no comparte por lo que se dijo al examinarlas. Y que el mismo distinguido funcionario al aludir a los dictámenes periciales que obran en autos y varias veces citados, a la tradición de los bienes materia de los juicios acumulados que se resuelven, y a la escritura pública de 1801 por la cual don Vicente Pieschacón y su señora donaron parte de "Gobernador" y "Bajiales" (La Mata y Bella Cruz), manifestó: "Por lo que atañe a las inspecciones oculares practicadas en autos, así como también a la cadena de títulos subsiguientes a los que hemos visto, nada tiene que objetarse y, por consiguiente, tampoco es materia de este concepto..... El título en sí mismo es perfectamente legal, por cuanto se hicieron todas las diligencias que, para efectos de una donación se requerían por aquella época....." conceptos que se transcriben para abundar en lo tocante a estos puntos, aunque de ser nula la donación aludida, en nada afectaría las conclusiones de la sentencia, pues no fue ese el título, ni podía serlo, por el que salieron los globos últimamente nombrados del patrimonio del Estado.

Por todo lo anteriormente expuesto y que se resume diciendo que viene demostrado en autos:

a) Que los condueños demandantes de los globos de "Palmas de Avila" y del subsuelo de "Go-

bernador" y "Bella Cruz" demostraron sus derechos de dominio en tales comunidades;

b) Que dichos inmuebles quedaron comprendidos dentro de la zona que fue materia de la propuesta número 601 hecha al Ministerio de Minas y Petróleos para explorar los petróleos que pudieran encontrarse dentro de ella, y que se admitió por la Resolución número 367 de 10 de septiembre de 1952, según publicación efectuada en el Diario Oficial número 28.062 de 28 de noviembre de 1952, excepción de una parte del llamado "Gobernador";

c) Que se ha probado igualmente que los referidos bienes salieron del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

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:

PRIMERO.—Salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, los siguientes predios:

a) El denominado "Palmas de Avila", situado en la sección de Simaña, jurisdicción del municipio de "La Gloria", Departamento del Magdalena, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Desde una mata que está al Oriente de "Palmas de Avila", nombrada "Mata Redonda", a coger por las mismas palmas al caño de "Avila"; de éste aguas abajo, hasta dar con la desembocadura de un cañito en la quebrada de Simaña, que llaman "Barranca"; de éste tomando por la parte izquierda de dicha quebrada, aguas abajo hasta su desembocadura que da al río Magdalena; de dicha boca, aguas arriba, hasta una boca de caño desde donde se vuelve a tomar para el Oriente a salir a las sabanas de "Las Conchas", "Ceja de Gallinazo", "Ambuila", "Rincón de San Matías", "Rincón Grande" y "Rinconcito", con todas las sabanas de las partes nombradas, hasta salir arriba del camino de "Quebrada Seca", por donde se toma la sabana a volver a salir al primer paraje que se ha nombrado "Mata Redonda".

b) El denominado "Gobernador", situado también en jurisdicción del municipio de La Gloria, Departamento del Magdalena, determinado por los siguientes linderos: "Desde el paraje llamado La Angostura que está en el camino real atravesando la sabaneta primera, y sabana de Gobernador donde hubieron unas casitas hasta la boca del Cuaré, en el citado camino real, comprendiendo un cuarto de legua de monte desde dicha boca del Monte, pues el primer lindero que es La Angostura está en la sabana".

c) El denominado "La Mata" y "Bella Cruz", situado igualmente en el distrito de La Gloria, Departamento del Magdalena, comprendido por los siguientes linderos: "Desde el paraje nombrado Las Angosturas, sabana abajo hasta llegar a la boca del Monte que se llama Monte del Medio inclusive toda la sabana, comprendiendo un cuarto de legua por cada uno de los tres lados que la circulan, y por la parte de arriba, la divide la sabana dicha de La Angostura; de allí sigue al Suan o paso de La Santander que está junto a las tierras de la estancia que era de Antonio León Carranza, aguas arriba de la quebrada de Simaña hasta la Singararé o Madre Vieja y por su latitud desde la quebrada de Simaña hasta la otra que llaman de San Alonso que está en la entrada del monte que sale de la quebrada de San Bernardo conocida con el nombre de San Agustín y por la parte de abajo desde la orilla del pozo del camino real de Simaña a la quebrada que nombran El Cuaré hasta encontrar en dicha quebrada y en travesía desde su orilla, hasta la sabana de Angostura por la parte de arriba desde el caño de Coloradito por su derechura a la quebrada del Cuaré, aguas abajo hasta estar frente a un cerrito, por sus cabeceras tomando la derechura a dar con dicho caño de Coloradito donde se junta con un caño viejo siguiendo hasta el primer lindero".

SEGUNDO.—En consecuencia, pertenecen a los condueños que integran la comunidad del globo de "Palmas de Avila" anteriormente determinado, a prorrata de sus respectivos derechos de dominio, condueños entre los cuales se cuentan los señores Carmen Sorzano de Quin, María Armesto de Romano, Guillermo F. Quin Sorzano, María Eugenia y Carmen Navarro Jácome, Ofelia Jáme Roca de Navarro, María Emma Jácome de Maichel, Sara María Castellano viuda de Jácome, Luis José, Alonso, Hernán, Emma Luisa y Margot Carvajalino Jácome, Rafael, Luis Augusto y Hernando Luis Jácome Ferrero, William M. Dinney, Pedro A. Trigos, Alejandro, Miguel A., Luis Eduardo, Pedro Heli, Manuel A. y Carmen Elc-

na Rincón Rodríguez, Juana Rincón de Quintero, María Rincón de Solano, Edyté Rincón de Reyes, Magdalena Rincón de Reyes y Atalia Rincón de Fernández; y en la misma proporción a los condueños que integran la comunidad del subsuelo de los terrenos "Gobernador", "La Mata" y "Bella Cruz" igualmente determinados antes, entre otros, los señores Elio B. Navarro V., Domingo A. Jácome, Julio Luis Jácome Roca, Ofelia Jácome de Navarro, Sindicato de Productos Cima S. A., Sixto A. Carvajalino, María Emma Jácome de Maichel y Sara María Castellanos de Jácome, el petróleo y demás hidrocarburos y sustancias similares que se encuentren en el subsuelo de los predios mencionados, y la Nación debe abstenerse de ejecutar la propuesta 601 publicada en el Diario Oficial número 28.062, de 28 de noviembre de 1952, en la parte en que ella comprende los inmuebles objeto del presente fallo.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Héctor Martínez Guerra—Samuel De Sola Gonsalle—Roberto Goenaga—Jorge Gamboa—Jorge García Merlano, Secretario.

NO ES POSIBLE HACER UNA DECLARACION JUDICIAL SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DEL PETROLEO, CUANDO SE IGNORA SI LA PROPIEDAD DEL DEMANDANTE ES LA MISMA O PARTE DE LA MISMA QUE EL ESTADO TRASPASO Y SI ELLA ESTA COMPRENDIDA O SUPERPUESTA POR EL TERRENO OBJETO DE UNA PROPUESTA DE CONTRATO DE CONCESION PETROLIFERA, O DE UNA CONCESION, QUE ES EL REQUISITO QUE EXIGE UNA ACCION DE ESTA NATURALEZA. — PRUEBA ADECUADA. — EL TITULO POR SI MISMO, NO ES UN MEDIO PROBATORIO QUE DETERMINE EL PREDIO, SINO APENAS EL PUNTO INICIAL O LA BASE DE ESTUDIO PARA LA DETERMINACION

La Corte ha venido expresando a través de largo tiempo la manera como puede llegarse a una determinación satisfactoria de terrenos que pasaron del patrimonio nacional al dominio particular con anterioridad a 1873, y en general cómo y por qué medios probatorios aptos se llega a esa determinación. Ha dicho que cuando se estudian titulaciones antiguas referentes a adjudicaciones hechas por el Estado, lo primero que ha de verificarse es si esa titulación corresponde a una realidad sobre el terreno, es decir, si hay concatenación o concordancia entre los datos del título y los puntos arcifinios actuales que permitan localizar tal adjudicación. En otros términos: el título antiguo ha de contener una descripción del terreno adjudicado en la que figuren por lo menos algunos linderos arcifinios que sirvan de base o referencia para que partiendo de ellos, en el propio terreno, y con el auxilio de medios técnicos, estudios, cálculos y deducciones razonables, se pueda llegar a la determinación de otros puntos o líneas limítrofes que permitan una localización aceptable del perímetro realmente adjudicado. Quiere esto decir, que el título por sí mismo, no es un medio probatorio que determine el predio, sino apenas el punto inicial o la base de estudio para la determinación, y que ésta sólo puede verificarse mediante la aplicación de conocimientos técnicos y científicos que demuestren la identidad entre el terreno y la descripción teórica de él en el título. Tal es la razón para que la ley haya previsto como medio idóneo y eficaz para acreditar hechos como el de que se trata, las pruebas de inspección ocular y dictamen de peritos, ya que el juzgador no está en capacidad de formar su convicción, para establecer la verdad jurídica, sino a través de esos elementos legales de juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Sanabria).

Por Resolución número 600, de 30 de julio de 1953, del Ministerio de Minas y Petróleos, se admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleo nacional, registrada bajo el número 628, de que es titular el señor Guillermo Ponce de León. Dicha propuesta versa sobre un globo de terreno de 40.715,8206 hectáreas, situado en jurisdicción de los Municipios de Gamarra y La Gloria, del Departamento del Magdalena, y San Martín de Loba del Departamento de Bolívar, cuyos linderos aparecen en dicha Resolución (Folios 26 vuelto a 27 vuelto, cuaderno número 1).

Dentro del término señalado por el inciso 2º del artículo 34 del Código de Petróleos, y en escrito presentado al Ministerio del Ramo, el señor Carlos Romano Armesto, mayor de edad y vecino de Bogotá, por conducto de apoderado especial formuló oposición a la propuesta de contrato de que trata la Resolución número 600 antes citada, "por cuanto dichos terrenos —dice la demanda— se superponen a la finca raíz de propiedad de mi mandante denominada "LOS OBISPOS", situada en la Isla de 'Contador', en jurisdicción del Municipio Olaya Herrera del Departamento de Bolívar, alinderada así: 'Desde la orilla del río Magdalena (antes llamado Brazo de Ocaña), donde se encuentra la cerca del potrero de Tomás Sampayo A., frente a la parte superior de la isla que queda frente a Puerto

Viejo, se sigue en línea recta hasta dar al brazuelo del Dique; aguas abajo, a dar al Caño del Guadual de aquí en línea recta a la orilla del río Magdalena; aguas arriba a dar al primer lindero".

En el escrito de demanda, y como consecuencia de la oposición, el actor pide que la Corte haga estas declaraciones:

"1ª.—Que no es de propiedad del Estado, sino de propiedad de mi mandante, el petróleo y demás hidrocarburos y sustancias similares que se contengan en el subsuelo del globo de terreno conocido con el nombre "LOS OBISPOS" (Isla de Contador o Pancoger, como se le denominaba antes), determinado al principio de este escrito, por haber salido dicho terreno de la propiedad del Estado y patrimonio nacional desde antes de octubre de 1873".

2ª.—Que en consecuencia, la exploración, explotación de los petróleos que se encuentren en el globo de terreno denominado "Los Obispos" (denominación actual) no puede contratarse ni con el doctor Guillermo Ponce de León, titular de la propuesta número 628, ni con ninguna otra persona natural o jurídica, como si se tratara de terrenos petrolíferos cuyo subsuelo fuese de propiedad nacional".

El opositor acompañó la documentación del caso —de la que más adelante se tratará—, y el Ministerio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el mencionado artículo 34 del Código de Petróleos, suspendió la tramitación de la propuesta y la envió con los documentos que la integran, como también el escrito de oposición y las pruebas en que se apoya, a esta Sala de la Corte, para que mediante el procedimiento de los juicios ordinarios de mayor cuantía, en una sola instancia, resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición.

Los documentos que se acompañaron al escrito de oposición, son los siguientes:

1º.—Copia tomada del Archivo Nacional, en donde se transcribe el acta del remate llevado a cabo por la Junta de Hacienda de Mompós, el 8 de febrero de 1844, de 50 fanegadas de tierras baldías denominadas "CONTADOR", en el cantón de Ocaña, adjudicadas al señor Felipe Navas como representante del señor Bartolomé Villalba, denunciante; y la constancia de que dicho señor Felipe Navas enteró ciento cuatro pesos como valor del remate. (Folios 2 y 3, cuaderno número 2).

2º.—Certificado del Notario de Mompós, acerca de que en el primer libro del índice general de los protocolos, aparece lo siguiente: "1844. Febrero 11.—Protocolización de un remate de una isla en Puerto Nacional", y la anotación de que los protocolos de 1844 a 1854 "desaparecieron seguramente por la acción del comején que destruye cuanto encuentra". (Folio 7, cuaderno número 2).

3º.—Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Mompós, de que en el libro número primero del año de 1933, a folios 25, 26 y 27 vuelto, se registró la primera copia de la escritura de remate de la Isla de Contador, situada frente al Puerto Nacional de Ocaña, y que contiene el remate de que dá cuenta la copia del Archivo Nacional relacionada en el punto 1º (Folios 8 a 10, cuaderno número 2).

4º.—Certificado del Notario de Mompós de que "no existe en esta Notaría la escritura de hipoteca y retroventa" otorgada por Bartolomé Villalba a favor de Tomás G. Ribón, porque los protocolos de 1848, año en que fue otorgada dicha escritura, han desaparecido por la acción del comején (Folio 11, cuaderno número 2).

5º.—Copia expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Mompós, de la diligencia de registro de la escritura número 8, de 30 de septiembre de 1884, por la cual los herederos de Tomás G. Ribón ratifican la donación que éste hizo de la isla de Contador a su hermano Cayo G. Ribón, y declaran que dicha isla pertenece a los herederos del donatario. (Folios 16 a 17, cuaderno número 2).

6º.—Copia de la escritura número 45, de 12 de mayo de 1884, de la Notaría de Mompós, por la cual los herederos de Cayo Tomás Ribón constituyen una sociedad mercantil bajo la razón social de "Cayo G. Ribón", en la cual el aporte de cada socio es la misma parte que le corresponda en la sucesión de Cayo G. Ribón, quien falleció el 19 de julio de 1883. (Folios 19 a 20 cuaderno número 2).

7º.—Copia de la escritura número 49, de 15 de agosto de 1887, de la Notaría de Mompós, que protocoliza las diligencias de división y adjudicación de los bienes de la herencia del finado Cayo G. Ribón, en la cual correspondió a cada heredero derechos por determinado valor en la mencionada isla de Contador. (Folios 22 a 26, cuaderno número 2).

8º.—Copia de la escritura número 54, de 26 de septiembre de 1887, Notaría de Mompós, por la cual los herederos de Cayo G. Ribón, constituidos como se vio en sociedad mercantil, modifican la

razón social anterior por la de "Luis G. Ribón y Compañía". (Fols. 28 y 29, cuad. Nº 2).

8º.—Copia de la escritura número 7, de 29 de febrero de 1888, Notaría de Mompós, por la cual la sociedad mercantil de "Luis G. Ribón y Compañía" vende a José del Carmen Armesto y José María Carrasquilla la isla de Contador, del distrito de Morales, provincia de Mompós. (Folios 33 a 37, cuaderno número 2).

9º.—Copia de la escritura número 9, de 14 de enero de 1910, Notaría de Ocaña, por la cual José del Carmen Armesto vende la mitad de la isla de Contador a los señores Antonio Romano y José del C. Armesto Q. (Folios 38 a 40, cuaderno número 2).

10º.—Copia de la escritura número 258, de 24 de junio de 1911, Notaría de Ocaña, que contiene la venta que José del C. Armesto Q. hace a Antonio Romano de los derechos que le corresponden en la isla de Contador (Folios 43 a 47, cuaderno número 2).

12º.—Copia de la escritura número 24, de 7 de septiembre de 1931, Notaría de Gamarra, que contiene la venta que Antonio Romano hace a Rafael Romano L., de la finca llamada "Los Obispos", cuyos linderos son los mismos que se transcriben en la demanda de oposición, y que el vendedor dice haber adquirido de José del Carmen Armesto y José del Carmen Armesto Q. (Folios 49 a 52, cuaderno número 2).

13º.—Copia de la escritura número 380, de 23 de noviembre de 1932, Notaría de Ocaña, por la cual Rafael Romero L. vende a Carlos Romano A., entre otros bienes, el derecho que tiene en la finca denominada "Los Obispos" (Folios 53 a 56, cuaderno número 2).

14º.—Un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Mompós, en que hace constar que en un libro correspondiente al año de 1844, se encuentra registrada la partida número 127, sobre que Julián Angarita pagó cuatro reales por derecho de registro de una escritura otorgada por el Tesorero, representante de Hacienda Pública, a favor de Bartolomé Villalba, por el remate que celebró Felipe Navas a nombre de aquél, de terrenos baldíos en el distrito de Puerto Nacional (Folio 62, cuaderno número 2).

15º.—Un plano de la región de Gamarra-La Gloria, Departamentos de Bolívar y Magdalena (Fl. 60, Cuad. Nº 2).

* * *

Recibido el expediente en la Corte, por auto de fecha 1º de febrero del año en curso se admitió la demanda del señor Carlo Romano Armesto en oposición a la propuesta 628, y se dispuso dar traslado de ella al señor Procurador Delegado en lo Civil. Este, en tiempo oportuno, contestó el libelo manifestando no constarle ninguno de los hechos invocados, y en consecuencia se opone a las pretensiones del actor.

Los términos de prueba y de traslado para alegar de conclusión transcurrieron sin que el actor hiciera uso de ellos. El señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de conclusión observa que la carencia de pruebas esenciales para determinar el objeto del pleito, tales como la inspección ocular sobre el terreno y el dictamen de peritos, impone una decisión adversa a las pretensiones de la demanda, y por tanto, pide que se nieguen las peticiones formuladas y se absuelva a la Nación.

Las partes fueron citadas para sentencia y como el respectivo auto se encuentra ejecutoriado, y por otra parte no se observa nulidad que invalide lo actuado, se procede a fallar.

Consideraciones de la Sala.

El documento que se ha traído a los autos para acreditar que las tierras que hoy posee el demandante, llamadas "Los Obispos", salieron válidamente del patrimonio nacional antes de consagrarse la reserva nacional del petróleo, contiene la copia de la sesión de la Junta de Hacienda de la provincia de Mompós, celebrada el día ocho de febrero de mil ochocientos cuarenta y cuatro, en la cual se remataron cincuenta fanegadas de tierras baldías, denominadas "Confador", situadas en el cantón de Ocaña, y fueron adjudicadas al señor Bartolomé Villalba por conducto de su representante señor Felipe Navas; y la copia de un comprobante de Tesorería, que dice: "En ocho de febrero de mil ochocientos cuarenta y cuatro: son de cargo ciento y cuatro pesos que en la fecha entera el señor Felipe Navas a nombre del señor Bartolomé Villalba, denunciante de las tierras baldías existentes **con el nombre de "Contador" en una Isla frente al Puerto Nacional de Ocaña**, las cuales miden 52 fanegadas, según las respectivas diligencias y han sido valoradas a dos pesos cada una. Estas tierras se han rematado hoy ante la Junta de Hacienda por el denunciante, y el pago de ellas se ha verificado en la forma siguiente: .....Firma el señor Navas y se acompaña el comprobante número —MANUEL D. PEREZ.—FELIPE NAVAS.—Interventor, Quintero".

De acuerdo con el certificado del Notario Público de Mompós, expedido el 30 de septiembre de 1953, los protocolos de esa Notaría correspondientes al año de 1844 desaparecieron por la acción del comején, pero en el primer libro índice de la Notaría se lee: "Protocolización de un remate de una isla en Puerto Nacional", febrero 11 de 1844.

El Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Mompós certifica, con fecha 29 de septiembre de 1953, que en el libro de registro número primero del año de 1938, a folios 25, 26 y 27 vuelto, se encuentra una diligencia de registro de la primera copia de la escritura de remate de la "Isla de Contador" —situada frente al Puerto Nacional de Ocaña", otorgada el 11 de febrero de 1844 por el Tesorero de Hacienda de la provincia, Manuel D. Pérez, mediante la cual, habida consideración del remate llevado a cabo por la Junta de Hacienda el día 8 de los mismos mes y año, y "sabedor de sus derechos y de que en el presente caso le compete conforme con lo dispuesto por la ley treinta de marzo de mil ochocientos cuarenta y tres y el decreto ejecutivo dictado en ejecución dos de mayo del mismo año, otorga que en nombre del Estado y en virtud de las facultades que le concede el artículo quinto del decreto citado, ratifica y aprueba la venta que en pública subasta se ha celebrado por los señores de la Junta de Hacienda en favor del señor Bartolomé Villalba de las tierras baldías que denunció nombradas "Contador", en una isla frente al Puerto Nacional, de Ocaña, las cuales constan de cincuenta y dos fanegadas, en cantidad de ciento cuatro pesos de que se confiesa recibida la hacienda pública en dinero y billetes de que viene dicha referencia por la certificación de entero, y de que se dá por recibido el señor Tesorero a su entera satisfacción.... y en observancia de lo dispuesto por el artículo quinto del decreto ejecutivo de dos de mayo citado, procedo a formalizar la presente escritura..... Siendo de advertir que las expresadas tierras que lindan de la boca del Dique aguas abajo a encontrar con el brazo de Ocaña siguiendo a volver a encontrar con el dique es una isla rodeada..."

Lo primero que se destaca de la lectura de los documentos mencionados, es la vaga e imprecisa localización de las tierras baldías adjudicadas a don Bartolomé Villalba. Las actas del remate y adjudicación sólo dan el nombre de ellas, su ubicación "en una isla frente al Puerto Nacional de Ocaña", y la cabida, que unas veces se fija en cincuenta (50) fanegadas y otras en cincuenta y dos (52). Y de la copia de la escritura inserta en el certificado del Registrador (Folios 8 a 10, cuaderno número 2), que el Tesorero de Ocaña otorgó en virtud del remate y adjudicación aludidos, aparecen como linderos el "brazo de Ocaña" y el "Canal del Dique", "que es una isla rodeada": datos éstos insuficientes para determinar siquiera teóricamente los terrenos, como se verá en seguida.

El Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos, al estudiar los documentos de la oposición formulada por el señor Carlos Romano Armesto, en la parte relativa a la ubicación y determinación de los terrenos rematados en 1844 y su relación con el área de la propuesta número 628, expresa en su informe que en el plano topográfico de la propuesta —único elemento de juicio dentro del expediente— no figura el brazo de Ocaña, pero que puede presumirse que sea el propio río Magdalena; y que la Isla de Contador pudiera ser la denominada hoy "Isla de Pancoger", la cual sí se halla parcialmente dentro del área de la propuesta (Folio 64, cuaderno número 2).

Es claro que la "presunción" de que habla el Servicio Técnico del Ministerio en su informe, por no tener otra fundamentación ni razonamiento que la explique, no puede considerarse sino como una simple hipótesis, la que quizás hubiera podido adquirir verosimilitud o certeza, si los expertos del Servicio Técnico hubiesen estudiado otros aspectos que ofrece el punto, como por ejemplo, la cabida de la Isla de Pancoger, para verificar si coincidía siquiera aproximadamente a las 50 o 52 fanegadas que se le asignaron a la Isla de Contador en el remate de 1844. El Ministerio no lo hizo, ni tenía por qué hacerlo, puesto que esa demostración le correspondía darla únicamente al opositor interesado, quien sin embargo, teniendo para ello la oportunidad que le brindaba el término probatorio de este juicio, no se preocupó por hacerlo.

La Corte ha venido expresando a través de largo tiempo la manera como puede llegarse a una determinación satisfactoria de terrenos que pasaron del patrimonio nacional al dominio particular con anterioridad a 1873, y en general cómo y por qué medios probatorios aptos se llega a esa determinación.

Ha dicho que cuando se estudian titulaciones antiguas referentes a adjudicaciones hechas por el Estado, lo primero que ha de verificarse es

si esa titulación corresponde a una realidad sobre el terreno, es decir, si hay concatenación o concordancia entre los datos del título y los puntos arcifinios actuales que permitan localizar tal adjudicación. En otros términos: el título antiguo ha de contener una descripción del terreno adjudicado en la que figuren por lo menos algunos linderos arcifinios que sirvan de base o referencia para que partiendo de ellos, en el propio terreno, y con el auxilio de medios técnicos, estudios, cálculos y deducciones razonables, se pueda llegar a la determinación de otros puntos o líneas limítrofes que permitan una localización aceptable del perímetro realmente adjudicado. Quiere esto decir, que el título por sí mismo, no es un medio probatorio que determine el predio, sino apenas el punto inicial o la base de estudio para la determinación, y que ésta sólo puede verificarse mediante la aplicación de conocimientos técnicos y científicos que demuestren la identidad entre el terreno y la descripción teórica de él en el título. Tal es la razón para que la ley haya previsto como medio idóneo y eficaz para acreditar hechos como el de que se trata, las pruebas de inspección ocular y dictamen de peritos, ya que el juzgador no está en capacidad de formar su convicción, para establecer la verdad jurídica, sino a través de esos elementos legales de juicio.

Si las tierras que se dice salieron del patrimonio nacional por virtud de título legítimo emanado del Estado no se pueden determinar con los elementos de juicio que obran en el expediente, otro tanto puede decirse de la propiedad actual del demandante, o sea la finca "Los Obispos" que se hace aparecer como parte de aquéllas. En efecto, los datos sobre linderos que suministran las escrituras públicas que acreditan el dominio del actor —que son los mismos que se transcriben en el libelo de demanda—, no pueden localizarse en el plano que aparece en el proceso. La primera escritura que trae los linderos correspondientes a la finca "Los Obispos", es la número 9 del 14 de enero de 1910, Notaría de Ocaña, que contiene la venta de la mitad de la isla de Contador hecha por José del Carmen Armesto a los señores Antonio Romano y José del C. Armesto Q., dentro de la cual mitad "se encuentran los puntos nombrados 'Los Obispos', 'Geres' y 'Contador'", donde el vendedor ha tenido establecida y tiene casa de habitación, cultivos, etc.; "que se encuentran encerrados dentro de estos linderos: 'desde la orilla del río Magdalena, donde se encuentra la cerca del potrero de Tomás Sampayo A., frente a la parte superior de la isla, que queda frente a Puerto Viejo, se sigue por toda la cerca hacia el occidente, hasta el brazo del río Magdalena denominado "El Dique", de aquí todo este brazo de para abajo hasta el "Guadual", o los "Arrastraderos", se sigue por los rastrojos de este mismo nombre en línea recta hasta el río Magdalena el que se sigue aguas arriba hasta la orilla de la cerca citada como primer lindero".

Para que pudiera determinarse el terreno descrito con el auxilio de los mapas o planos del proceso, sería menester que en ellos figuraran el potrero de Tomás Sampayo A. y el Caño del Guadual o Los Arrastraderos, y además que las líneas que unen al potrero aludido con el brazo del Dique, y la que va del Caño del Guadual o Arrastraderos al río Magdalena, estuviesen trazadas y con la indicación de sus rumbos y distancias. Pero no figurando en los planos esas líneas de lindero, ni el punto preciso del potrero de Tomás Sampayo en donde comienza el alindamiento, ni el del Caño del Guadual, fuerza es concluir que no hay posibilidad de localizar con precisión, o determinar exactamente la finca "LOS OBISPOS", objeto del pleito.

Con los datos anteriores y un examen atento del plano topográfico de la propuesta 628, surgen en cambio como evidentes estos hechos: que el área solicitada en concesión abarca solamente la parte norte o inferior de la Isla de Pancoger; y que en la parte no superpuesta por el área de la pretendida concesión, es precisamente donde se encuentran señaladas los puntos "Jerez", "Los Obispos", y "Puerto Viejo", o sean los puntos encerrados por los linderos del inmueble que en 1910 vendió José del Carmen Armesto y que hoy pertenece al demandante. Ahora bien: si el primer lindero es la cerca del potrero de Tomás Sampayo "que queda frente a Puerto Viejo", de donde se sigue hasta el Dique por una línea recta imaginaria, esa línea correspondería al lindero sur de la finca del actor, según la orientación del plano; el brazo del Dique aguas abajo hasta el punto desconocido de Guadual, sería el lindero occidental; del ignorado Guadual en línea recta imaginaria hasta el río Magdalena, sería el lindero norte; y el Magdalena aguas arriba, hasta la cerca de Tomás Sampayo frente a Puerto Viejo, sería el lindero oriental; de donde habría que concluir que la finca del demandante, así vaga e imprecisamente determinada, quedaba en la parte superior de la Isla de Pancoger, o sea en la parte no comprendida por el área de la

propuesta. Esto —se repite— es lo que se deduce del examen visual de los planos topográficos de la Propuesta que se hallan en el expediente, y de ahí el por qué, en este negocio, la falta de la inspección ocular sobre el terreno, y del dictamen de expertos ingenieros, conduzca necesariamente a tener por nó demostrados los requisitos relativos a la determinación precisa de las tierras, que es una exigencia legal.

La omisión del demandante al no haber pedido que se practicaran pruebas dentro del juicio, limitándose a presentar con la demanda los documentos de la adjudicación hecha por el Estado en 1844, y las escrituras para probar su propiedad sobre la finca "Los Obispos", necesariamente conduce al fracaso de la acción, como así lo anota el señor Procurador, pues no es posible hacer una declaración judicial sobre propiedad privada del petróleo, cuando se ignora si la propiedad del demandante es la misma o parte de la misma que el Estado traspasó y si ella está comprendida o superpuesta por el terreno objeto de una propuesta de contrato de concesión petrolífera, o de una concesión, que es el requisito que exige una acción de esta naturaleza.

* * *

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, NIEGA las peticiones de la demanda propuesta por el señor Carlos Romano Armesto contra la Nación, y en consecuencia, absuelve a ésta de los cargos en dicha demanda formulados.

Las costas a cargo del demandante.

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

Héctor Martínez Guerra—Samuel De Sola Roncallo—Roberto Goenaga—Jorge Samudio— *Jorge García Merlano*, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Visita del señor Ministro de Relaciones Exteriores del Brasil y la Corte Suprema de Justicia 3

Compromete el decoro de la justicia el juzgador que dice no reforma ni revoca sus decisiones y luego somete al análisis de sus amigos o contertulios —en sitios de diversión— la actitud que asumirá frente a las partes. — Es incorrecto y lesiona el buen nombre de la administración de justicia el procedimiento del Magistrado que obtiene dinero en préstamo de un subalterno del Juzgado.—Es una falta grave, por omisión de un deber legal, la revelación de un cohecho no denunciado por un Magistrado, sin considerar la entidad penal que pudiera comportar.—A quién corresponde la imposición de sanciones disciplinarias a Magistrados y Jueces (Decreto 3665 de 1950), por faltas cometidas en ejercicio de sus funciones.—Como sanción disciplinaria, se impone al Magistrado del Tribunal Superior de Cali, doctor Carlos Alberto Olano, la suspensión del cargo por el término de quince días, y se ordena la investigación de los posibles delitos de cohecho y encubrimiento, contra el doctor Carlos Luna Tello y el Magistrado doctor Olano.—Magistrado Ponente: Dr. Benjamín Iragorri Díez 4

Se inhibe la Corte de conocer, por carecer de competencia, de la demanda sobre nulidad de los Decretos Ejecutivos (números 2382 de 1957, 0012 y 0119 de 1958), por los cuales el Gobierno Nacional nombró Consejeros de Estado en interinidad. — Distinción entre los términos "elección" y "nombramiento".—Así lo resuelve la Corte, en Sala Plena de la misma. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria 9

La Corte carece de competencia para conocer de la viabilidad de los Decretos Ejecutivos por medio de los cuales se designan Consejeros de Estado en interinidad.—Se abstiene la Corte de conocer de la demanda de nulidad de los Decretos Ejecutivos 2382, 0012 y 0119 de 1957 el primero, y los dos restantes de 1958.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 13

Se ratifica la doctrina referente a que la Corte carece de competencia para conocer de la demanda sobre nulidad de los Decretos Ejecutivos (números 2392 de 1957, 0012 y 0119 de 1958), por los cuales el Gobierno Nacional nombró Consejeros de Estado en interinidad.—Se inhibe la Corte de conocer de la demanda de nulidad de los referidos Decretos.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 16

Ley 43 de 1945, por la cual se establece el escalafón nacional de enseñanza secundaria, acusada como inconstitucional, en su artículo 7º, en cuanto dice que para ser Rector o Vicerrector de Institutos Oficiales, se requerirá pertenecer a la primera categoría del escalafón.—Se declara que es inexequible el aparte acusado.—Empleados y agentes.—Clasificación. — Así lo resuelve la Corte, en providencia de Sala Plena de la misma. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 18

SALA DE CASACION CIVIL

Sociedad ordinaria de minas.—Quiénes deben intervenir en el juicio en que se debata sobre la terminación del contrato—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre disolución de una sociedad para la explotación de carbón, adelantado por Elvira Maldona-

Págs.

do y otros contra Tomás Penagos.—Magistrado Ponente. Dr. Alfredo Cock Arango.. 22

No es operante la causal 2ª de casación cuando en acción reivindicatoria, se pide librar condena contra el demandado como poseedor de mala fe y el sentenciador lo condena como poseedor de buena fe.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre restitución del inmueble denominado "El Pital", adelantado por Julio C. Henríquez Oviedo contra Euclides Burbano y otro. — Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango.. 26

Reivindicación de un inmueble para la sociedad conyugal.—Cosa juzgada.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona, en el ordinario reivindicatorio adelantado por David Castro, en su carácter de cónyuge sobreviviente de Ernestina Cogollo de Castro, contra Ana Josefa Girón de Cogollo y otras.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango..... 29

En casación no es procedente enderezar la acusación contra la sentencia de primer grado, aunque el Tribunal la haya confirmado sin modificación.—Prueba del estado civil.—Legitimatio ad causam.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Luis Angel y Tulio Enrique Pérez contra la sucesión de Primitivo González. — Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango..... 33

Los vocablos "perjuicios" y "penas" empleados por el artículo 1600 del C. Civil responden a dos conceptos jurídicos distintos dentro de la técnica de nuestro derecho.—Interpretación de la prenombrada disposición.—Condena por perjuicios. — A quién corresponde fijar las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación de aquellos. — Soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas mientras no sean contrarias a la evidencia. — La norma de carácter general contenida en el artículo 1600 ibidem, no implica que en tratándose de ciertas obligaciones como "la de hacer", no pueda demandarse judicialmente por concepto de perjuicios al contratista que no efectuó debidamente la obra cuya ejecución le fue encomendada.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato sobre construcción de un edificio, adelantado por Luis Morales M. contra Juan de la C. Guerra Galindo.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón.. 35

El cargo que se formule confundiendo la violación directa de la ley con su no aplicación, es contradictorio.—Extremos esenciales que deben probarse plenamente para obtener una declaración judicial de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio.—El título consistente en venta de cosa ajena no puede oponérsele con eficacia legal al de su verdadero dueño. — La posesión regular no interrumpida, es un presupuesto esencial de la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio. — Decretada judicialmente una reivindicación, la condena a restituir se impone como una lógica consecuencia procesal. Técnica del recurso de casación. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario sobre propiedad de un lote de terreno denominado "La Despensa", adelantado por Cipriano Rojas contra Arcelio Espitia y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón.... 41

Toda obligación contractual entre comerciantes, generalmente tiene relación directa e indirecta con los preceptos consignados en el Código Civil.—No hay incongruencia entre las disposiciones del C. Civil y C. de Co. La súplica sobre resolución de un contrato debe ser expresa, y aún más, cuando la parte que pretende el cumplimiento tiene la alternativa legal de exigirlo también de la contraparte, o si lo prefiere, demandar la resolución, en ambos casos con perjuicios.—Violación directa de la ley.—Cuándo puede alegarse.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios sufridos por el incumplimiento de un contrato de compraventa de jabones, adelantado por

Págs.

la sociedad anónima "Tía S. A." contra "Leonidas Lara e Hijos", como antiguo socio y adjudicatario de los bienes de la extinguida sociedad de comercio Jabonería Pakin Ltda.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 46

Los doctrinantes y la jurisprudencia de los Tribunales, están de acuerdo en que el criterio normativo que debe guiar al juzgador en su labor interpretativa de los contratos, debe encaminarse siempre a darle efectividad a la voluntad contractual, y a los actos jurídicos, indagando dentro de los principios generales de la hermenéutica contractual, cuáles fueron realmente los objetivos y finalidades que se propusieron las partes al ajustar la convención.—Requisitos previos que deben llenarse para que un socio pueda exigir su ingreso en la sociedad.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre resolución de un contrato privado, adelantado por Rafael Agudelo T. contra Juvenal Zapata.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 51

Elementos fundamentales que configuran la acción de dominio o reivindicatoria.—En estas acciones, al actor le basta, para probar su derecho de propiedad, exhibir la copia de la escritura pública debidamente registrada, sin estar obligado a presentar el certificado de libertad del inmueble.—Los certificados que expiden los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados, en uso de sus atribuciones legales, son documentos auténticos.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario sobre propiedad de un inmueble, adelantado por Luis F. Ocampo contra Antonio Gallego.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 57

Si la acción de prescripción adquisitiva de dominio o declaratoria de pertenencia se instauró contra personas desconocidas, el juicio se regirá en concordancia con el procedimiento especial que al efecto se halle determinado en los artículos 7º, 8º y 9º de la Ley 120 de 1928, y el fallo de segundo grado que en él se pronuncie no es susceptible de acusación por medio del recurso de casación ante la Corte.—Recurso de hecho. La Corte niega el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en la acción de pertenencia adelantada por la "Compañía Ganadera del Cusiana Ltda." contra todos los comuneros inciertos de la Comunidad denominada "Huerta Vieja".—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón. 62

Apreciación por el sentenciador de la buena o mala fe del poseedor vencido en reivindicación.—Ataque en casación por este extremo del fallo.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Juan de Jesús Zúñiga contra los cónyuges Luis Nereo Correa y Julia Zúñiga de Correa.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 64

La acción de dominio no es de competencia de las autoridades administrativas aunque para una de los actores solo se reconozca derecho a mejoras.—Examen de la titulación del reivindicador.—Error evidente de hecho en su apreciación.—Causal 2ª de casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Luis Norberto Henao y otro contra José J. Acevedo y otro.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 67

Causal segunda de casación.—Siendo la sentencia absolutoria, de hecho queda descartada la posibilidad de esta causal.—Cuando la venta de un predio rústico se ha hecho por cabida, y la real es menor de la declarada, el artículo 1888, inciso 2º del C. Civil le da al comprador la acción para que el vendedor complete la cabida.—Si el reconocimiento implica una confesión, es indispensable, para que ésta se produzca, que la obligación u obligaciones contenidas en el documento sean susceptibles de probarse por ese medio y que quien confiesa tenga facultad para ello.—La confesión del apoderado judicial, vale cuando ha recibido

Págs.

autorización de su poderdante.—Los curadores ad-litem, no han recibido facultad de la ley para confesar en el juicio en que se le designa para representar al demandado en los casos autorizados por los artículos 317 y 1071 del C. J.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre aumento proporcional del precio por razón de la mayor cabida del inmueble vendido, adelantado por Carlos F. Aristizábal contra Esteban Gómez Mesa y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 72

Cuando, entre otras causales, se invoca la 6ª del artículo 520 del C. J., el estudio de ésta tiene prelación sobre las demás.—Modo de comparecer en juicio de filiación natural los hijos menores de edad.—Nulidad por ilegitimidad de la personería. — Quién debe alegarla.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por el curador de los menores Carlos Arturo y Gabriel Bovea Martínez contra la sucesión de Abimael Bovea R.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 81

La corrección numérica que conduzca a producir mutaciones sustanciales en las bases del fallo, es improcedente.—La coadyuvancia de la contraparte para que se cambie por una mayor cantidad de pesos consignado en la parte resolutiva del fallo, constituye un reconocimiento en favor de la otra parte que puede hacerla valer en su oportunidad.—Aclaración de sentencia.—La Corte declara que no hay lugar a la corrección del error aritmético ni a la aclaración de la sentencia proferida en el ordinario sobre lesión enorme adelantado por Elvira Sánchez de Sánchez contra José Acevedo Camacho. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 85

Filiación natural. — El error de hecho como causal de casación. — Reformatio in pejus. Las pruebas de que el pretenso padre atendió a los gastos que demandó el alumbramiento y trató al niño con paternal cariño, no son medios para concluir que las relaciones sexuales abarcaron los ciento ochenta días en que se basa la presunción de paternidad del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. — Error de hecho y de derecho en la desestimación de pruebas. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Raquel Ramírez en su condición de representante legal, como madre natural del menor Héctor Fabio Ramírez contra Faustina Lerma vda. de Pérez y otra, como representantes de la sucesión de Luis Angel Pérez. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 88

Juicio ordinario proveniente de la oposición a un deslinde. — Esta acción corresponde únicamente a quien tiene sobre un predio el derecho de propiedad. — Acciones reales que integran el núcleo esencial de la propiedad inmobiliaria.—Venta de predios rústicos con relación a su cabida o con señalamiento de linderos: la primera implica la venta de determinadas unidades de las que forman el inmueble; la segunda, configura la venta de cuerpo cierto.—Constituye grave error de hecho, preferir un fallo sobre hipótesis o conjeturas y de ellas deducir conclusiones que pueden afectar derechos de las partes.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario sobre oposición a un deslinde, adelantado por Natividad Ospina vda. de Aya y otras contra Rafael Ospina D.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 96

Cuando un tercero demanda a una sociedad, tan solo necesita probar que ésta existe, cuál es su objeto social y quién o quiénes la representan. — Prueba adecuada para comprobar su constitución normal.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados en accidente de tránsito, adelantado por Miguel Arrázola de la Espriella contra la Sociedad de Transportes "Transguavio Limitada".—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea. 106

Violación de la ley sustantiva.—Error de derecho.—Error de hecho.—Contrato mercantil y

Págs.

verbal de arrendamiento de un fundo.—Pago de mejoras. — La clasificación que de estas haga el demandante en casación, es ajena a las relaciones contractuales celebradas entre las partes.— No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre pago de mejoras y de usufructos de las mismas, adelantado por Melitón Alvarez contra Luis Jaramillo Peláez.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 103

El omitir la inserción en las copias que expida el Secretario, del auto que decretó la compulsa, no invalida la prueba, porque el artículo 632 del C. J. no ordena que haya de constar tal requisito como condición necesaria para su validez.—Cuando se pide en juicio la cancelación en el registro de un acto de remate y el Juez decreta la nulidad de éste, uno y otro verbo indican una misma idea, o sea, la ineficacia de los registros públicos, consecuencia necesaria de la declaración de nulidad del remate.—La petición de que se condene a una persona a restituir o entregar un inmueble, contiene implícita la afirmación de que esa persona se encuentra en posesión material del inmueble, pues de lo contrario no se podría solicitar que fuera desposeído del mismo.— No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de un remate, adelantado por la sucesión de José María Mantilla contra Luis F. Roa.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 110

Según las leyes procesales vigentes antes de la Ley 105 de 1931, las sentencias de alimentos proferidas mediante el trámite de los juicios ordinarios, tenían el carácter de definitivas y debían notificarse a las partes por medio de edicto, a diferencia de las pronunciadas por el procedimiento sumario que tenían el carácter de interlocutorias y debían, por tanto, notificarse por estado.—La confusión de estas providencias hace incurrir al fallador en error de derecho. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre cobro de pensiones de alimentos adelantado por José Aljure, como representante de Amelia Aljure de Faour contra Wadi Faour. Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 114

Las causales que dan origen a una investigación de paternidad natural y a que se refiere el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, son causa o fundamento de verdaderas presunciones legales y no de meros indicios.—Por ser contrario a la naturaleza humana, una declaración no puede ser de precisión matemática.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por María Torres, como madre natural de sus menores hijas María Rosaura Benítez Torres y otras, contra la sucesión de José Abel Benítez.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 118

Acción de dominio o reivindicatoria—Elementos fundamentales que la configuran para que pueda prosperar.—La sola falta de legitimación en la causa es motivo suficiente para proferir la absolución del demandado y negarle su acción al actor, sin necesidad de entrar a estudiar los demás requisitos exigidos por el legislador para la reivindicación.—Error de hecho.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario sobre dominio adelantado por Rosalía Escobar Higuera v. de López y otro contra Aristipo Lince T. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 123

Juicio ordinario de oposición a un deslinde.—La posesión regular de un predio nunca puede probarse por medio de testigos.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre oposición a un deslinde, adelantado por Rosa Emilia Grajales contra Jaime Arango A.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 126

Acción resolutoria de un contrato de compraventa de una finca rural.—Causal 1ª—Examen de indicios.—La Ley prohibe terminantemente aceptar la prueba de testigos para acreditar obligaciones cuya cuantía

Págs.

exceda de $ 500.00. — Excepciones a esta norma.—Principio de prueba por escrito.—Error evidente.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa, adelantado por Pedro Luis Jiménez G. contra Antonio José Ramírez Giraldo.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 130

Noción de la culpa.—Culpa consciente y culpa inconsciente.—La aplicación de un criterio netamente subjetivo ha sido desechado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas.—La culpa no es posible determinarla según el estado mental de cada persona, sino que es necesario un criterio objetivo o abstracto.—Con qué se relaciona la capacidad de prever actualmente.—El concepto abstracto de culpa y la teoría del riesgo.—Culpa en el ejercicio de los derechos.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario sobre indemización de perjuicios morales y materiales, causados por imputación falsa de la comisión de un delito de hurto, adelantado por Alberto Lara Nieto contra "Industria Arrocera Costeña".—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 135

Impugnación de la legitimación.—Por medio de ésta, los hijos concebidos antes del matrimonio, adquieren el carácter de hijos legítimos con todas sus consecuencias.—Legitimación ipso-jure y voluntaria.—Elementos constitutivos.—La legitimación puede hacerse por los padres en la misma acta matrimonial, o por escritura pública en cualquier tiempo.—Los Notarios están facultados para inscribir en las partidas de matrimonio actas o declaraciones que sobre legitimación de hijos hicieren los contrayentes.—El recurso de casación no brinda oportunidad para decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos realizados por el Ejecutivo en virtud de la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución.—Tacha de falsedad a una partida matrimonial.—Pruebas principales del estado civil de las personas.—Soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas mientras no sean contrarias a la evidencia.—Error de derecho.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario sobre nulidad de una legitimación, adelantado por Juan de Dios Bertel contra María Isabel Hernández. Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón.. 141

La hijuela de adjudicación en juicios de partición es suficiente para reivindicar cuando no es necesario hacer comparación entre los títulos del actor y los del demandado.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario sobre dominio adelantado por Abel Barbosa Ramírez contra Aura Ospina de Barbosa.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 148

Investigación de la paternidad natural en el sistema legal colombiano.—Valor probatorio de la declaración de renta.—Errores de hecho y de derecho.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Israel Giraldo o Puerta y otros contra Isabel Márquez de Giraldo y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 151

Acciones de nulidad, simulación y rescisión por lesión enorme de un contrato de compraventa.—Apreciación de la prueba pericial en la determinación del valor comercial de un inmueble.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario sobre rescisión por lesión enorme adelantado por Eliécer Hernández A. contra Manuel Muñoz Pinto. Magistrado Ponente: Doctor Alfredo Cock Arango 160

Apreciación de la prueba testimonial para acreditar las relaciones sexuales estables y notorias.—Testimonio de oídas.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Edilsa Casas, como representante legal de su menor hijo Juan Sarabia Casas, contra Juan Sarabia H.

Págs.

Magistrado Ponente: Doctor Alfredo Cock Arango 165

Filiación natural.—Soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas mientras no sean contrarias a la evidencia. — Relaciones sexuales estables y notorias. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Susana Orozco Casallas, como madre natural de sus menores hijos Francisco de Paula Vela Orozco y otros contra Rosa Elena Aldana v. de Vela y otras. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 168

Consonancia entre la demanda y la sentencia absolutoria dictada en juicio para que se declare la simulación de un contrato.—Casación por error en la apreciación de la prueba indiciaria.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario sobre simulación de un contrato de renta vitalicia, adelantado por Graciela Losada de Valderrama y otros contra Aristides Méndez Méndez y otros.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 171

Recurso de revisión de una sentencia.—No se admite la demanda por no haberse indicado la causal para pedirla. — Así lo resuelve la Corte respecto de la presentada por el señor Obispo de Tunja, como representante de la Hermandad del Clero, para que se revise el fallo proferido en el ordinario sobre nulidad de un contrato, que adelantó el señor Obispo —Diócesis de Tunja— contra Virgilio Sánchez.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 178

La Corte revoca la anterior providencia. — Se revoca el auto que denegó la admisión de la demanda de revisión del fallo proferido en el ordinario sobre nulidad de un contrato, que adelantó el Obispo —Diócesis de Tunja—, contra Virgilio Sánchez, y se dispone que "por la Secretaría se pida el proceso al lugar donde se halle y una vez recibido y con vista del mismo se dicte por el señor Magistrado Ponente la providencia sobre admisión o inadmisión de la demanda de revisión".—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 179

Características de la buena fe para invocar la prescripción agraria del artículo 12 de la Ley 200 de 1936.—En reivindicación, no hay lugar a reformatio in pejus cuando el Tribunal confirma el fallo absolutorio de primer grado con la adición de declarar no probadas las excepciones propuestas. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario reivindicatorio adelantado por Benilda Granada v. de Guzmán contra Antonio Cifuentes. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 181

Efectos de la promesa de venta.—Eficacia probatoria de la atestación enfática y no contradicha en ningún momento, sobre un hecho procesal concreto, efectuada por un Notario.—Error en la interpretación de la demanda. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre incumplimiento de un contrato de permuta, adelantado por Luciano Fernández contra Abraham Szpiegiel.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón..... 186

Elementos fundamentales que configuran la acción de dominio.—Quién puede alegarla. Para el éxito de tal acción basta que el actor aduzca títulos que revelen su propiedad en época anterior a la en que comenzó la posesión del demandado.—Efectos de la acción reivindicatoria. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre dominio adelantado por Luis Yarce Macías contra Jesús Mesa Díez. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 191

La prescripción quinquenal del artículo 12 de la Ley 200 de 1936. — **Posesión agraria que debe probar el actor para que prospere esta acción de pertenencia.—Agregación de posesiones.**—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario sobre prescripción adquisitiva del dominio adelantado por Luis R. Asendra

Págs.

contra Pablo García Franco.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango..... 195

Por el solo hecho de tener la posesión material de una cosa, cualquiera que sea el origen y naturaleza de aquella, no se puede alegar que se haya consolidado plena y legítimamente el dominio en cabeza de quien posee, merced a la presunción allí establecida.—Las hijuelas formadas en particiones materiales y nominales de bienes, sin los títulos de adquisición del causante son insuficientes para probar el dominio del reivindicante, excepto cuando la contraparte no presenta título alguno inscrito anterior a dichas hijuelas.—Soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas mientras no sean contrarias a la evidencia. Al poseedor corpore-animo no puede reconocérsele como legítimo dueño—Medio nuevo en casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Sixta Tulia Reyes de Montoya contra Belisario Mogollón y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón..... 199

Personería para promover petición de herencia.—La sucesión no es persona jurídica.—Cómo se demanda a una sucesión.—Acciones del heredero y de la sucesión.—Desheredamiento por grave injuria al honor y bienes del testador.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario sobre reforma de testamento, adelantado por Carmen Gómez Gutiérrez y otras contra Marcelina Sánchez Reyes y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Armando Latorre Rizo..... 205

En el juicio de sucesión, principalmente, es donde el asignatario tiene que hacer valer su carácter de tal.—Técnica del recurso de casación.—Error de hecho en la apreciación de la hijuela en razón de no constar u obrar en ella, la copia del auto por el cual se declaró ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes.—Ninguna disposición legal establece que la inscripción de una sentencia sin la declaración de estar ejecutoriada es nula, y que la sentencia se afecte también del mismo vicio.—Error de hecho o de derecho en la apreciación de la demanda.—La hijuela sin los títulos de adquisición del causante es insuficiente para probar el dominio del reivindicante, solamente cuando el poseedor demandado presenta un título anterior a la hijuela.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario sobre entrega de dos predios y pago de los frutos que hayan producido, adelantado por J. de Jesús Ramírez contra Luis Hipólito Alvarez y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 211

El ordenamiento jurídico no está constituído por una suma mecánica de textos legales.—Existen principios o reglas generales de forzosa aplicación aunque no se encuentren enunciados por el Código.—El alcance del artículo 8º de la Ley 153 de 1887.—La regla "nemo propriam turpitudinem allegans potest", aunque no inscrita expresamente en el Código, es de perfecta aplicabilidad en Derecho Colombiano.—Tal regla indica que nadie puede alegar a su favor, ni a favor de terceros su propio dolo o mala fe.—Los culpables de dolo son indignos de ser escuchados por la justicia.—La regla general de la buena fe.—Concepto de la buena fe.—Efectos generales de la buena fe simple. La buena fe calificada (buena fe creadora de derechos o situaciones, buena fe exenta de culpa).—La buena fe simple y la buena fe calificada.—Aplicaciones que al Código hace de la buena fe creadora de derechos. Interpretación de las leyes.—Métodos antiguos y métodos nuevos.—El Derecho no se compone de casos empíricos, sino de instituciones y principios generales.—La interpretación sistemática conduce a aplicar la ley a hipótesis que el legislador no previó o sea, a dar al texto legal un alcance superior al que se desprende de su tenor literal.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Félix Carmona contra Leticia Vivas Echeverri.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 222

Es obligación ineludible de los juzgadores,

Págs.

cuando rechazan las peticiones formuladas como principales, estudiar y resolver a renglón seguido las presentadas como subsidiarias. — Cuando el demandante gana el pleito en razón de que el juzgador falló favorablemente las súplicas principales, no tiene por qué apelar del fallo.—Causal segunda de casación.—Cuándo es procedente. Cuando el sentenciador de segundo grado estima que la parte que ganó el pleito en primera instancia por la prosperidad de súplicas principales, no debe ganarlo por tales súplicas sino por las subsidiarias, así debe declararlo sin que ello constituya reformatio in pejus.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre nulidad de una escritura, adelantado por Santiago Carmona Sánchez contra Cooperativa de Habitaciones Obreras Económicas del Barrio de La Providencia Limitada de Pereira. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 244

Acción de cobro de frutos y perjuicios por haberse detentado un bien con ánimo de tenedor.—Esta acción de enriquecimiento sin causa no siempre es consecuencial de la reivindicatoria.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario sobre cobro de frutos y perjuicios causados por la retención indebida de unos inmuebles, adelantado por Hortensia v. de Ortega y otros contra Francisco Guillermo. Magistrado Ponente: Doctor Alfredo Cock Arango 250

Es improcedente alegar la causal séptima, cuando el Tribunal, después de estudiar y analizar con detenimiento el fallo dictado por el Juez, llegó a la conclusión de que era incompleto y debía devolvérsele para efectos de dictar uno nuevo.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre nulidad de un contrato de venta, adelantado por Benicio Ochoa G. contra Benicio Ochoa, Magdalena Gutiérrez de Zapata y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Armando Latorre Rizo.. 255

Cuándo produce efectos absolutos el fallo en que se declara verdadera o falsa la legitimidad de un hijo.—La acción de investigación de un estado civil, puede promoverse, aún después de muerto el legítimo contradictor, contra sus herederos. — Cuando la acción versa sobre identidad de una persona a quien se conoció en vida con diversos nombres, el fallo que en ella se profiera no es susceptible de recurso de casación.—Los Jueces tienen un amplio poder discrecional para apreciar la conducencia de las pruebas que las partes soliciten dentro del término probatorio. — En virtud de ese poder discrecional pueden abstenerse de decretar aquellas pruebas que estimen que no son conducentes o que deben llegar al proceso por medios específicamente determinados por la ley.—Los Jueces y Tribunales deben ser prudentes al decretar pruebas que deban llegar al proceso mediante inspección ocular.—Si al pedir una inspección ocular para allegar al proceso determinadas pruebas, el Juez las decreta y practica sin contradicción de la contraparte, tales pruebas se entienden que han ingresado normalmente al proceso.—No puede ya abstenerse el juzgador de apreciarlas conforme a la tarifa legal de pruebas y a la libertad de que en cada caso dispone el Juez. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por María Victoria Cárdenas Leguizamón y otros contra Pedro Pablo Gaitán Vergara.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 260

SALA DE CASACION PENAL

Delito de abuso de autoridad. — Cesación del procedimiento por prescripción de la acción. Se ordena casar el procedimiento adelantado contra los doctores Carlos Bermúdez Cañizares, Rafael Gómez Bernier y Pablo Mercado Serna, por prescripción de la acción.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 264

El delito de prevaricato, tal como lo describe el artículo 168 del C. P., no es, en esencia, más que un abuso de autoridad calificado. Elementos constitutivos del prevaricato por acción y del prevaricato por omisión.—Pro-

Págs.

había la inexistencia del prevaricato, por faltar una o varias de las circunstancias calificadoras del abuso de autoridad, que son elementos estructurales de aquella infracción, solo será procedente el sobreseimiento definitivo cuando se demuestre, además, que tampoco se cometió este último delito. No se repone la providencia anterior.—Así lo resuelve la Corte, respecto de la providencia proferida en el proceso adelantado contra los doctores Carlos Bermúdez Cotizares y otros, el 29 de abril de 1958. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 265

Cambio de radicación. — El hecho de que el funcionario de segunda instancia se hubiera visto precisado a emitir opinión sobre el fondo del negocio, bien al calificarlo o al resolver sobre la legalidad del auto de detención preventiva, no puede invocarse como causal de impedimento ni mucho menos puede servir para ordenar el cambio de radicación de un proceso. — Este tampoco se justifica, por el sensacionalismo y la curiosidad pública en el adelantamiento de un proceso, ni por la posición política, social o económica del sindicado, a menos que se comprueba que de ellas se aprovechó para desviar el criterio de sus Jueces.—Se emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso adelantado en el Juzgado Superior de Cúcuta, contra Gabriel Moreno Vega, por el delito de abuso de confianza. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas 267

Errónea interpretación e indebida aplicación de la ley penal.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra Misael Candia Díaz, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez.. 270

Se recalca una jurisprudencia anterior de la Corte sobre lo que se entiende por providencias dictadas de plano.—No se reponen los autos de 30 de enero y 11 de marzo de 1958, proferidos en el recurso de hecho interpuesto contra el auto que denegó el recurso de casación formulado contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra Justo R. Núñez, por el delito de estafa.—Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas 273

Las falsedades recaídas en los documentos públicos mencionados en el artículo 266 del C. P., están sujetas a una penalidad mucho más benigna que la conminada para las cometidas en relación con otros documentos. "Las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos Secretarios Párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los Libros Parroquiales" de que habla el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, no son en sentido estricto, DOCUMENTOS PÚBLICOS, pero fueron equiparadas a tales, para fines meramente probatorios, en materia civil.—Quien elabora totalmente un documento falso, necesariamente tiene que contrahacer o fingir, en relación con ese documento, letra, firma o rúbrica, por lo que su acción queda comprendida en la enunciación del numeral 1º del artículo 221 del C. Penal. — Es de la esencia del delito de falsedad en documento el perjuicio, real o potencial, que en lo público es presunto, y concreto en lo privado. — Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso adelantado contra Carlos Constantino Acosta Rodríguez, por el delito de falsedad en documento.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 277

Causales primera, segunda y cuarta.—Técnica de casación.—Delito de abuso de confianza. Influencia de las circunstancias de mayor peligrosidad en la determinación de la pena. Cómo deben entenderse las formalidades que presiden los procesos penales.—Sabiendo el procesado la imputación precisa que se le hace, no influye en su defensa la equivocación de la cita legal en que está comprendida aquella.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra Delio Jaramillo Uribe, por el delito de abuso de confianza.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 285

Págs.

Los cargos de falsedad y prevaricato, no pueden prosperar cuando hay ausencia de mala fe.—La sola disparidad de criterios entre el Tribunal y el Juzgado acerca de las providencias que éste dicte, no constituye ilícito penal, y el hecho de que el superior anule, revoque o confirme lo resuelto por el inferior, no arguye por sí solo, animadversión o simpatía del primero para con el segundo. Se declara que los doctores Víctor Arenas Sandoval, Gonzalo Rodríguez Suárez y Miguel de J. Niño Leal —Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja— no cometieron las infracciones materia de la denuncia (falsedad, prevaricato y abuso de autoridad), y, en consecuencia se ordena cesar todo procedimiento contra ellos. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 292

SALA DE CASACION LABORAL

De la indemnización por lucro cesante, a causa de incumplimiento del contrato, debe descontarse lo que el trabajador haya devengado en otro empleo durante el mismo tiempo.—Cómo se purga la mora patronal cuando el trabajador se niega a recibir.—Aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Hernán Isaza Cadavid contra la sociedad comercial "Tejidos Intertex S. A."—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo..... 297

Contrato de empresa que en su ejecución se convierte en relación laboral. — Requisitos para la aplicación de la indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales. Prueba de la buena o mala fe patronal.— No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Lázaro Roldán Villa contra Sociedad "Superior de Colombia Ltda." — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 305

Acción de nivelación de salarios y condiciones por trabajar en una misma empresa nacionales y extranjeros—Condiciones y efectos de la acción.—Diferencias entre los artículos 74 y 143 del Código Sustantivo del Trabajo.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en el ordinario laboral adelantado por Ezequiel Garzón Caicedo contra Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. (Avianca).—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 316

No procede la condenación por mora en el pago de prestaciones sociales cuando la acción se instaura antes de extinguirse el contrato de trabajo.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Alvaro Torres contra la Compañía Distribuidora Industrial Ltda.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo . 326

Compensación de deudas en el derecho laboral. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en el ordinario laboral adelantado por Alonso Cortés contra Gilberto Giraldo Vallegas. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 329

Después de casarse la sentencia del Tribunal, la Corte pronuncia el respectivo fallo de instancia, sobre el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación. — En el ordinario laboral adelantado por Catalino Pachano contra la Compañía Frutera de Sevilla, se reforma el fallo del a-quo y se condena a la entidad demandada a pagar al actor una pensión mensual vitalicia de jubilación. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 332

El derecho a indemnización de perjuicios surge cuando el rompimiento del contrato es ilegal.—Roto el contrato no puede considerarse subsistente para estos efectos o para reclamo de prestaciones sociales causados con posterioridad a su terminación.—Facultades del Gerente y del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales en relación con el nombramiento y remoción de empleados. — Aplicación indebida e inter-

Págs.

pretación errónea de la Ley.—La Corte casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por el doctor Jesús V. Gutiérrez contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C... 334

Solidaridad entre contratista independiente, el intermediario y el beneficiario respecto del pago de prestaciones sociales y de indemnización por mora. — Casa en que no pueden distinguirse estas modalidades del patrono. — Contrato de trabajo disfrazado de compraventa.—Remuneración individual cuando se paga a destajo trabajo realizado en equipo. — Cuándo la discusión sobre la naturaleza del contrato examina de salarios caídos. — Valor del testimonio suministrado por empleado del demandado.—Apreciación de la prueba indicial. — La libre formación del convencimiento en relación con pruebas que no obran en el expediente.—Error de hecho.—Técnica de casación.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Unitario Seccional del Trabajo de Cúcuta, en el ordinario laboral adelantado por Juan Crisóstomo Hernández contra la Colombian Petroleum Company y otro. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 345

Suspensión y terminación del contrato de trabajo.—Finalidad.—Semejanzas. —Efectos.—Responsabilidad.—La muerte del patrono es causal de suspensión del contrato y la del trabajador, de terminación del mismo.-Sustitución del patrono por sus herederos.—En caso de muerte del patrono el contrato puede terminarse por cierre de la empresa.—La suspensión opera en cualquier clase de contrato.—Interés jurídico del recurrente en casación cuando no apeló del fallo de primer grado parcialmente favorable a sus pretensiones.—Infracción directa de la ley. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja, en el ordinario laboral adelantado por Salvador Pulido y otros contra la sucesión de Salvador Isaza.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 363

Págs.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

La amistad íntima, como causal de impedimento, debe ser con alguna de las partes, no con su apoderado.—El haber sido personero de uno de los litigantes en otros negocios o el que el Juez sea en un asunto particular mandante del apoderado de una de las partes, no son hechos constitutivos de inhibición. — No ocasiona la separación del funcionario, el silencio, en torno al impedimento, de la parte que carece de interés.—Por no aceptarse el impedimento manifestado por el H. Magistrado doctor Samuel de Sola Roncallo, se dispone que vuelva a su Sala el ordinario acumulado, tendiente 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. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga..... 376

Excepciones dilatorias de declinatoria de jurisdicción, pleito pendiente e ilegitimidad de la personería.—Se declaran no probadas. Así lo resuelve la Sala, en el ordinario de única instancia encaminado a obtener la declaración de nulidad de un contrato, el pago de daños y perjuicios y otras peticiones, adelantado por la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A., contra la Nación, la Empresa Colombiana de Petróleos y la Colombia Cities Service Petroleum Corporation. — Magistrado Ponente: Dr. Samuel de Sola Roncallo..... 378

Recurso de súplica.—La Sala no accede a revocar la anterior providencia.—Así lo resuelve la Sala en el ordinario de única instancia encaminado a obtener la declaración de nulidad de un contrato, el pago de daños y perjuicios y otras peticiones, adelantado por la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. contra la Nación, la Empresa Colombiana de Petroleos y la Colombia Cities Service Petroleum Corporation. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga.... 385

La acción de indemnización de perjuicios causados por el amparo administrativo de

Págs.

una marca de fábrica, solo puede instaurarse ante la justicia ordinaria contra el poseedor de la marca objeto de ese amparo, y no contra la entidad oficial representada por el funcionario que decidió de la querella respectiva.—Excepción de inepta demanda. — En el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por el amparo administrativo de una marca de fábrica, adelantado por Antonio Vemail G. contra el Departamento de Bolívar, se absuelve a éste de los cargos formulados en la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 390

Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos.—Se reafirma la doctrina de la Corte, según la cual, en las adjudicaciones de tierras con medidas y linderos, prima entre estos dos elementos determinantes del objeto o materia de la adjudicación, el que más resalte de ellos, las medidas o los linderos. — En esta clase de acciones, es también requisito esencial que el interesado presente sus títulos de propiedad sobre el terreno de que se trata y el certificado del Registrador del Circuito que comprenda el período de la prescripción extraordinaria. En el ordinario de única instancia, sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantado por Carlos J. Vargas contra la Nación, se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria 398

Incidente de liquidación establecido por el artículo 553 del C. J.—A quién corresponde su conocimiento.—El auto en que se determina la personalidad de una de las partes es interlocutorio y de consiguiente debe ser firmado por todos los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal.—Créditos a cargo del extinguido Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.—Quién debe cubrirlos. — En el incidente de liquidación de prestaciones para el cumplimiento de la sentencia proferida en el juicio ordinario de Juan N. Vélez contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Pereira, por medio del cual dicha entidad denegó la admisión del referido incidente.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria.. 420

Presupuesto de la acción de propiedad sobre el petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos.—Necesidad de identificar el terreno cuyo petróleo se reclama como de propiedad privada frente al Estado. — Prueba adecuada.—En el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantado por la sociedad "Barlovento Ltda." de Cartagena, contra la Nación, se deniegan las peticiones de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 430

Para la declaración judicial de que determinado yacimiento petrolífero es de dominio privado, debe comprobarse la propiedad actual de los terrenos en cuyo subsuelo se hallan el petróleo y demás hidrocarburos reclamados en juicio; acreditarse, con el título proveniente del Estado, o a falta de éste, con documentos de origen oficial que acrediten su existencia, que las tierras de que trata salieron legalmente del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 y determinarse exactamente el terreno objeto de la litis.—Término para formular las oposiciones y para demandar en juicio ordinario ante la Corte la declaración de propiedad del petróleo, cuando aquella no se pudo formular en tiempo.—Períodos en los que se dividió durante la época colonial, el régimen de tierras en los dominios españoles de América.—En el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantado por Carmen Sorzano de Quin y otros contra la Nación, se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Samuel de Sola Roncalo..... 437

No es posible hacer una declaración judicial sobre propiedad privada del petróleo, cuando se ignora si la propiedad del demandante es la misma o parte de la misma que el Estado traspasó y si ella está comprendida o superpuesta por el terreno objeto de una propuesta de contrato de concesión petrolífera, o de una concesión, que es el requisito que exige una acción de esta naturaleza.-Pue-

Págs.

ha adecuada.—El título por sí mismo, no es un medio probatorio que determina el predio, sino apenas el punto inicial o la base de estudio para la determinación. — Se deniegan las peticiones de la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantada por Carlos Romano Armesto contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria 457

ERRATAS ADVERTIDAS

Título, renglón 2º, página 57, dice: "reivindicación", en vez de reivindicatoria.

Título, renglón 11, página 72, dice: "poperdente", en vez de poderdante.

Página 187, columna 2ª, renglón 36, dice: "DEMANDA DE CASACON", en vez de DEMANDA DE CASACION.

Título, renglón 4º, página 139, dice: "merced a presunción", en vez de merced a la presunción.

Título, renglón 12, página 199, dice: "medio nuevo de casación" en vez de medio nuevo en casación.

Título, renglones 2º y 3º, página 205, dice: "acciones de heredero y de la sucesión" en vez de acciones del heredero y de la sucesión.

Página 250, columna 2ª, renglones 11 y 12, dice: "página 61", en vez de página 6.

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

TOMA LXXXVII - BOGOTA, COLOMBIA, JULIO Y AGOSTO DE 1958 Números 2199 .. 2200

S A L A P L E N A

DELEGADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A LA CORTE ELECTORAL

(Decreto Legislativo 300 de 1957)

CONSERVADORES:

Dr. Carlos Holguín
Dr. Mario Calderón Rivera

LIBERALES:

Dr. Aníbal Cardoso Gaitán
Dr. Eduardo Esguerra Serrano

(Nombrados en sesión de Sala Plena).

LA CORTE, EN EJERCICIO DE FACULTAD CONSTITUCIONAL, CONCEDE LICENCIA A UN MAGISTRADO DE LA CORPORACION PARA SEPARARSE DE SU CARGO

"El señor Magistrado doctor Benjamín Iragorri Díez, ha solicitado en nota de fecha 4 de los corrientes licencia por motivo de enfermedad y por el término de cuarenta y cinco (45) días para separarse del cargo mencionado; pide nombramiento del reemplazo y dar aviso a la Caja Nacional de Previsión, para los efectos legales. Acompaña un certificado médico del cual resulta que está incapacitado para trabajar por un término de sesenta (60) días, por la causa indicada. Se considera: El primer domingo de diciembre de 1957, el pueblo colombiano aprobó por 4.169.296 votos un referendum que entró a regir el 30 de enero de 1958, fecha en que fue comunicada oficialmente dicha aprobación en virtud de lo dispuesto en el mismo plebiscito, que dice en su artículo 14, lo siguiente:

"Artículo 14. — Esta reforma empezará a regir

inmediatamente después de conocido el resultado oficial de la votación".

"El artículo 12 del referendum estableció en su inciso 3º que las vacantes que ocurran en la Corte Suprema de Justicia serán llenadas por la misma Corporación. Lo dispuesto en este inciso no se estableció con ningún carácter restrictivo ni quedó sometido a plazo o condición de ninguna naturaleza, de donde resulta que su vigencia actual es inobjetable y que por virtud de ella, tiene la Corte la función de llenar las vacantes que ocurran en la Corporación. Resulta igualmente que el plebiscito, en virtud de esa misma disposición, reformó las normas constitucionales anteriores en cuanto establecían un sistema distinto para el llenro de tal función. Las circunstancias de la interinidad actual de los miembros de la Corporación que, por lo demás, fueron designados antes del referendum, por Decreto 2.385 de 29 de noviembre de 1957, en nada incide respecto a la facultad de aplicar el inciso 3º del artículo 12 del mismo en el caso de se trata, por cuanto éste no hace distinción ni salvedades de ninguna clase, y si hubiere tal incidencia sería en el sentido de autorizar el ejercicio de esa facultad.

"Por otra parte, la atribución de llenar las vacantes en la Corte se señaló en una forma simple, que en sí misma, es suficientemente clara y no exige otras formalidades para su aplicación. Se trata de una fórmula per viadicitionem u ordenatoria de carácter pleno, que excusa la reglamentación, la que si se hubiere exigido sería necesaria, quien quiera que se considerara autorizado para cumplir dicha facultad. En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena,

"RESUELVE:

"**Artículo primero.** -- Se concede licencia para separarse de su cargo al Magistrado de esta Corporación, por causa de enfermedad y por un término de cuarenta y cinco (45) días, a contar del diez y seis (16) de los corrientes, al doctor Benjamín Iragorri Díez, de acuerdo con el certificado médico citado al principio de esta Resolución.

"**Artículo segundo.**—La Caja Nacional de Previsión, cubrirá el auxilio por enfermedad al funcionario incapacitado en la forma y proporción expresada en el Decreto 0237 de 1956. Insértese en el acta, comuníquese y publíquese.—Dado en Bogotá, D. E., 4 de julio de 1958".

LA CORTE Y EL RETIRO TEMPORAL DEL MAGISTRADO DOCTOR BENJAMIN IRAGORRI DIEZ

"La Corte Suprema de Justicia, al concederle licencia al doctor Benjamín Iragorri Díez para separarse del cargo de Magistrado que ha desempeñado en forma digna de encomio, le expresa que vería complacida su pronto reintegro a esta Corporación, en donde se ha distinguido por sus relevantes prendas intelectuales y morales".

(Aprobada por la Corte, en sesión de Sala Plena el 10 de julio de 1958).

LA CORTE NOMBRA DOS MAGISTRADOS INTERINOS PARA LAS SALAS PENAL Y CIVIL DE LA CORPORACION

ACUERDO Nº 3

(Julio 18)

Por el cual se llenan unas vacantes.

La Corte Suprema de Justicia,

teniendo en cuenta:

Que el señor doctor Luis Zafra, nombrado por Acuerdo número 1, de fecha 10 del presente mes, Magistrado interino de esta Corporación en reemplazo del Honorable Magistrado doctor Benjamín Iragorri Díez, a quien se concedió licencia por enfermedad para separarse del cargo, declinó el nombramiento en vista del término que le señaló la Corte para tomar posesión por no poder desvincularse de sus negocios particulares;

Que el Honorable Magistrado doctor Armando Latorre Rizo falleció el día 16 de los corrientes, dolorosa circunstancia que deja vacante el cargo;

Que para la correcta marcha de los negocios que cursan en la Sala de Casación Penal, en la de Casación Civil y en la Sala Plena de esta Corporación es urgente proceder a llenar las vacantes que se han producido;

Que la reforma constitucional aprobada por el Plebiscito Nacional verificado el 1º de diciembre de 1957, en su inciso 3º del artículo 12, otorga plenamente a la Corte Suprema de Justicia la facultad de llenar las vacantes que se presenten, norma esta que entró en vigencia el 30 de enero del año en curso, vigencia que no está limitada a la condición de su reglamentación porque cualquiera que sea ésta tendrá que reconocer la facultad que tiene la Corte para proveer las vacantes que se produzcan en su seno;

Que esa facultad no se afecta y antes bien cobra mayor importancia, si cabe, por el hecho de que actualmente los Magistrados que la integran son interinos,

ACUERDA:

1º—Designar al señor doctor Simón Montero Torres Magistrado interino de la Corte Suprema de Justicia por el término de la licencia por enfermedad concedida al señor doctor Benjamín Iragorri Díez;

2º—Designar al señor doctor Julio Pardo Dávila Magistrado de la misma Corporación para llenar la vacante producida por el lamentado fallecimiento del Magistrado interino doctor Armando Latorre Rizo, mientras se hace el nombramiento en propiedad por la entidad que corresponda;

3º—Por el alto conducto del señor Ministro de Justicia, poner en conocimiento de la Honorable Junta Militar de Gobierno, la elección de los doctores Simón Montero Torres y Julio Pardo Dávila para efectos de la posesión ante la misma Honorable Junta, de conformidad con lo que estatuye el artículo 263 de la Ley 4ª de 1913.

Acompáñese cópia tanto de la Resolución que concede la licencia como del presente Acuerdo por el cual se llenan las vacantes mencionadas.

Dado en Bogotá D. E., a los diez y ocho días del mes de julio de mil novecientos cincuenta y ocho".

RECURSO DE QUEJA. — LA RECUSACION POR MORA NO SE REFIERE UNICAMENTE A LA ACTUAL SINO QUE PUEDE EXTENDERSE A LA PASADA. — PROCEDIMIENTO

1.—El Tribunal sienta la doctrina que no puede ser recusado un funcionario por "demoras ocurridas en tiempos pasados, sino por estar actualmente en mora de resolver dentro de un término legal". Tesis que rechaza la Corte.

2.—En la aplicación del Decreto 3.346 de 1950 el procedimiento a seguir obviamente se refiere a las normas procesales relacionadas con la recusación.

3.—No existe en el Decreto 3.346 de 1950 disposición sobre multa al recusante si no se prueba la recusación; esa disposición se encuentra en el C. J. (artículo 445).

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, julio dos de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango)

El señor Carlos García Herreros interpuso recurso de queja contra los IIII. Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y al memorial respectivo acompañó copia de las diligencias de recusación que propuso contra el Juez 2º Superior del mismo Distrito, doctor Pedro Ardila Beltrán, por demoras en la tramitación de un negocio penal.

Dice el recurrente que el día 8 de febrero de 1957, formuló recusación contra el señor Juez 2º Superior citado por morosidad en la tramitación del proceso que cursa en tal Juzgado contra su defendido Julio López Pinilla.

El fundamento para tal recusación es el que consagra el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 3.346 de 1950 ante una demora comprobada de tres años y cuatro meses sin tramitación.

La citada queja fue presentada ante el citado Tribunal, el cual dice el peticionario manifestó "que había resuelto aplicar, en estos casos de recusación por demoras, el trámite señalado por el artículo 4. (sic) del Decreto 3.665 de 1950 para la investigación, por cuanto se trata de omisiones que demostradas darían lugar, no solamente a la separación del funcionario del conocimiento de un caso determinado, sino también a las sanciones señaladas en tal Decreto; y, por tanto, no debe procederse de plano sino con previa audiencia del funcionario acusado".

Dice el quejante que no establece la Ley que para el trámite de las recusaciones que tengan como fundamento el artículo primero del Decreto 3.346 de 1950, se adopte el señalado en el artículo 5º del Decreto 3.665 de 1950 y que aunque él no entabló queja sino que recusó, no encontró despejada la línea de conducta tomada por el Tribunal, puesto que está autorizado para seguir el procedimiento que adoptó en forma oficiosa conforme al artículo 4º del citado Decreto.

Al dar los descargos el Juez a quien se le dio traslado, solo alega la excusa de que se le "refundió" el expediente y anota que ha dictado muchos fallos. Naturalmente tal alegación es inocua y no sirve para excusarlo, pues solamente la fuerza mayor y el caso fortuito exoneran de dar aplicación al artículo 1º del Decreto 3.346 de 1950.

Al tomar una decisión el Tribunal reconoce la injustificada demora del Juez y naturalmente debió aceptar la recusación, pero en vez de esto tomó pie de la circunstancia de haber dictado el Juez, cuando ya cursaba o se estaba preparando el interesado para recusarlo, auto por medio del cual ordenó dar traslado al Fiscal para resolver que "en la fecha en que fue interpuesta la solicitud de recusación, no existía una demora actual en la tramitación del referido proceso, pues el expediente no se encontraba en el Despacho del Juez para resolver sino en el Despacho del Fiscal".

El Tribunal sienta la doctrina que no puede ser

recusado un funcionario por "demoras ocurridas en tiempos pasados, sino por estar actualmente en mora de resolver dentro de un término legal". Tesis que rechaza la Corte.

En realidad: y, no obstante los prolijos argumentos del peticionario, el Tribunal "DECLARA no probada la recusación propuesta y condena al recusante a pagar una multa de $ 20.00 a favor de la Caja Nacional de Previsión Social".

No existiendo otro recurso contra esta providencia del Tribunal, que lleva fecha 26 de marzo de 1957, el señor Carlos García Herreros introdujo recurso de queja.

En diversos pasos de la Ley se menciona este recurso, pero no existe ninguna regulación procedimental sobre su tramitación y efecto. La jurisprudencia ha interpretado que se trata de un denuncio de competencia de la Rama penal y que debe aplicarse el Código de Procedimiento correspondiente.

Al llegar este negocio a la Corte y ser repartido, el suscrito ponente consultó en Sala Plena sobre qué procedimiento debía seguirse y ésta fue de concepto que se adoptara el del Decreto 3.665 de 1950, que fue el mismo seguido por el Tribunal para tramitar el relacionado con la recusación; y, en consecuencia dio aplicación al artículo 4º del mismo ordenando dar traslado a los Magistrados del Tribunal por el término de diez días, lo que efectivamente se hizo.

Los señores Magistrados evacuaron el traslado por medio de un extenso escrito de descargos en el cual dicen:

1. Que consideran de buena fe que la sanción establecida por el Decreto 3.346 solamente puede tramitarse como lo hizo, porque dicho Decreto no señala ningún mecanismo procesal para encausarlo y que continúa sosteniendo que tal sanción solamente puede comprender demoras presentes o actuales y no pasadas. Al mismo tiempo afirma que el Juez moroso no se quedó sin sanción, como sostiene el quejante, pues siguiendo el procedimiento adecuado para tales casos se impuso sanción al Juez por auto de 9 de agosto de 1957. En cuanto a la multa manifiesta que se limitó a aplicar el Decreto 3.346 que dice: "Que si no se aprueba la causal de recusación se le impone una multa al recusante".

2. Que no es cierto que como lo ha dicho el quejante en los memoriales a esta Corporación el señor García Herreros hubiera renunciado a la prescripción, pues antes por el contrario él mismo solicitó su declaratoria, y al efecto acompaña el Tribunal un Certificado del Juez Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en que se copia un memorial del quejante que dice: "Señor Juez Segundo Superior. Ref.: Juicio contra Julio López Pinilla por haber prescrito la acción penal en el juicio a que hago referencia, solicito de su Despacho que en el auto que declare la prescripción o cesación del procedimiento se ordene al respectivo R. de II PP.—Bucaramanga (sic.) febrero 5 de 1957. Señor Juez (Fdo.), Carlos García Herreros O.".

Luego entra el Tribunal en varias apreciaciones con relación al suscrito Magistrado sustanciador y a la Corte, algunas de las cuales conviene comentar.

En primer lugar no es cierto, como lo afirma el Tribunal, que la determinación de llevar al campo del Decreto 3.665 de 1950 la tramitación del recurso de queja de que se trata, sea del ponente pues, como se dijo en el encabezamiento de esta providencia, fue decisión de la Corte en pleno.

En segundo lugar no es operante la explicación referente a la no aplicación del procedimiento del Decreto 3.346 obviamente se refiere a las normas procesales relacionadas con la recusación y tampoco en cuanto a la explicación sobre el recurso de queja y el recurso de súplica conforme a los documentos traídos con el memorial del señor García Herreros a la Corte. Con todo se acepta dicha explicación.

Finalmente, tercero. No existe en el Decreto 3.346 de 1950, la disposición de que habla el Tribunal sobre multa al recusante si no se prueba la recusación: esa disposición se encuentra en el C. J. (artículo 445), lo que prueba que sí reconoció el Tribunal la posibilidad de dar cumplimiento a las disposiciones procesales sobre recusación en el caso contemplado por el Decreto citado, y cuya aplicación parcial condujo a un nuevo error

ya insalvable, el de una sanción injusta al recusante.

De todo lo expuesto se llega a la conclusión de que se trata de una interpretación errónea por parte del Tribunal de las disposiciones correspondientes, interpretación en que hay que abonarle la buena fe mientras no se pruebe lo contrario; y de que, por lo tanto, no hay lugar a aplicarle ninguna de las sanciones establecidas en el Decreto 3.665 "por el cual se dictan normas encaminadas al mejoramiento de la administración de justicia".

Como los hechos imputados no constituyen siquiera falta disciplinaria, no es el caso de ordenar investigación por delito alguno.

Archívese el expediente previa comunicación a los interesados y al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia. —

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

Roberto Gorrega—Luis A. Bravo—Alfredo Cock Arango—Gabriel Carreño Mallarino—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Benjamín Iragorri Díez—Ricardo Jordán Jiménez — Armando Latorre Rizo—Luis Eduardo Mejía—Héctor Martínez Guerra—Arturo C. Posada—Pedro Pacheco Osorio—Luis F. Paredes — Jorge Sanabria—Samuel de Sola Roncalla — Arturo Valencia Zea. Jorge Vélez García—Roberto de Zubiría—Eustorgio Sarría, Conjuez.—Jorge Soto Soto, Secretario.

FACULTADES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA PARA DICTAR DECRETOS DE CARACTER LEGISLATIVO DURANTE EL ESTADO DE SITIO. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 121 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. — SE DECLARA INEXEQUIBLE EL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 279 DE 1953, POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL EJERCICIO DE LA MEDICINA Y DE LA ODONTOLOGIA

1.—La normalidad del funcionamiento institucional en la vida del Estado de derecho se identifica con la noción de orden público específico que el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa debe conservar en todo el territorio y restablecer donde fuere turbado.

Si por causas de hecho ajenas a la voluntad de los gobernantes se altera el cumplimiento de la regulación en forma tan grave que justifique el estado de sitio, es necesario entender que si entonces el Gobierno tiene además de las facultades legales las que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes rigen para la guerra entre naciones, y que si está facultado para dictar decretos de carácter obligatorio y suspender leyes incompatibles con el estado de sitio, todo ello permanece invariablemente dentro del marco de la finalidad de que depende el régimen de emergencia: el pronto restablecimiento del Estado de Derecho a la plenitud de su vigor constitucional, en vez de su desmedro o acaso su ruina y destrucción.

Por manera que si a virtud de lo previsto en el artículo 121 de la Carta el Presidente de la República se encuentra dotado de los medios legítimos que le permitan cumplir en todo evento con el deber primordial de conservar y restablecer el orden público, no se trata, sin embargo, de arbitrio ilimitado susceptible de distorsión o desvío alguno de los fines a que corresponde o que escape al control constitucional de la Corte Suprema de Justicia: Sería imposible reparar la ruptura de los soportes en que descansa el equilibrio jurídico si se empezara por desconocer desde arriba los fundamentos mismos de la juridicidad y por cegar en sus fuentes la vida institucional de la República.

Que un Decreto de estado de sitio sea susceptible de declaración de inexequibilidad es algo definitivamente sustraído del campo de la duda por la simple lectura del artículo 214, que permite ver cómo esa suerte de Decretos se encuentra expresamente comprendida entre los actos acusables ante la Corte por cualquier ciudadano. Y puesto que la inexequibilidad de algún Decreto no significa necesariamente que esté comprometida la responsabilidad del Presidente de la República deducible ante el Congreso, está privado de fuerza constitucional el argumento de que si el primer funcionario de la rama ejecutiva es responsable de la conservación del orden público, no cabe admitir que otro alguno posea atribución para juzgar si una ley impide o no el restablecimiento del orden público o si un mandato legislativo es o no conducente a restaurar la normalidad.

2.—En punto de inexequibilidad la Corte limita su juicio a decidir objetivamente sobre si el texto acusado está o no en pugna con la Carta fundamental. Y si por guerra exterior o conmoción interior se encuentra turbado el orden público, el marco amplio y flexible en que se mueven las facultades presidenciales de emergencia no degenera, sin embargo, en campo adecuado a la arbitrariedad o desvío del poder, lo que sucedería necesariamente si entre la medida de carácter legislativo y el restablecimiento del orden público no existiera razonable conexión dentro del sentido general de buen gobierno y conducencia de los medios con los fines por alcanzar.

En cuestión de importancia tan señalada para la vida institucional de la República, la doctrina de la Corte, especialmente la consignada en el fallo de 28 de junio de 1956 (GACETA JUDICIAL, T. LXXXIII, 2169, 25 y ss.), se cifra y compendia en tres hipótesis:

a) O porque la medida es claramente ade-

cuada a suprimir las causas de carácter bélico o social que han perturbado el orden público, y su exequibilidad es del propio modo clara;

b) O porque el decreto de carácter legislativo recae ostensiblemente sobre materias ajenas en su naturaleza y aplicación al objetivo de restablecer el orden político o social perturbado, y es entonces francamente inexequible la medida; y

c) O porque hubiere motivos o factores expresados por el Gobierno que pudieren en forma razonable vincularse con el restablecimiento del orden público y existiere fundado motivo de duda en punto de conexión del Decreto con el regreso a la normalidad, caso en el cual debe tenerse la medida como amparada por la Carta dentro del régimen de excepción previsto por el artículo 121.

3. — Cuando por Decreto se legisla sobre cosas que por su naturaleza exigen reglas de carácter permanente y no soluciones circunstanciales y transitorias, empieza a descubrirse con bastante claridad la incongruencia de la medida legislativa con el restablecimiento del orden público, desde luego que el ostensible propósito de la norma no consiste en resolver situación alguna de emergencia sino que tiende a regular íntegra y permanentemente la materia como lo haría el parlamento en ambiente propio de la normalidad institucional.

Si por otro aspecto la perturbación del orden público no aparece directa ni indirectamente vinculada con el plano en que se ejercen determinadas profesiones liberales, fluye nítidamente la conclusión de que la medida de carácter legislativo se encuentra al margen del restablecimiento de la tranquilidad constitucional y por fuera del alcance de las atribuciones de excepción otorgadas al Presidente por el artículo 121 de la Carta.

La luz que irradia la naturaleza misma de las cosas deja en claro que si el ejercicio sin reglamentos de las profesiones médica y odontológica afecta los requerimientos esenciales de la salud social, no incide sin embargo en el mantenimiento de la paz general como soporte necesario de la vida jurídica de la nación.

Pero por lo mismo que la salud pública está de por medio no es difícil encontrar que el ejercicio de aquellas profesiones debe obedecer a estatutos permanentes emanados de la rama legislativa del poder público, y no depender de actos de vigencia esencialmente transitoria, destinados a fenecer tan pronto como la normalidad se recupere.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, cinco (5) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Mediante la acción pública consagrada en el artículo 214 de la Carta, el ciudadano Campo Elías Silva demandó la inexequibilidad del Decreto Legislativo 279 de 17 de febrero de 1953 "por el cual se reglamenta el ejercicio de la medicina y de la odontología".

Estima que el acto acusado viola el artículo 121 del estatuto fundamental, puesto que si los motivos aducidos para la declaración de estado de sitio en toda la República consistieron en "informaciones oficiales recibidas por el Gobierno, procedentes de varias regiones del país" en el sentido de que "se están consumando graves atentados contra el orden público, que han llegado algunas de ellas al ataque a las autoridades legítimamente constituídas", no aparece que el Decreto 279 tienda a restablecer la normalidad, por ausencia de nexo entre las causas de la perturbación de la paz pública y el ejercicio de la medicina y la odontología.

Y concreta la acusación al expresar que las leyes anteriores aplicables al ejercicio de dichas profesiones ningún problema de orden público le crearon al Gobierno ni en modo alguno eran incompatibles con el restablecimiento de la tranquilidad común.

* * *

El Procurador General de la Nación sostiene la exequibilidad de la medida legislativa cuando expresa en su vista:

"Sobre este aspecto básico de la presente acción nada nuevo puede agregar el suscrito Procurador a la doctrina constante de este Despacho sustentada en varios asuntos similares, acogida invariablemente por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema, según la cual ésta carece de facultad para definir si una norma legal determinada es o no incompatible con el estado de sitio, porque ese problema traspasa los naturales lími-

tes de la misión eminentemente jurídica que le asigna el artículo 214 de la Carta fundamental. Y porque siendo el Presidente de la República quien de acuerdo con la Constitución es el único responsable de la conservación del orden público, resultaría contradictorio que hubiese alguien con la atribución de juzgar si un ordenamiento legal impide o no el restablecimiento de ese orden, y si un mandato con carácter legislativo es o no conducente a tal restablecimiento y al respecto la Constitución establece la responsabilidad del Presidente y sus Ministros por la suspensión de las leyes dentro del estado de sitio, como consecuencia de que es el mismo Gobierno el que tiene que expedir las medidas encaminadas a restablecer el orden público".

* * *

Se considera:

— I —

El parecer de la Procuraduría no es el de la Corte en razón de los motivos que expone detenidamente el fallo de 28 de junio de 1956. (GACETA JUDICIAL, LXXXIII, 2169, 25 y ss.).

La normalidad del funcionamiento institucional en la vida del Estado de derecho se identifica con la noción de orden público específico que el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa debe conservar en todo el territorio y restablecer donde fuere turbado.

Si por causas de hecho ajenas a la voluntad de los gobernantes se altera el cumplimiento de la regulación institucional en forma tan grave que justifique el estado de sitio, es necesario entender que si entonces el Gobierno tiene además de las facultades legales las que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes rigen para la guerra entre naciones, y que si está facultado para dictar decretos de carácter obligatorio y suspender leyes incompatibles con el estado de sitio, todo ello permanece invariablemente dentro del marco de la finalidad de que depende el régimen de emergencia: el pronto restablecimiento del Estado de derecho a la plenitud de su vigor constitucional, en vez de su desmedro o acaso ruina y destrucción.

Por manera que si a virtud de lo previsto en el artículo 121 de la Carta el Presidente de la República se encuentra dotado de los medios legítimos que le permiten cumplir en todo evento con el deber primordial de conservar y restablecer el orden público, no se trata sin embargo de arbitrio ilimitado susceptible de distorsión o desvío alguno de los fines a que corresponde o que escape al control constitucional de la Corte Suprema de Justicia: Sería imposible reparar la ruptura de los soportes en que descansa el equilibrio jurídico si se empezara por desconocer desde arriba los fundamentos mismos de la juridicidad y por cegar en sus fuentes la vida institucional de la república.

Que un decreto de estado de sitio sea susceptible de declaración de inexequibilidad es algo definitivamente sustraído del campo de la duda por la simple lectura del artículo 214, que permite ver cómo esa suerte de decretos se encuentra expresamente comprendida entre los actos acusables ante la Corte por cualquier ciudadano. Y puesto que la inexequibilidad de algún decreto no significa necesariamente que esté comprometida la responsabilidad del Presidente de la República deducible ante el Congreso, está privado de fuerza constitucional el argumento de que si el primer funcionario de la rama ejecutiva es responsable de la conservación del orden público, no cabe admitir que otro alguno posea atribución para juzgar si una ley impide o no el restablecimiento del orden público o si un mandato legislativo es o no conducente a restaurar la normalidad.

— II —

En punto de inexequibilidad la Corte limita su juicio a decidir objetivamente sobre si el texto acusado está o no en pugna con la Carta fundamental. Y si por guerra exterior o conmoción interior se encuentra turbado el orden público, el marco amplio y flexible en que se mueven las facultades presidenciales de emergencia no degenera sin embargo en campo adecuado a la arbitrariedad o desvío del poder, lo que sucedería necesariamente si entre la medida de carácter legislativo y el restablecimiento del orden público no existiera razonable conexión dentro del sentido general de buen gobierno y conducencia de los medios con los fines por alcanzar.

En cuestión de importancia tan señalada para la vida institucional de la república, la doctrina de la Corte, especialmente en el precitado fallo de 28 de junio de 1956, se cifra y compendia en tres hipótesis:

a) O porque la medida es claramente adecuada a suprimir las causas de carácter bélico o social

que han perturbado el orden público, y su exequibilidad es del propio modo clara;

b) O porque el decreto de carácter legislativo recae ostensiblemente sobre materias ajenas en su naturaleza y aplicación al objetivo de restablecer el orden político o social perturbado, y es entonces francamente inexequible la medida; y

c) O porque hubiere motivos o factores expresados por el Gobierno que puedan en forma razonable vincularse con el restablecimiento del orden público y existiere fundado motivo de duda en punto a conexión del decreto con el regreso a la normalidad, caso en el cual debe tenerse la medida como amparada por la Carta dentro del régimen de excepción previsto por el artículo 121.

— III —

Cuando por decreto se legisla sobre cosas que por su naturaleza exigen reglas de carácter permanente y no soluciones circunstanciales y transitorias, empieza a descubrirse con bastante claridad la incongruencia de la medida legislativa con el restablecimiento del orden público, desde luego que el ostensible propósito de la norma no consiste en resolver situación alguna de emergencia sino que tiende a regular íntegra y permanentemente la materia como lo haría el parlamento en ambiente propio de la normalidad institucional.

Si por otro aspecto la perturbación del orden público no aparece directa ni indirectamente vinculada con el plano en que se ejercen determinadas profesiones liberales, fluye nítidamente la conclusión de que la medida de carácter legislativo se encuentra al margen del restablecimiento de la tranquilidad constitucional y por fuera del alcance de las atribuciones de excepción otorgadas al Presidente por el artículo 121 de la Carta.

La luz que irradia de la naturaleza misma de las cosas deja en claro que si el ejercicio sin reglamento de las profesiones médica y odontológica afecta los requerimientos esenciales de la salud social, no incide sin embargo en el mantenimiento de la paz general como soporte necesario de la vida jurídica de la nación.

Pero por lo mismo que la salud pública está de por medio no es difícil encontrar que el ejercicio de aquellas profesiones debe obedecer a estatutos permanentes emanados de la rama legislativa del poder público, y no depender de actos de vigencia esencialmente transitoria, destinados a fenecer tan pronto como la normalidad se recupere.

Ahora bien: el examen del Decreto legislativo 279 de 17 de febrero de 1953 no muestra vínculo alguno entre sus normas, las causas del estado de sitio declarado en 9 de noviembre de 1949 y la restauración de la vida institucional.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia reunida en pleno, oído el Procurador General de la Nación, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le está conferida por el artículo 214 de la Carta, DECLARA INEXEQUIBLE el Decreto Legislativo número 279 de 17 de febrero de 1953 (Diario Oficial número 28.137 de 26 de febrero del mismo año).

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

Roberto Goenaga, Presidente. — Alfredo Cock Arango—Antonio Vicente Arenas — Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Maldarias — Samuel de Sola Roncallo — Roberto de Zubiría—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez — Ricardo Jordán Jiménez — Héctor Martínez Cuenca — Luis Eduardo Mejía J. — Simón Montero—Pedro Pacheco Osorio—Julio Pardo Dávila—Luis Fernando Paredes—Arturo C. Posada — Jorge Sanabria. Aníbal Valencia Zea — Jorge Vélez García—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA CORTE, RESPECTO DE LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTS. 1º, 2º, 12º, 13º, 15º Y 18º DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 0279 DE 1953, POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL EJERCICIO DE LA MEDICINA Y DE LA ODONTOLOGIA, HACE LA HISTORIA DE LAS LEYES QUE REGLAMENTAN LAS ALUDIDAS PROFESIONES, ORDENA ESTARSE A LO RESUELTO EN SENTENCIA DE 5 DE AGOSTO DE 1958 QUE DECLARO INEXEQUIBLE LA TOTALIDAD DEL MENCIONADO DECRETO Y SEÑALA LA SITUACION JURIDICA RESULTANTE DE LA INEXEQUIBILIDAD DECLARADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel de Sola R.)

El doctor Eduardo Zuleta Angel, mayor de edad y de este vecindario, en uso del derecho que a los ciudadanos confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, en demanda de quince de julio de mil novecientos cincuenta y tres, solicita a la Corte que declare inexequibles los artículos 1º, 2º, 12º, 13º, 15º y 18º del Decreto Legislativo número 0279 de 17 de febrero de 1953, "por el cual se reglamenta el ejercicio de la medicina y de la odontología", publicado en el Diario Oficial número 28.137 de 28 de febrero del citado año, que son del tenor siguiente:

"Artículo 1º—Para los efectos legales se entiende por ejercicio de la medicina: examinar, diagnosticar, prescribir tratamientos de cualquier naturaleza para cualquier enfermedad, dolor, daño, accidente o deformidad física y, en general, la prestación de servicios destinados o aplicados a la profilaxia, al diagnóstico y al tratamiento de las enfermedades, ya sea que ellos se presten directamente o a través de instituciones públicas o privadas, tanto de carácter asistencial como sanitario.

"Artículo 2º—A partir de la vigencia del presente Decreto, solo podrán ejercer la medicina o la odontología en el territorio de la República de Colombia:

"a) Los que hayan adquirido o adquieran el título de médico o de odontólogo, respectivamente, expedido por alguna de las Facultades oficialmente reconocidas que funcionen o hayan funcionado en el país, y que esté refrendado por el Ministerio de Educación Nacional y registrado en la Junta de Títulos respectiva;

"b) Los colombianos graduados en el Exterior en una Facultad de reconocida competencia, lo que será certificado por el Agente Diplomático o Consular de la República en el país de origen del título. También certificarán dichos funcionarios que tales títulos tienen el mismo valor de los correspondientes en Colombia;

"c) Los nacionales o los extranjeros que hayan obtenido o que obtengan su título en una Facultad perteneciente a país con el cual Colombia tenga celebrados tratados o convenios sobre intercambio de títulos universitarios, en los términos de dichos tratados o convenios;

"d) Los extranjeros graduados en Facultades de países que no tengan tratados con Colombia, siempre que presenten en la capital de la República ante un jurado de examinadores, nombrado por la Facultad de Medicina o de Odontología de la Universidad Nacional, respectivamente, un examen que será reglamentado por el Gobierno Nacional;

"e) Los profesionales extranjeros que, a juicio de la Academia Nacional de Medicina o de la Federación Odontológica Colombiana, respectivamente, sean acreedores a esta gracia en razón de sus méritos y renombre científicos. La anterior excepción se refiere a ejercicio de la profesión por más de treinta días y debe ser tramitada por intermedio de la Junta de Títulos respectiva, la que será encargada de extender el correspondiente permiso;

"f) En caso de visita científica de un profesional de reconocido mérito y renombre, el Ministerio de Higiene podrá extender un permiso para ejercer la profesión por un período no mayor de treinta días.

"Parágrafo.—Para poder ejercer la medicina o la odontología, todos los títulos deberán ser aprobados por la Junta de Títulos correspondiente, y además, deberán ser registrados en la Dirección

Departamental, Intendencial o Comisarial de Higiene respectiva, en donde se llevará un libro especial para este fin. Sin estos requisitos ninguna autoridad permitirá el ejercicio de la medicina o de la odontología. Concédese un plazo improrrogable de seis (6) meses, a partir de la vigencia del presente Decreto, para la inscripción de todos los títulos de los profesionales en ejercicio en el territorio de la República, y un plazo de treinta (30) días para aquellos que, llegados a una localidad, comenzaren por primera vez a ejercer la profesión en ella.

"Parágrafo 2º— No se aceptan títulos de Facultades cuyo plan de estudios sea inferior al de las Facultades respectivas de la Universidad Nacional de Colombia. Tampoco se aceptan títulos expedidos por correspondencia. No serán válidos para el ejercicio de las profesiones los títulos honoríficos.

"Parágrafo 3º— Los profesionales extranjeros que vengan al país en cumplimiento de comisiones, contratos o visitas científicas, también quedan sujetos a las disposiciones del presente artículo. Los profesionales contratados por el Gobierno podrán, una vez terminado el contrato, continuar ejerciendo en la rama que haya sido motivo del contrato, de acuerdo con licencia que debe solicitarse a la Junta de Títulos respectiva.

"Parágrafo 4º— A ningún título se podrá autorizar el ejercicio de las profesiones médica u odontológica a quienes las hayan ejercido ilegalmente en cualquier tiempo.

"Artículo 12.—Ejercen ilegalmente la medicina todas las personas que, sin haber llenado los requisitos del presente Decreto, practiquen cualquier acto que constituya ejercicio de la medicina, de acuerdo con el artículo 1º, en especial:

"1º—Los que pretenden prevenir, diagnosticar y tratar las enfermedades por los métodos usuales en la medicina o por métodos distintos de éste;

"2º—Los profesionales afines a la medicina como odontólogos, farmacéuticos, enfermeras, parteras, fisioterapeutas, etc. que, extralimitando el campo de su trabajo, practiquen el ejercicio de la medicina de acuerdo con el artículo 1º;

"3º—Los médicos o personas legalmente autorizadas para ejercer la profesión que encubran a quienes no lo están o se asocien con ellas.

"4º—Los médicos que no hayan cumplido los requisitos de prestación de servicios rurales, de acuerdo con las disposiciones vigentes.

"Artículo 13.—El que ejerza ilegalmente la medicina, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años y será responsable civilmente de los daños causados.

"Parágrafo. — El procedimiento para adelantar los procesos que se inicien por ejercicio ilegal de la medicina será el señalado por el Artículo 13 de la Ley 48 de 1936.

"Artículo 15 — Las fórmulas firmadas por el responsable así como sus avisos de propaganda, sus placas murales y de anuncio profesional, sus locales y establecimientos de trabajo pertinentes, constituyen plena prueba del ejercicio ilegal de la medicina o de la odontología respectivamente.

"Artículo 18.—El presente Decreto rige desde la fecha de su expedición, y quedan suspendidas las Leyes 35 de 1929, 67 de 1935, 51 de 1937, el inciso d) del artículo 1º de la Ley 84 y las demás disposiciones contrarias al presente Decreto".

Afirma el demandante que los artículos acusados prohiben a los médicos homeopatas el ejercicio de su profesión y que, por tanto, violan los artículos 121, 39 y 30 de la Carta por las razones que se sintetizan de la siguiente manera:

a) Porque si la ley colombiana siempre que reglamentó el ejercicio de la medicina permitió a los médicos homeópatas la práctica de su profesión, como se dispuso en el Decreto Legislativo número 592 de 1905, en el artículo 2º de la Ley 83 de 1914, en los artículos 1º y 2º de la Ley 67 de 1920, en el 2º de la Ley 85 de 1922, en el 3º de la Ley 35 de 1929 y en el parágrafo 2º del 3º de la Ley 67 de 1935, les otorgó un derecho que no puede arrebatarles por el Decreto Legislativo acusado en parte, sin mengua del artículo 30 de la Constitución que en la primera parte de su inciso primero dice: "SE GARANTIZA LA PROPIEDAD PRIVADA Y LOS DEMAS DERECHOS ADQUIRIDOS CON JUSTO TITULO CON ARREGLO A LAS LEYES CIVILES, POR PERSONAS NATURALES O JURIDICAS, LOS CUALES NO PUEDEN SER DESCONOCIDOS NI VULNERADOS POR LEYES POSTERIORES".

b) Porque, de conformidad con el artículo 39 de la Carta, "la ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones. Puede además inspeccionarlas en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas", pero no puede prohibir la práctica de las profesiones lícitas.

c) Porque según el artículo 121 de la Constitución, en estado de sitio el Gobierno no puede derogar sino suspender las leyes incompatibles con tal estado, y no se ve qué incompatibilidad pue-

de haber entre el ejercicio de la homeopatía y el restablecimiento del orden público.

Surtido el traslado de la demanda al señor Procurador ad-hoc, doctor Juan Manuel Pachón Padilla, por impedimento aceptado al titular, conceptuó que eran exequibles los artículos acusados del decreto-ley materia de la demanda por estimar "que mientras subsista la turbación del orden público y el Gobierno esté investido consecuencialmente de las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional, invoca esa norma para dictar todas las medidas que a su juicio requiera la marcha de la administración general", son sus palabras, y por considerar que no proscriben la medicina homeopática ni impiden el ejercicio de la misma a los diplomados porque el parágrafo 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 0279 de 1953, concedió un plazo improrrogable de seis meses para la inscripción de todos los títulos de los profesionales de la medicina en el territorio de la República, y otro de treinta días para aquellos que, llegados a una localidad, comenzaron a ejercer en la misma por primera vez.

Agotado el procedimiento que la ley señala para el trámite de esta clase de negocios, corresponde ahora a la Corte pronunciarse sobre la demanda propuesta, lo que se hace mediante las siguientes consideraciones:

Como se desprende de todo lo expuesto, el meollo de la cuestión se concreta a lo siguiente:

Determinar si en verdad los artículos acusados del Decreto Ley 0279 de 1953 prohiben la práctica de la Homeopatía y a los médicos homeópatas el ejercicio de su profesión; y, en caso afirmativo, si el Gobierno puede constitucionalmente tomar tal determinación.

Para un mejor entendimiento del problema considera la Corte conveniente hacer un poco de historia.

Por el Decreto número 592 de 1905, se permitió ejercer la profesión de médicos en cualquier parte de la República a los homeópatas diplomados por el Instituto Homeopático de Colombia, y a los no titulados solamente en aquellas poblaciones que carecieran de facultativos, siempre y cuando que tuvieran una licencia expedida por un médico graduado establecido en el lugar más inmediato al de la sede de aquellos.

Se aprobó después la Ley 83 de 1914 que derogó expresamente y sustituyó el Decreto 592 de 1905, ley que, con respecto a los médicos homeópatas, dispuso que podían ejercer su profesión los ya titulados o que en el futuro titulará el Instituto Homeopático de Colombia; los no titulados que tenían en ese momento licencia para ejercer, sometiéndose a las limitaciones de la misma, o los que careciendo de ella hubieran ejercido durante cinco años.

Vinieron luego las leyes 67 de 1920 y 83 de 1922 que, aunque introdujeron algunas modificaciones a la ley 83 de 1914, dejaron intactos los derechos otorgados a los homeópatas por ésta, leyes todas que fueron derogadas también expresamente y sustituidas por la 35 de 1929, la que, por medio de su artículo 9º, respetó los susodichos derechos de los homeópatas que ejercían amparados por las leyes sobre el particular vigentes hasta el momento.

Por la Ley 67 de 1935 se reglamentó nuevamente el ejercicio de la medicina, y mediante el parágrafo 2º de su artículo 3º se dejaron una vez más a salvo los derechos de los homeópatas en ejercicio, diplomados o no, que hasta entonces habían reconocido las leyes. Empero, por su artículo 11 se dispuso, constituyendo esto sí una novedad, que en el futuro únicamente se otorgaría la licencia para ejercer a los homeópatas titulados por instituciones o Facultades cuyos pénsumes hubiera aprobado el Gobierno y cuyo funcionamiento estuviera permanentemente vigilado por el mismo, vale decir, por institutos nacionales reconocidos.

De lo que se deja expuesto se desprende que a pesar de la pluralidad de leyes y decretos reglamentarios de la profesión médica dictados desde 1905 hasta 1935, los homeópatas diplomados o los no titulados pero con licencia para ejercer por haberse ceñido a las disposiciones vigentes sobre la materia, no tuvieron dificultades para su ejercicio profesional por entonces. Mas estas comenzaron a surgir cuando fue dictado el Decreto Ley 2597 de 3 de agosto de 1950 que suspendió el artículo 9º de la Ley 35 de 1929 que a la letra decía:

"Artículo 9º—Los individuos que hayan obtenido diploma del Instituto Homeopático de Colombia, y los que, aun cuando carezcan de diploma, hayan ejercido la medicina por el sistema homeopático durante cinco años, podrán continuar ejerciéndola.

"Parágrafo.—También podrán ejercer la profesión de homeópatas los individuos que en lo sucesivo obtengan diploma del Instituto Homeopático de Colombia, pero este plantel no podrá conferir títulos de idoneidad sino a personas que comprueben haber cursado previamente en la Fa-

cultad de Medicina el primer año de estudios y las asignaturas de anatomía, fisiología y las tres patologías".

En efecto, suspendido en forma tan terminante el artículo 9º de la Ley 35 de 1929, pareció que los homeópatas titulados o licenciados que hasta entonces habían ejercido su profesión al amparo de las leyes, según se ha visto, de la noche a la mañana quedaron privados de tal ejercicio. Pero en la práctica no fue así, seguramente porque se advirtió que aunque suspendida la disposición transcrita, no lo había sido la Ley 67 de 1935, mencionada antes que, como se dijo, en el parágrafo 3º de su artículo 3º dejó intactos los derechos de los homeópatas titulados o licenciados en ejercicio.

Se expidió después el Decreto Legislativo 279 de 17 de febrero de 1953 "por el cual se reglamenta el ejercicio de la medicina y de la odontología", al que pertenecen los artículos acusados en la demanda, único estatuto que en ese momento quedó rigiendo todo lo relacionado con el ejercicio de la medicina, ya que por la Ley 35 de 1929 se derogaron expresamente las anteriores sobre el particular, y ésta fue a su turno suspendida por el artículo 18 del Decreto Legislativo en mención, que también suspendió la 67 citada.

Posteriormente se expidió el Decreto Ley 124 de 20 de enero de 1954, el cual derogó el 7º del 279 de 1953 atañedero solo a asuntos odontológicos, y levantó la suspensión o sea revivió el artículo 1º de la Ley 67 de 1935, el parágrafo de su artículo 9º y el 10 que, aunque referentes a la profesión médica, no alteran los requisitos que para poder ejercer la medicina estableció el Decreto Ley 279 tantas veces aludido.

Establecido pues que el Decreto 279 de 1953 quedó rigiendo lo relacionado con el ejercicio de la medicina, se pasa a examinar, como se expresó en otro lugar, si tiene razón o no el demandante al afirmar que él prohibe el ejercicio de la Homeopatía a los homeópatas titulados o licenciados hasta el momento de su expedición, y a los que se diplomen con posterioridad; y en caso afirmativo, si el Gobierno puede decretar la prohibición. Para ello se examinará detenidamente el contenido de los artículos objeto de la acusación.

EXAMEN DE LOS ARTICULOS ACUSADOS

Estudiados los artículos acusados del Decreto-Ley 279 de 1953 transcritos al principio de esta sentencia, no se ve, a primera vista, cómo pueden ser tachados de inconstitucionales, comoquiera que aparentemente se limitan a definir lo que debe entenderse por ejercicio de la medicina, a reglamentar su ejercicio, a determinar lo que se entiende por práctica ilegal de la misma, a señalar las sanciones para ésta y a suspender leyes anteriores sobre el particular, ya que el artículo 39 de la Carta ha establecido que "LA LEY PUEDE EXIGIR TITULOS DE IDONEIDAD Y REGLAMENTAR EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES". Sin embargo, como el demandante afirma que tales disposiciones por guardar absoluto silencio acerca del ejercicio de la medicina homeopática la prohiben implícitamente, lo que él considera violatorio de la Constitución, porque no está permitido al legislador prohibir las profesiones lícitas ni vulnerar derechos adquiridos al amparo de la ley, se examina si esas conclusiones no son equivocadas.

Si el Decreto Ley 279 de 17 de febrero de 1953 no hubiera suspendido expresamente la Ley 67 de 1935 que mediante el parágrafo 2º de su artículo 3º y el 11 dejó a salvo los derechos de los médicos homeópatas titulados o licenciados hasta entonces o que se titularan en el futuro, y se hubiera limitado a decir que solo suspendía las disposiciones de la Ley 67 contrarias a él, no habría ningún problema que debatir aunque hubiera guardado silencio, como afirma el demandante, acerca de la Homeopatía y los homeópatas, puesto que estos habrían podido continuar su ejercicio profesional al amparo de ésta. Mas como esa ley fue suspendida en su totalidad por el Decreto Ley tantas veces mentado, y éste al decir qué médicos y en qué circunstancias podían ejercer la medicina, a partir de su vigencia, nada dijo con respecto a la Homeopatía y médicos homeópatas, hay que concluir que implícitamente prohibió su práctica y suspendió a los profesionales facultados hasta ese momento para practicarla y a los que se titularan en el futuro, el derecho de ejercerla.

Y no se diga que la conclusión anterior es errónea porque si el artículo 2º del Decreto Ley acusado en parte, al enunciar en sus incisos a), b), c), d) y f) quiénes pueden ejercer la profesión de médicos u odontólogos no habló de médicos alópatas sino simplemente de médicos, cobijó también en esa enunciación a los homeópatas graduados en el país o en el exterior, nacionales o extranjeros, que sometieran sus diplomas a la aprobación de la Junta de Títulos, hoy Consejo de Práctica Profesional, y a registro en las Direc-

ciones de Higiene con las formalidades del caso, porque al establecer el parágrafo segundo de dicho artículo que no se aceptarían títulos de Facultades cuyos planes de estudio fueran inferiores a los de la Universidad Nacional de Colombia, de hecho rechazó a los homeópatas diplomados comoquiera que la Universidad Nacional no tiene Facultad de Homeopatía. Además, nada dijo el Decreto Ley con respecto a los homeópatas no titulados que en el momento de su expedición ejercían la medicina con licencias otorgadas de acuerdo con leyes anteriores. En cambio, a los odontólogos licenciados y no titulados sí les respetó su derecho al ejercicio profesional al disponer en su artículo 6º que "Pueden ejercer la odontología los que hayan obtenido licencias expedidas con todos los requisitos legales y con anterioridad a la vigencia del presente decreto".

Establecido que el artículo 2º del Decreto Ley 279 de 1953 prohibe el ejercicio de la medicina a los homeópatas titulados con anterioridad y posterioridad a su vigencia, y a los licenciados antes de su expedición, resta ahora averiguar si constitucionalmente podía hacerse tal cosa.

Sin que la Corte quiera intervenir en la vieja polémica surgida entre los médicos alópatas y homeópatas acerca de cuál de los dos sistemas es el mejor para el tratamiento de las enfermedades, pues ello no es de su incumbencia, sí debe reconocer que la Homeopatía ha sido tenida en el mundo como una ciencia respetable descubierta en Alemania por el médico Samuel Federico Hahnemann, nacido en Mesen el 10 de abril de 1755, según se desprende de la obra del doctor Francisco Valiente T. intitulada "El Triunfo Definitivo de la Homeopatía", editada en 1934 por la editorial "Mercurio" de Cartagena.

Colombia haciéndose eco del respeto profesado a esta ciencia en otras partes del mundo, permitió siempre su práctica, como lo comprueban los decretos y leyes dictados en el país desde 1905 hasta 1953 de que se habló en otro lugar, hecho que denota también cómo sus métodos, basados en el principio "similia similibus curantur", nunca fueron reputados contrarios a la salubridad pública.

Si las cosas han sido así hasta el momento, vale decir, si la homeopatía ha sido una ciencia hasta ahora respetable y respetada y su ejercicio una profesión lícita que los homeópatas diplomados y licenciados han ejercido en el país al amparo de sus leyes hasta la expedición del Decreto Ley 279 de 1953, no se ve cómo el legislador, el Gobierno en este caso, pueda dictar disposiciones como su artículo 2º que, en relación con su artículo 18, prohiben su ejercicio y arrebatan a tales profesionales su derecho a ejercer, sin que se infrinjan los artículos 39 y 30 de la Carta que no permiten prohibir las actividades lícitas y garantizan los derechos adquiridos disponiendo que no pueden ser desconocidos por leyes posteriores a las que los originaron.

No hay necesidad en el caso de autos, en sentir de la Sala, para hacer eruditas exposiciones como las hace el distinguido jurista demandante, para determinar cuál es el verdadero concepto de derecho adquirido y, por consiguiente, que debe tenerse por tal el otorgado por la ley hasta 1953 a los homeópatas titulados o licenciados hasta entonces en ejercicio, pues esta es cosa tan clara que cualquier explicación al respecto lejos de dar luces sobre el particular puede enturbiarla.

Pero no solamente por los aspectos contemplados son inconstitucionales los artículos 2º y 18 del Decreto 279 de 1953 sino también por otro, del que se hablará después de analizar, como pasa a hacerlo la Sala, si son exequibles o inexequibles sus otras disposiciones acusadas, o sean sus artículos 1º, 12, 13 y 15 copiados al principio de la sentencia, para lo cual se comienza por el segundo de los últimamente mencionados.

El artículo 12 del decreto-ley materia de la acusación, establece en la primera parte y ordinal 1º de su único inciso, que ejercen ilegalmente la medicina las personas que sin haber llenado los requisitos del mismo practican cualquier acto de los que, según su artículo 1º, constituyen ejercicio médico, es decir, los alópatas diplomados, nacionales o extranjeros, cuyos títulos no hayan sido aprobados y registrados mediante las formalidades señaladas por su artículo 2º, y las personas sin título médico, entre las que hay que contar a los homeópatas diplomados o licenciados, por lo expresado en otro lugar. Y en sus numerales 2º, 3º y 4º del inciso en cuestión, señala también como contraventores de tal ley a los odontólogos, farmaceutas, enfermeras, parteras, fisioterapeutas, etc., etc., que, extralimitando sus funciones profesionales, practiquen la medicina; a los médicos legalmente autorizados para ejercerla que encubran a "teguas" o se asocien a ellos, o no hayan prestado el servicio médico rural estando obligados.

Lo primero que se observa al leer la disposición a que ahora se alude es que, en realidad, sobra en su primera parte y numerales 1º y 2º y, por

tanto, que no había necesidad de dictarla, puesto que si en el artículo 2º del decreto-ley se especificó minuciosamente quiénes pueden ejercer la medicina, claro está que los médicos o profanos no comprendidos dentro de tal artículo, la ejercen ilegalmente.

O dicho de otra manera: El artículo 12 del decreto-ley 279 de 1953, no hizo otra cosa que decir en forma negativa lo que el 2º había dicho de manera positiva, agregando solamente la novedad de considerar fuera de la ley a los profesionales asociados a "seguas" o encubridores de estos, o que no hubieran cumplido con el servicio médico rural.

Ahora bien: Si el artículo 12 en referencia no hace otra cosa que expresar en forma negativa o contraria lo que expresó el 2º de manera positiva, vale decir, reputa ejercicio ilegal de la medicina el de los homeópatas diplomados o licenciados o que se diplomen en el futuro, comoquiera que estos, como se dejó demostrado, quedaron, excluídos de la posibilidad de hacer aprobar y registrar sus títulos y licencias por ante la Junta de Títulos (hoy Consejo de Práctica Profesional), y respectiva Dirección de Higiene, o —lo que es lo mismo— no pueden llenar los requisitos del decreto-ley para poder ejercer, militan contra él idénticas razones a las que se dieron con relación al 2º para concluir que es inexequible.

Los artículos 1º, 13 y 15 del decreto-ley 279 de 1953, la Corte conceptúa que, aunque aparentemente son constitucionales, puesto que el 1º se limita a definir, aunque en forma imperfecta, lo que debe entenderse por ejercicio de la medicina, pues comprende algo más de lo definido como, por ejemplo, la aplicación por familiares de medicamentos caseros a males de menor cuantía; el 13 a imponer pena de prisión para los que ejerzan ilegalmente la medicina y a indicar el procedimiento para juzgarlos, sin contrariar los artículos 26 y 28 de la Carta; y el 15 da el valor de plena prueba, en los susodichos procesos, a ciertos hechos o indicios reveladores del ejercicio de la medicina por parte de los infractores de la ordenación gubernamental que se estudia, como las fórmulas firmadas por el sindicado, sus placas murales y anuncios profesionales, el establecimiento de consultorios, etc., o sea establece presunciones legales, aunque aparentemente constitucionales, se repite, no lo son por cuanto fueron dictados en uso de las facultades extraordinarias que otorga el artículo 121 de la Constitución al Gobierno, y no se ve que exista alguna relación entre su contenido y el restablecimiento del orden público, requisito indispensable para que disposiciones de esa índole puedan considerarse exequibles. Este aspecto de la inexequibilidad, como se insinuó anteriormente, cobija asimismo a los artículos 2º y 18 acusados, y si sabiéndolo la Sala se empeñó en demostrar que lo eran también por otros, fue porque quiso extremar su celo en el estudio de la cuestión planteada.

Resumiendo lo dicho hasta aquí se tiene que se encuentran inexequibles los artículos 1º, 2º, 13º, 15º y 18º del decreto-ley 279 de 17 de febrero de 1953, acusados. Empero, como en esta fecha la Corte, en el juicio promovido por Campo Elías Silva Rivas acusando de inconstitucional todo el decreto-ley aludido, lo ha declarado íntegramente inexequible, este fallo tiene que concluir ordenando que se esté a lo resuelto en esa providencia.

Para terminar, solo restaría manifestar que con la declaratoria de inexequibilidad hecha por la Corte en la mencionada sentencia, cesa la suspensión de las leyes 67 de 1935 y 51 de 1937 que reglamentan, respectivamente, el ejercicio de la medicina y odontología, y la del inciso d) del artículo 1º de la Ley 84 de 1946, atinente a la profesión de farmacéutico, que fueron suspendidas por el decreto-ley tantas veces citado.

En atención a lo precedentemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena,

DECIDE:

Estése a lo resuelto por la Sala Plena de la Corte en su sentencia de esta misma fecha.

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

Roberto Goenaga — Antonio Vicente Arenas. Luis Alberto Bravo — Gabriel Carreño Mallarino. Alfredo Cock Arango — Roberto de Zubiría — Samuel de Sola Bonnelle — Ignacio Escallón — José Hernández Arbeláez — Ricardo Jordán Jiménez. Héctor Martínez Guerra — Luis Eduardo Mejía J. Simón Montero T. — Luis Fernando Paredes — Pedro Pacheco Osorio — Arturo C. Posada — Julio Pardo Dávila — Jorge Sanabria — Arturo Valencia Zea. Jorge Vélez García. — El Secretario, Jorge Soto Soto.

SE DECLARA EXEQUIBLE EL DECRETO NUMERO 1241 DE 1944, POR EL CUAL SE DICTAN MEDIDAS TENDIENTES A LA EXACTA RECAUDACION DE LAS RENTAS PUBLICAS. — LA PERDIDA DE UN EMPLEO PUBLICO, POR LA NO PRESENTACION DEL CERTIFICADO DE PAZ Y SALVO PARA PODERSE POSESIONAR, NO GENERA PERJUICIOS MATERIALES NI MORALES A CARGO DE LA NACION

Si en una sociedad bien organizada es una obligación elemental de todos sus miembros pagar puntualmente las contribuciones que les corresponden para el correcto funcionamiento del Estado, tanto más deben cumplir con ese primordial deber los funcionarios de la Administración Pública que deben ser en todo campo ejemplo de sus conciudadanos.

Pretender que se condene a la Nación al pago de perjuicios materiales y morales a favor de una persona, por no haberse podido posesionar de un cargo público, en razón de no estar a paz y salvo con aquella, y que se computen los perjuicios por los sueldos que ha dejado de devengar en el puesto, es a todas luces absurdo e injurídico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, agosto ocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra)

El señor Luis Carlos Castrillón Vergara, por medio de apoderado, pide que se declare la inexequibilidad del Decreto número 1241 de 1944 "por el cual se dictan medidas tendientes a la exacta recaudación de las rentas públicas" y expedido por el Gobierno Nacional "en uso de sus facultades constitucionales y de las extraordinarias conferidas por los artículos 11 y 12 de la Ley 7ª de 1943".

El Decreto demandado es del tenor siguiente:

"CONSIDERANDO:

"Que es de imprescindible necesidad poner en práctica las medidas que tiendan a una efectiva recaudación de las rentas públicas, en orden a una mejor situación fiscal y consecuencialmente a la prestación de un mejor servicio público;

"Que se presentan casos en que algunos servidores públicos, por falta de reglamentaciones precisas, no verifican cumplidamente el pago de los impuestos que les corresponden, siendo así que su calidad de tales los obliga a ser más estrictos en sus deberes de contribuyentes;

"Que en atención a esas circunstancias es conveniente una mayor colaboración de los empleados oficiales para la mejor obtención de los fines que debe ejecutar el Estado en su empeño de hacer eficaz y oportuna la recaudación de todos los impuestos;

"Que el Revisor Presidencial ha rendido informe escrito al Presidente de la República en que aconseja la adopción de las medidas que por este Decreto se toman,

"DECRETA:

"Artículo 1º—Para tomar posesión de cualquier empleo nacional, departamental o municipal, es requisito indispensable que la persona designada presente previamente el certificado expedido por la respectiva Oficina de Hacienda, en que conste que está a paz y salvo con la Nación por concepto de impuesto de la renta y sus complementarios.

"Artículo 2º—A partir del primero (1º) de octubre del presente año, será obligatorio para el cobro de los sueldos de todo empleado público, sueldos de retiro y pensiones, la presentación al respectivo Pagador del certificado de paz y salvo de que trata el artículo anterior.

"Artículo 3º—Los Pagadores están obligados a llevar, en cada una de sus dependencias, un registro especial de los empleados públicos y personas a que se refiere el artículo anterior que estén a paz y salvo, a fin de no obligarlos a presentar el certificado correspondiente cada vez que hagan efectivo el cobro de sus nóminas o pensiones.

"Artículo 4º—Los Administradores de Hacienda Nacional pasarán a las correspondientes oficinas pagadoras una relación completa de las liquidaciones sobre impuestos sobre la renta y sus com-

plementarios, a medida que se produzcan y con indicación de la fecha de su vencimiento.

"Artículo 5º—El funcionario o empleado público que diere a otro posesión de un empleo sin el requisito a que se refiere el artículo primero, incurrirá en una multa hasta de cien pesos ($ 100) que será impuesta por el inmediato superior, de oficio o a solicitud de cualquier funcionario o particular que denuncie la omisión.

"Incurrirán también en igual sanción los Pagadores que hicieren pagos sin cumplir las prescripciones del presente Decreto, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran por la presentación de sus cuentas con estas deficiencias.

"Artículo 6º—El presente Decreto empezará a regir treinta días después de su publicación en el Diario Oficial.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá a 26 de mayo de 1944.

"(Fdo.) ALFONSO LOPEZ

"(Fdo.) Gonzalo Restrepo".

Una de las facultades constitucionales en que se funda el Decreto está contenida en el artículo 120 de la Constitución Nacional, numeral 12, que dice así:

"Artículo 120.—Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

"..... .....

"12ª—Cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos, y decretar su inversión con arreglo a las leyes".

En concepto de la Corte este precepto es bastante para respaldar por sí solo, sin necesidad de apelar a las facultades extraordinarias del Decreto 1241 de 1944.

Se transcriben los artículos 11 y 12 de la Ley 7ª de 1943:

"Artículo 11º—Con el fin de reorganizar las distintas dependencias de la Administración, en orden a la prestación de un mejor servicio público, realizándose a la vez economías en el costo actual, créase el cargo de Revisor Presidencial, con las siguientes funciones:

"1º—Visitar todas las dependencias de la Administración Pública, e informarse detalladamente de las funciones adscritas a cada Departamento, Sección u organismo administrativo, número de empleados adscritos a ellos, sueldos, necesidades y eficacia del servicio.

"2º—Visitar asimismo los organismos de utilidad pública, las instituciones oficiales, semioficiales, y aquellas en que tenga participación el Estado.

"3º—Rendir informe escrito al Presidente de la República, al Ministro o al Gobernador respectivo del resultado de sus visitas, haciendo en cada caso las indicaciones que estime necesarias.

"Artículo 12º—El Presidente de la República podrá poner en vigencia las medidas indicadas por el Revisor de que trata el artículo anterior, para lo cual se le inviste de facultades extraordinarias hasta el 31 de diciembre de 1944. Se exceptúan de esta autorización las medidas que se refieran a la Contraloría General de la República, las cuales requerirán de la aprobación del Congreso".

El señor apoderado del demandante afirma que el Decreto cuya inexequibilidad solicita es "violatorio de los artículos 16, 17, 23 y 39 de la Constitución Nacional", pero las alegaciones que hace para sustentar su solicitud, no pueden considerarse, ni aún remotamente, como razones valederas y dignas de tenerse en cuenta. Porque la Corte considera que las "razones" a que se refiere la Ley 96 de 1936, deben ser argumentos o demostraciones de orden lógico enderezados a llevar a la convicción del juzgador la incompatibilidad entre el acto demandado y los preceptos o principios constitucionales que se dicen violados, pero en ningún caso consideraciones de orden diferente como las que el señor apoderado presenta.

El artículo 16 de la Constitución ordena que las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas en sus vidas, honra y bienes; el artículo 17, consagra el trabajo como una obligación social; el artículo 23 prescribe que nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión, o privado de la libertad, o registrado su domicilio, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos definidos por las leyes, y el 39 establece la libertad para escoger profesión u oficio.

Ni aun forzando la imaginación, se puede pretender que el Decreto acusado y que se ha transcrito, pueda menoscabar ni siquiera en forma aparente los preceptos referidos, o cualesquiera otros de la Constitución, y en el escrito del demandante nada se halla que pueda poner en duda la constitucionalidad del decreto acusado.

Y antes por el contrario, la Corte encuentra que el Decreto demandado se ha dictado en cumplimiento de un deber de la Administración, o sea tomar medidas eficaces para el oportuno recaudo de las rentas públicas, lo cual como ya se vio está consagrado en una disposición de nuestra ley fundamental.

Y además, si en una sociedad bien organizada es una obligación elemental de todos sus miembros pagar puntualmente las contribuciones que les corresponden para el correcto funcionamiento del Estado, tanto más deben cumplir con ese primordial deber los funcionarios de la Administración Pública que deben ser en todo campo ejemplo de sus conciudadanos.

El señor apoderado, además, pide que se condene a la Nación al pago de perjuicios materiales y morales a su cliente, que los computa por los sueldos que ha dejado de devengar en el puesto del que no se pudo posesionar por no estar a paz y salvo con la Nación por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios. Esta pretensión del señor apoderado —"a todas luces absurda o injurídica"— como acertadamente la califica el señor Procurador General de la Nación, tiene que ser desechada por improcedente.

Basta lo dicho para que la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, y en uso de las facultades conferidas por el artículo 214 de la Constitución Nacional deniegue la petición de inexequibilidad del Decreto 1241 de 1944, lo declara exequible en todas sus partes y rechace por improcedentes las demás peticiones de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, envíense sendas copias al Ministerio de Gobierno para su publicación en el Diario Oficial y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para su información.

Roberto Goenaga — Antonio Víccate Arenas— Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Maffarino. Alfredo Cock Arango — Ignacio Escallón — José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez— Luis Eduardo Mejía—Simón Montero—Luis Fernando Paredes—Julio Pardo Dávila—Héctor Martínez Guerra—Pedro Pacheco Osorio—Arturo C. Posada—Jorge Sanabria—Samuel de Sola Roncallo—Jorge Vélez García — Arturo Valencia Zea. Roberto de Zubiría—Jorge Soto Soto, Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS CONTRA MAGISTRADOS DE TRIBUNALES SUPERIORES, POR FALTAS, OMISIONES E IRREGULARIDADES EN EL DESEMPEÑO DE SUS CARGOS. — COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE ESTA CLASE DE ACCIONES. — DECLARACION POR MEDIO DE CERTIFICACION JURADA. — EN MATERIAS ESTRICTAMENTE PENALES NO PUEDE EL JUZGADOR DAR APLICACION POR ANALOGIA A LAS LEYES DE CARACTER SUSTANTIVO. — MODO DE NOTIFICAR UN MANDAMIENTO EJECUTIVO A JUECES Y MAGISTRADOS. — LA MORA DE UN MAGISTRADO EN EL PAGO DE SUS DEUDAS, AUNQUE NO SE HAYA DEMOSTRADO QUE ES HABITUAL E INJUSTIFICADA, ES POR DEMAS CENSURABLE POR CUANTO QUE SU CONDUCTA DEBE AJUSTARSE A LAS MAS ESTRICTAS NORMAS DE LA ETICA Y LA MORAL

1.—Tratándose de resolver sobre una solicitud de sanción disciplinaria contra un Magistrado de Distrito Judicial por alguna o algunas de las causales previstas en el artículo 2º del Decreto Extraordinario 3665 de 1952, que consagra normas encaminadas al mejoramiento de la administración de justicia, corresponde a la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— dictar la respectiva resolución, porque ella nombra en propiedad a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y según el artículo 1º de aquel Decreto, "para los efectos de éste... se entiende por superior la entidad o funcionario a quien corresponda nombrar en propiedad el inferior".

Según el artículo 3º del Decreto, son responsables de faltas, omisiones e irregularidades en que incurran, y, en consecuencia, estarán sujetos a las sanciones disciplinarias correspondientes, que se impondrán por el respectivo superior con las normas contenidas en tal Decreto, entre otros funcionarios públicos, los Magistrados. Y según el artículo 2º son causales para la imposición de sanciones de esa naturaleza, entre otras, "la mala conducta social motivada por hábito de embriaguez, práctica de juegos prohibidos, MORA HABITUAL E INJUSTIFICADA EN EL PAGO DE DEUDAS, abandono de los deberes primordiales del hogar Y OTROS HECHOS ANALOGOS (el subrayado es de la Sala) que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia".

2.—El artículo 6º del Código Judicial dispone que todos los funcionarios públicos, Generales en servicio activo y dignidades de la Iglesia que allí se nombran, entre los primeros también los Magistrados de los Tribunales, al rendir su testimonio ante el inferior, DECLARAN por medio de certificación jurada, y con ese objeto se les pasa copia de lo conducente; y que cualquiera de estas personas que se abstenga de dar o demore la certificación a que está obligada, FALTA AL CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES, y por tanto, para hacer efectiva esa responsabilidad, el Juez pone el hecho en conocimiento de la autoridad encargada de juzgar a dicha persona.

Es cuestión definida por la doctrina y la jurisprudencia que en materias estrictamente penales no puede el juzgador dar aplicación por ANALOGIA a las leyes de carácter sustantivo, porque en tales materias rige y tiene absoluta vigencia el principio universal de que no existe delito sin una ley que la establezca y fulmina y por lo mismo tampoco hay pena sin una ley que la imponga (NULLUM CRIMEN SINE LEGE—NULLA PENA SINE LEGE). No obstante también es cuestión definida por la ciencia del derecho que tal principio no incide en el llamado derecho penal disciplinario, que proviene del ejercicio de la potestad disciplinaria que pertenece al Estado, cuya fin es corregir a sus funcionarios en el caso de que infrinjan los deberes y obligaciones que su reglamentación profesional le impone.

3. — Revela ignorancia de la ley o temor reverencial hacia su superior jerárquico, el Juez que, sin su intervención directa, pretende obtener de un Magistrado de Tribu-

nal Superior, por medio de despacho comisorio, la notificación de un mandamiento de pago por la vía ejecutiva librado contra él. En caso tal, debe dar aplicación a los artículos 999 y 1000 del Código Judicial, que indican el modo de hacer la notificación de un mandamiento ejecutivo cuando se trata de personas que según los artículos 676 y 678 del mismo estatuto no están obligadas a presentarse al despacho del Juez. La diligencia se les hace en su casa, previo aviso de la fecha y la hora en que debe practicarse.

4.—Si la Sala carece de elementos hábiles de prueba para imponerle a un Magistrado una sanción disciplinaria de acuerdo con el Decreto 3665 de 1950, por mora en el pago de deudas —aunque no se haya demostrado que es HABITUAL E INJUSTIFICADA— no puede menos de hacer ostensible su extrañeza de que los funcionarios de la rama jurisdiccional se vean demandados para el cumplimiento de obligaciones personales que de ser viables, ninguna razón existiría para dejar de cumplirlas, máxime tratándose de un Magistrado, representante de la más alta jerarquía judicial del Departamento, cuya conducta debe ajustarse a las más estrictas normas de la ética y la moral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, agosto dieciocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria)

El doctor Octavio Espitia y Pardo, en escrito recibido el tres (3) de junio del corriente año, solicita de la Corte Suprema de Justicia requiera al Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, doctor Enrique Roa, a fin de que bajo la sanción señalada en el artículo 678 del Código Judicial, cumpla el mandato judicial de los Juzgados Cuarto y Sexto Civiles Municipales de aquella ciudad, por los cuales se le libraron sendos mandatos ejecutivos hace más de un mes, y que se ha negado a contestar.

Con su escrito acompañó el solicitante dos certificados de aquellos Juzgados, que respectivamente dicen:

"El suscrito Secretario del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Barranquilla, en cumplimiento a lo ordenado en el auto anterior, CERTIFICA: Que dentro del juicio ejecutivo promovido por el doctor Octavio Espitia y Pardo, como apoderado de 'J. Glottmann S. A.' contra el doctor Enrique Roa y otro, se dictó auto de mandamiento ejecutivo contra los demandados, en fecha catorce de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, habiéndose librado despacho comisorio para la notificación al Magistrado doctor Roa, sin que hasta la fecha lo haya devuelto debidamente cumplido, no obstante haberle señalado término para ello. En fe de lo cual se expide el presente certificado en Barranquilla, a los catorce días del mes de abril de mil novecientos cincuenta y ocho...".

"En cumplimiento a lo ordenado en auto anterior, el suscrito Secretario del Juzgado Sexto Civil Municipal de Barranquilla, CERTIFICA: Que en este Juzgado cursa un juicio ejecutivo promovido por el doctor Octavio Espitia y Pardo en su calidad de apoderado de J. Glottmann S. A., contra el doctor Enrique A. Roa. Dentro del mencionado juicio se libró mandamiento ejecutivo y se transcribió al doctor Enrique A. Roa en su carácter de Magistrado del Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial, mediante exhorto suplicatorio que aún no se ha recibido diligenciado. En fe de lo cual se expide el presente certificado, hoy veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta y ocho (1958)...".

* * *

Por auto de siete (7) de junio de este año se ordenó dar del escrito y documentos antes relacionados conocimiento al Magistrado doctor Roa, para los efectos indicados en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto Extraordinario 3665 de 1950, quien oportunamente presentó sus descargos en estos términos:

Niega bajo su palabra y seriedad haber recibido despacho comisorio alguno en que se le comunicara un mandamiento ejecutivo para su diligenciamiento. Que esto lo comprueba con dos certificaciones expedidas por los Jueces Cuarto y Sexto Civiles Municipales, en las que se hace constar que él no aparece recibiendo directamente tales despachos. Que, por el contrario, de una de tales certificaciones se desprende que el propio interesado recibió la comunicación del caso, y de la otra que fue dejada en una Secretaría. Que en todo caso declara que tales comunicaciones ni llegaron, ni han llegado a su poder y por

lo mismo imposible es que tenga conocimiento judicial de ellas. Por último agrega:

"Además según se desprende de la misma queja se trata de un auto de mandamiento ejecutivo dictado en septiembre 14 de 1953 y como lo dicen las certificaciones se trata de unas letras de cambio firmadas en el año de 1952. Es decir, que de esto hace más o menos seis años. Y por tal cosa no se me puede atribuir falta en el cumplimiento de mis deberes como Magistrado porque para tal época yo estaba muy distante de ser Magistrado, cargo que solo vengo ocupando desde el año pasado.

"Declaro que se trata de las denominadas firmas de favor y que con el conocimiento que he tenido de lo acaecido, he tratado de localizar inútilmente al quejoso para solucionar esa antigua fianza. Declaro además que el quejoso es muy conocido en los círculos judiciales como muy quisquilloso y clásico tipo de picapleitos que se mantiene acusando a los funcionarios habiéndome tocado entrar en su implacable turno".

Y para justificar sus descargos acompaño a su escrito las dos certificaciones que anuncia en éste, de los cuales se desprenden estos hechos:

Que Alfonso Márquez, en su calidad de empleado autorizado por el doctor Espitia y Pardo, recibió el 22 de enero de 1958 de la Secretaría del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Barranquilla, al oficio número 076 para la notificación del doctor Enrique Roa; que en el juicio ejecutivo adelantado por Espitia y Pardo como apoderado de la casa Glottmann S. A. contra el Magistrado Roa, en dicho Juzgado se libró mandamiento ejecutivo por auto de fecha 14 de septiembre de 1953; que en el juicio ejecutivo seguido en el Juzgado 6º Civil Municipal de Barranquilla por Espitia y Pardo en su calidad de apoderado de la misma casa, contra el mismo Magistrado, se dictó mandamiento ejecutivo según auto de 15 de septiembre de 1953, por la cantidad de $ 480.00 m. l.; que para notificar al demandado se libró exhorto número 2 de 24 de febrero de 1958, el que fue recibido por Rafael Meza M., Secretario de la Sala Laboral del Tribunal de Barranquilla, según constancia firmada por éste en el libro correspondiente del Juzgado, y que la obligación por la cual es demandado el doctor Roa consta en quince letras de cambio por $ 32.00 cada una, con vencimiento en los doce meses del año de 1952 y en los tres primeros de 1953.

* * *

Para una mejor información y con base en el artículo 7º del Decreto 3665 de 1950, se ordenó librar despacho a los jueces cuarto y sexto civiles municipales de Barranquilla para que enviaran copia auténtica, respectivamente, del oficio número 076 dirigido al doctor Enrique Roa, recibido por el señor Alfonso Márquez el 22 de enero de 1958, y del exhorto suplicatorio número 2, de 24 de febrero del mismo año, dirigido al doctor Roa "para la notificación del auto ejecutivo", exhorto que aparece recibido por el Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

De tales copias, expedidas por los mencionados jueces se desprende: Que adjunto al oficio número 076 se remitió al doctor Roa carta del mandamiento de pago dictado por el Juzgado Cuarto Civil Municipal dentro del juicio ejecutivo promovido por el doctor Octavio Espitia y Pardo contra el doctor Roa y Rafael Olano, "para que se sirviera dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 678 del C. J., y que con el exhorto suplicatorio en el cual se le transcribió la respectiva providencia, se pretendía conseguir del doctor Roa se notificara, de acuerdo con los artículos 1000 y 678 del Código Judicial, del mandamiento de pago dictado por el Juez Sexto Civil Municipal dentro del juicio ejecutivo promovido por J. Glottmann S. A. contra el citado Roa y Jairo de Bedout.

Las copias antes aludidas corroboran en todas sus partes los hechos sobre los cuales expidieron certificación los secretarios de los juzgados municipales mencionados.

* * *

Vistos los cargos del demandante y los descargos del Magistrado Roa, la Corte entra a decidir.

Tratándose de resolver sobre una solicitud de sanción disciplinaria contra un Magistrado del Distrito Judicial por alguna o algunas de las causales previstas en el artículo 2º del Decreto Extraordinario 3665 de 1950, que consagra normas encaminadas al mejoramiento de la administración de justicia, corresponde a la Corte Suprema

de Justicia —Sala Plena— dictar la respectiva resolución, porque ella nombra en propiedad a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y según el artículo 10 de aquel Decreto, "para los efectos de éste... se entiende por superior la calidad o funcionario a quien corresponde nombrar en propiedad al inferior".

Según el artículo 1º del Decreto, son responsables de faltas, omisiones e irregularidades en que incurran, y, en consecuencia, estarán sujetos a las sanciones disciplinarias correspondientes, que se impondrán por el respectivo superior con las normas contenidas en tal Decreto, entre otros funcionarios públicos, los Magistrados. Y según el artículo 2º son causales para la imposición de sanciones de esa naturaleza, entre otras, "la mala conducta social motivada por hábito de embriaguez, práctica de juegos prohibidos, **mora habitual e injustificada en el pago de deudas**, abandono de los deberes primordiales del hogar y **otros hechos análogos** (el subrayado es de la Sala), que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia".

De la solicitud del querellante y de los certificados y copias expedidas en los Juzgados Cuarto y Sexto de Barranquilla, a entender de la Sala se deduce que el doctor Espitia y Pardo cree que el Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de dicha ciudad, doctor Enrique Roa, "ha faltado al cumplimiento de sus deberes" por haberse negado a contestar el despacho que cada uno de los jueces civiles municipales referidos le librara, con inserción del auto ejecutivo dictado contra él, para que se notificara o intimara de acuerdo con la ley. Y esa falsa creencia del querellante lo lleva a pensar erradamente que la Corte sí tiene facultad de **requerir** al Magistrado Roa para que mediante la sanción establecida en el artículo 678 del Código Judicial, cumpla el mandato judicial.

El artículo 678 del Código Judicial dispone que todos los funcionarios públicos, Generales en servicio activo y dignidades de la Iglesia que allí se enumeran, entre los primeros también los Magistrados de los Tribunales, al rendir su testimonio ante el inferior, **declaran** por medio de certificación jurada, y con ese objeto se les pasa copia de lo conducente; y que cualquiera de estas personas que se abstenga de dar o demore la certificación a que está obligada, **falta al cumplimiento de sus deberes**, y por tanto, para hacer efectiva esa responsabilidad, el Juez pone el hecho en conocimiento de la autoridad encargada de juzgar a dicha persona.

Es cuestión definida por la doctrina y la jurisprudencia que en materias estrictamente penales no puede el juzgador dar aplicación por **analogía** a las leyes de carácter sustantivo, porque en tales materias rige y tiene absoluta vigencia el principio universal de que no existe delito sin una ley que lo establezca y defina y por lo mismo tampoco hay pena sin una ley que la imponga (Nullum crimen sine lege —Nulla pena sine lege). No obstante, también es cuestión definida por la ciencia del derecho que tal principio no incide en el llamado derecho penal disciplinario, que proviene del ejercicio de la potestad disciplinaria que pertenece al Estado, cuyo fin es corregir a sus funcionarios en el caso de que infrinjan los deberes y obligaciones que su reglamentación profesional les impone.

La Corte Suprema en Acuerdo de Sala Plena fechado el 28 de noviembre de 1951 —LXX, 710— siguiendo al tratadista Cuello Calón —Derecho Penal, T. I, págs. 9 y 10— dijo lo siguiente:

"El derecho penal disciplinario es de naturaleza penal, pues continúa con males (correcciones disciplinarias) en el caso de ejecución de actos ilícitos (faltas profesionales), pero no obstante tal semejanza los separan hondas diferencias del derecho penal verdadero y propio, especialmente su diverso fin, pues mientras éste aspira a la conservación del orden jurídico y a su restablecimiento cuando ha sido violado por el delito mediante la conminación, imposición y ejecución de la pena, el fin del derecho disciplinario es más limitado, tiende a mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y a sancionar su infracción por medio de la imposición de medidas correctivas y disciplinarias. Otra diferencia esencial entre el derecho penal propio y el disciplinario consiste en que éste se caracteriza por la ausencia de figuras legales de la infracción, conteniendo (sic) en lugar de éstas, preceptos de carácter general que dejan amplio espacio para la resolución del asunto, mientras que en el derecho penal propio la legalidad de la infracción (nullum crimen sine lege) es uno de sus conceptos fundamentales. Además, como M. E. Me-

yer lo observa, la práctica del poder disciplinario es administración, la del poder penal es justicia, el superior que castiga disciplinariamente al subordinado cuida de un asunto administrativo, el que castiga como Magistrado de un tribunal penal representa la justicia del Estado".

Y luego para explicar el contenido de la expresión "y otros hechos análogos" contenida en el artículo 2º del Decreto 3665 citado, que hace la enumeración de varias causales determinantes de sanción disciplinaria, la Corte, en el citado Acuerdo de Sala Plena, dice:

"Lo anterior no solo explica el que constitucionalmente haya podido prever el artículo 2º del decreto extraordinario 3665, de 1950 la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias a 'hechos análogos' no contemplados expresamente en el mismo estatuto legal, sino que permite fijar la recta interpretación de la frase en él contenida: " y otros hechos análogos que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia", que comprende no solamente las faltas estrictamente análogas a las determinadas en la regla 1ª del artículo 2º, sino también todas aquellas contrarias a la rectitud del comportamiento de magistrados y jueces. Refuerza esta interpretación la parte considerativa del decreto en estudio, que claramente fija su finalidad de no dejar impunes las faltas, omisiones e irregularidades en que incurran o que cometan los funcionarios con jurisdicción".

Estimó la Sala al dar curso a la querella del doctor Espitia y Pardo que ésta encuadraba dentro del caso específico del artículo 678 del C. Judicial citado en que se apoya y, por esa razón y la de estimar la falta de cumplimiento de sus deberes en un Magistrado, materia propia de sanción disciplinaria, incluible por analogía en las causales previstas en el artículo 2º del Decreto 3665 mencionado, el negocio ha recibido la tramitación correspondiente que este Decreto consagra.

No obstante, los elementos de prueba traídos al debate por las partes, están indicándole a la Corte que del Magistrado doctor Enrique Roa ningún testimonio por certificación jurada se ha pedido por los Jueces Municipales Civiles de Barranquilla, que él se haya negado o demorado en expedir, sino que, lo que han pretendido obtener del Magistrado es su notificación de sendos mandamientos de pago por la vía ejecutiva librados contra él, sin la intervención de aquellos funcionarios, pues no de otra manera se explica el libramiento de despachos o exhortos suplicatorios al Magistrado, para que se notifique de tales autos. Es decir, los Jueces Civiles Municipales, Cuarto y Sexto de Barranquilla, ya por ignorancia de la ley, o ya por temor reverencial hacia su superior jerárquico, han omitido dar aplicación a los artículos 999 y 1000, del Código Judicial, sobre el modo de hacer la notificación de un mandamiento ejecutivo, que cuando se trata de las personas que según los artículos 676 y 678 de ese Código no están obligadas a presentarse al despacho, se les hace en su casa, previo aviso de la fecha y la hora en que debe practicarse la diligencia.

Fuera de lo anterior es evidente —como lo afirma el Magistrado Roa— que no existe constancia alguna de habérsele entregado personalmente a él ningún despacho comisorio para los fines indicados por el querellante, ni menos —dice la Sala— que para obtener del mismo la notificación o intimación de los mandamientos ejecutivos se haya procedido en forma legal. Y aun cuando podría pensarse que por tener dos demandas ejecutivas pendientes ha caído en mora en el pago de sus deudas, sin embargo, el querellante no anota esa circunstancia como causal de su querella, y en la hipótesis de que la invocara, tampoco está demostrado ser esa mora habitual e injustificada, calidades éstas exigidas por la regla primera del artículo 2º del Decreto 3665 para el caso de mora en que caen los funcionarios públicos en el pago de sus deudas.

Pero, si la Sala carece en este juicio de elementos hábiles de prueba para imponerle al Magistrado doctor Roa una sanción disciplinaria de acuerdo con el Decreto 3665 de 1950, debe sin embargo hacer ostensible su extrañeza de que los funcionarios de la rama jurisdiccional se vean demandados para el cumplimiento de obligaciones personales que de ser viables como parecen serlo las de que dá cuenta este expediente— ninguna razón existiría para dejar de cumplirlas, máxime tratándose de un Magistrado, representante de la más alta jerarquía judicial del Departamento, cuya conducta debe ajustarse a las más estrictas normas de la ética y la moral.

Concluye esta Sala de todo lo expuesto que la

solicitud del doctor Espitia y Pardo es no solo errada e improcedente sino desprovista de elementos probatorios adecuados.

En tal virtud, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia DECLARA no ser el caso de acceder a la solicitud del doctor Octavio Espitia y Pardo, sobre requerimiento al Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Enrique Roa, a que alude la parte motiva de esta providencia, ni el de imponer sanción disciplinaria alguna a dicho Magistrado.

Dentro del término de dos días a partir de la notificación de esta providencia, llévesela a conocimiento del Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia para los efectos indicados en el artículo 8º del Decreto 3665 de 1950.

Cópiese y notifíquese.

Roberto Goenaga. — Antonio Vicente Arenas — Luis Albetro Bravo—Gabriel Carreño Mallarino. Alfredo Cock Arango—Samuel de Sola Roncallo. Roberto de Zubiría—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez—Héctor Martínez Guerra — Luis Eduardo Mejía—Simón Montero—Pedro Pacheco Osorio—Julio Pardo Dávila—Luis Fernando Paredes — Arturo C. Posada—Jorge Sanabria — Arturo Valencia Zea. Jorge Vélez García. — El Secretario, Jorge Soto Soto.

SE RATIFICA LA DOCTRINA SENTADA POR LA CORTE EN SENTENCIAS DE 28 DE JUNIO DE 1956 Y 5 DE AGOSTO DE 1958, EN EL SENTIDO DE QUE SON INEXEQUIBLES LOS DECRETOS EXPEDIDOS CON FUNDAMENTO EN EL ARTICULO 121 DE LA CONSTITUCION CUANDO LA MATERIA SOBRE QUE VERSAN NO TIENE RELACION CON EL ORDEN PUBLICO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas)

El ciudadano Manuel Sarmiento Castillo, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, formuló ante la Corte, el 29 de mayo de 1952, demanda sobre inexequibilidad del artículo 9º del decreto legislativo número 2597 de 3 de agosto de 1950.

El texto del acto acusado se publicó en el número 27.388 del Diario Oficial, correspondiente al 18 de agosto de 1950, y dice lo siguiente:

"Artículo noveno.—Suspéndese el artículo 9º de la Ley 35 de 1929 y las demás disposiciones legales que sean contrarias a lo preceptuado en este decreto".

La norma que se declara suspendida es del tenor siguiente:

"Artículo 9º—Los individuos que hayan obtenido diploma del Instituto Homeopático de Colombia, y los que, aun cuando carezcan de diploma, hayan ejercido la medicina por el sistema homeopático durante cinco años, podrán continuar ejerciéndola".

Fundamentos de la demanda

Afirma el demandante que la disposición acusada es contraria a la Carta porque viola el artículo 26 (sic), que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas.

En apoyo de su tesis hace las siguientes consideraciones:

"El artículo 9º de la ley 35 de 1929, copiado atrás, que el 9º del decreto acusado declara suspendido, reconoce el derecho a ejercer la medicina por el sistema homeopático a los individuos que porten diploma del Instituto Homeopático de Colombia y a los que, aun cuando carezcan de diploma, la hayan ejercido con una anterioridad de cinco años a la fecha en que dicha ley entró en vigencia. Se trata, pues, de un derecho legítimamente adquirido por los médicos homeópatas que se encuentren comprendidos dentro de los términos de la ley y ese derecho, de conformidad con el artículo 26 de la Carta, igualmente transcrito, no puede ser desconocido ni vulnerado por leyes posteriores, y como, dentro del concepto de leyes, quedan comprendidos los decretos de carácter legislativo por el transitorio término de su vigencia, ningún decreto, tampoco y menos aquí, puede violar la integridad de ningún derecho, en ningún tiempo ni en circunstancia alguna. La Constitución no autoriza, ni al legislador ni al Gobierno, a realizar semejante atropello, que, como en el caso presente, se lleva de calle toda una vida de estudios, de esfuerzos y de sacrificios...".

Concepto de la Procuraduría

Principia el señor Procurador por observar la equivocación en que incurre el demandante al citar como violado el artículo 26 de la Constitución, aunque ese error —en su sentir— no entraba la acción porque no hay duda de que el actor quiso referirse al artículo 30 de la Carta.

Para precisar el carácter del derecho reconocido por el artículo 9º de la ley 35 de 1929 hace un estudio detenido de las disposiciones expedidas sobre la materia a partir de la Ley 12 de 1905 que autorizó al Gobierno para reglamentar la medicina.

Observa que el artículo 2º de la Ley 83 de 1914 adoptó una disposición exactamente igual a la que contiene el artículo 9º de la Ley 35 de 1929, suspendido por el Gobierno, pero que "a partir de la vigencia de la Ley 83 el derecho de ejercer la medicina homeopática quedó subordinado al permiso dado por el Gobernador de cada Departamento a las personas que hubieran comprobado

hallarse en los casos del artículo 2º de la misma ley".

Advierte a continuación que la Ley 67 de 1920 reformó la anteriormente citada "en cuanto a la entidad idónea para expedir las licencias... pero no en cuanto a la naturaleza jurídica de los permisos", pues de acuerdo con las dos leyes a que se ha hecho referencia el derecho "dependía única y exclusivamente de la expedición de la licencia".

Observa igualmente que en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 986 de 1932, reglamentario de la profesión de médico homeópata, los aspirantes debían someter sus títulos de idoneidad a la revisión de la Junta Seccional correspondiente.

De lo anteriormente expuesto llega a la conclusión de que "las personas que de acuerdo con el artículo 9º de la Ley 35 de 1929 hubieren obtenido diploma en el Instituto Homeopático de Colombia o hubieren ejercido la medicina durante cinco años por el sistema homeopático, tenían una simple **expectativa** y solo **adquirían el derecho** para ejercer dicha profesión mediante el permiso que les concediera la Junta Seccional de Títulos Médicos".

Finalmente —observa el señor Procurador— al disponer el artículo 11 de la ley 67 de 1935 que "no se podrá conceder licencia para el ejercicio de la homeopatía sino a las personas que obtengan un título en una institución o facultad cuyo pensum haya sido aprobado por el Poder Ejecutivo", derogó tácitamente el artículo 9º de la ley 35 de 1929 que extendía ese derecho a los no titulados. "Con esta derogatoria —dice el Procurador— no se violó ningún derecho adquirido por cuanto el artículo 9º de la ley 35 de 1929 no confería sino meras expectativas".

Por las razones expuestas conceptúa el señor Procurador que la norma acusada es exequible y pide que así se declare.

Se considera:

Primero.—Estima el señor Procurador que el precepto cuya inexequibilidad se demanda no hizo otra cosa que suspender una ley que ya había sido derogada tácitamente por otra. Si ello fuere así, otro sería el aspecto jurídico del contenido de la norma que el actor acusa de inconstitucionalidad, ya que ante la inexistencia del artículo 9º de la Ley 35 de 1929 carecería de efectos la disposición del decreto legislativo 2597 de 1950 que dijo suspenderlo.

Sin embargo, al comparar las dos disposiciones aludidas se observa que regulan situaciones diversas en su forma y en sus efectos. Por medio del artículo 9º de la ley 35 de 1929 se autoriza el ejercicio de la homeopatía a los que con anterioridad a su vigencia hubieren obtenido diploma del Instituto Homeopático de Colombia y a los que "hayan ejercido la medicina homeopática durante cinco años". Por medio del artículo 11 de la ley 67 de 1935 se dispone que, desde su vigencia, "no se podrá conceder licencia para el ejercicio de la homeopatía sino a las personas que obtengan un título.....".

Son, por consiguiente, distintas en uno y otro caso las fuentes generadoras del derecho. Antes de 1935 podían ejercer la homeopatía tanto los titulados como los empíricos. Después de dicho año —más concretamente, desde la vigencia de la ley 67— se restringió esa autorización a los titulados. La segunda ley no derogó la primera. El sistema cambió radicalmente pero dejó a salvo situaciones creadas conforme a la ley anterior, ya que la últimamente expedida no lo fue con efecto retroactivo. De ahí que el Consejo de Estado, en sentencia de 23 de febrero de 1951, haya dicho que el artículo 9º de la ley 35 de 1929 "está vigente y, en consecuencia, es obvio que, con base en dicha norma, los que hayan ejercido la medicina por el sistema homeopático, durante cinco años, podrán continuar ejerciéndola".

Segundo.—La Corte está de acuerdo con el señor Procurador en que la disposición acusada no desconoce derechos adquiridos con justo título. De acuerdo con el artículo 9º de la ley 35 de 1929 —suspendido por el artículo 9º del decreto legislativo 2597 de 1950— las personas que hubieran ejercido la homeopatía durante cinco años o que hubiesen obtenido diploma en el Instituto Homeopático de Colombia, tenían derecho a continuar ejerciendo esa profesión. Pero el artículo 4º del decreto 986 de 1932, reglamentario del ejercicio de la profesión de médico homeópata dispuso, en su artículo 4º que toda persona "que aspire" a continuar ejerciendo la homeopatía deberá someter su título de idoneidad a la Junta Seccional de Títulos Médicos para su revisión o inscripción.

"Tenían (los homeópatas no titulados) —dice el Procurador— una simple **expectativa** y solo **adquirían** el derecho para ejercer dicha profesión mediante el permiso que les concediera la Junta

Seccional de Títulos Médicos". Su pensamiento se conforma con el criterio ya adoptado con anterioridad por la Corte en el sentido de que cuando la ley exige una serie de actos sucesivos para la obtención de un derecho, éste no se adquiere mientras tales actos no se hayan realizado en su totalidad. Más adelante el mismo funcionario hace las siguientes consideraciones sobre los derechos adquiridos y la facultad del Estado para reglamentar las profesiones:

"Pienso yo, y así lo expongo con toda atención ante vosotros, que para solucionar los problemas relativos a la facultad que el Estado tiene para reglamentar el ejercicio de las profesiones, es preciso estudiar cuál es en estos casos el verdadero alcance del término 'derechos adquiridos'.

"Si con el adelanto de la ciencia, un día llegara a determinarse que el ejercicio de la profesión médica por el sistema homeopático es perjudicial a la sociedad, ¿podría negarse al Estado la potestad de prohibir su ejercicio, so pretexto de que vulnera derechos adquiridos? Creo firmemente que no, porque rebasada la etapa del Estado Gendarme, debe comprenderse que cuando se encuentran enfrentados un interés social o uno particular, este último debe ceder al primero, así se encuentre amparado por la legislación vigente en el momento en que tales sistemas eran aceptados como idóneos para llevar la salud a los miembros de la comunidad.

"Si bien es claro que el caso sometido a vuestro estudio no llega al extremo que se ha supuesto, creo que no es posible perder de vista que con la norma acusada no se atenta contra ningún derecho legítimamente adquirido, pero se les cierra las puertas a aquellos que en su tiempo no hicieron uso de una facultad que el legislador les concedió con extremada generosidad. Y he dicho con extremada generosidad, porque a partir del Decreto 592 de 1905, no ha sido lícito el ejercer la medicina por el sistema homeopático sin el correspondiente título de idoneidad. Por virtud de sucesivas normas legales se ha venido dando la facultad a quienes ejercían al margen de la ley de arreglar ante ella su situación. Los que en tiempo lo hicieron, quedaron cobijados por ella, más al presente, creo que el Estado ejerce una de sus mínimas atribuciones al evitar que quienes han actuado fuera de las condiciones legales, puedan invocar sus disposiciones".

Tercero.—De acuerdo con lo expuesto, debería concluirse diciendo que la disposición contenida en el artículo 9º del decreto legislativo 2597 de 1950 es exequible y que, en consecuencia, no es el caso de acceder a las peticiones del demandante.

Sin embargo debe tenerse presente lo que dispone la ley 96 de 1936 que en el segundo inciso del ordinal 2º establece:

"Pero si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda... estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

Se observa que la disposición acusada por el señor Sarmiento Castillo hace parte del decreto 2597 de 1950 "por el cual se dictan unas disposiciones reglamentarias del ejercicio de la medicina", expedido por el Presidente de la República con la firma de todos los Ministros.

Para dictarla no se invocó expresamente la facultad conferida al Presidente por el artículo 121 de la Constitución, pero de la consideración que antecede a su articulado se deduce sin lugar a duda que fue expedido con fundamento en él. Dice así el considerando único del acto parcialmente acusado: "Que por decreto número 3518 de 9 de noviembre de 1949, fue declarado en estado de sitio todo el territorio de la Nación, y que es un deber del Estado atender a la protección de la salud de los colombianos, procurando la creación de organismos legales que consulten las necesidades del país".

Dispone el artículo 121 de la Constitución Nacional que el Gobierno, cuando se ha declarado turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, puede dictar decretos de carácter legislativo, siempre que lleven la firma de todos los Ministros, pero "no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos", pues "sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio". (Subraya la Sala).

La Corte, en sentencia fechada el 28 de junio de 1956, al fijar su criterio sobre el modo de ejercer sus atribuciones el Presidente de la República, en caso de turbación del orden público, dijo que cuando la nueva norma o la que se suspende no guardan "en forma clara y evidente, ninguna relación con el orden público..... la inexequibilidad debe ser preferida". Más adelante compendia su pensamiento en los siguientes términos:

"Si la norma del decreto es clara y manifiestamente dirigida a la guarda del orden, se acomoda a las exigencias del Estatuto; si manifiesta y evidentemente no tiene relación con dicho objeto, lo contraría o quebranta. En los casos dudosos, cuando tal relación no es ostensible, la calificación del Presidente sobre la conexidad de la disposición con la guarda del orden público, debe prevalecer".

En sentencia de cinco de agosto del corriente año, la Corte hizo sobre el mismo punto las siguientes consideraciones que refuerzan su anterior jurisprudencia:

"Cuando por decreto se legisla sobre cosas que por su naturaleza exigen reglas de carácter permanente y no soluciones circunstanciales y transitorias, empieza a descubrirse con bastante claridad la incongruencia de la medida legislativa con el restablecimiento del orden público, desde luego que el ostensible propósito de la norma no consiste en resolver situación alguna de emergencia sino que tiende a regular íntegra y permanentemente la materia como lo haría el parlamento en ambiente propio de la normalidad institucional.

"Si por otro aspecto la perturbación del orden público no aparece directa ni indirectamente vinculada con el plano en que se ejercen determinadas profesiones liberales, fluye nítidamente la conclusión de que la medida de carácter legislativo se encuentra al margen del restablecimiento de la tranquilidad constitucional y por fuera del alcance de las atribuciones de excepción otorgadas al Presidente por el artículo 121 de la Carta.

"La luz que irradia de la naturaleza misma de las cosas deja en claro que si el ejercicio sin reglamentos de las profesiones médicas y odontológicas afecta los requerimientos esenciales de la salud social, no incide sin embargo en el mantenimiento de la paz general como soporte necesario de la vida jurídica de la nación.

"Pero por lo mismo que la salud pública está de por medio no es difícil encontrar que el ejercicio de aquellas profesiones debe obedecer a estatutos permanentes emanados de la rama legislativa del poder público, y no depender de actos de vigencia esencialmente transitoria, destinados a fenecer tan pronto como la normalidad se recupere".

Aplicando la doctrina expuesta al caso **sub judice** considera la Corte que el ejercicio de la homeopatía es cuestión que no guarda conexión ninguna con el orden público. La vigencia del artículo 9º de la ley 35 de 1929 no podía considerarse "incompatible con el estado de sitio" y por esa razón el Gobierno no podía suspenderlo sin incurrir en extralimitación de funciones.

Como la falta de relación entre la guarda del orden y la suspensión del artículo 9º de la ley 35 de 1929 es ostensible y evidente, debe la Corte declarar inexequible la disposición que suspendió su vigencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución DECLARA inexequible el artículo 9º del decreto legislativo número 2597 de 3 de agosto de 1950 en cuanto por él se suspende la primera parte del artículo 9º de la ley 35 de 1929.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese a los Ministerios de Educación Nacional y de Salud Pública e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Roberto Goenaga, Presidente.—**Antonio Vicente Arenas**—**Luis Alberto Bravo** — **Gabriel Carreño Mallarino**—**Alfredo Cock Arango**—**Samuel de Sola Roncallo**—**Roberto de Zubiría**—**Ignacio Escallón. José Hernández Arbeláez**—**Ricardo Jordán Jiménez** — **Héctor Martínez Guerra**—**Luis Eduardo Mejía Jiménez**—**Simón Montero Torres** — **Pedro Pacheco Osorio**—**Julio Pardo Dávila**—**Luis Fernando Paredes**—**Arturo C. Posada**—**Jorge Sanabria**—**Arturo Valencia Zea** — **Jorge Vélez García**—**Jorge Soto Soto**, Secretario.

S A L A D U A L

EN LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA DEBE CONDENARSE O ABSOLVERSE POR TODAS LAS INFRACCIONES A QUE SE LLAMO A JUICIO

(Magistrado ponente: Dr. Alfrezo Cock Arango).

Corte Suprema de Justicia—Sala Dual—Bogotá, agosto ocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

El periódico "TRIBUNA" que se publica en Ibagué en calidad de Diario de la Mañana, en su edición correspondiente al miércoles 28 de agosto de 1957, como parte de un artículo intitulado "DE COMO FUERON FUSILADOS 33 CAMPESINOS EN LA GUADUALEJO" se emitieron los siguientes conceptos qu esparecen en la página 4, en la columna 4ª del mismo número:

"Que retiren los retenes del Municipio de Ataco. Al Municipio de Ataco no ha llegado el 10 de mayo. Será posible que estas regiones continúen en poder de los hombres del hampa, que manejados por el tinterillo EUGENIO OYUELA? Qué con sus lugartenientes encabezados por MARCOS OLIVERA y sus hijos MARCOS, SERAFIN Y SILVIO, RAMON ROJAS POVEDA" pájaro del Norte del Valle del Cauca, el Caunco Charry, Esteban Bustos e hijos... etc. SEAN QUIENES HACEN LO QUE LES VIENE EN GANA, NO SOLO CON LAS FINCAS DE LOS LIBERALES SINO TAMBIEN CON LAS VIDAS DE LOS QUE LOGRAN ATRAPAR?"

El señor Eugenio Oyuela afectado por la anterior publicación, presentó ante el Juez de Garantías Sociales de Ibagué, acusación contra el Sr. JOSE JARAMILLO ZULETA, Director Gerente del periódico "TRIBUNA" por los delitos de injuria y calumnia, fundándose en los artículos 1º y 2º del Decreto 3.000 de 18 de octubre de 1954.

El señor OYUELA manifiesta que la publicación mencionada "menoscaba su reputación, atenta contra su honor y lo hace indigno ante los ciudadanos, fuera de exponerlo a la animadversión y desprecio de sus semejantes" y acompaña un ejemplar del periódico de que se trata en el que realmente aparecen los párrafos transcritos.

El denuncio fue presentado personalmente por el señor Oyuela el 29 de agosto de 1957, en la Secretaría del Juzgado de Garantías Sociales de Ibagué.

Con base en el Decreto 0271 de 29 de octubre de 1957, el señor Juez, en auto de 27 de diciembre del mismo señor resolvió remitir al Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué, el expediente, por ser este Tribunal la autoridad competente para conocer del asunto; quien, después de ordenar el cumplimiento de varias diligencias, especialmente la de la notificación del auto de proceder, proferido por el señor Juez de Garantías Sociales de Ibagué el 23 de septiembre de 1957, lo que se hizo en efecto, sin que el sindicado hubiera hecho uso del término para producir pruebas y defenderse, contentándose con nombrar apoderado al abogado doctor Ernesto Lucena Bonilla, quien fue reconocido como tal por el Tribunal y tomó posesión el 8 de mayo de 1958, y que tampoco efectuó intervención alguna, pues ni siquiera apeló del fallo, dictó sentencia condenatoria el 10 de mayo de este año

El asunto subió a la Corte por Consulta, por establecerlo así el Decreto citado, en caso de no ser apelado el fallo dentro del tercero día de la notificación.

La sentencia consultada impone al doctor José Jaramillo Zuleta, Director Responsable del periódico, la pena de doscientos pesos ($ 200.00) de multa, después de calificar las declaraciones publicadas de injuriosas, aunque no de calumniosas

por no contener la publicación la imputación "de hechos personales al denunciante Oyuela y concretos, definidos y castigados por el Código Penal como delitos, sino actos que por su carácter deprimente, deshonroso e inmoral son susceptibles de exponer al injuriado a la animadversión o al desprecio público y que le lesionan su honor y dignidad que deben ser protegidos por la justicia..."

La Sala Dual al estudiar este asunto encuentra que la denuncia se hizo por el doble delito de calumnia e injurias, que en el auto de proceder se llamó a juicio al señor Jaramillo Zuleta por esos mismos delitos y que el Tribunal solamente decidió sobre el de injurias con violación del ordinal 6º del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal; por lo tanto, no hay otro camino que el de revocar la providencia consultada para que por dicha Corporación se dicte sentencia completa, es decir sobre los dos delitos imputados a dicho señor Jaramillo Zuleta.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Dual, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia consultada de 10 de mayo de este año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio de injurias y calumnia promovido por Eugenio Oyuela contra José Jaramillo Zuleta, con fundamento en el artículo 3.000 de 18 de octubre de 1954. PARA LOS EFECTOS INDICADOS EN LA PARTE MOTIVA DE ESTE FALLO.

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

Alfredo Cock Arango—Simón Montero Torres.—Jorge Soto Solo, Secretario.

SALA DE CASACIÓN CIVIL

LA ESTIPULACION EN LOS CONTRATOS DE PROMESA DE VENTA SOBRE PRECIO INDETERMINADO PERO DETERMINABLE, NO SOLO ES PRINCIPIO CONSAGRADO EN NUESTRA LEGISLACION SUSTANTIVA, SINO TAMBIEN DOCTRINA DE LA LEGISLACION CONTEMPORANEA Y TESIS PROPUGNADA POR CIVILISTAS DE RECONOCIDA AUTORIDAD. — ERROR DE HECHO EN LA INTERPRETACION DE LA CLAUSULA CONTRACTUAL REFERENTE AL PRECIO CONVENIDO ENTRE LOS CONTRATANTES DE LA VENTA. — LA CORTE NO PUEDE MODIFICAR LAS APRECIACIONES PROBATORIAS DE UN TRIBUNAL, SINO EN LOS CASOS DE ERROR DE DERECHO DEMOSTRADO O DE ERROR DE HECHO EVIDENTE

1.— La estipulación en los contratos de promesa de venta sobre precio indeterminado pero determinable, no sólo es principio consagrado en nuestra legislación sustantiva, sino que es además, doctrina consagrada por la legislación contemporánea y tesis propugnada por civilistas de reconocida autoridad, entre ellos Planiol y Ripert, quienes siguiendo las normas jurisprudenciales de la casación francesa dicen sobre el particular así:

"Mientras las partes no han determinado el precio, la compraventa no ha quedado constituída; pero la determinación se hace tan pronto como se llegue al acuerdo sobre los elementos del precio, aun cuando todavía no sea posible avaluar en dinero esos elementos, hasta con que el precio pueda ser establecido más tarde por una simple operación o una serie de operaciones aritméticas, sin ninguna apreciación arbitraria" (Derecho Civil Francés, Tomo X, Pág. 36).

Por su parte Josserand, sostiene la misma tesis en los siguientes términos:

"No es en ningún modo necesario que el precio sea conocido desde el día de la venta; se requiere solamente que su fijación escape al capricho de las partes o de una de ellas; basta, pues, que los elementos de su determinación estén incluídos en el contrato, sino es determinable y que la sea con la ayuda de elementos que no dependen de la voluntad de las partes o de una de ellas" (Derecho Civil, tomo 1°, número 1024).

2.—Cuando el Tribunal, en la motivación de su fallo, interpretando la cláusula contractual que dice "que el precio convenido entre los contratantes de esta venta, es a razón de un mil pesos cada hectárea, que mida el terreno" objeto de la misma, manifiesta que la promesa de venta no se hallaba viciada de nulidad pues se había estipulado un precio indeterminado pero determinable, no incurrió en manera alguna en error de hecho, pues en su labor interpretativa, no sólo se ajustó a los términos de la convención, sino a los principios generales de la hermenéutica contractual, y a la disposición sustantiva reguladora de la estipulación sobre precio en los contratos de compraventa.

3.—Como lo consagra una inalterable jurisprudencia, la Corte no puede modificar las apreciaciones probatorias de un Tribunal, sino en los casos de error de derecho demostrado o de error de hecho evidente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Claudina Forero de Saavedra y Bautista Saavedra por una parte, y Servilisno Garcés por la otra, celebraron con fecha 4 de agosto de 1954, mediante documento privado suscrito en la población de Togüí, un contrato de promesa de venta referente a un globo de terreno denominado "La Esperanza", ubicado en la población en-

tes citada. Dicho lote de propiedad de las personas primeramente nombradas se comprometieron éstas a venderlo a Garcés, en los términos y condiciones que al efecto fueron estipuladas en la referida promesa.

Con base en dicho contrato y afirmando los demandantes que el prometente comprador, o sea, Garcés, no había cumplido con sus obligaciones entre ellas, la de concurrir a la Notaría Primera del Circuito de Moniquirá, a firmar la correspondiente escritura de venta, lo demandaron ante el Juez Civil del Circuito de Moniquirá, pidiendo se declarase resuelto el contrato de promesa de venta, que se condenara a la vez al demandado a restituír el inmueble de que son dueños los demandantes, condenándosele al propio tiempo al pago de los frutos civiles y naturales y de los correspondientes perjuicios.

La parte demandada al contestar el traslado legal de la demanda, negó los hechos fundamentales de ella, se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas y en escrito aparte presentó la demanda de reconvención en cuya parte petitoria solicitó fuera declarado nulo el precitado contrato de promesa de venta, y que se condenase a los prometentes vendedores a restituírle la suma de $ 2.000.00 que había dado por concepto de arras. Subsidiariamente suplicó el contrademandante la resolución del contrato y la condenación de la parte demandada a pagarle la suma de $ 4.000.00, por concepto del valor doblado de las arras recibidas e igualmente solicitó la condenación por perjuicios.

El Juez Civil del Circuito de Moniquirá, con fecha 9 de marzo de 1956, desató la litis declarando resuelto el contrato de promesa de venta. Como consecuencia de tal declaración se condenó a Garcés a pagarle a los demandantes la suma de $ 2.000.00, valor de la multa estipulada en la cláusula penal. También fue condenado a restituirle el inmueble objeto de la promesa de venta y al pago tanto de los frutos civiles como de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato. La parte demandada interpuso apelación contra esta providencia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el cual por sentencia de fecha 10 de abril de 1957, decidió el recurso y dijo así en su parte resolutiva:

"En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal Superior en Sala Civil de Decisión y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

"Primero.—Deniégase la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de promesa de venta celebrado entre Claudina Forero de Saavedra y Bautista Saavedra, como prometientes vendedores y Serviliano Garcés como prometiente comprador, y que se hizo constar en documento suscrito en Togüí con fecha cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

"Segundo.—Como consecuencia de la anterior declaración deniéganse las peticiones derivadas de la declaratoria de nulidad, impetradas por la parte demandada en su escrito de mutua petición.

"Tercero. — Declárase resuelto, por incumplimiento del contratante Serviliano Garcés, el contrato determinado en el punto anterior, rechazándose en tal virtud, por no estar debidamente demostrada la excepción de pacto no cumplido propuesto por la misma parte contra la acción resolutoria incoada por los contratantes Forero de Saavedra y Bautista Saavedra.

"Cuarto.—Como consecuencia de la prosperidad de la acción resolutoria, declárase al señor Serviliano Garcés incurso en la pena pactada en dicho contrato para el evento de su incumplimiento que constituye la pérdida en favor de Claudina Forero de Saavedra y Bautista Saavedra, de la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, entregados por Serviliano Garcés a título de arras.

"Quinto.— Como consecuencia también de la prosperidad de la acción resolutoria, Serviliano Garcés deberá restituír a Claudina Forero de Saavedra y a Bautista Saavedra, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, el inmueble materia del contrato de promesa de venta que se declara resuelto, junto con los frutos civiles y naturales que hubiere producido el inmueble desde la contestación de la demanda.

"Sexto.—Con la salvedad contenida en la parte motiva de este fallo, deniégase el pago del precio de mejoras, incoada en la petición cuarta subsidiaria del escrito de contrademanda.

"Séptimo.—Condénase al demandado Serviliano Garcés en las costas del juicio en su primera instancia y, parcialmente, en las del recurso de apelación interpuesto.

"Octavo. — Deniégase la condena al pago de perjuicios independientes de la multa incoada en la demanda principal.

"Queda en los anteriores términos reformada, en la parte sujeta al recurso, la sentencia apelada de fecha nueve de marzo de mil novecien-

tos cincuenta y seis, proferida por el señor Juez Civil del Circuito de Moniquirá".

El demandado por conducto de su apoderado judicial interpuso contra la anterior providencia el recurso extraordinario de casación, que una vez admitido y tramitado en debida forma, la Corte procede a decidirlo.

LA DEMANDA

Dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial el recurrente acusa la sentencia por "violación indirecta de la ley sustantiva consagrada en los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y artículos 1.864 y 1.740 del Código Civil, violación proveniente de errores de hecho en la apreciación de la prueba". Para fundar su cargo dice el recurrente, que el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 señala las condiciones esenciales para que la promesa de venta produzca obligaciones y que de las cuatro condiciones exigidas en la ley, sólo se cumplieron tres de ellas, mas le hizo falta a la promesa uno de sus elementos esenciales como lo es el precio que no se determinó, pero el Tribunal interpretando erróneamente la promesa consideró haberse estipulado y al obrar así, incidió en evidente error de hecho del cual se derivaron las violaciones de las normas legales antes citadas.

Consideraciones.

Como en definitiva la demanda ataca la sentencia por violación de ley sustantiva en que incidió el Tribunal por razón de errores en la estimación de las pruebas aducidas al juicio, oportuno considera la Corte declarar que no le es dado modificar las apreciaciones probatorias de un Tribunal, sino en los casos de error de derecho demostrado o de error de hecho evidente, como lo consagra una tradicional jurisprudencia, y en el caso sub-lite la apreciación hecha por el Tribunal con relación a la promesa de venta, no sólo no fue errónea, sino que fue correcta, como puede fácilmente verse haciendo el examen de la cuestión controvertida.

La cláusula que según afirma el recurrente fue erróneamente interpretada por el Tribunal, dice así:

"Tercero.—El precio convenido entre los contratantes de esta venta, es a razón de un mil pesos cada hectárea, que mida el terreno motivo de esta venta, cuya mensura será costeada entre los vendedores y el comprador, antes de llevar a efecto la correspondiente escritura que ha de formalizar este contrato, quedando obligados tanto los vendedores como el comprador a vender y comprar todas las hectáreas que mida este terreno y al mismo precio ya estipulado".

Ciertamente, en la cláusula anteriormente transcrita, no estipularon los contratantes un precio concreto o determinado, pero sí convinieron los elementos o factores necesarios para su determinación, lo cual es válido en el régimen civil colombiano, ya que el artículo 1.864 del Código Civil normativo del contrato de compra-venta, establece que el "precio de la venta debe ser determinado por los contratantes quienes pueden hacer esa determinación, por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen".

Y la estipulación en los contratos de promesa de venta sobre precio indeterminado pero determinable, no sólo es principio consagrado en nuestra legislación sustantiva, sino que es además, doctrina consagrada por la legislación contemporánea y tesis propugnada por civilistas de reconocida autoridad, entre ellos Planiol y Ripert, quienes siguiendo las normas jurisprudenciales de la casación francesa dicen sobre el particular así:

"Mientras las partes no han determinado el precio, la compraventa no ha quedado concluida; pero la determinación se hace tan pronto como se llegue al acuerdo sobre los elementos del precio, aun cuando todavía no sea posible avaluar en dinero esos elementos, basta con que el precio pueda ser establecido más tarde por una simple operación o una serie de operaciones aritméticas, sin ninguna apreciación arbitraria". (Derecho Civil Francés, tomo X, página 36).

Por su parte Josserand, citado oportunamente por el sentenciador de Tunja, sostiene la misma tesis en los siguientes términos:

"No es en ningún modo necesario que el precio sea conocido desde el día de la venta; se requiere solamente que su fijación escape al capricho de las partes o de una de ellas; basta, pues, que los elementos de su determinación estén incluídos en el contrato, si no es determinable y que lo sea con la ayuda de elementos que no dependen de la voluntad de las partes o de una de ellas". (Derecho Civil, Tomo 11, número 1024).

De todo lo expuesto anteriormente, se deduce que cuando el Tribunal dijo, en la motivación de su fallo, interpretando la cláusula contractual antes transcrita, que la promesa de venta no se hallaba viciada de nulidad pues se había estipulado un precio indeterminado pero determinable,

no incurrió en manera alguna en error de hecho, como lo afirma sin fundamento el recurrente, pues en su labor interpretativa, no sólo se ajustó a los términos de la convención, sino a los principios generales de la hermenéutica contractual, y a la disposición sustantiva reguladora de la estipulación sobre precio en los contratos de compraventa; y en consecuencia, no hubo violación del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, por cuanto que la promesa de venta celebrada entre los litigantes al reunir, como al efecto reunió, las exigencias legales, dió origen a una perfecta relación jurídica contractual que produce efectos legales, como en resumen lo dijo el sentenciador.

Dice además el recurrente, que la parte demandante no cumplió lo pactado porque no le hizo entrega real y material del inmueble al prometiente comprador; ni se llevó a cabo la mensura del lote para establecer su cabida y fijar el precio sobre tal base; ni presentó a los demandados el correspondiente certificado de libertad. En sentir del Tribunal, en ninguna de estas tres violaciones incurrió el prometiente vendedor, pues obran en el expediente los elementos probatorios suficientes que dan plena fé de que el demandante no sólo cumplió la totalidad de sus obligaciones, sino que en todo momento estuvo por su parte, en disposición y con el necesario allanamiento para cumplir los compromisos contraídos en la citada promesa. Al efecto dijo el sentenciador:

"De modo que el proceso evidente arroja elementos de juicio suficientes para concluir que por parte de los prometientes vendedores hubo disposición, y el necesario allanamiento para cumplir con las obligaciones impuestas a su cargo en el contrato de promesa".

La anterior apreciación está ceñida a la realidad del proceso; pues en lo tocante a la entrega del inmueble en el mismo documento referente a la promesa declaran los prometientes compradores "haberlo recibido a su entera satisfacción junto con los objetos que entran en la venta" En cuanto dice relación a la mensura del globo de terreno, no sólo se comprobó haberse llevado a cabo, con la prueba testimonial sino que obra en los autos el plano que al efecto levantó el agrimensor, habiendo quedado establecido en forma incontrovertible el hecho de la mensura desde la primera instancia del juicio, como hubo de reconocerlo en la motivación de su fallo el Juez de primer grado; y en cuanto dice relación al certificado de libertad, no habiéndose fijado en el documento fecha alguna para su presentación, es obvio, que por esta deficiencia los prometientes vendedores no estaban en mora para cumplir tal formalidad. En estas circunstancias, resulta totalmente improcedente acusar la sentencia de dar por existentes hechos que no fueron plenamente establecidos durante la secuela del juicio. No existe, en consecuencia, el error de hecho en la estimación de las pruebas a que se ha hecho referencia, ni tampoco ha sido demostrado en este recurso error alguno de derecho que imponga la infirmación del fallo.

Finalmente, al declarar el Tribunal que el prometiente comprador, o sea la parte demandada, no había cumplido con sus compromisos al no haber concurrido a la Notaría Primera del Circuito de Moniquirá, para firmar como era su obligación, la correspondiente escritura pública, no procedió el fallador al hacer esta declaración en forma caprichosa, sino que se fundó en las declaraciones de testigos idóneos que acreditan tal hecho y en el certificado notarial, cuya valoración probatoria hizo el sentenciador en la parte motiva de su fallo, en los siguientes términos:

"Según consta de la certificación expedida a las 5 de la tarde del día 20 de diciembre de 1954 por el señor Notario Primero del Circuito de Moniquirá, —único presente, pues el Notario Segundo según su propia certificación no tuvo despacho para el público ese día por estar fuera de la ciudad— los nombrados Claudina Forero y Bautista Saavedra se presentaron ante él y con exhibición del documento de promesa suscrito con Serviliano Garcés manifestaron estar dispuestos al cumplimiento de las obligaciones a su cargo consignadas en dicho pacto, mediante el otorgamiento de la escritura prometida, sin que el señor Garcés, por su parte, concurriera a cumplir con 'las suyas" (Folios 4, cuaderno número 1 y 7, cuaderno número 2).

No tiene la Corte reparo alguno que hacer a la anterior apreciación hecha por el Tribunal de Tunja, el cual obró dentro de la respectiva órbita de acción, que le reconocen las leyes y las normas jurisprudenciales, y habiéndose demostrado, como al efecto se demostró en este debate judicial, que la parte demandada ni cumplió sus compromisos, ni se allanó a darle cumplimiento a la promesa de venta, era obvio, que la súplica resolutoria impetrada por el demandante, prosperara como al efecto prosperó, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 1.546 del Código Civil, a cuyo ordenamiento jurídico se atuvo el fallador quien no violó en su sentencia ninguna de las normas sustantivas citadas por el recu-

rrente. Por las razones expuestas se rechaza el cargo, que ha sido objeto de examen en este recurso.

— o —

RESOLUCION:

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de abril de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio ordinario seguido por Claudina Forero de Saavedra y otro contra Serviliano Garcés.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Arturo Lafone Elsc — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION DE DOMINIO O REIVINDICATORIA. — ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS. — RECONOCIMIENTO DEL DOMINIO AJENO SOBRE UN INMUEBLE, POR LA ACEPTACION DE UNA GARANTIA HIPOTECARIA SOBRE EL MISMO. — LAPSO DE LA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA DE LA LEY 153 DE 1887 Y DE LA LEY 50 DE 1936. — CAUSAL DE INCONGRUENCIA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio tres de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

La señora Berta Vélez viuda de Vélez demandó a los señores Juan Antonio Restrepo y Rubén Vélez Uribe ante el Juez Sexto Civil del Circuito de Medellín, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª.—Que la demandante es propietaria de un terreno con casa de habitación situado en el paraje "Doña María", del Municipio de Itagüí.

2ª.—Que como consecuencia de la declaración anterior, los demandados están obligados a restituir el mentado inmueble a la demandante.

Las anteriores súplicas fueron fundamentadas en los siguientes hechos:

1. Alfonso Vélez Uribe, esposo de la demandante, adquirió en virtud de compraventa celebrada con el señor Antonio María Vélez A., la propiedad sobre una casa de habitación, con su solar correspondiente, mejoras y anexidades, situado en el paraje "Doña María" del Municipio de Itagüí, por los linderos indicados en este hecho.

2. Que el inmueble de que se habla lo adquirió el señor Vélez Uribe mediante la escritura 5414 de 1948 de la Notaría Cuarta de Medellín.

3. Que hace tres o cuatro años el señor Alfonso Vélez Uribe le dió a los demandados, en forma gratuita, la propiedad de que se habla, para que la habitaran con sus familiares, en vista del estado de pobreza en que se encontraban.

4. Que al fallecer el señor Alfonso Vélez Uribe, el inmueble le fue adjudicado a la demandante, dentro del respectivo juicio sucesoral adelantado ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín.

5. Que dado el carácter precario del contrato de comodato celebrado entre el señor Vélez Uribe y los demandados, la adjudicataria del inmueble promovió ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín la correspondiente acción de entrega; pero los demandados se declararon poseedores materiales del inmueble alegando a su favor derecho de propiedad.

6. Que los demandados obraron de mala fé, al pretender cambiar la existencia de un contrato de comodato por el de posesión.

El Juez de primera instancia, mediante sentencia de junio 19 de 1956, no accedió a las súplicas de la demandante, por haber declarado probada a favor del señor Rubén Vélez Uribe la prescripción adquisitiva en relación con el inmueble objeto de reivindicación.

Apelado aquel fallo correspondió conocer del negocio al Tribunal Superior de Medellín, quien lo decidió por sentencia de julio 5 de 1957. La aludida sentencia del Tribunal de Medellín revocó el fallo de primer grado y en su lugar declaró que la señora Berta Vélez viuda de Vélez es propietaria del inmueble objeto de reivindicación, y condenó a los demandados a restituírlo a la demandante. Fueron también condenados a pagar los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble desde la contestación de la demanda hasta que la entrega se verifique.

Condenó igualmente a la demandante Berta Vélez viuda de Vélez a pagar a los demandados el valor de las mejoras plantadas en el inmueble cuya reivindicación se ordenó; pero declaró que esta obligación se encontraba extinguida por pago, según se expresó en la parte motiva de la sentencia.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por los demandados Rubén Vélez Uribe y Juan Antonio Restrepo.

II—DEMANDA DE CASACION

Los demandados interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, a la cual se hacen varios cargos:

El primer cargo:

Se alega violación indirecta de la ley sustantiva, a través de errores de derecho y de hecho, en la apreciación de las pruebas. Los errores de derecho se hacen consistir en que las pruebas presentadas fueron erróneamente estimadas. Obran en el expediente, dice el recurrente, los testimonios de Francisco Ochoa Londoño, Alfonso Díaz Mejía, Octavio Arango Ramírez, Luis Eduardo Estrada, Jesús González, Elías Galeano y Marco Tulio Estrada Saldarriaga.

El recurrente cita el concepto que al Tribunal le merecieron las anteriores declaraciones, el cual dice así:

"Estos testimonios, dado el número, fama y conocimiento, serían suficientes como plena prueba de los hechos a que se contraen; mas como en esta instancia se demostró suficientemente, con los testimonios de Francisco Oquendo, Miguel Arango Vélez (Folio 53 vuelto, cuaderno Princ.), Daniel Vélez (Fol. 58 vlto. C. Princ.), y Antonio Mª Saldarriaga Vélez; que en el inmueble estuvo viviendo el señor Antonio María Vélez, padre del demandado Rubén Vélez Uribe, con su familia casi hasta la fecha de su muerte que ocurrió en la población de Itagüí hace cerca de ocho años, es decir hasta pocos días antes de vender tal fundo a su hijo Alfonso Vélez Uribe, según escritura número 5414 de 6 de julio de 1948 de la Notaría Cuarta de Medellín (Folio 42, cuaderno número 2); existió una posesión familiar del fundo, puesto que Antonio María Vélez, titular del bien, desde 1904, hasta 1948, año en que lo vendió residió allí con su familia; y el demandado Vélez Uribe no ejercitó por tanto una posesión exclusiva de dicho inmueble. Porque viviendo allí el padre no le podía arrebatar su carácter de jefe de la familia y el derecho de dominio que sobre él tenía; y siendo por tanto una posesión conjunta hasta el año de 1948 tal posesión no le sirve para la prescripción extraordinaria que alega, y por tanto no reúne los requisitos legales que se exigen por el legislador".

Sobre el anterior párrafo de la sentencia del Tribunal, dice el recurrente, que hay un error de derecho porque a pesar de tratarse de nuevos testimonios, el fallo los desecha y desconoce la posesión del demandado Rubén Vélez Uribe sobre el predio cuya reivindicación pide el actor. El texto legal violado por el Tribunal, es el artículo 697 del Código Judicial.

Que todos los declarantes, en número de nueve, declaran en forma unánime que el señor Rubén Vélez ha poseído el inmueble desde hace más de treinta años como señor y dueño; y que el señor Juan Antonio Restrepo ha ejecutado distintas mejoras en el mismo; que por tanto han ejecutado verdaderos actos posesorios sobre el mismo.

En cuanto a los errores de hecho, se hacen consistir en que la sentencia dejó de apreciar las declaraciones de varios declarantes, los que pasan inadvertidos. Los testimonios que dejó de apreciar el Tribunal acreditan varios hechos fundamentales: una posesión material compuesta de actos de goce y transformación por un tiempo de treinta años y el hecho de que la señora Berta Vélez y el señor Alfonso Vélez no han poseído materialmente el bien raíz. Estos hechos se deducen de las declaraciones de José María Montoya, Alfonso Díaz Mejía, Octavio Arango Ramírez, Marco Tulio Restrepo Montoya, Marcos López Zuleta y Fernando Saldarriaga.

Termina el recurrente diciendo que este cargo implica violación de los artículos 762, 770, 961, 2.512, 2.528, 2.531 y 2.532 del Código Civil y 41 de la Ley 153 de 1887 y también violación de los preceptos sustantivos que en general configuran la acción reivindicatoria o sean los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil.

El segundo cargo:

Un segundo cargo se hace consistir en nuevos errores de derecho y de hecho imputables a la sentencia recurrida. Al respecto, dice el recurrente, que la sentencia desecha nueve testimonios para aceptar cuatro, en lo cual comete un error de hecho que implica también un error de derecho, por cuanto el sentenciador obró contra lo que dispone el artículo 702 del Código Judicial.

Y en cuanto al error de hecho, se hace consistir en un concepto de la sentencia del Tribunal de que estudiados los certificados de registro y la escritura 984 de 23 de febrero de 1927 de la Notaría Segunda de Medellín, aparece que Rubén Vélez prestó a Antonio María Vélez la cantidad de $ 210.00, y que el deudor le garantizó ese préstamo con una hipoteca sobre el inmueble que es objeto de reivindicación.

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1—La sentencia recurrida no declara probada la

excepción adquisitiva de dominio por parte del demandado señor Rubén Vélez Uribe, con fundamento en varias consideraciones:

La primera de ellas consiste en que si bien es verdad que los testimonios del demandado, en número de nueve, dicen que el inmueble objeto de reivindicación ha sido poseído por el demandado Rubén Vélez Uribe durante más de treinta años, también es cierto que los testimonios presentados por la parte demandante acreditan que en el citado inmueble vivió también el señor Antonio María Vélez, padre del demandado. Que la posesión de Rubén Vélez Uribe no fue una posesión que lo habilite para usucapir, sino una posesión familiar que tuvo el padre con el hijo.

II—La otra razón y ésta verdaderamente decisiva, estriba en que por la escritura pública número 694 corrida en la Notaría Segunda de Medellín el día 23 de febrero de 1927 y registrada el 10 de marzo del mismo año, el señor Rubén Vélez Uribe prestó a su padre Antonio María Vélez la suma de $ 210.00, con plazo de dos años; y que el padre aseguró al demandado el cumplimiento efectivo de tal obligación con una hipoteca sobre el inmueble que es objeto de reivindicación.

De manera que en el año de 1927, el demandado Rubén Vélez Uribe reconoció dominio sobre el inmueble a su padre Antonio María Vélez, pues de otra manera no se explicaría que le aceptase una garantía hipotecaria sobre dicho inmueble.

Esta es la razón principal que tuvo el Tribunal para negar la usucapión a favor de Rubén Vélez Uribe.

La Corte no encuentra que el Tribunal haya cometido ningún error de hecho ni de derecho al negar la excepción de prescripción a favor de Rubén Vélez Uribe con fundamento en el préstamo hipotecario verificado entre padre e hijo en el año de 1927.

El lapso de la prescripción extraordinaria era dentro del Código Civil de treinta años, y a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1936 de 20 años.

La prescripción que el demandado alega a su favor puede regirse por el plazo antiguo de treinta años o por el actual de veinte años, según el artículo 41 de la Ley 153 de 1887; pero si se elige el plazo de veinte años a que se refiere la Ley 50 de 1936, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiera empezado a regir.

Si el demandado, señor Rubén Vélez Uribe, hubiere escogido el plazo de treinta años, y partiendo del hecho de que en 1927 reconoció dominio ajeno en virtud del aludido préstamo hipotecario y suponiendo el caso más favorable a su favor, la prescripción había comenzado en marzo de 1927, plazo que se hubiera vencido en marzo de 1957. Tales treinta años no alcanzaron a cumplirse por cuanto el señor Rubén Vélez Uribe fue notificado de la demanda reivindicatoria el día 28 de noviembre de 1955.

Y si el señor Rubén Vélez Uribe elige el plazo de veinte años, éste no puede empezarse a contar sino a partir del día en que empezó a regir la Ley 50 de 1936, o sea el 17 de junio de 1936. Tampoco alcanza a prescribir de acuerdo con esta ley, por cuanto la demanda, como ya dijo, le fue notificada en noviembre de 1955.

III—Dice el recurrente que en el expediente no obra copia de la escritura que da fé del préstamo hipotecario, o sea la número 624 de 1927, sino únicamente la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín. Esto es cierto, pero en todo caso no se trata en el caso de autos de acreditar la existencia legal de aquella hipoteca, sino de un hecho diferente, o sea que el demandado Rubén Vélez Uribe en aquel año reconoció a su padre como propietario del inmueble; y cualquier hecho posesorio que pretenda hoy alegar a su favor para integrar una prescripción sólo puede partir en el caso más favorable, desde el día 10 de marzo de 1927.

* * *

El segundo cargo se hace consistir en una causal de incongruencia consistente en que los demandados invocaron para el caso de ser vencidos, el derecho a las mejoras, de acuerdo con los artículos 965, 966 y 970 del Código Civil.

La sentencia en el punto cuarto de la parte resolutiva condena a la señora Berta Vélez viuda de Vélez a la obligación de pagar a los demandados Vélez Uribe y Restrepo el valor de las mejoras plantadas en el inmueble cuya reivindicación se ordena, pero se declara extinguida tal obligación por pago, por lo expresado en la parte motiva de la misma providencia.

A esto advierte el recurrente que ciertamente los demandados recibieron la suma de $ 2.000.00 por pago de una mejora, pero que lo alegado en este juicio son mejoras, en plural, y no en singular.

LA CORTE CONSIDERA:

Por la escritura pública número 930 corrida el 17 de mayo de 1957 ante el Notario Segundo de Medellín, la señora Berta Vélez viuda de Vélez

(demandante en este juicio), y Rubén Vélez Uribe y Juan A. Restrepo (demandados en este mismo juicio), vendieron a la sociedad denominada "INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADA", el derecho de dominio del inmueble que es objeto de reivindicación en el presente juicio.

En la cláusula quinta de tal escritura declararon los otorgantes que el título de dominio aparece en cabeza de la otorgante señora Berta Vélez viuda de Vélez y la posesión material la ejercen los otorgantes Vélez Uribe y Restrepo.

En la cláusula séptima declaran que el precio total de venta es la suma de $ 22.550.00 que distribuyen así: $ 2.000.00 valor de una mejora recientemente verificada por los otorgantes Vélez Uribe y Restrepo; y la restante suma o sea la de $ 20.550.00 fue depositada en el Banco de la República a disposición del Tribunal de Medellín, "cantidad que reemplaza el bien objeto del litigio y que será entregada a la parte que sea favorecida en el fallo definitivo".

Esta escritura pública fue la tenida en cuenta por el Tribunal Superior de Medellín en la sentencia recurrida; de allí se dedujo que a los demandados ya se habían pagado las mejoras alegadas.

Como esta escritura pública fue otorgada ya iniciado el juicio, en el año de 1957, es de presumir fundadamente que las mejoras que a su favor habían alegado los demandados se hicieron consistir en la expresamente expuesta en la referida escritura.

La Corte encuentra que no otra interpretación puede darse a la escritura de que se habla si se tiene en cuenta la advertencia perentoria de que el saldo restante, o sea la suma de $ 20.550.00 se depositó a órdenes del Tribunal Superior de Medellín, en el Banco de la República y claramente se advirtió que tal suma será entregada a la parte vencedora en el presente juicio.

No prospera el cargo.

* * *

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 Medellín con fecha cinco de julio de mil novecientos cincuenta y siete en el ordinario de Berta Vélez viuda de Vélez contra Juan A. Restrepo.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

EL CONTRATO DE TRANSACCION QUE RECAIGA SOBRE EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS ES NULO DE NULIDAD ABSOLUTA. — ESTA PUEDE SER DECLARADA POR EL JUEZ, AUN SIN PETICION DE PARTE, CUANDO APAREZCA DE MANIFIESTO EN EL ACTO O CONTRATO. — LAS CAUSALES ESPECIALES ESTABLECIDAS POR LA LEY, EN MANERA ALGUNA, DEROGAN LAS GENERALES A QUE SE REFIEREN LOS ARTICULOS 1746 A 1756 DEL C. C.

1.—El contrato de transacción que recaiga sobre el estado civil de las personas es nulo de nulidad absoluta, según lo prescribe el artículo 2.473 del Código Civil.

2.—La tesis de que mientras no sea declarada judicialmente la nulidad de una transacción, ésta produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, es errada, y para demostrarlo basta tener en cuenta la regla del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1.742 del Código Civil, según la cual "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato".

3.—La afirmación de que un contrato de transacción no puede ser invalidado sino por las causales de nulidad expresamente mencionadas por los artículos 2.476, 2.477 y 2.478 del Código Civil, es tesis que jamás ha sido aceptada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Las causales de nulidad de los negocios jurídicos se encuentran indicadas en los artículos 1.740 a 1.756 del Código Civil. Dichas causales son de aplicación general. Además, el legislador puede establecer causales especiales de nulidad; pero dichas causales especiales, en manera alguna derogan las causales generales que se refieren los mencionados artículos 1.740 a 1.756 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, tres de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

El Tribunal Superior de Pereira mediante sentencia de mayo 29 de 1957, declaró que los menores Luis Alfonso, Danilo, Fernando, Luz Amparo y Olga Villarraga Ceballos, representados por su madre la señora Elvia Ceballos Martínez, "son hijos naturales del causante Alfonso Villarraga Bonilla y tienen derecho a recoger la parte que les corresponde en la sucesión intestada de su padre natural".

La sucesión del señor Alfonso Villarraga Bonilla estuvo representada por la madre del causante señora Avelina viuda de Villarraga.

II—DEMANDA DE CASACION

Contra la anterior sentencia interpuso la parte demandada recurso de casación. Se acusa la sentencia por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial. Dos motivos se alegan.

Según el primero, la sentencia viola el artículo 2.483 del Código Civil. La parte demandada, dice el recurrente, propuso y probó oportunamente la excepción de transacación, "con base en el contrato que la demandante, señora Elvia Ceballos Martínez celebró el dos de marzo de 1954 con el apoderado de la demandada, quien obró debidamente autorizado según poder otorgado por escritura pública".

La transacción "contenida en el contrato referido, sólo produce efectos de carácter patrimonial y en manera alguna puede afectar la cuestión del estado civil".

El Tribunal declaró no probada la excepción de transacción, con lo cual violó el artículo 2.483 del Código Civil, al desconocerle fuerza jurídica entre las partes. Agrega el recurrente que el artículo 2.483 del Código Civil, "es de una diáfana claridad: mientras no sea declarada judicialmente la nulidad de una transacción, ésta produce el efecto de cosa juzgada en última instancia. Siendo así que la transacción del dos de marzo de 1954 entre las partes contendientes de este pleito, no ha sido declarada nula en el juicio correspondiente, el Tribunal no podía desconocer el artículo en referencia y abstenerse de aceptar la fuerza jurídica de esa misma transacción.

Y según el segundo motivo, la sentencia del Tribunal al declarar no probada la excepción de transacción, interpretó erróneamente los artículos 2.476, 2.477 y 2.478 del Código Civil. Sustenta este motivo el recurrente diciendo que la lectura de estos tres artículos del Código Civil "llevan a la conclusión inequívoca de que por mandato de disposiciones especiales y expresas, la transacción es nula en todas sus partes solamente cuando la nulidad se genera en las causas que esos mismos preceptos indican, a saber: cuando se obtiene por títulos falsificados, y en general, por dolo o violencia; cuando la transacción resulta de la consideración de un título nulo; y cuando las partes o alguna de ellas han transigido un litigio ya terminado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ignorando estas circunstancias. Ninguno de estos eventos se produjo en el caso de autos".

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I)—A los folios 56 y 57 del cuaderno 1º, obra un documento de transacción celebrado entre la señora Elvia Ceballos Martínez, en su condición de madre natural "de sus menores hijos Luis Alfonso, Danilo, Fernando, Luz Amparo y Olga Ceballos", y el doctor Ernesto Lucena Bonilla como apoderado de la señora Avelina Bonilla viuda de Villarraga, que contiene las siguientes cláusulas principales:

a).—La señora Elvia Ceballos Martínez "se obliga a desistir en forma incondicional y definitiva del juicio sobre filiación natural que instauró contra la sucesión de Alfonso Villarraga, representada por la madre de éste doña Avelina Bonilla viuda de Villarraga, de tal manera que dicho juicio quede definitivamente terminado y sin derecho a volverlo a iniciar en ninguna época, para lo cual se obliga a presentar el correspondiente memorial sobre desistimiento.

b)—"A su turno, doña Avelina Bonilla viuda de Villarraga, se obliga a vender en las mejores condiciones de precio, el inmueble relacionado en la cláusula segunda inmediatamente quede registrada a su favor la diligencia de partición y adjudicación de dicho inmueble..... y doña Avelina Bonilla viuda de Villarraga se obliga a darle o entregarle a doña Elvia Ceballos Martínez la mitad del precio en que sea vendida la casa y lote alinderado en la cláusula segunda de este contrato, dinero que entregará el mismo día en que reciba el dinero total correspondiente al precio de la venta de dicho inmueble del posible comprador"

c).—"Como consecuencia de lo anterior, doña Elvia Ceballos Martínez declara, que renuncia de una vez por todas y en forma definitiva a toda posible reclamación de cualquier naturaleza que sea, contra los bienes de Alfonso Villarraga Bonilla o contra doña Avelina Bonilla viuda de Villarraga, declarando además, que por virtud de esta transacción, nada absolutamente le queda por reclamar de la sucesión de Alfonso Villarraga Bonilla".

II—La sentencia recurrida afirma que el anterior contrato de transacción se encuentra atacado de nulidad absoluta por recaer sobre el estado civil de las personas. Agrega que el estado civil es una situación jurídica en la cual tiene interés el orden público; que el estado civil está fuera del comercio, es indivisible e intransferible, irrenunciable e imprescriptible. Que según el artículo 2.473 del Código Civil "no se puede transigir sobre el estado civil de las personas"; y que "el quebrantamiento de este precepto legal afecta de nulidad absoluta el acto o contrato respectivo, y ello por objeto ilícito, debido a que se trata de un acto prohibido por la ley y contrario al orden público (Código Civil 1.519 y 1.523)".

Finalmente, dice la sentencia del Tribunal, que la transacción es un contrato que tiene por naturaleza la calidad de indivisible y que esta calidad de indivisible se desprende de varios textos positivos, entre ellos los artículos 2.476, 2.477 y 2.478 del Código Civil.

III—Tiene razón el Tribunal al advertir que un contrato de transacción que recaiga sobre el estado civil de las personas es nulo de nulidad absoluta, y tal sucede precisamente con el contrato de transacción que las partes celebraron en la ciudad de Armenia el día 2 de marzo de 1954. Por ese contrato se cae en cuenta que la señora Elvia Ceballos Martínez se obligó "a desistir en forma incondicional y definitiva del juicio ordinario sobre filiación natural". Es obvio, que en este caso, una vez iniciada la acción de investigación de paternidad, una renuncia en los términos transcritos equivale a una transacción sobre estado civil y queda afectada de nulidad absoluta.

En cuanto a la tesis del recurrente de que mientras no sea declarada judicialmente la nulidad de una transacción, ésta produce el efecto

de cosa juzgada en última instancia, debe tenerse en cuenta la regla del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1.742 del Código Civil, según la cual "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato".

Tal sucede en el presente negocio en que el Tribunal encontró que la transacción celebrada el 2 de marzo de 1954, era nula de nulidad absoluta, por recaer sobre el estado civil de las personas y por aparecer de manifiesto en el mismo documento transaccional.

Esta Corte en múltiples sentencias ha dicho:

"El poder excepcional que al Juez le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestrictivo o ilimitado, sino que, por el contrario, está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª.—Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª.—Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes, y 3ª. Que al pleito concurran en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron".

Todas estas circunstancias se encuentran plenamente reunidas en el contrato de transacción celebrado en el año de 1954, pues, tal documento contiene todo el contrato de transacción y en él aparece que recae la transacción sobre el estado civil de las personas, y, finalmente, fue celebrado entre las mismas partes que han venido actuando en este juicio ordinario de investigación de paternidad natural.

Por este aspecto no merece ninguna censura la sentencia recurrida.

IV—Finalmente, la tesis del recurrente de que un contrato de transacción no puede ser invalidado sino por las causales de nulidad expresamente mencionadas por los artículos 2.476, 2.477 y 2.478 del Código Civil, es tesis que jamás ha sido aceptada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Las causales de nulidad de los negocios jurídicos se encuentran indicadas en los artículos 1.740 al 1.756 del Código Civil. Dichas causales son de aplicación general. Además, el legislador puede establecer causales especiales de nulidad; pero dichas causales especiales, en manera alguna derogan las causales generales a que se refieren los mencionados artículos 1.740 al 1.756 del Código Civil.

No prosperan los cargos.

IV—FALLO

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 Pereira con fecha mayo veintinueve de mil novecientos cincuenta y siete.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

DECLARACION JUDICIAL DE PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA. — QUIEN LA ALEGA ESTA EXENTO DE PRESENTAR TITULO ALGUNO. — LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA PUEDE SER MATERIA DE ACCION O DE EXCEPCION, EN TANTO QUE LA EXTINTIVA SOLO SE PUEDE IMPLORAR EN FORMA DE ACCION. — SALVO EN EL RECURSO DE CASACION, LA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA PUEDE SER ALEGADA EN CUALQUIER TIEMPO. — EL CRITERIO DEL FALLADOR EN MATERIA DE ESTIMACION DE PRUEBAS, NO PUEDE SER MODIFICADO POR LA CORTE, SALVO EN LOS CASOS DE ERROR DE DERECHO, O DE HECHO QUE APAREZCA EN FORMA OSTENSIBLE Y MANIFIESTA EN LOS AUTOS. LAS CERTIFICACIONES EXPEDIDAS POR LOS TESOREROS MUNICIPALES SOBRE QUE NO FIGURA COMO PROPIETARIO DE DETERMINADO LOTE DE TERRENO EN LOS LIBROS DE CATASTRO, NO TIENEN EFICACIA ALGUNA PROBATORIA PARA DEMOSTRAR QUE EL DEMANDADO NO HAYA TENIDO EL ANIMUS DOMINI SOBRE DICHO LOTE.—LA SIMPLE INCLUSION DE UN LOTE EN LOS INVENTARIOS DE UNA SUCESION NO ES PRUEBA DEL DOMINIO DE ESTA SOBRE ELLOS, NI DESVIRTUA EL ANIMUS DOMINI QUE HAYA TENIDO EL DEMANDADO SOBRE DICHO LOTE. — CAUSAL PRIMERA.—LAS COSTAS COMO LO ENSEÑAN LOS TRATADISTAS DE CASACION Y LA JURISPRUDENCIA, SON ASUNTOS QUE COMPETE RESOLVERLOS A LOS JUECES DE INSTANCIA

1.— Siguiendo la tradición de las leyes romanas y españolas, el artículo 673 del Código Civil, consagra la prescripción como una de los cinco medios de adquirir el dominio. En desarrollo de tal disposición, los artículos 2.531 y 2.532 de la obra citada, establecen en sus ordenamientos jurídicos, las condiciones que deben llenarse para la procedencia de una declaración judicial de prescripción extraordinaria. Según las normas citadas, quien tal prescripción alega, acerca está de presentar título alguno, amparado se halla legalmente por una presunción de buena fé y obligado está a comprobar que ha poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción durante treinta años, hoy reducidos a veinte, según la Ley 50 de 1936.

2.—Los requisitos exigidos por el legislador para la prescripción extraordinaria, son diferentes de los requeridos para la prescripción ordinaria, como diferentes son, desde el punto de vista procesal, la prescripción adquisitiva de la extintiva, pudiendo la primera ser materia de acción o de excepción; y la segunda, pudiéndose únicamente implorar en forma de acción.

3.—La prescripción extraordinaria puede ser alegada en cualquier momento del juicio, salvo en el recurso de casación, como lo tiene establecido la jurisprudencia nacional, siguiendo en esto la doctrina de los civilistas franceses (Planiol y Ripert, Derecho Civil Francés, Tomo III, página 632).

4.—La Corte no puede, en este recurso, proceder a nueva calificación probatoria, porque los Tribunales de acuerdo con nuestro régimen procedimental y con la jurisprudencia nacional gozan de autonomía para la estimación de las pruebas. El criterio del fallador en esta materia, se ha dicho en numerosos fallos, no puede ser modificado por la Corte, salvo en los casos de error de derecho, o de hecho que aparezca en forma ostensible y manifiesta en los autos.

5.— Las certificaciones expedidas por los Tesoreros Municipales, sobre que no figura como propietario de determinado lote de terreno en los libros de Catastro, no tienen eficacia alguna probatoria para demostrar que el demandado no haya tenido el animus domini sobre dicho lote, en el cual ha ejercido actos de verdadero dueño, tales como haberlo arrendado, sembrado, hacerle hecho mejoras, esto es, actos de verdadero poseedor, cuyo carácter define así el doctor Valencia Zea, en su obra de Derecho Civil:

"Son poseedores, todas las personas que según los usos sociales, explotan económi-

camente las cosas en provecho propio a semejanza de los propietarios".

6.—Tampoco puede desvirtuarse el animus domini, alegando que el lote materia de la prescripción, fue incluído en una diligencia de inventarios y avalúos sucesorales. A este respecto, dice la jurisprudencia de la Corte:

"Si como demostración plena de dominio se refiere el hecho de la inclusión del inmueble en los inventarios....., la Corte no encuentra error de hecho ni de derecho, como quiera que la propiedad de los inmuebles, sólo se puede establecer por los medios legales, entre los cuales no se hallan los denuncios dados al practicar los inventarios de los juicios de sucesión" (Casación, 9 de marzo de 1931, G. J., 1.877, página 548).

7.—Los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil consagran el derecho a ejercer la acción reivindicatoria y las condiciones que deben reunirse para su viabilidad o procedencia. Pero si en la litis se ha probado la excepción de prescripción extraordinaria de dominio, una de cuyas consecuencias procesales, es justamente la extinción de la acción reivindicatoria, no puede el sentenciador darle aplicación a las normas sustantivas citadas.

8.—Siendo las costas un factor secundario en la secuela del juicio o una simple consecuencia procesal, extraña en rigor a los extremos materia de controversia, el reparo que se haga a una sentencia por este concepto, no dá cabida a la casación, cuyo recurso extraordinario se halla de acuerdo con nuestro régimen procedimental regulado por un ordenamiento jurídico de carácter taxativo.

No sobra advertir que las costas, como lo enseñan los tratadistas de casación, por su carácter accesorio que tienen, con relación a la acción principal y no entrañando problemas de fondo, son asuntos que compete resolverlos a los jueces de instancia. Así lo tiene también la Corte establecido, uno de cuyos numerosos fallos, es el de fecha 15 de febrero de 1940 (G. J., número 1953, página 104), dice así:

"Las costas son una cosa accesoria del derecho principal deducido en el juicio, las cuestiones relativas a su reconocimiento, no pueden fundar la casación del fallo, en cuanto a derecho procesal".

La anterior jurisprudencia está vigente, y el presente recurso le brinda a esta Corte, una oportunidad más para reiterar, como al efecto reitera, su adhesión a ella, pues no hay razón alguna para modificarla ahora.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio cuatro de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

ANTECEDENTES

Ante el Juez del Circuito Civil de Ipiales, el señor Nicolás Muñoz V. demandó inicialmente al señor Florentino Castro A. y posteriormente mediante reforma del libelo a la señora Zoila Castro de Martínez, para que previos los trámites del juicio civil ordinario, se hicieran contra ellos, las siguientes declaraciones:

Primero.—Que pertenece a la sociedad conyugal disuelta e iliquida de Julio Sánchez y de Mariana Toro de Sánchez, un lote de terreno, ubicado en la calle séptima de la ciudad de Ipiales, marcado en su puerta de entrada con el número 3-101 y circunscrito así: por el oriente, con la calle sexta (6ª); por el norte, con propiedades que fueron de Manuel Chamorro, hoy de Lesteria Narváez, tapias al medio; por el sur, con la carrera cuarta (4ª); y por el occidente, que es el frente del inmueble, con la calle 7ª.

Segundo.—Que se ordene a la Notaría de Pueres la cancelación de la escritura pública número 56 de 25 de febrero de 1953, pasada en dicha Notaría, por la cual Florentino Castro A. vendió a Zoila Castro Martínez, el inmueble antes mencionado.

Tercero.—Que se condene a la señora Zoila Castro de Martínez a restituir en favor de la disuelta sociedad conyugal ya mencionada, tres días después de la ejecutoria de la sentencia que le ponga fin a la litis, el lote de terreno objeto de este juicio, o sea su posesión material, por los linderos especificados en el numeral primero.

Cuarto.—Al hacer la entrega del inmueble y de sus correspondientes frutos, al actor de este juicio, señor Nicolás Muñoz V., que se condene en costas a los demandados".

Fundó el demandante su demanda en los hechos que pueden resumirse así:

a) Julio Sánchez y Mariana Toro, contrajeron

matrimonio católico en la parroquia de San Pedro Mártir de Ipiales, el 13 de mayo de 1886;

b) Durante la existencia de tal sociedad conyugal, Julio Sánchez adquirió el inmueble antes alinderado por compras hechas a Azael y Peregrina Herrera, mediante las escrituras públicas números 1º y 306, otorgadas ambas en la Notaría de Ipiales, la primera de fecha 3 de enero de 1912 y la segunda de 20 de mayo del mismo año;

c) La expresada sociedad conyugal se disolvió por muerte de los cónyuges, a quienes sucedió en su carácter de hija legítima, Julia María Sánchez Toro, quien cedió sus derechos en las sucesiones de sus padres, al señor Nicolás Muñoz, lo cual hizo por escritura pública número 1.143, de 22 de octubre de 1952, pasada ante el Notario del Circuito de Ipiales;

d) En el juicio de sucesión de Mariana Toro de Sánchez se decretó el secuestro de los bienes, pero al ir a practicar el depósito del inmueble materia de este juicio reivindicatorio, se opuso a dicho depósito, Florentino Castro A., alegando ser el poseedor.

El curador ad-litem de la demandada al contestar la demanda negó los hechos del libelo y se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas por el actor del juicio.

Agotado el procedimiento de instancia, el Juez A-QUO desató la litis por medio de sentencia de fecha 16 de enero de 1956 (folio 56, cuaderno principal), accediendo a las súplicas de la demanda y declarando no probadas las excepciones perentorias propuestas por el personero de la parte demandada.

Contra dicho fallo interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte demandada, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala Civil de Decisión, por sentencia de fecha 28 de agosto de 1956 (folio 26, cuaderno número 7), revocó la sentencia de primer grado, absolviendo a los demandados y declarando probada la excepción de prescripción adquisitiva de dominio a favor de la parte demandada y condenando en costas comunes a las partes.

No satisfechos con la mencionada providencia, ambas partes interpusieron el recurso de casación que les fue concedido, y se decide ahora, por hallarse cumplidos todos los trámites de rigor.

Examen de los cargos.

Se procede en primer término a estudiar la demanda de la parte demandante.

Invocando dicha parte la causal primera del artículo 520 del Código Judicial impugna la sentencia por falta de aplicación de los artículos 946, 947, 950 y demás concordantes del Código Civil y por indebida aplicación de los artículos 2.531 y 2.532 del Código Civil.

Para sustentar su acusación tres argumentos se aducen, a saber:

Que existiendo un título escriturario a favor del demandante, es ineficaz la prueba testimonial para desvirtuarlo; que el sentenciador incurrió en error de hecho al no estimar el certificado expedido por el Tesorero Municipal de Ipiales, en el cual consta que el demandado Florentino Castro A., no figura en los libros de catastro de dicha oficina, como propietario del lote materia de la reivindicación, cuyo documento es demostrativo de que dicho señor no tenía el *animus domini*, lo cual también se probó con el hecho de haber sido incluído el lote en cuestión en la diligencia de inventarios de la causa mortuoria de la señora Mariana Toro de Sánchez.

La Corte observa:

Siguiendo la tradición de las leyes romanas y españolas, el artículo 673 del Código Civil, consagra la prescripción como uno de los cinco medios de adquirir el dominio. En desarrollo de tal disposición, los artículos 2.531 y 2.532 de la obra citada, establecen en sus ordenamientos jurídicos, las condiciones que deben llenarse para la procedencia de una declaración judicial de prescripción extraordinaria. Según las normas citadas, quien tal prescripción alega, exento está de presentar título alguno, amparado se halla legalmente por una presunción de buena fé y obligado está a comprobar que ha poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción durante treinta años, hoy reducidos a veinte, según la Ley 50 de 1936.

Como se advertirá, los requisitos exigidos por el legislador para la prescripción extraordinaria, son diferentes de los requeridos para la prescripción ordinaria, como diferentes son, desde el punto de vista procesal, la prescripción adquisitiva de la extintiva, pudiendo la primera ser materia de acción o de excepción; y la segunda, pudiéndose únicamente implorar en forma de acción.

En el caso de autos, ciertamente no fue propuesta la excepción de prescripción extraordinaria al tiempo de contestar la demanda, pero ella fue alegada desde la primera instancia y ello es viable, pues, tal prescripción puede ser alegada en cualquier momento del juicio, salvo en el recurso de casación, como lo tiene establecido la

jurisprudencia nacional, siguiendo en esto la doctrina de los civilistas franceses que dicen al respecto:

"La prescripción puede ser alegada ante los Tribunales, en cualquier momento del pleito, mientras no esté terminado. Puede ser alegada específicamente, aun después de hechas las conclusiones en cuanto al fondo del asunto, o después de un informe, o después de la práctica de una investigación, o después de las visitas. La posibilidad de invocar la prescripción por primera vez ante la Corte de Apelación, no es más que la aplicación del derecho común, que autoriza el empleo de nuevos fundamentos ante los jueces de apelación.

"En sentido inverso, la prescripción no puede invocarse por primera vez ante la Corte de Casación, porque el pleito se halla entonces terminado en cuanto al fondo del mismo y porque la Corte Suprema no puede casar una sentencia sino cuando ésta infringe las leyes, los jueces no han podido violar la ley, ya que ésta les prohibe declarar de oficio la prescripción". (Planiol-Ripert. Derecho Civil Francés. Tomo III, página 632).

Habiéndose, pues, en el caso sub-judice, alegado oportunamente por la parte demandada la excepción de prescripción el Juez de instancia estaba en la obligación de fallarla como al efecto lo hizo.

Pero como en la sentencia de primer grado la excepción fue negada, el demandado interpuso recurso de alzada en el Tribunal, cuya entidad revocó el fallo del Juez A-QUO y declaró probada la excepción, apoyando su decisión en la circunstancia de haber probado el demandado plenamente mediante la prueba testimonial la posesión durante el tiempo y las circunstancias señaladas en el numeral 2º del artículo 2.531 del Código Civil y 2.532 ibidem, a cuyas disposiciones, en sentir de la Corte, dió cumplimiento debido al sentenciador.

Para comprobar su posesión treintenaria, el demandado adujo varias declaraciones, las cuales, después de haber sido materia de estudio y de análisis a la luz de los principios generales de la sana crítica, por parte del sentenciador, las halló con mérito legal suficiente para probar el hecho de haberse consumado a favor del demandado la prescripción extraordinaria. Al efecto, dijo en la motivación de su fallo el Tribunal de Pasto:

"En resumen, estima el Tribunal que la prescripción extraordinaria se halla plenamente probada, no sólo en cuanto al tiempo, sino también respecto de los demás elementos, expresa y categóricamente mencionados por los deponentes".

Y siendo ésta la apreciación del Tribunal, la Corte, no puede en este recurso, proceder a nueva calificación probatoria, porque los Tribunales de acuerdo con nuestro régimen procedimental y con la jurisprudencia nacional gozan de autonomía para la estimación de las pruebas. El criterio del fallador en esta materia, se ha dicho en numerosos fallos, no puede ser modificado por la Corte, salvo en los casos de error de derecho, o de hecho que aparezca en forma ostensible, y manifiesta en los autos, y como el primero de los cuales, no logró probarlo el recurrente en su alegación, y el segundo, no aparece evidenciado en el proceso, no hay fundamento alguno para casar el fallo recurrido. Por este aspecto carece, pues, de fundamento la impugnación del recurrente.

Pero dice el recurrente:

"Probado el dominio a virtud de un título inscrito sobre una cosa, se desvanece por completo la presunción del dominio". Inaceptable es la tesis del recurrente, pues, en tratándose de una prescripción adquisitiva de dominio, cuando se ha consumado por el lapso del término legal, ella prevalece sobre el título inscrito, de lo contrario, jamás operaría el fenómeno de la prescripción.

Por lo demás, como lo observa el Tribunal, esta controversia se ha reducido a una cuestión de hecho consistente en saber si se consumó o nó una prescripción a favor del demandado, por haber abandonado por más de treinta años, la posesión del inmueble, quien tenía el título inscrito, y quien no sólo la abandonó, sino que incurrió en aquella inacción injustificada, la cual, los civilistas consideran como una de las bases de la prescripción. Bien dice por ello Planiol-Ripert:

"La prescripción adquisitiva no se basa exclusivamente en el hecho de la posesión, también requiere la inacción de la persona contra la cual se cumple, y aún más, su inacción injustificada". (Derecho Civil Francés. Tomo III, página 596).

Estudiado en este juicio el elenco probatorio, no aparece prueba alguna encaminada a demostrar que el demandante hubiese apelado a ninguno de los distintos, adecuados y eficaces medios procesales que brinda nuestro sistema legal, para la recuperación del dominio, o para la interrupción de la prescripción, cuando el primero se ha perdido, o cuando la segunda, se halla en proceso.

Pero dice el recurrente:

"Se lee al final de la escritura número 56, otorgada el 25 de febrero de 1953, en la Notaría de Puerres: 'El suscrito Tesorero Municipal de Ipiales, a petición verbal del señor Florentino Castro A., HACE CONSTAR: Que examinados los libros de Catastro de esta oficina, el peticionario no figura como propietario de una cuadra situada en el área urbana de esta ciudad (calles 7ª. y 8ª.); y que por lo mismo, este inmueble está a paz y salvo con el Tesorero Municipal de Ipiales.—Ipiales, 25 de febrero de 1953' (Folios 1 v. Cdo. 3 y 18 v. Cdo. 2º).

"Es evidente, entonces, que frente al Estado, esto es, ante todo el mundo, nunca asumió Florentino Castro el animus domini, así como tampoco asumió los deberes de propietario, si hubiera pretendido serlo. Y como el Tribunal olvidara esta prueba concluyente, que brilla al ojo en el folio 1 v. Cdo. 3, incurrió en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos".

En verdad, no hace alusión a la constancia transcrita el sentenciador, pero aún en el supuesto caso de haberla considerado, la conclusión del fallo no había sido diferente, pues una certificación de tal índole no tiene ni por su forma, ni por su contenido, eficácia alguna probatoria para demostrar que el demandado no hubiese tenido el animus domini sobre el lote tantas veces mencionado, y sobre el cual ejerció como está probado, actos de verdadero dueño, tales, como el haberlo arrendado, sembrado, y haberle hecho mejoras, es decir, ejerciendo actos de verdadero poseedor, cuyo carácter define así el doctor Valencia Zea, en su obra de Derecho Civil:

"Son poseedores, todas las personas que según los usos sociales, explotan económicamente las cosas en provecho propio a semejanza de los propietarios".

Tampoco puede desvirtuarse el animus domini, como lo pretende el recurrente, alegando que el lote materia de la prescripción, fue incluído en la diligencia de inventarios y avalúos practicada en el sucesorio de la señora Mariana Toro de Sánchez. A este respecto, dice la sentencia recurrida:

"El alistamiento de un bien en los inventarios, ni es prueba del dominio, ni tampoco es un acto adecuado para interrumpir la prescripción, mientras el poseedor tenga la tenencia material de la cosa, juntamente con el animus domini (artículo 475 del Código Civil)".

Ninguna observación cabe hacerle a la tesis expuesta por el Tribunal, no sólo por estar basada en un claro precepto legal, sino por estar acorde con la jurisprudencia de la Corte, uno de cuyos fallos, dice:

"Si como demostración plena de dominio se refiere el hecho de la inclusión del inmueble en los inventarios....., la Corte no encuentra error de hecho ni de derecho, como quiera que la propiedad de los inmuebles, sólo se puede establecer por los medios legales, entre los cuales no se hallan los denuncios dados al practicar los inventarios de los juicios de sucesión". (Casación 9 de marzo de 1931. G. J. 1.877, página 548).

Todo lo anteriormente expuesto, conduce a demostrar que el sentenciador para declarar la prescripción se atuvo a lo dispuesto en los artículos 2.531 y 2.532 del Código Civil, a los cuales dió cabal cumplimiento.

Finalmente, en cuanto a la no aplicación de los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil a los cuales se refiere el recurrente, la Corte observa:

Los ordenamientos jurídicos citados consagran, en resumen, el derecho a ejercer la acción reivindicatoria y las condiciones que deben reunirse para su viabilidad o procedencia, pero habiéndose probado en esta litis, la excepción de prescripción extraordinaria de dominio, una de cuyas consecuencias procesales, es justamente la extinción de la acción reivindicatoria, mal podía el sentenciador darle aplicación a las normas sustantivas, a las cuales se ha hecho referencia. Lo dicho es suficiente, para rechazar, como al efecto se rechazan, los cargos formulados.

Demanda de la parte recurrente demandada.

El apoderado de dicha parte impugna la sentencia recurrida, por haber dejado el Tribunal de darle aplicación al artículo 2º del Decreto número 243 de 1951.

Para fundar su cargo dice el recurrente, que el sentenciador no podía haber condenado, como lo hizo, en costas a la parte demandada por haber salido ésta victoriosa en el debate judicial. Este es el único argumento y éste el único cargo formulado por la parte mencionada contra la sentencia. Sobre el particular la Corte observa:

Siendo las costas un factor secundario en la secuela del juicio o una simple consecuencia procesal, extraña en rigor a los extremos materia de controversia, el reparo que se haga a una sentencia por este concepto, no dá cabida a la casación, cuyo recurso extraordinario se halla de acuerdo con nuestro régimen procedimental

regulado por un ordenamiento jurídico de carácter taxativo.

No sobra advertir que las costas, como lo enseñan los tratadistas de casación, por su carácter accesorio que tienen, con relación a la acción principal y no entrañando problemas de fondo, son asuntos que compete resolverlos a los jueces de instancia. Así lo tiene también la Corte establecido, uno de cuyos numerosos fallos, es el de fecha 15 de febrero de 1940, (G. J. número 1.953, página 104), dice así:

"Las costas son una cosa accesoria del derecho principal deducido en el juicio, las cuestiones relativas a su reconocimiento, no pueden fundar la casación del fallo, en cuanto a derecho procesal".

La anterior jurisprudencia está vigente, y el presente recurso le brinda a esta Corte, una oportunidad más para reiterar, como al efecto reitera, su adhesión a ella, pues no hay razón alguna para modificarla ahora.

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

* * *

FALLO:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de agosto de mil novecientos cincuenta y seis (1956), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio ordinario iniciado por Nicolás Muñoz contra Florentino Castro A. y otros.

No hay costas.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—Armando Latorre Rizo—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Enrique J. González, Conjuez.—Jorge Soto Soto, Secretario.

COMPRAVENTA EFECTUADA POR PROCURACION Y SIMULACION ENTRE MANDANTE Y MANDATARIO.—ACCESION DE MUEBLE A INMUEBLE

1.—Si el propósito de la demanda inicial se enderaza a obtener sentencia acerca de que obró en propio nombre pero por cuenta ajena quien figura como comprador en negocio de contenido económico preponderante, como la compraventa de inmuebles, el despacho favorable de las súplicas exige necesariamente que la existencia del respectivo mandato sin representación se acredite en el proceso.

No se trata entonces de discutir la seriedad de la compraventa celebrada ni las consecuencias jurídicas que surjan del contrato. Quedan al margen las cuestiones referentes a determinar los medios de prueba admisibles en la simulación, entre las partes o respecto de terceros. Se pretende simplemente que el comprador, por cuanto tuvo la calidad de mandatario, se encuentra en el deber de transferir a su mandante lo adquirido a virtud de mandato sin representación.

Cuando en el instrumento notarial aparece que el comprador actúa en su propio nombre el supuesto probatorio parte de la base de que adquirió para sí mismo y no para tercera persona, y el encargo fraguante, dejos de inferirse, necesita plenitud de prueba si se niega en juicio. Son admisibles todos los medios dentro de las regulaciones de la tarifa en razón de que no se contempla figura solemne, pero es de rigor que la convicción judicial al respecto llegue a ser tan firme que destruya por completo la eficacia correspondiente a la escritura pública.

2.—Nada más natural que el derecho de dominio sobre las cosas se extienda a sus accesorios, como también es de necesidad admitir que todo cuanto sobresale de la superficie reviste el carácter de accesorio del suelo en que encuentra sustentación: superficies solo cedit.

Las normas están fundadas en lo que comúnmente acontece. Y así como por regla general el propietario se encuentra en posesión de sus bienes, de donde el hecho permite presumir el derecho, en principio los edificios son levantados por sus dueños en terrenos que asimismo les pertenecen: el propietario del solar se presume dueño de la edificación y aunque en juicio se demuestre que otra persona ha construído de su peculio, la titularidad sobre el suelo atrae el dominio sobre el todo en armonía con las reglas de la accesión: accessorium sequitur principale.

No se trata de que los principios jurídicos se pongan al servicio del enriquecimiento tortícero sino sólo de dirimir conforme a la razón y en guarda de la equidad el conflicto de intereses suscitado cuando alguien a sus expensas edifica en solar ajeno.

Porque no se encuentra en la misma relación quien actúa movido por error excusable a quien lo hace a sabiendas y por vías tortuosas o quien procede a ciencia y paciencia del dueño. Varía el tratamiento para acomodarlo al régimen de prestaciones mutuas en juicio reivindicatario según la buena o mala fé del constructor, y cuando hay acuerdo de voluntades no menos claro por lo implícito en la edificación a ciencia y paciencia del dueño del solar, la efectividad actual de la acción de recobro se subordina al pago previo del valor del edificio.

Pero es indispensable, siempre que se pruebe a plenitud el hecho mismo de la edificación a expensas de una persona en suelo ajeno. Es necesario destruir en juicio la presunción de que el dueño edificó a su costa en su propio terreno y no es bastante para conseguirlo el aporte de una serie de testimonios que el sentenciador desecha por no encontrarlos responsivos dentro de sus legítimos poderes de apreciación al respecto sin incurrir así en error de derecho y menos cuando su juicio estribó en consonancia con la tarifa y la crítica probatoria los medios aportados al debate en forma armónica y no fragmentariamente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio cuatro (4) de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Fue promovido el presente litigio con la finalidad de obtener que la justicia declarara que María Isabel Riaño, al celebrar el contrato de compra del inmueble 70-94 de la carrera 46 y 45-67 de la calle 71 de Bogotá, que aparece de la escritura pública 299 de 13 de febrero de 1935, Notaría Segunda, obró únicamente como testaferro de Luis Mora Baquero, en cumplimiento de convenio disimulado al efecto.

Como el objeto se hipotecara en 1952 a favor de María Stella Jordán y fuese vendido en 1953 al Pbro. doctor Rafael Herrera, el actor Mora Baquero los comprendió como demandados en el libelo junto con María Isabel Riaño.

Con sentencia plenamente absolutoria proferida el 12 de mayo de 1956 por el Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá, concluyó el primer grado del proceso. Y contra el fallo confirmatorio de segunda instancia, que lleva fecha 8 de agosto de 1956, se han formulado en casación los cargos que pasan a estudio:

PRIMER CARGO

Se alega interpretación errónea del artículo 1.766 del Código Civil, por cuanto el Tribunal "confundió la acción simulatoria de **prevalencia del acto oculto**, ficto, sobre el público u ostensible, con la acción declaratoria de la existencia del mandato", cuando ni los hechos del libelo ni las citas de derecho aluden al mandato o a la representación.

Sobre el sentido de dicho artículo 1.766, dice el recurrente que "es el de que cualquier interesado puede solicitar el **decreto judicial de prevalencia** del acto oculto —ficto— sobre el ostensible con intervención procesal de quienes pactaron la **convención** simulada, distinguiendo para efectos de la selección de los **medios probatorios** a quienes fueron partes en el acto ostensible, público, de quienes convinieron el privado". Y continúa:

"La distinción de **partes**, antedicha, es fundamental a la cuestión: Si las partes del acto ostensible (en nuestro caso vendedor y comprador) son idénticas a las del proceso judicial por simulación, el medio probatorio adecuado debe ser la confesión de parte, o el principio de prueba por escrito completado con testimonios, presunciones, etc. Pero, si el litigio judicial, la litis pendencia, se adelantó con **partes distintas** a los que suscribieron u otorgaron el acto público, el medio probatorio es libre, siendo el común, general, el indiciario, dadas las circunstancias o naturaleza del acto oculto, escondido, que tiene la convención simulada por establecer".

Afirma que el sentenciador equivocó la interpretación del texto, al darle el mérito de confesión a lo declarado por Luis Mora Baquero en la escritura 299 de 13 de febrero de 1935, Notaría Segunda de Bogotá, sin observar que la parte vendedora en ese instrumento —Luis Plata W. (Urbanización San Fernando)— no es, en el juicio ni demandante, ni demandado, ni coadyuvante, por lo que, dice la acusación, "sólo la parte vendedora puede alegar, y utilizar tales declaraciones".

Y concluye:

"Los esposos litigantes forman, y formaban en el acto público (escritura 299 antedicha) una sola **parte** conforme al texto del artículo 1.495, inciso 2º, del Código Civil, esto es, la **parte compradora**; por ese motivo el establecimiento procesal del convenio ficto entre ellos es libre en cuanto al medio probatorio; esta es la doctrina del artículo 1.768, ibidem, no acogida por el H. Tribunal".

* * *

La sentencia acusada, después de exponer los puntos doctrinales sobre el mandato sin representación, se ocupa en las pruebas a la luz de las normas legales aplicables, y dice en seguida:

"Sentados estos principios probatorios, se pregunta la Sala: Siendo así que se efectuó un contrato entre la sociedad colectiva: 'Plata y Hernández Urbanización de San Fernando', por una parte, la que figura como vendedora del inmueble a que se refiere la ya mencionada escritura pública número 299, otorgada el 13 de febrero de 1935, ante el Notario Segundo de Bogotá, y la demandada Isabel o María Isabel Riaño de Mora, la que aparece como compradora, es el caso de exigir que el demandante —que es tercero en dicho negocio de compraventa— estableza, como se lo exigió el Juez de la primera instancia, con las pruebas a que arriba nos referimos y que son las pertinentes en cuanto al acto simulado en tratándose de partes del mismo contrato? —Se absuelve la duda en la siguiente

forma: No se trata en el presente caso de demostrar los pactos atañederos a la compraventa en sí misma considerada. Es un hecho incontrovertido y que ninguno de los litigantes discute que la venta se celebró entre los arriba mencionados. El punto que se discute, es si María Isabel obró con mandato sin representación de su cónyuge Luis Mora Baquero, como este último lo afirma y si, por tanto, está obligada para con Luis Mora Baquero en la forma como lo está el mandatario para con su mandante.

"La alegación del demandante de que su cónyuge María Isabel Riaño de Mora obró en el contrato referido como su madataria y que, por tanto, adquirió para él, cae por su base con la misma declaración que Mora Baquero hizo al otorgarse la escritura 299, tantas veces citada, en cuyo otorgamiento intervino para manifestar: 'Que el lote de terreno así determinado es el mismo prometido en venta al señor Luis Mora Baquero quien pagó su precio en la forma pactada según recibos que se le expidieron; pero que por exigencia de Mora Baquero la sociedad vendedora ha convenido en otorgarle la presente escritura de transferencia a favor de la señora Isabel Riaño de Mora, por pertenecer a ésta el dinero con que fue pagado el precio de dicho lote, según así lo ha manifestado aquél (subraya el Tribunal). Y más adelante: Estando presente el señor Luis Mora Baquero, cédula de ciudadanía número ..... varón mayor de edad, de esta vecindad y conocido por mí dijo: Que acepta que la presente transferencia se haga a favor de la señora Isabel Riaño de Mora, por haber sido ella quien suministró en su totalidad el dinero con que el expresente pagó el valor del lote de que se trata en esta escritura el cual queda perteneciendo exclusivamente a la señora Riaño de Mora a cuyo favor renuncia a todo derecho que como promitente comprador pudiera tener sobre la propiedad del mencionado lote como acción o reclamo contra ella o contra la sociedad vendedora'.

"Tratándose, como bien se ve, de una verdadera confesión extrajudicial (artículo 604 del Código Judicial), ya que se trata de una manifestación escrita hecha fuera de juicio por parte capaz de obligarse sobre la verdad de hechos de valor jurídico, favorables a la parte demandada y que perjudican a quien los efectuó en su contra, y, de pleno valor, ya que el hecho negativo de que no existía un mandato oculto, es susceptible de ser probado por medio de la confesión. Ahora bien, como no puede haber lugar a duda sobre que la expresada confesión se efectuó (artículo 608 del Código Judicial) tiene el valor de plena prueba y como no está demostrado, ni mucho menos, que el confesante incurrió en error inculpable o explicable al rendirla, hay que darle pleno valor en contra de él.

"Teniendo en cuenta lo que se deja sentado y habida consideración de que el actor no logró traer la plena prueba de que la demandada hubiera obrado como su mandataria, es el caso de concluir que debe confirmarse la decisión del Juez de la primera instancia en cuanto absolvió a la demandada de este cargo de la demanda, aun cuando por razones diversas de las consignadas en el fallo".

° ° °

Se considera:

Si el propósito de la demanda inicial se endereza a obtener sentencia acerca de que obró en propio nombre pero por cuenta ajena quien figura como comprador en negocio de contenido económico preponderante, como la compraventa de inmuebles, el despacho favorable de las súplicas exige necesariamente que la existencia del respectivo mandato sin representación se acredite en el proceso.

No se trata entonces de discutir la seriedad de la commpraventa celebrada ni las consecuencias jurídicas que surjan del contrato. Quedan al margen las cuestiones referentes a determinar los medios de prueba admisibles en la simulación, entre las partes o respecto de terceros. Se pretende simplemente que el comprador, por cuanto tuvo la calidad de mandatario, se encuentra en el deber de transferir a su mándante lo adquirido a virtud de mandato sin representación.

Cuando en el instrumento oblarial aparece que el comprador actúa en su propio nombre el supuesto probatorio parte de la base de que adquirió para sí mismo y no para tercera persona, y el encargo inaparente, lejos de inferirse, necesita plenitud de prueba si se alega en juicio. Son admisibles todos los medios dentro de las regulaciones de la tarifa en razón de que no se contempla figura solemne, pero es de rigor que la convicción judicial al respecto llegue a ser tan firme que destruya por completo la eficacia correspondiente a la escritura pública.

Mas si acontece que el mismo instrumento al estudio esfuerza la realidad de que la compradora negoció por su propia cuenta, desde luego que así lo reconoce en forma clara y enfática

quien ahora se presenta como actor para alegar mandato oculto, ningún reparo admite en el recurso extraordinario la convicción adversa a las súplicas de la demanda que se formó el sentenciador mediante el examen de las pruebas allegadas al proceso. Su juicio no está afectado de error y debe prevalecer en consecuencia.

SEGUNDO CARGO

Se formula en carácter de "violación de los artículos 693 y 697 del Código Judicial, por error de derecho y error de hecho, y violación directa del artículo 762 del Código Civil e indebida aplicación del 739, inciso 2º, de la misma obra".

Dice el recurrente que el Tribunal apreció como plena prueba los testimonios de Enrique Rodríguez y Benjamín Cantor sin ser ratificados en juicio ni ser competente el Juez ante quien se rindieron, y que valoró erróneamente múltiples testimonios, de donde dedujo error de derecho. Que no apreció diversos elementos probatorios producidos legal y oportunamente, como testimonios sobre posesión material y edificación de las casas objeto del pleito, inspecciones oculares, posiciones, dictamen pericial sobre posesión material, solvencia económica, etc., de los litigantes, y escrituras de transferencias de dominio, de lo cual desprende error de hecho.

Desarrolla su pensamiento en el sentido de que cada uno de los cónyuges en litigio entiende suyas las edificaciones levantadas en el terreno que fue objeto de compra a la empresa urbanizadora, y que si la demandada adujo declaraciones de construcción protocolizadas por ella y sin ratificar en el juicio, el demandante produjo en el proceso numerosos testimonios, así como también pruebas sobre su posesión material, procedencia de los dineros invertidos en edificar, comunidad de vida entre los esposos, etc. Y añade:

"El H. Tribunal ha debido aplicar el artículo 762 del Código Civil en lo referente a la posesión y apreciar la presunción allí establecida, y no lo hizo. A esto lo condujo su omisión, su falta de apreciación de los elementos probatorios producidos por el demandante, indicados al apreciar el error de hecho, sobre posesión material, por esto violó directamente esta disposición.

"La misma omisión en la apreciación de elementos probatorios referentes a la edificación —el modo ostensible como ella se hizo, su duración— lo condujo a dar al artículo 739, inciso 2º, efectos no contemplados en la norma, y ver una presunción de propiedad sobre edificación no prevista, y totalmente contraria al inciso violado, que es de este tenor:

'Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para reembarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera'.

* * *

El sentenciador se expresa así:

"Respecto a la declaración que solicita el actor de que se reconozca su dominio sobre las construcciones efectuadas en el lote de terreno materia de la venta contenida en la escritura número 299, tantas veces citada, tal pretensión estaría ubicada en el 2º inciso del artículo 739 del Código Civil, referente a quien edificó o plantó en terreno ajeno a ciencia y paciencia del dueño del mismo.

"Previamente se establece que el dueño del terreno, cosa que aparece comprobada en autos en cuanto hace relación con la demandada, hay que presumirlo dueño de lo que en el mismo se ha plantado o edificado pues por el modo de la accesión el dueño del terreno llega a hacerse también de lo que a él se agrega en las formas dichas. Cosa que se reafirma en el presente caso si se tiene en cuenta la manifestación rotunda de la demandada María Isabel de ser quien hizo edificar las construcciones con sus propios fondos y por su propia cuenta, lo que llegó a consagrar con las declaraciones extrajuicio recibidas a Enrique Rodríguez y a Benjamín Cantor, las que fueron protocolizadas en el instrumento número 6.945 de fecha 22 de octubre de 1951, otorgado ante el Notario Segundo de esta ciudad, el cual fue registrado en la Oficina de Registro de este Circuito y que, seguramente, fue tenido en cuenta por los terceros que con la dueña del inmueble contrataron, dándole dinero con garantía hipotecaria sobre el inmueble y comprándole el mismo.

"Ante la situación que se deja expuesta, el demandante intenta demostrar que es dueño de las edificaciones por haberlas construído con su propio dinero con las declaraciones de Rito A. Salamanca, Francisco Martín Casas, Angélica Robayo, Antonio Colorado, Guillermo Martínez, Julio Vega, Roberto Bernal, Clodoveo Castro, y otros que afirman en forma escueta que el demandante construyó las edificaciones con bienes de su propiedad y con su propio trabajo sin que den razón alguna valedera de los hechos por los cuales les constan sus declaraciones.

"La demandada además adujo en oportunidad procesal multitud de recibos sobre pago por ella efectuado de los servicios públicos de alumbrado y acueducto, así como de pago por ella efectuado del impuesto predial de los expresados inmuebles que en las oficinas municipales figuran como de su propiedad, así como un recibo por el pago de una multa por haber construído unas piezas en el inmueble sin el correspondiente permiso de las autoridades municipales y un permiso de edificación, expedido a su favor, por el Departamento de Control de obras públicas del Municipio de Bogotá en relación con el inmueble objeto del litigio. También presenta un certificado expedido el 10 de diciembre de 1952 por el Secretario General del Departamento de Catastro de Bogotá, según el cual el inmueble en cuestión figura registrado en dicha dependencia como de propiedad de la demandada".

* * *

Se considera:

Nada más natural que el derecho de dominio sobre las cosas se extienda a sus accesorios, como también es de necesidad admitir que todo cuanto sobresale de la superficie reviste el carácter de accesorio del suelo en que encuentra sustentación: superficies solo cedit.

Las normas están fundadas en lo que comúnmente acontece. Y así como por regla general el propietario se encuentra en posesión de sus bienes, de donde el hecho permite presumir el derecho, en principio los edificios son levantados por sus dueños en terrenos que asimismo les pertenecen: el propietario del solar se presume dueño de la edificación y, aunque en juicio se demuestre que otra persona ha construído de su peculio, la titularidad sobre el suelo atrae el dominio sobre el todo en armonía con las reglas de la accesión: accessorium sequitur principale.

No se trata de que los principios jurídicos se pongan al servicio del enriquecimiento torticero sino sólo de dirimir conforme a la razón y en guarda de la equidad el conflicto de intereses suscitado cuando alguien a sus expensas edifica en solar ajeno. Porque no se encuentra en la misma relación quien actúa movido por error excusable o quien lo hace a sabiendas y por vías tortuosas o quien procede a ciencia y paciencia del dueño. Varía el tratamiento para acomodarlo al régimen de prestaciones mutuas en juicio reivindicatorio según la buena o mala fé del constructor, y cuando hay acuerdo de voluntades no menos claro por lo implícito en la edificación a ciencia y paciencia del dueño del solar, la efectividad actual de la acción de recobro se subordina al pago previo del valor del edificio.

Pero es indispensable siempre que se pruebe a plenitud el hecho mismo de la edificación a expensas de una persona en suelo ajeno. Es necesario destruir en juicio la presunción de que el dueño edificó a su costa en su propio terreno y no es bastante para conseguirlo el aporte de una serie de testimonios que el sentenciador desecha por no encontrarlo responsivos dentro de sus legítimos poderes de apreciación al respecto sin incurrir así en error de derecho y menos cuando su juicio escrutó en consonancia con la tarifa y la crítica probatoria los medios aportados al debate en forma armónica y no fragmentariamente.

Y si la antedicha presunción se vió corroborada por testimonios extrajuicio que el recurrente critica y además por piezas diversas ameritadas por el sentenciador, no es posible que el reparo en referencia haga tránsito a casación.

TERCER CARGO

Se presenta así: "a) Violación, por error de derecho, en la aplicación de los artículos 604, 606 del Código Judicial y 1.759 del Código Civil, que condujo a la violación del 1.766 ibídem;

"b) Violación, por error de hecho, en la aplicación de los artículos 593, 594, 862, 663, 665, 693, 697, 722 y 730 del Código Judicial, que condujo al desconocimiento del artículo 1.766 del Código Civil".

Y versa sobre la confesión extrajudicial hecha por Mora Baquero en la escritura de compra del terreno a la urbanizadora San Fernando.

Considera el recurrente que lo declarado allí demuestra la seriedad del contrato de compraventa y "que el negocio fue, y es, de Luis Mora Baquero, y únicamente de él; no importa de quien fue o haya sido el dinero; el dinero es un bien de género (artículo 1.565 del Código Civil) con dinero ajeno se hacen negocios propios; (con dinero ajeno se pagan deudas personales (artículo 1.630 ibídem)".

En este orden de ideas impugna el fallo por errores de hecho y de derecho al apreciar la materia probatoria y se detiene a explicar su pensamiento en el sentido de que lo manifestado por Mora Baquero de aceptar la transferencia

del terreno a favor exclusivo de Isabel Riaño de Mora por haber sido ella quien suministró en su totalidad el dinero del precio no tiene el valor de confesión por cuanto Luis e Isabel integraron en el contrato una sola parte, "la parte compradora: a) Ambos la suscribieron y la suscribieron como compradores; b) El derecho de la Riaño depende de la cesión y renuncia de derechos hecha por Mora a su favor".

A continuación enumera diversos elementos aportados al proceso no sin repetir varias de su alegaciones con el propósito de ir a la demostración de los mencionados errores de hecho y de derecho y a la tesis de que el sentenciador debió estimar las súplicas del libelo con base en indicios tales como "ser Luis Mora Baquero quien celebró, para él, el negocio de compraventa; convino en la cosa, su situación y linderos; pactó la promesa de venta y pagó, en su totalidad, el precio de compra, y quien autorizó a María I. Riaño para recibir la escritura 299 sobrecitada; ser los litigantes (Mora-Riaño) cónyuges entre sí, casados antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932; ser Luis Mora Baquero, al otorgamiento de la escritura 299, citada, hombre de recursos económicos, dueño de varios otros inmuebles; ser Luis Mora Baquero, al otorgamiento de la escritura 299, administrador de los bienes de sus hermanos menores, huérfanos por padre....."

* * *

Se considera:

Esta acusación no difiere en lo esencial de la que fue presentada en primer término. Si el actor reconoce ante Notario que el interés de la compra hecha a la empresa urbanizadora pertenece única y exclusivamente a María Isaber Riaño de Mora hay ostensible plena prueba por confesión extrajudicial de que el mandato oculto que ahora se alega no ha existido jamás. Con mayor razón, si además se allegaron al proceso otros varios elementos concurrentes de prueba que el Tribunal contempla en su fallo.

Sobraba así la investigación conjetural sobre un encargo secreto que el presunto interesado como mandante niega de manera rotunda y fehaciente.

* * *

CUARTO CARGO

Por la última impugnación se dicen violados por no aplicación los artículos 3º y 7º de la Ley 28 de 1932 lo mismo que el 1.852 del Código Civil.

El recurrente parte del supuesto sin arraigo en los autos de que Mora Baquero pactó y celebró por sí el negocio a que se refiere la escritura 299 de 13 de febrero de 1935 y si compareció María Isabel Riaño lo hizo porque Mora Baquero consintió en ello, porque "de lo contrario no hubiera podido comparecer". Afirma que "si éste (Mora no le cede el negocio, ella (María Isabel) ningún papel hubiera jugado en el acto ostensible. Y después mediante referencia a la demanda con que el proceso fue iniciado perfila el cargo así:

"La definición judicial de la cuestión propuesta en la segunda parte de la petición segunda subsidiaria (Folio 10, vuelto, cuaderno 1º) requería la aplicación del H. Tribunal del artículo 7º de la Ley 28 citada. Con base en esta disposición, Mora aspira a saber, y aspira a que la justicia le diga, si tiene o no a los esposos litigantes como definidos, judicial o extrajudicialmente, en sus bienes; vale decir, si tiene acción para reclamar lo suyo llevado a la sociedad conyugal o no. El juzgador de segunda instancia debió aplicar la disposición citada, resolver, según ella, la cuestión sustantiva propuesta, y no lo hizo, luego violó por falta de aplicación tal norma.

"La violación expuesta lo condujo a tener la cuestión como un hecho no susceptible de definición judicial, y negarla como la negó en lo resolutivo de la sentencia demandada, con perjuicio del recurrente, por esto el cargo".

* * *

Dijo el sentenciador sobre lo que es materia de esta crítica:

"En relación con las súplicas subsidiarias distinguidas con los números 1º, 2º y 4º, se observa que se intenta que por medio de una decisión judicial se declare la existencia escueta de unos hechos, y siendo así que las decisiones judiciales deben tener un contenido obligatorio para las partes litigantes, es inconcebible que se puedan limitar a la declaración inocua de un hecho o de una norma general de la ley.

"Siguiendo al respecto el pensamiento del expositor Alfredo Rocco, expuesto en su obra **La Sentencia Civil**, se puede decir que la posibilidad de la jurisdicción y por lo tanto la necesidad

de que se produzca fallo decidiendo cuestiones sub lite surge solamente en dos casos: cuando es inefable la tutela concedida por el derecho a algunos intereses concretos. Mediante el carácter de generalidad y universalidad de la norma jurídica, cuando se quiere determinar si en el caso concreto y en qué medida es tutelado por el derecho determinado interés, es necesario acomodar el caso concreto a la norma general, o sea, aplicar la norma general al caso concreto; o cuando si bien la tutela de determinado interés está fuera de duda por estar legalmente acreditado, aquel a quien va dirigido el mandato o la prohibición contenidos en la norma que tutela dicho interés, rehuse u omita acatarla, y deje así, por mala voluntad, incumplido el interés que la norma jurídica protege.

"Lo dicho es suficiente para llegar a la conclusión de que no es el caso de que el fallador se pronuncie en cuanto hace relación a las peticiones subsidiarias que se acaban de mencionar".

o o o

Se considera:

Al pasar revista a la segunda súplica subsidiaria que el recurrente menciona, aparece concebida así:

"Segunda.—Que Luis Mora Baquero y María Isabel Riaño de Mora se casaron antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, y no han definido ni judicial ni extrajudicialmente sus cuestiones relativas a la distribución de bienes que deban corresponder a cada uno de ellos conforme a la ley".

Se trata así de una proposición negativa indefinida de manifiesta inoficiosidad para ser declarada por la justicia si en los términos del artículo 7º de la Ley 28 de 1932 y respecto de las sociedades conyugales preexistentes los cónyuges tienen capacidad en cualquier momento para definir extrajudicialmente y sin perjuicio de terceros las cuestiones relativas a la distribución de los bienes que deban corresponder a cada uno de ellos.

Cuanto a la prohibición legal de contratos relativos a inmuebles celebrados entre cónyuges el proveído no es susceptible de reparo en presencia de que la compraventa fue ajustada con la firma urbanizadora sin que se haya discutido siquiera la validez de tal negocio jurídico. Por lo demás, queda a salvo de la prohibición el mandato general o especial y cabría observar que si el encargo oculto de Luis a María Isabel no tiene asidero en el juicio por lo que aparece de la propia escritura 299 no sería extraño que las cosas hubiesen sucedido a la inversa: Puesto que Mora Baquero tenía de la urbanizadora promesa de venta y acepta que la transferencia se haga a María Isabel "por haber sido ella quien suministró en su totalidad el dinero con que el exponente pagó el valor del lote" y a "a cuyo favor renuncia a todo derecho que como prometiente comprador pudiera tener sobre la propiedad del mencionado lote como acción o reclamo contra ella o contra la sociedad vendedora", carecería de base el entendimiento de que Mora Baquero en la promesa de contrato actuó como mandatario de su consorte María Isabel?

No prospera la acusación.

o o o

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 8 de agosto de 1956 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No aparecen costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rico—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

CRITERIO QUE DEBE ADOPTARSE PARA LA FIJACION DE AGENCIAS EN DERECHO

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

Los importantes intereses tanto de orden económico como jurídico ordinariamente comprometidos en estos litigios de los cuales conoce la Corte, a virtud del recurso extraordinario, induce a las partes interesadas, como ha ocurrido en el caso de autos, a solicitar la asistencia de abogados no sólo eficaces y laboriosos, sino versados en la difícil técnica de la casación y cuyos servicios profesionales, deben ser equitativamente remunerados.

La circunstancia antes mencionada, la cuantía de la acción incoada y el mérito jurídico del alegato presentado por el opositor, fueron factores que tuvo en cuenta la Sala para fijar las agencias de derecho en la suma $ 1.000.00 moneda corriente, cuya suma refleja hasta donde humanamente es posible una labor intelectual que como la del profesional, es producto de largos años de consagración al estudio de las disciplinas jurídicas.

Así pues, no puede en manera alguna tildarse de exagerada la asignación fijada en el auto reclamado, máxime si se considera que dentro del accidentado marco de nuestra desvalorización monetaria y como consecuencia de ella, ha sobrevenido un general aumento de precios que lógicamente debe incidir en la tarifa de quienes no cuentan con más arbitrios para atender a su subsistencia que los derivados del noble ejercicio profesional.

Por las razones expuestas, no se ACCEDE a reformar el auto reclamado, y se aprueba la anterior liquidación.

Reconócese al doctor Carlos Uribe Garzón, como apoderado sustituto de la parte demandante, en los términos del anterior memorial.

Notifíquese.

Ignacio Escallón—Jorge Soto Soto, Secretario.

CASOS EN QUE PUEDE HALLARSE EL COMUNERO EN RELACION CON UN GRAVAMEN HIPOTECARIO CONSTITUIDO POR EL MISMO. — EFICACIA DE LA HIPOTECA CONSTITUIDA SOBRE GANANCIALES. — QUIEN ALEGA UN DERECHO PENDIENTE DE UNA CONDICION, DEBE DEMOSTRAR EL CUMPLIMIENTO DEL HECHO EN QUE CONSISTE LA CONDICION. — PARA EL PAGO DE LOS GASTOS COMUNES, LO MISMO DA QUE SE ADJUDIQUE EN LA PORCION DEBIDA UNA CUOTA DE LOS BIENES SUCESORALES AGREGADA A SU DERECHO HERENCIAL A LOS ASIGNATARIOS QUE LOS HAN HECHO, O QUE SE FORME AHIJUELA SEPARADA

1.—Del contenido de los artículos 739, 1.401 y 2.442 del Código Civil, se deduce que el comunero, en relación con un gravamen hipotecario constituido por él, puede hallarse en uno de estos casos: 1º. Si es comunero o condueño de una cosa singular y figura su cuota, dividida aquélla, el gravamen subsiste sobre la parte que se le adjudique; 2º. Si hipoteca una parte determinada del inmueble, el derecho real accesorio se mantiene, si le corresponde la porción gravada, si se le asigna una diferente, caduca la hipoteca como efectuada en cosa ajena, a menos que el adjudicatario o adjudicatarios consientan en ello.

Cuando se trata de una comunidad universal, como es el caso de una sucesión o de una sociedad conyugal en liquidación, la hipoteca de la cuota abstracta correspondiente al comunero en ellas, carece de valor, porque esa cuota o derecho no es hipotecable. Pero si el comunero hipoteca alguno o algunos de los bienes comprendidos en la comunidad, el gravamen no es nulo, pero la eficacia de él está sometida a que el bien o los bienes gravados se le adjudiquen al constituyente del gravamen. En caso de que así no ocurriere, la hipoteca caducará, a menos que los partícipes de las cosas dadas en hipoteca consientan en ésta y expresen su consentimiento en escritura pública de que se tome nota en el registro.

2.—El reivindicador de un bien raíz adquirido en subasta en que se hizo efectiva la hipoteca de un bien perteneciente a una comunidad universal, debe aducir la prueba de que el inmueble gravado se adjudicó al constituyente de la hipoteca o al que se lo vendió a él. A quien alega un derecho pendiente de una condición, corresponde demostrar el cumplimiento del hecho en que consiste la condición.

3.—Es con los bienes sucesorales con los cuales deben pagarse los gastos comunes, tales como las costas anexas a la apertura de la sucesión, los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria, etc. Y lo mismo da que se adjudique en la porción debida una cuota de los bienes sucesorales, agregada a su derecho herencial, a los asignatarios que los han hecho, a que se forme hijuela separada, porque, al fin y al cabo, es una deducción de los bienes hereditarios la que se hace en una u otra forma, para atender a gastos impuestos por la ley.

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

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

En mayo de 1940, Carmen Hurtado de Avila estando casada con Maximiliano Avila, compró a Francisco Rivera E. los dos inmuebles —uno urbano y otro rural— que relaciona el título escriturario número 315 corrido en la Notaría Primera de Palmira (Valle).

Fallecido Maximiliano Avila e ilíquida su sucesión, por escritura número 284 de 1946, de la Notaría Segunda de Palmira a Carmen Hurtado viuda de Avila vendió a su hijo Maximiliano Avila Hurtado el inmueble urbano, ubicado en la población de Palmira.

Por medio de la escritura pública número 327 de marzo 1º de 1946 de la Notaría Segunda de Palmira —aclarada por la 1.088 del mismo año y notaría— Maximiliano Avila Hurtado hipotecó el inmueble adquirido de su madre a favor de Miguel Reyes M., en garantía de un crédito por $ 2.000.00 y sus intereses.

Tres años después, comparecieron Carmen Hurtado viuda de Avila y Maximiliano Avila Hurtado a la Notaría Primera de Palmira y, por medio de la escritura número 568 de junio 9 de 1949, ratificaron la venta contenida en la precitada escritura 284 de 1946, advirtiendo la vendedora viuda de Avila, respecto del objeto de la venta, que esta "sólo comprende los derechos que a la exponente Carmen Hurtado viuda de Avila le correspondan como cónyuge sobreviviente en la sucesión de su esposo señor Maximiliano Avila, muerto el 25 de diciembre de 1944, por pertenecer hoy legalmente el bien referido a la sociedad conyugal, es decir, que sólo debe entenderse como vendido su derecho de mitad de gananciales".

Muerto el acreedor Miguel Reyes M., el crédito a cargo de Maximiliano Avila Hurtado fue adjudicado en la sucesión a su cónyuge, Tránsito Girón viuda de Reyes, quien inició la correspondiente acción de venta de bienes hipotecados, dentro de la cual se adjudicó la finca a la señora Hermelinda Osorio de Zuluaga, según consta del acta de remate del 2 de noviembre de 1950, debidamente registrada.

Adelantado el juicio de sucesión de Maximiliano Avila (padre) en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, en la partición de los bienes relictos se adjudicó el inmueble rematado por Hermelinda Osorio —objeto de la reivindicación— a Judith Avila de Calero, Cayetano Avila H., Carmen Avila de Rincón, Mario Avila H., Leonor Avila de Rodríguez, Jorge Avila H. y Carmen Hurtado viuda de Avila, por cuotas (Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del folio 29 ss.).

Con el ánimo de hacerse a la posesión material del bien que adquiriera en el remate, la señora Hermelinda Osorio de Zuluaga promovió ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Palmira la acción reivindicatoria de que dan cuenta los autos, contra Mario, Leonor y Jorge Avila Hurtado, Carmen Hurtado viuda de Avila y Juan de Dios Rincón y sus causahabientes o sucesores (sic). Posteriormente prescindió de seguir la acción contra la demandada Leonor Avila Hurtado.

Agotada la secuela ordinaria, el Juzgado le puso término a la primera instancia en sentencia de nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, por la cual negó las súplicas del libelo y absolvió a los demandados de los cargos formulados en él.

Apelado ese fallo por el personero de la parte actora, el Tribunal Superior de Cali lo confirmó en el de febrero catorce de mil novecientos cincuenta y seis.

Contra el último interpuso el mismo apoderado el recurso extraordinario de casación que procede resolver, por hallarse agotada la tramitación que le es propia.

Demanda de Casación.

La demanda de casación le formula a la sentencia del Tribunal de Cali, con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, seis cargos que se consideran en su orden:

I

En el primero acusa a la sentencia de ser violadora por infracción directa de los artículos 1.602, 1.739 y 1.766 del Código Civil en cuanto le dio eficacia y validez como motivo decisorio a las declaraciones contenidas en la escritura número 568 de 9 de junio de 1949 de la Notaría Primera del Circuito de Palmira, conforme a las cuales Carmen Hurtado viuda de Avila y Maximiliano Hurtado cambiaron el objeto de la venta celebrada por los exponentes en la escritura número 284 de febrero de 1946, convirtiéndolo de cuerpo cierto y determinado en cuota de mitad de gananciales, para concluir, en perjuicio del acreedor hipotecario Miguel Reyes M. que ignoró esa contraescritura, que su garantía real no fue en inmueble singular y determinado como lo reza la escritura 327 de marzo de 1946 sino simplemente una hipoteca sobre cuota de gananciales". Extiende la acusación a una violación indirecta de las mismas normas como consecuencia del error de derecho, consistente en haberle dado a la prenombrada contraescritura el valor de prueba completa contra lo dispuesto en el artículo 1.766 del Código Civil.

Considera la Corte:

El Tribunal, después de apreciar, de una parte, la situación planteada por la venta que Carmen Hurtado viuda de Avila le hizo a Maximiliano Avila Hurtado del inmueble perteneciente a la sociedad conyugal iliquida, por medio de la escritura número 284 de 21 de febrero de 1946, y la aclaración que de esta venta hacen ellos en la escritura 568 de 9 de junio de 1949; de otra, las adjudicación que en la partición de la mortuoria de Maximiliano Avila se hizo del mismo inmueble tanto a sus descendientes legítimos como a la cónyuge supérstite; y de otra, la hipoteca que Maximiliano Avila Hurtado constituyó a favor

de Miguel Reyes sobre dicha finca según el instrumento 327 de 1º de marzo de 1946, y el remate que la demandante hizo en el juicio de venta seguido con base en esta hipoteca, dice en la única parte doctrinaria del fallo.

"Ahora bien, alega la actora, por medio de su personero judicial, que ella es dueña del bien sujeto de la reivindicación, porque le fue adjudicado por virtud del remate que se efectuó el 2 de noviembre de 1950 en la ciudad de Palmira, en el juicio especial hipotecario que adelantó la señora Tránsito Girón viuda de Reyes contra el señor Maximiliano Avila Hurtado.

"Pero ocurre que el bien rematado en este juicio necesaria y forzosamente debía sufrir las consecuencias inherentes al título que lo generaba, pues si el deudor Avila Hurtado sólo era dueño de la mitad de los derechos que le correspondían a su tradente vendedora señora Hurtado de Avila, según se ha visto, mal podía haber hipotecado a su acreedora Girón viuda de Reyes, la totalidad de la finca.

"No hay que perder de vista que según el artículo 2.400 (sic) del Código Civil, el que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho aunque así no se exprese.

"Lo anterior quiere decir que si lo hipotecado se limitaba a los derechos que, por concepto de gananciales, podía transferir la cónyuge supérstite, el remate debía concretarse a la porción equivalente a ellos, esto es, a la mitad que le correspondían en su calidad de condueña en la sociedad conyugal tantas veces nombrada.

"Siendo esto así, como en realidad lo es, fuerza es concluir que la actora no ha comprobado la primera exigencia del texto citado en otro lugar, como que el título exhibido no tiene la suficiente virtud para acreditar su dominio sobre el bien que intenta reivindicar, por lo cual es incuestionable que su demanda no puede prosperar.

"No estando comprobados los hechos básicos de la acción no sería pertinente entrar al examen de las excepciones propuestas, ya que éstas se encaminan a enervar o destruir los fundamentos de aquélla.

"Las anteriores consideraciones, llevan al ánimo de la Sala, el convencimiento de que la sentencia recurrida descansa en sólida base legal, razón para que sea aprobada".

Al expediente se trajo por la parte demandada una copia debidamente registrada de la escritura 568, otorgada en la Notaría Primera de Palmira el 9 de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, a la cual comparecen Maximiliano Avila Hurtado, Carmen Hurtado viuda de Avila, y ésta expresa que ratifica el contrato de compraventa contenido en la escritura 284 de 21 de febrero de 1946, autorizada en la Notaría Segunda del mismo Circuito, por la cual le dio en venta al otro compareciente una casa de habitación y un terreno ubicados en el cruce de la calle 10 con la carrera 13 de la ciudad de Palmira, y agregan: "pero que tanto la venta contenida en la precitada escritura número 284, como la presente ratificación, se deben entender hechas en el sentido de que tal venta sólo comprende los derechos que a la exponente Carmen Hurtado viuda de Avila le correspondan como cónyuge sobreviviente en la sucesión de su esposo señor Maximiliano Avila, muerto el día 25 de diciembre de 1944, por pertenecer hoy legalmente el bien referido a la sociedad conyugal, es decir, que sólo debe entenderse como vendido su derecho de mitad de gananciales".

En cambio, no obra la escritura 284 de 21 de febrero de 1946, en la cual se contiene el contrato de venta primitivamente celebrado entre Maximiliano Avila Hurtado y Carmen Hurtado viuda de Avila.

Sin el conocimiento completo de este acuerdo de voluntades, sería imposible saber si, en realidad, los contratantes Avila Hurtado y Hurtado viuda de Avila cambiaron el objeto de la venta acordada en la escritura 284 de febrero de 1946 convirtiéndolo de cuerpo cierto y determinado en cuota de mitad de gananciales, y si el Tribunal se equivocó o no al considerar que el derecho de Maximiliano Avila Hurtado sobre la casa era de gananciales no de especie o cuerpo cierto, al cual tenía que subordinarse la hipoteca constituida por Avila Hurtado en favor de Miguel Reyes M. Sin la escritura echada de menos, de la cual arranca la titulación de la demandante, según el certificado presentado por ella misma con la demanda, es imposible, se repite, saber si el Tribunal teniendo a la vista solamente la llamada escritura de ratificación, violó las normas invocadas en el cargo, con tanto mayor razón si éste pone base en la escritura 284 de 1946, que no se trajo al proceso.

Sería evidente que, si en este instrumento se convino una venta de un inmueble cierto y determinado, y en el 568 de 9 de junio de 1946, se cambió el objeto del contrato por los gananciales de la vendedora en la sociedad conyugal

liquida, la segunda escritura no tendría fuerza obligatoria para el acreedor hipotecario Reyes, y se configuraría una violación directa de los artículos 1.759 y 1.766 del Código Civil pero la ausencia del primer contrato no permite deducir el error de derecho invocado.

El primer cargo no prospera.

II

La demanda enuncia así el segundo cargo: "La sentencia acusada es violadora por infracción directa a consecuencia de equivocada interpretación de los artículos 1.401, 1.871 y 2.442 del Código Civil por cuanto consideró que el sólo estado de comunidad proveniente de iliquidez sucesoral le daba a la venta hecha por la viuda la calidad y naturaleza de venta de cosa ajena, calidad y naturaleza éstas que se comunicaron al contrato hipotecario, que se estimó también sobre cosa ajena, y no como evidentemente se desprende de la doctrina de estos preceptos legales, como venta e hipoteca subordinadas en su eficacia a los resultados de la partición herencial respecto del inmueble determinado que les sirvió de objeto a ambos contratos".

Por otro aspecto, estima que la violación de las citadas disposiciones sustantivas proviene de no haber tenido en cuenta, para deducir y declarar la ineficacia e invalidez de las citadas venta e hipoteca, la personería sustantiva para alegar la inoponibilidad. El Tribunal no consideró que la excepción de inoponibilidad fundada en hipoteca de cosa ajena sólo corresponde al verdadero dueño del bien vendido o hipotecado por otro; y sin que se le hubiera alegado sino por el demandado Mario Avila Hurtado, quien presentó la hijuela correspondiente a la adjudicación que parcialmente se le hizo en la partición del inmueble de que se trata. Ninguno de los demás demandados, de quienes se dice que fueron adjudicatarios, ha hecho reclamación alguna de inoponibilidad, puesto que ni siquiera contestaron la demanda.

Se considera:

En el supuesto de que la venta de Carmen Hurtado viuda de Avila a Maximiliano Avila Hurtado hubiera sido de la mitad de los gananciales que a ella correspondía sobre la casa de Palmira, perteneciente a la sociedad conyugal iliquida de ella con su finado esposo Maximiliano Avila, el cesionario Avila Hurtado quedaba colocado en el mismo plano que la cedente en relación con dicho bien, es decir, ocupaba el lugar de comunera que en éste tenía Hurtado viuda de Avila, como cónyuge sobreviviente, y, además, el derecho de intervenir en el juicio sucesorio en que se adelantaba la liquidación de la sociedad conyugal, para obtener la adjudicación de él, dentro de las contingencias de la partición (artículo 877 del Código Civil).

Si la venta versó no sobre los gananciales sino sobre el bien raíz, como especie, se trataría de una venta condicional en su eficacia, sometida al evento de que a la vendedora se le adjudicara la casa o una cuota de ella en la partición de los bienes sociales, y en caso de que así no ocurriera, la venta sería considerada como de cosa ajena al tenor de los artículos 779 del Código Civil, que, a propósito del efecto retroactivo de la posesión de los partícipes de una cosa común, dice: "y las enajenaciones que (cada uno de los partícipes) haya hecho por sí solo de la cosa común, y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo enajenado o gravado se extendiera a más, no subsistirá la enajenación o gravamen, contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios", y 1.401, que, sobre el efecto retroactivo de la partición añade: "Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena".

En lo atinente a la hipoteca que Maximiliano Avila Hurtado constituyó sobre la casa de Palmira a favor de Miguel Reyes para garantizar el pago de un préstamo por $ 2.000.00 por medio de la escritura pública 568 de 9 de junio de 1948, causa del remate del bien hipotecado por la demandante en el juicio correspondiente de venta, al tenor de las normas citadas, en su eficacia quedó sometida, en el primero de los supuestos considerados, al evento de que a Maximiliano Avila se le asignara, en su calidad de cesionario de los gananciales de Carmen Hurtado viuda de Avila, la casa gravada con la hipoteca dentro de la liquidación de la sociedad conyugal Avila Hurtado, efectuada en el juicio sucesorio del cónyuge premuerto, Maximiliano Avila. Y en el segundo supuesto, también quedó subordinada a que a Carmen Hurtado viuda de Avila se le adjudicara dicho inmueble. Así se desprende, fuera de lo preceptuado en los citados artículos, en lo que dispone el 2.442 del Código Civil que dice: "El comunero puede antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota; pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los

bienes que en razón de dicha cuota se adjudique, si fueren hipotecables. Si no lo fueren, caducará la hipoteca. Podrá, con todo, subsistir la hipoteca sobre los bienes adjudicados a los otros partícipes, si éstos consintieren en ello, y así constare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria".

Del contenido de las tres normas transcritas, se deduce que el comunero, en relación con un gravamen hipotecario constituido por él, puede hallarse en uno de estos casos: 1.—Si es comunero o condueño de una cosa singular y pignora su cuota, dividida aquélla, el gravamen subsiste sobre la parte que se le adjudique; 2º.—Si hipoteca una parte determinada del inmueble, el derecho real accesorio se mantiene, si le corresponde la porción gravada, si se le asigna una diferente, caduca la hipoteca como efectuada en cosa ajena, a menos que el adjudicatario o adjudicatarios consientan en ello.

Cuando se trata de una comunidad universal, como es el caso de una sucesión o de una sociedad conyugal en liquidación, la hipoteca de la cuota abstracta correspondiente al comunero en ellas, carece de valor, porque esa cuota o derecho no es hipotecable. Pero si el comunero hipoteca alguno o algunos de los bienes comprendidos en la comunidad, el gravamen no es nulo, pero la eficacia de él está sometida a que el bien o los bienes cauciones se le adjudiquen al constituyente del gravamen. En caso de que así no ocurriere, la hipoteca caducará, a menos que los partícipes de las cosas dadas en hipoteca consientan en esta y expresen su consentimiento en escritura pública de que se tome debida nota en el registro.

Significa esto que el contrato hipotecario no adolece de invalidez, toda vez que la ley le da eficacia, si el inmueble limitado por él se le adjudica en la partición al comunero que lo gravó, y que solamente en el caso de que no se cumpla esta adjudicación, se consideran la venta y la hipoteca como de cosa ajena.

La Corte, sobre este tema en el fallo que, en parte, transcribe el recurrente dice: "En el cuasicontrato de comunidad ninguna fracción de la finca común puede decirse que sea ajena en relación con el comunero; y de este principio se deduce lógicamente que la hipoteca constituida por un copropietario indiviso sobre mayor extensión de la que le corresponde en el inmueble común, no es nula sino de eficacia eventual por quedar subordinada a los resultados de la división" (G. J. Tomo XLVI, Número 1.936, página 549 y siguiente).

En fallo de 20 de febrero de 1942, expreso: "La enajenación anterior a la partición puede tener validez plena porque lo enajenado por el heredero viene a adjudicársele; o puede sólo tener validez correspondiente a la venta de cosa ajena, con todos los resultados de ésta, si lo enajenado no se le adjudica. La hipoteca anterior a la partición puede tener a su turno la plena validez correspondiente a que lo hipotecado se adjudique al hipotecante, o puede, por adjudicarse a persona o personas distintas, carecer de valor al punto de no tenerlo sino en cuanto el consentimiento de los adjudicatarios se lo confiera" (G. J. Tomo 53, número 1.983, página 73 y siguientes).

Finalmente, en casación de 18 de junio de 1954, a propósito de una hipoteca constituida por un heredero sobre un inmueble de una sucesión, expuso: "Que el heredero no puede hipotecar el derecho real de herencia, o sea el derecho de suceder al difunto en la universalidad de su patrimonio o en una cuota de éste: así se deduce claramente de lo dispuesto en el artículo 2.443 del Código Civil.....; que, en cambio el heredero sí puede gravar con hipoteca uno o varios inmuebles determinados de la sucesión ilíquida, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 779, 1.401 y 2.442 del Código Civil, hipoteca que como es obvio, queda sometida a la condición de que el inmueble o inmuebles gravados por el heredero se le adjudique en la respectiva partición". Además, reitera la doctrina contenida en el fallo de 1942 "que tiene un claro fundamento en los disposiciones legales sobre el efecto declarativo de la partición" (G. J. Tomo 88, página 540).

De todo lo expuesto hasta aquí, se concluye: La hipoteca constituída por Maximiliano Avila sobre la casa situada en Palmira por hacer parte de los bienes pertenecientes a la comunidad indivisa representada por la cónyuge Carmen Hurtado viuda de Avila y los herederos de Maximiliano Avila, en su eficacia dependía de que a la vendedora de la casa como especie, o de los gananciales que tenía sobre ella, se le adjudicara dicho bien o una parte de él, o que la adjudicación se hiciera al comprador en razón de haber intervenido en el juicio sucesorio.

Solamente en estas condiciones, se validaba la hipoteca, y el remate efectuado dentro del juicio de venta seguido por razón del mismo gravamen, le daría a quien lo efectuara el derecho de dominio

Para aclarar este punto, se impone el examen de los títulos que por parte y parte recogió el expediente.

Ya se vio que según escritura 569 de 9 de junio de 1949 —Notaría Primera de Palmira— Carmen Hurtado viuda de Avila y Maximiliano Avila Hurtado ratifican la venta que la primera le hizo al segundo de la casa **sub lite** por medio de la escritura 284 de 21 de febrero de 1946 y aclara que la venta se ha referido a los gananciales de la compareciente en ese y otro inmueble (folio 3 y siguientes, cuaderno 3º.).

Por escritura 327 de 1º de marzo de 1946 —Notaría Segunda de Palmira— Avila Hurtado hipotecó la casa en litigio a Miguel Reyes M. para garantizarle el préstamo de $ 2.000.00. Se alude expresamente en ella a que el hipotecante adquirió la casa por compra de ella a Carmen Hurtado viuda de Avila al tenor de la escritura 284 de 21 de febrero de 1946 (folio 18, pruebas demandante).

Este crédito le fue adjudicado en la mortuoria de Miguel Reyes M. a Tránsito Girón viuda de Reyes protocolizada en la Notaría 2ª del mismo Circuito por escritura 851 de julio de 1948. Notaría Primera de Palmira (folio 21, ibidem).

Según las copias traídas del juicio de venta seguido en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, por Girón viuda de Reyes contra Maximiliano Avila Hurtado, la acción se basó en la hipoteca de que trata la escritura 327. Y en él remató la casa el 2 de noviembre de 1950 Hermelina Osorio de Zuluaga (Folios 4 a 17 vuelto, ibidem).

Esta, que es la actora en el presente juicio, acompañó a su demanda como título de dominio de la casa que reivindica, copia debidamente registrada de la escritura 106 de 26 de enero de 1956 —Notaría Primera de Palmira— por la cual ella le compra a Julio Fernández S. la casa **sub lite**. En la cláusula Segunda de este instrumento se expresa que el inmueble que vende lo hubo Fernández S. por compra a la misma Hermelina Osorio Zuluaga mediante la escritura pública 1.507 de 6 de diciembre de 1951. Conviene observar que este título no se trajo al proceso.

De otro lado se tiene:

Maximiliano Avila y Carmen Hurtado contrajeron matrimonio católico en Palmira el 3 de diciembre de 1902 (Folio 35, cuaderno principal).

Carmen Hurtado, mediante la escritura 315 de 30 de mayo de 1940 —Notaría Primera de Palmira— le compró la casa y el terreno en que estaba edificada con mayor extensión, a Francisco Rivera.

Maximiliano Avila murió en Cali el 25 de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro (Folio 42 ibidem).

Su juicio sucesorio, adelantado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, fue protocolizado en la Notaría Segunda de dicho Circuito por escritura 1.398 de 22 de diciembre de 1949, y de la partición se trajeron las hijuelas de Mario Avila R. y Jorge Avila H. conforme a las cuales sobre la casa habida por Carmen Hurtado de Avila por compra a Francisco Rivera E. por la escritura 315 ya citada, se les adjudicaron sendas partes a ellos. Las mismas hijuelas expresan que el inmueble fue adjudicado en común a los herederos y a la cónyuge.

Y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Palmira, presentado con la contestación que a la demanda dio Mario Avila Hurtado, reza que, en el juicio de sucesión de Maximiliano Avila, cuya cuenta de partición fue registrada el 30 de noviembre de 1949, la casa en litigio se adjudicó a Judith Avila de Calero, a Cayetano Avila, a Carmen Avila de Rincón, a Mario Avila H., a Leonor Avila de Rodríguez, a Jorge Avila H. y a Carmen Hurtado de Avila derechos por $ 1.675.00 a la primera, por $ 1.100.00 a la última y por $ 1.385.00 a cada uno de los demás.

Este conjunto probatorio permite deducir las siguientes conclusiones:

La casa en reivindicación, adquirida por la cónyuge Hurtado viuda de Avila dentro de su matrimonio a título de compra, entró a formar parte del haber social en razón de la muerte de su esposo Maximiliano Avila ocurrida el 25 de diciembre de 1944.

Por consiguiente, la venta que de ella hizo Hurtado de Avila a Maximiliano Avila Hurtado como cuerpo cierto, en su eficacia dependía de que se le adjudicara a ella o al adquirente en la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal. Y la venta solamente de los gananciales en ese bien convirtió a Avila Hurtado simplemente en un comunero en lo tocante a ese bien. En consecuencia, la hipoteca que el comprador Avila Hurtado constituyó a favor de Miguel Reyes M. sobre la misma casa lo fue sobre un bien perteneciente a una comunidad universal, y también su eficacia quedó sometida a que a la vendedora o al comprador se les adjudicara la totalidad o una parte de ella, para que, por el efecto retroactivo de la partición, se considerara hecha sobre cosa propia desde la fecha en que la

sociedad había entrado en liquidación, que lo fue la de la muerte del marido.

La rematadora del inmueble dentro del juicio de venta que se siguió con base en la hipoteca establecida por Maximiliano Avila Hurtado, lo adquirió subordinado también al evento de que se adjudicara a aquél o a su vendedor Hurtado de Avila en la liquidación del patrimonio social. Con tanto mayor razón cuanto que antes del remate hubo un incidente, para que no se llevara a término la subasta, debido a que la finca se había adjudicado a los herederos de Maximiliano Avila.

En tales condiciones, presentándose la actora a reclamar un bien rematado con fundamento en la efectividad de la hipoteca constituída por Maximiliano Avila Hurtado, estaba obligada a probar el dominio de la casa no con la sola diligencia de remate y la escritura de compra al retrovendedor Fernández S. sino además con las cartillas de Carmen Hurtado viuda de Avila o de Avila Hurtado, según las cuales a uno de los dos se les hubiera asignado el inmueble o una porción de él en la liquidación de la sociedad conyugal adelantada en el mortuoria de Maximiliano Avila. El reivindicador de un bien raíz adquirido en la subasta en que se hizo efectiva la hipoteca de un bien perteneciente a una comunidad universal, debía aducir la prueba de que el inmueble gravado se adjudicó al constituyente de la hipoteca o al que se lo vendió a él. A quien alega un derecho pendiente de una condición, corresponde demostrar el cumplimiento del hecho en que consiste la condición.

De lo expuesto se infiere que, si bien el Tribunal, al estimar que la sola venta de gananciales sobre la casa de Palmira por la cónyuge supérstite a Maximiliano Avila Hurtado, limitaba también la hipoteca constituída por éste, a dichos gananciales, lo mismo que el remate efectuado por causa del gravamen, se equivocó, porque interpretó erróneamente los artículos 1.401 y 2442 del Código Civil que permiten al comunero universal vender o gravar algún o alguno de los inmuebles pertenecientes a la comunidad pero con la subordinación que para su efectividad consagran esas normas. Con todo, este yerro no conlleva a la casación de la sentencia, ya que aparece de manera incontrovertible, que la actora no probó en el juicio el dominio inscrito, premisa única en la cual se sustenta el fallo absolutorio.

III

El recurrente hace consistir el tercer cargo en que el sentenciador violó directamente por interpretación errada los artículos 2.441, 2.442 y 2.443 del Código Civil porque consideró que se trata de una hipoteca de cosa ajena o a non domino, nula e inválida según la ley, y en esta condición, le negó eficacia a la que generó el derecho de la demandante como rematadora del inmueble hipotecado, sacrificando de este modo su derecho a la reivindicación sin que tal situación hubiera sido alegada para producir ese efecto por ninguno de los demandados, únicos titulares del interés jurídico para demandar tal cosa". Esta actitud increíble del Tribunal en cuanto dedujo oficiosamente la nulidad de la hipoteca en la parte motiva, lo llevó a violar los artículos 1.746, 1.748 y 2º de la Ley 50 de 1936 que enseñan que la nulidad debe ser demandada por parte interesada y legítima y que para que sea capaz de destruír los actos jurídicos debe ser declarada judicialmente porque en nuestro sistema jurídico no hay nulidades de pleno derecho y mientras no sea declarada en sentencia firme el acto produce la totalidad de sus efectos. La validez del contrato hipotecario, raíz del derecho de la demandante Osorio Zuluaga, no está sub judice, y para que pudiera usarse del poder excepcional que al Juez otorga el artículo citado de la Ley 50 sería necesario que concurrieran las circunstancias que allí se determinan".

Considerandos:

En el estudio del cargo anterior, se vio que el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 1.401, 1.871 y 2.442 del Código Civil y en cuanto consideró que la venta de los gananciales de Carmen Hurtado viuda de Avila a Maximiliano Avila, subordinaba la hipoteca constituída por éste, y el remate del inmueble pignorado a los mismos, esto es, "a la mitad que le correspondía en su calidad de conducta en la sociedad conyugal tantas veces nombrada".

Pero en parte alguna de la motivación, el Tribunal estimó que se tratara de una hipoteca viciada de nulidad absoluta, por haberse impuesto sobre bien ajeno o a non domino. Por eso en la parte resolutiva, que hubiera sido la oportunidad para considerar la excepción de nulidad, si se hubiera estructurado, claramente dice el fallador que, por no estar comprobados los hechos básicos de la acción, no entra a examinar las excepciones propuestas.

El cargo no prospera, pues no tiene asidero en la sentencia.

IV

La sentencia acusada, dice la demanda en el cargo cuarto, es violadora directa por interpretación errónea de los artículos 1.343, 1.393 y 1.401 del Código Civil porque el Tribunal consideró que la adjudicación parcial del bien hipotecado a varios asignatarios dejaba sin validez la hipoteca, sin tomar en cuenta que el efecto retroactivo de la partición, como es obvio, no opera sino respecto de los bienes adjudicados para pagar el derecho herencial a cada asignatario, pero en manera alguna respecto de los bienes destinados en la partición al pago de deudas y gastos de la sucesión que el partidor está obligado a hacer en todo caso.

Respalda el cargo en que de la hijuela expedida a favor de Mario Avila Hurtado, único demandado que alegó y probó su adjudicación parcial, resulta que el inmueble, sobre que versa la reivindicación, fue adjudicado en la partición a los herederos y a la cónyuge para pago de los gastos de la sucesión, y sólo parcialmente en pago de su derecho sucesoral.

Consideraciones de la Corte:

El Tribunal solamente se limitó, dentro de su apreciación equivocada, a analizar la trascendencia que en la hipoteca y el remate del inmueble pignorado alcanzaba la compra de gananciales por Avila Hurtado, pero no se ocupó de las consecuencias que para el rematador tenía el que la casa se hubiera adjudicado a los herederos y a la cónyuge. Y no tenía por qué ocuparse de este tópico, ya que, según queda vista, no eran los demandados sino el demandante quien debía demostrar que en la liquidación de la sociedad conyugal la finca se había destinado a cubrir los gananciales, adjudicándola a Carmen Hurtado v. de Avila o a Maximiliano Avila adquirente de ellos.

El hecho de que en la hijuela de Mario Avila Hurtado, lo mismo que en la de Jorge Avila Hurtado, a su haber hereditario de $ 1.360.00 se les haya agregado a cada uno la suma de sesenta y cinco pesos por cuota de gastos hechos y por hacer, no sería razón para estimar inválida la adjudicación en esta parte, pues el artículo 1.016 del Código Civil ordena deducir de la masa hereditaria, fuera de los créditos del difunto, "las costas anexas a la apertura de la sucesión, los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria". Y es con los bienes sucesorales con los que deben pagarse éstos y otros gastos comunes. Y lo mismo da que se adjudique en la porción debida una cuota de los bienes sucesorales agregada a su derecho herencial a los asignatarios que los han hecho, que se forme hijuela separada, porque, al fin y al cabo, es una deducción de los bienes hereditarios la que se hace en una u otra forma, para atender a gastos impuestos por la ley. La objeción tampoco tiene respaldo legal por este aspecto.

V

El quinto cargo lo funda en los siguientes términos:

"Desde luego, dentro de la tesis ya explicada, la partición herencial que se hizo del inmueble que se reivindica, consolidó, de acuerdo con los artículos 752, 756 y 1.375 del Código Civil los aludidos contratos de venta e hipoteca en la parte que le fue adjudicado a la vendedora Carmen Hurtado viuda de Avila y al hipotecante Maximiliano Avila Hurtado quienes de esta suerte quedaron sin derecho ni acción para oponerse. Al no haber tenido en cuenta estas disposiciones y haber considerado generalmente inválido en su totalidad el contrato hipotecario las violó el Tribunal, por no haberlas aplicado al caso del pleito".

Se considera:

Ocurre que ni la demandante ni la parte demandada adujeron la hijuela de Carmen Hurtado v. de Avila con la cual se acredite debidamente qué cuota se le adjudicó en la sucesión de Maximiliano Avila y por qué concepto.

Tampoco obra la de Maximiliano Avila Hurtado.

Consta en el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Palmira presentado con la contestación de la demanda por Mario Avila Hurtado que en el juicio de sucesión de Maximiliano Avila cuya partición fue registrada el 30 de noviembre de 1949, se hicieron en la casa ubicada en Palmira avaluada en $ 9.600.00 adjudicaciones a Judith Avila de Calero por valor de $ 1.675.00, a Cayetano Avila H., a Carmen Avila de Rincón, a Mario Avila Hurtado y Leonor Avila de Rodríguez, por un valor de $ 1.635.00 cada uno, y a Carmen Hurtado de Avila por un valor de $ 1.100.00.

Este certificado con el valor probatorio que le da el ordinal cuarto del artículo 2.640 del Código Civil, indica solamente cuál es la situación del inmueble dentro de este juicio. Esa situación, conforme a la misma norma, es la de establecer

que el inmueble sub judice se adjudicó a los comuneros expresados, entre los cuales no figura Maximiliano Avila. Y aunque Carmen Hurtado de Avila aparece como asignataria de una cuota en la casa, no indica ni puede indicarlo el certificado que sea por gananciales. Al demandante, se repite, competía la demostración de que la casa se había adjudicado a Carmen Hurtado viuda de Avila o a su cesionario o comprador Maximiliano Avila por concepto de gananciales, para que la hipoteca hubiera recibido toda su eficacia.

El cargo no prospera.

VI

El sexto cargo dice que la sentencia es violadora, por falta de aplicación del artículo 210 del Código Judicial que impone al Juez la obligación de reconocer y declarar en la sentencia el derecho probado por el actor, aunque su demanda haya pedido con exceso.

Esta disposición procesal sustantiva no hace diferencia respecto de las obligaciones controvertidas, por lo mismo su aplicación es general y procedente en todos los casos en que se demande más de lo que procesalmente se pruebe, para reconocer el derecho duplicado hasta donde se establezca.

Cita al tratadista Restrepo Barrientos quien, en el comentario a este artículo, opina que si se ejercita la acción reivindicatoria de un lote de terreno, y el actor sólo logra acreditar su derecho sobre una parte, en la sentencia debe reconocerse el derecho comprobado.

Si la eficacia de la hipoteca establecida por el comunero, prosigue el recurrente, queda completamente subordinada a los resultados de la partición, y no es hipoteca más sino caducable por efecto de aquélla, no queda duda que el derecho de dominio de la demandante, echado de menos por el Tribunal, ha alcanzado perfecta demostración, porque de los demandados de quienes se dice fueron adjudicatarios solamente Mario Avila Hurtado "usó de su derecho de oponer la inoponibilidad de la hipoteca para defenderse de la reivindicación en la cuota determinada que se le adjudicó en pago de su derecho herencial". Los demás demandados, habiendo sido legalmente notificados, no comparecieron al juicio, no excepcionaron con base en la inoponibilidad "de tal modo que respecto de ellos no puede considerarse desvirtuado ni mermado, probatoriamente hablando, el derecho del actor que reivindica". Además el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados que obra en autos no es la prueba legal y carece de toda operancia y significación dentro del proceso.

Considera la Corte:

Si en el caso sub judice no se tratara de la llamada hipoteca de cuota de que se ocupan los artículos 779, 1.401 y 2.442 del Código Civil, conforme a los cuales la eficacia del gravamen hipotecario sobre un inmueble perteneciente a comunidad universal depende de que el bien se adjudique en la partición o liquidación de aquélla al comunero hipotecante, tendría razón el recurrente al considerar que de los demandados solamente Mario Avila Hurtado alegó y probó la adjudicación que se le hizo en la casa sub lite y que solamente respecto de su cuota habría de considerarse ineficaz la hipoteca. Pero, versando la reivindicación de la casa, como consecuencia del remate efectuado dentro del juicio de venta, en que se hizo efectiva la hipoteca constituida por el comunero Avila Hurtado, es el demandante, ya está dicho en el estudio del segundo cargo, a quien correspondía demostrar la adjudicación de la casa, bien a Maximiliano Avila Hurtado, otorgante de la hipoteca y comprador del inmueble gravado o de los gananciales en él, bien a Carmen Hurtado de Avila, cónyuge sobreviviente vendedora de éstos. Los demandados adjudicatarios no tenían por qué oponer ni probar la asignación que en la liquidación de la sociedad conyugal Avila Hurtado se les hizo sobre la casa ineficazmente hipotecada. Si la efectividad del gravamen real dependía de que el bien inmueble se asignara a quien lo constituyó como comprador de cuerpo cierto o cesionario de gananciales en él, la rematadora y reivindicante no podría comprobar su dominio sino aduciendo la demostración del cumplimiento de esta condición, cosa que no ha ocurrido ni podía suceder.

El cargo debe rechazarse.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en este juicio el catorce de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

No se hace condenación en costas por no aparecer causadas.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo — Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Jorge Soto Soto, Secretario.

POSESION DEL ESTADO DE HIJO NATURAL Y RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS

La ley exige una posesión de estado civil calificada de notoria y que los testigos se refieran a un período de diez años para ser admisible la prueba, pero en forma alguna requiere que las relaciones sexuales duren diez años, pues son dos cosas distintas. Las relaciones pueden durar por el tiempo de la presunción y el presunto padre tratar al hijo por toda su vida como a tal proveyendo a su subsistencia y apoyo y ello es suficiente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

RESUMEN DEL NEGOCIO

Este juicio tiene por objeto obtener la declaratoria de filiación natural de Jaime Bustos con relación a José Louzao Rodríguez y fue instaurado por su madre Victoria Bustos contra los representantes de la sucesión de Louzao Rodríguez: señores Carmen, Dolores, Manuela, Concepción, Flora y Josefa Louzao Rodríguez, Carmen Louzao Rodríguez o Santa. En la demanda respectiva, Victoria Bustos solicitó que se declare que Jaime del mismo apellido es heredero de José Louzao Rodríguez, así como otras declartorias consecuenciales.

El señor Juez de primera instancia, Segundo Civil del Circuito de Ibagué, negó en sentencia de 19 de diciembre de 1955, las súplicas de la demanda y absolvió a la sucesión demandada. Por su parte el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué revocó lo resuelto por el a quo y declaró que Jaime Bustos es hijo natural de José Louzao Rodríguez con los derechos inherentes a este estado civil y negó las demás peticiones de la demanda.

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación contra el fallo del Tribunal, recurso que fue concedido y se ha tramitado ante la Corte hasta llegar al estado de recibir el fallo correspondiente.

Los fundamentos del fallo de que se trata se pueden sintetizar así:

"a) Que en su concepto está demostrada la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936; y.

"b) Que igualmente está demostrada la causal 5ª de dicho artículo.

CARGOS CONTRA EL FALLO RECURRIDO

Dice el recurrente: "Invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, acuso el fallo recurrido por violación de la ley, motivada por apreciación errónea de las pruebas presentadas por la parte actora, lo cual condujo al Tibunal a aplicar indebidamente la ley. Señala como violados los artículos cuarto en sus numerales 4º y 5º y el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 y al haberlos aplicado indebidamente al caso del pleito se violaron los artículos 1.037 del Código Civil y 21 de la citada Ley 45 de 1936 que reformó el 1.048 del Código Civil y el artículo 7º de dicho Ley 45 de 1936".

Para fundar el cargo empieza el recurrente por decir lo que se copia en seguida:

"En este proceso todo es dudoso. Efectivamente, la filiación natural de JAIME BUSTOS, respecto de su madre natural, o que se dice tal, VICTORIA BUSTOS, no aparece establecida sino en el año de 1951, el 9 de noviembre de dicho año, cuando se presentó Victoria Bustos ante el Notario de Ibagué y dijo que 17 años antes, es decir en 1933, había tenido un hijo a quien se le había dado el nombre de JAIME (folios 2 del cuaderno principal), y dijo que era hijo natural de JOSE LOUZAO RODRIGUEZ, lo cual no comprueba nada sobre el particular".

Agrega que este registro fue hecho más de un año después de la muerte de JOSE LOUZAO que falleció el 14 de junio de 1950 y que no acepta la identidad entre JAIME BUSTOS y el hijo que se dice fue engendrado por Louzao Rodríguez.

"El artículo 13 de la Ley 92 de 1938 exige que cuando se pretenda el Registro de un nacimiento o de una muerte, fuera de los términos prescritos,

es preciso que los interesados comprueben el hecho con la declaración de dos testigos hábiles rendida ante el Juez competente con audiencia del Ministerio Público, bajo juramento. Estas declaraciones se conservan por el Alcalde o el funcionario respectivo y se archivarán junto con los registros".

De aquí deduce el recurrente uno de los puntos de su acusación, pues dice:

"Esta disposición fue pasada por alto por el Tribunal, al hacerlo así la infringió por no haberla aplicado al caso del pleito y al infringirla violó los artículos sustantivos que he señalado al principio de esta acusación y como motivos de la casación".

Considera el demandante en casación que no se acreditó suficientemente la personería sustantiva de la parte demandada, pues la parte demandante carece de acción para entablar este juicio, lo que implica que al aceptarla el Tribunal violó las mismas disposiciones citadas.

"Conforme a la ley, el Registro de los nacimientos debe hacerse a más tardar dentro de los ocho días del alumbramiento (artículo 330 del Código Civil) y al aceptar el Tribunal como prueba, copia del acta respectiva extendida 16 años después y sin el lleno de las formalidades prescritas por el artículo 13 de la Ley 92 de 1938, violó la mencionada norma del Código Civil y las demás disposiciones que se señalan, ya que dicho artículo 350 debió ser aplicado y no lo fue".

El recurrente hace referencia a que la señora Bustos muy probablemente tuvo relaciones con otros hombres que tuvo o tiene otra hija de nombre INES; Y, LUEGO FORMULA DOS acusaciones más de violación de la ley sustantiva en la siguiente forma:

"Enseña el numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad-paternal (sic) cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo y esta posesión notoria de acuerdo con los artículos 6º y 7º de dicha ley, debe hacer durante diez años continuos por lo menos, según el artículo 398 del Código Civil.

"Ahora bien, las relaciones entre José Louzao Rodríguez no duraron diez años continuos. Todos los testigos presentados por la parte demandante, testimonios que aparecen en el cuaderno número 4, aseveran que las relaciones entre Louzao y Victoria Bustos duraron aproximadamente de 1932 a 1940 en que se separaron.

"De manera y forma que no habiendo durado los diez años continuos a que se refiere el artículo 398 del Código Civil, las pruebas presentadas al respecto y que corren, como ya lo dije, en el cuaderno 4º, no pueden ser recibidas como tales.

"Al haberlas recibido el Tribunal, violó éste el artículo 390 del Código Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito y violó asimismo el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, de manera que la base fundamental de la sentencia recurrida no se ajusta a la ley.

Para terminar, el recurrente se refiere a que no se trajo a los autos el certificado del Colegio Salesiano donde dicen los testigos que cursó estudios Jaime; que no consta en forma debida que Louzao hubiera costeado tales estudios, que es extraño que no aparezca un principio de prueba por escrito que acredite la paternidad, que las relaciones íntimas entre la Bustos y Louzao se sabe que terminaron en 1940 pero no consta cuando empezaron. Igualmente manifiesta que no basta que unos testigos más o menos numerosos digan que fulano es hijo de Zutano para darle ese carácter y que especialmente, tratándose del padre muerto, esta prueba tiene que ser muy rigurosa y fuerte. Aún más, agrega que la mayoría de los juristas se inclinan a volver a los principios antiguos conforme a los cuales no se puede investigar la paternidad sino durante la vida del presunto padre.

SE CONSIDERA:

El acusador no señala, como lo ordena la ley, los apartes de la sentencia en que se emiten los conceptos que dan base a la acusación; sin embargo de esta omisión, entra la Corte a considerar los cargos, pero para facilitar su labor transcribe los considerandos que dan fundamento al fallo, pues, en realidad, la mayor parte de las citas están fuera de lugar, porque las pruebas en cuya apreciación dice el recurrente cometió el fallador errores violatorios de la ley, no fueron tomados en cuenta para decidir.

Dice el Tribunal:

"La parte actora fundamenta su acción en las causales cuarta y quinta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

"El numeral 4º del citado artículo 4º dice: "En caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron las tales relaciones, o dan-

tro de los trescientos siguientes a aquel en que cesaron".

"El concepto de notoriedad no fue definido por el Legislador; como es obvio, es indeterminado, y para su acertada calificación en cada caso, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de los amantes. El medio social en que actúan etc., pero en todo caso la notoriedad implica que las relaciones extramatrimoniales deben ser comúnmente conocidas en el medio social en que ellas se desarrollaron, porque la ley no permite el reconocimiento de paternidad natural sobre pruebas basadas en nexos sexuales más o menos ocultos y pasajeros o efímeros. Es decir, se requiere que la unión sexual haya tenido por lo menos, el carácter de concubinato público aunque no haya habido estrictamente comunidad de habitación. También se requiere que la notoriedad y permanencia de las relaciones, hayan durado por lo menos, durante todo el período legal en que la concepción se presume.

"La última se refiere a la posesión notoria del estado de hijo. De acuerdo con el artículo 6º de la citada ley, la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre hayan tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento, y por mandato del artículo 7º las reglas contenidas en los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican al caso de la filiación natural. Los aludidos artículos 398 y 399, exigen que para que la posesión notoria se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos, y que se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable:

"Testigos de distinta categoría declaran sobre la existencia de las relaciones sexuales estables, entre el que en vida se llamó José Louzao Rodríguez y Victoria Bustos, y son especialmente importantes los dichos de las personas que convivieron con los amantes, o que trabajaron por largo tiempo en el taller de Louzao y quienes por razón de tales circunstancias, tuvieron excepcionales oportunidades de darse cuenta de las relaciones de los amantes.

"La multiplicidad de tales testimonios que deponen por conocimiento directo de los hechos que presenciaron y oyeron, por haberse movido dentro del círculo social a que los amantes pertenecían, y por razón de sus actividades profesionales, están indicando que las relaciones sexuales, que cultivaron la madre del menor y el causante, fueron notorias y estables.

"La mayoría de los declarantes dicen que las relaciones entre Louzao y Victoria Bustos empezaron en 1930, y duraron aproximadamente hasta el año de 1939, es decir, que, en marzo de 1933, época en que nació Jaime, habían transcurrido mucho más de ciento ochenta días, contados a partir de la época aproximadamente en que empezaron tales relaciones.

"Desde el nacimiento de Jaime hasta la muerte de Louzao, éste nunca fue indiferente a la suerte de quien tenía como a su hijo, pues proveyó a su subsistencia, lo presentó a sus subordinados y amigos como sus descendientes, y procuró darle adecuada educación. Estos hechos narrados por un conjunto de testimonios, que dan la razón de su dicho, y que hablan de las múltiples manifestaciones de cariño que Louzao exteriorizaba con Jaime en un lapso superior a diez años, también demuestran que el segundo tuvo la posesión notoria de hijo natural del primero.

"Así, pues, a pesar del cuidadoso rigor con que debe mirarse la prueba de filiación natural, puesto que la paternidad se produce ordinariamente en campos ocultos, es lo cierto que aquí todo induce a entender que Jaime Bustos es en realidad hijo natural de José Louzao y que deben hacerse las declaraciones correspondientes a este estado".

Lo restante de la parte motiva de la sentencia atiende a las súplicas de entroga de bienes que fueron negadas por el fallo y de lo cual no puede ocuparse la Corte por no haber recurrido la parte demandante.

La transcripción anterior demuestra que el Tribunal Sentenciador apreció la prueba testimonial y que su contenido produjo en dicha Corporación la convicción rígida de que existieron las relaciones sexuales estables, y públicas, a la vez que notorias, durante la época en que conforme a la presunción establecida por la ley debió tener lugar la concepción.

Igualmente aparece que el mismo Tribunal llegó a la convicción, mediante la apreciación de esa prueba testimonial, de que los concubinos Louzao y Bustos, y para el caso presente especialmente el primero, había tratado a Jaime Bustos como hijo, proveyendo a su subsistencia el presunto padre, presentándolo como hijo suyo a sus subordinados y amigos y que lo puso en educación; y, en general, nunca fue indiferente a la suerte del niño.

La apreciación de la prueba por el Tribunal no puede ser rechazada por la Corte, no solamente por su consistencia intrínseca sino porque ello cae dentro del ámbito de la autonomía del fallador.

Habiéndose limitado a los dos puntos indicados la base del reconocimiento de la filiación natural, y estando ellos acreditados por pruebas admitidas, como es la testimonial, nada tiene que ver la Corte con alegaciones fundadas en hechos que divagan fuera del ámbito del fallo, como el de que la inscripción en el registro del Estado Civil no se hizo dentro de los ocho días del nacimiento y el de que para que sea admisible lo que se pretenda hacer en época posterior se requiere proveerse de pruebas de testigos sobre el hecho del nacimiento, lo que no fue cumplido.

Tampoco hay lugar a considerar que por tales causas, carece de personería el menor representado por su madre para reclamar su estado civil, alegación que carece de sentido.

La ley exige una posesión de estado civil calificada de notoria y que los testigos se refieran a un período de diez años para ser admisible la prueba, pero en forma alguna requiere que las relaciones sexuales duren diez años, pues son dos cosas completamente distintas. Las relaciones pueden durar por el tiempo de la presunción y el presunto padre tratar al hijo por toda su vida como a tal proveyendo a su subsistencia y acomodo y ello es suficiente, lo que indica la innocuidad del cargo formulado bajo este concepto.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha 17 de enero de 1956 y condena en costas al recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto, Secretario.

RESUMEN HISTORICO SOBRE LOS ANTECEDENTES Y DESARROLLO DE LAS NORMAS JURIDICAS QUE REGULAN LA NAVEGACION FLUVIAL Y QUE SE HALLAN CONSIGNADOS EN EL CODIGO DE COMERCIO MARITIMO. — EL ARTICULO 326 DEL CODIGO DE COMERCIO MARITIMO NO HA SIDO DEROGADO HASTA LA FECHA. — ERROR DE DERECHO.—CUANDO EXISTE DISPOSICION ESPECIAL PARA UN CASO DETERMINADO, ELLA DEBE SER APLICADA DE PREFERENCIA SOBRE LAS NORMAS GENERALES CONSIGNADAS EN LA LEY. — LA CORTE HA RECONOCIDO EN VARIOS DE SUS FALLOS LA VIGENCIA DEL CODIGO MARITIMO Y SU APLICACION AL TRANSPORTE Y NAVEGACION FLUVIALES.— PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 326 DEL CODIGO MARITIMO. — CONCURRENCIA DE CULPAS CUANDO EN CASO DE SINIESTRO LA VICTIMA SE EXPUSO POR INFRINGIR LOS REGLAMENTOS DE LA EMPRESA TRANSPORTADORA

1.— El 11 de julio de 1870, el Presidente de los Estados Unidos de Colombia, Excelentísimo señor Eustorgio Salgar, sancionó el Código de Comercio Marítimo de La Unión. Este Código que consta de 11 títulos y de 532 artículos fue tomado en su mayor parte de la legislación chilena y rigió no solamente bajo el régimen federal, sino bajo el imperio de las Instituciones de 1886, pues al decretarse en los comienzos de este último régimen la unificación de la legislación penal y civil del país, y en desarrollo de ella, se adoptó expresamente, el Código Marítimo ya mencionado, como complemento del Código de Comercio Terrestre de Panamá, y ello se hizo por medio de la Ley 57 de 1887.

Con posterioridad a la fecha en que fue sancionado el Código de Comercio Marítimo, el legislador de 1873, lo modificó por medio de la Ley 10ª, modificación encaminada a establecer que las naves extranjeras surtas en los puertos de La Unión, podían ser embargadas y detenidas, por deudas contraídas en el territorio de La Unión, e igualmente fue derogado en forma expresa, el artículo 31 del Código anterior citado.

Años más tarde, el legislador de 1875, expidió la Ley 35 del citado año, disponiendo en su artículo 2º lo siguiente:

"Las disposiciones contenidas en el Código de Comercio de La Unión, sancionado en 1870 y modificado en 1873 (Ley 10ª de 11 de marzo), se harán extensivas al comercio fluvial, en cuanto sean aplicables, por manera que todo cuanto en dicho Código se diga de mar y de comercio marítimo, se extiende también a los ríos y comercio fluvial".

Así, pues, según la disposición antes transcrita la navegación y el comercio fluviales del país, quedaron regidas por el Código de Comercio Marítimo de 1870, uno de cuyos artículos, que conviene subrayar, es el 326, según el cual, el abordaje se presume fortuito, salvo en los casos taxativamente señalados en la disposición citada.

Al reunirse en 1907, la Asamblea Nacional Constituyente, expidió durante el curso de sus sesiones, la Ley 18 del mismo año, que en su artículo 24 dispuso lo siguiente:

"Los artículos 350, 351, 356, 357, 358 y 359 del Código de 1870, modificado en 1873, y que fue adoptado por la Nación por la Ley 57 de 1887, no tendrán aplicación en asuntos referentes a la navegación fluvial".

Siendo esto así, es obvio, que aquellas disposiciones que no fueron expresamente derogadas por el legislador de 1907, quedaron vigentes, entre los cuales se halla el artículo 326 del Código de Comercio Marítimo, tantas veces mencionado. Desde el año de 1907, a esta fecha, ha venido expidiéndose una copiosa legislación referente a reformas al C. de Comercio y sobre transportes, pero toda aquella legislación ha dejado vigente las disposiciones del Código de Comercio Marítimo, aplicables a la navegación fluvial, lo que vale decir, que el artículo 326 del citado Código no ha sido derogado, y es éste el concepto de la Corte.

2.—Incurre en error de derecho el Tribunal que dé por derogada una disposición legal, no estándola, pues es principio general de nuestro sistema legislativo, que cuando exista disposición especial para un caso determinado debe ella ser aplicada de preferencia, sobre las normas generales consignadas en la Ley (artículo 5º, Ley 57 de 1887, número 1º).

3.—La omisión en que pudo incurrir el legislador de 1887, no mencionando expresamente al adoptar los Códigos, la Ley 35 de 1875, no puede en forma alguna interpretarse como una derogatoria del artículo 2º de la ley que acaba de citarse, porque ello equivaldría a afirmar, que una actividad de las proyecciones económicas, industriales y sociales como es la navegación y comercio fluviales, habían quedado sin ninguna regulación jurídica, por cuanto que no se había dictado ningún estatuto legal que supliera las importantes disposiciones consignadas en el Código Marítimo que son aplicables a la navegación fluvial, y esto no cabe suponerlo.

Concurre a demostrar que tal derogatoria no existió en la mente del legislador, la circunstancia antes anotada de que la Asamblea Nacional Constituyente de 1907, por medio de la Ley 13 al derogar determinadas disposiciones del Código Marítimo, perentoriamente expresó que ellas no tendrían aplicación a la navegación fluvial, luego si las derogó y hizo esa declaración, era porque estaban vigentes las normas del Código Marítimo de aplicación al comercio y navegación fluviales.

Más aún, la misma Corte ha reconocido en varios de sus fallos la vigencia del Código Marítimo y su aplicación al transporte y navegación fluviales. Entre tales fallos, pueden citarse el de fecha 27 de agosto de 1947 (G. J. números 2051 y 2051).

4.—Desde el año de 1935 esta Corte previo un estudio detenido y a la luz de las exposiciones de los doctrinantes, fijó el alcance y la distinción que es necesario hacer al interpretar el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que define la fuerza mayor o caso fortuito.

En primer término cabe observar que tal norma tiene un error de copia, como lo han observado algunos expositores colombianos, entre ellos, el doctor Rodríguez Piñeres, porque el vocablo "actos" empleado en ese artículo fue mal transcrito por el copista, pues, la palabra que emplea el legislador es el vocablo actus, y así es como debe entenderse la norma indicada.

En segundo lugar, las doctrinas modernas sobre presunción de culpa y presunción de responsabilidad, invierten la carga de la prueba, para proteger mejor a la víctima, del mismo modo que la culpa in eligendo, por ejemplo, recae e incide siempre sobre la empresa que ha nombrado sus dependientes. Así, un accidente por impericia o embriaguez del conductor de una máquina, recae no solamente sobre ésta, si no también sobre la empresa a que sirve.

A la luz de estos principios debe interpretarse el artículo 326 del Código Marítimo.

Si esa norma se interpretara en un sentido rígido, que desplazara la carga de la prueba de la empresa o compañía demandada y la trasladara al demandante o a la víctima ,los pasajeros de un barco quedarían perfectamente desamparados y a merced de la imprevisión, impericia o descuido de los conductores de la nave. La culpa in eligendo, sería inoperante y la jurisprudencia sentada por esta Corte en el sentido de que la culpa se presume siempre contra la empresa respectiva, perdería prácticamente su vigencia, viniendo así a establecerse en resumen la irresponsabilidad de las empresas de transporte, teoría que no acepta hoy ningún Tribunal y contra la cual, se han pronunciado los más autorizados civilistas, entre ellos Giorgi.

La Corte, desde el año de 1935, para adelante, fijó el alcance de los artículos 2.341 y 2.356 del Código Civil, normas éstas que contienen los principios generales que deben condicionar toda decisión en que esté de por medio la culpa. Y en tratándose del tránsito de buques, ferrocarriles, automóviles, etc. es decir, enfocando la cuestión desde el punto de vista contractual, es más claro el asunto, porque según normas expresas el transportador tiene la obligación de llevar sanos y salvos a los pasajeros al lugar de su destino.

Y esa responsabilidad sea contractual o delictual, como la llaman los doctrinantes, puede eliminarse total o parcialmente, cuando acaece el caso fortuito imprevisible, o

mejor aún la fuerza mayor, como una avenida, un rayo, o un terremoto al tenor del artículo 2.350 del Código Civil, o cuando el que ha sufrido el daño se expuso imprudentemente al tenor del artículo 2.357 ibídem.

De modo, pues, que el artículo 326 del Código Marítimo no puede interpretarse rígidamente en el sentido de que por presumirse el caso fortuito, el Capitán de la nave o la empresa queden eximidos de toda responsabilidad, si la víctima o las víctimas del accidente, no demuestran que no hubo tal caso fortuito. No la culpa in eligendo, la impericia, o descuido por negligencia del conductor o conductores de la nave se traducen en una responsabilidad que debe recaer sobre el capitán o sobre la empresa a la cual pertenezca la nave, y entonces lo único que debe demostrar la víctima es la relación de causalidad, o sea el accidente en sí mismo y el perjuicio o la lesión que sufrió la víctima a consecuencia de ese accidente

Aún aplicando rígidamente el artículo 326 del Código Marítimo ya citado, se encuentra que el Capitán será culpable, o la empresa si a la entrada de una nave al puerto trata de tomar la delantera a otra que la precede o si a la salida no cediere el paso a la nave que entra al puerto.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

ANTECEDENTES

Carmen Durán Gómez demandó ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, a la sociedad anónima denominada "Naviera Colombiana", para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones judiciales:

"A) Que la sociedad Anónima "Naviera Colombiana", es responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por la demandante, Carmen Durán Gómez, en el vapor "Medellín", a consecuencia del accidente ocurrido en el puerto fluvial de El Banco (Departamento del Magdalena), el día 4 de noviembre de 1951, y de que dan cuenta los hechos de la demanda.

"B) Que la sociedad anónima "Naviera Colombiana", está en la obligación de pagar al demandante, Carmen Durán Gómez, los perjuicios materiales y morales que se le han ocasionado como consecuencia de las lesiones sufridas por ella en el accidente de navegación el día 4 de noviembre de 1951, en el puerto fluvial de El Banco, entre los vapores "Medellín" y "Vásquezpé" de acuerdo con lo relacionado en la demanda.

"C) Que el valor de los perjuicios materiales y morales que debe pagar a la demandante, la sociedad anónima, "Naviera Colombiana", a Carmen Durán Gómez, es la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00), en que son estimados por el actor, o el que se fije por peritos en este juicio o de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial.

"D) Que el pago a que se refiere la declaratoria anterior, debe hacerlo el demandado en esta ciudad de Medellín, dentro de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, o dentro del plazo que el Juez señale, con sus intereses corrientes o legales desde la fecha de la demanda hasta el día en que el pago se verifique.

"E) Que la sociedad demandada, debe pagar al demandante las costas, costos y gastos que este juicio ocasionare".

Como hechos fundamentales de su acción, invoca:

1) Naviera Colombiana, como empresa de transportes, expidió a principios de noviembre de 1951 un pasaje de primera clase a favor de la demandante Carmen Durán Gómez, para conducirla en el vapor "Medellín", desde el puerto de La Dorada al de Barranquilla;

2) El día 4 de noviembre de 1951, el vapor "Medellín", intentó atracar en el puerto fluvial de El Banco, lugar éste, donde se hallaba el vapor "Vásquezpé", de propiedad de la empresa de Navegación "Marvásquez Limitada" y para el efecto, en vez de poner a funcionar las máquinas hacia atrás, para dejarle vía libre a dicho buque, el cual salía de dicho puerto, las puso en movimiento hacia adelante, chocando la proa de uno de los botes que remolcaba con el lado de estribor del barco "Vásquezpé";

3) Este error ocasionó el accidente por el cual se demanda a la sociedad Naviera Colombiana, pues al romperse un cable de acero, causó algunos daños al barco y lesionó gravemente a la demandante, señorita Durán Gómez;

4) El médico del Banco, llamado para atender el caso, consideró muy grave el estado general y las lesiones sufridas por la señorita Durán Gó-

mez, y por tal razón ordenó su inmediato traslado al hospital de la ciudad del Banco, donde permaneció hasta fines del mismo mes de noviembre, en que fue posible trasladarla en avión a Bogotá;

5) En esta ciudad se internó en el Hospital San José, donde fue operada y sometida a tratamientos dolorosos, sin que con ello haya logrado mejoría total, quedándole serias lesiones de por vida, entre otras, acortamiento de la pierna izquierda en varios centímetros y la hidartrosis de la rodilla, según conceptos médicos, que se allegaron en oportunidad;

6) La demandante, Carmen Durán Gómez, ha sido persona activa y hábil trabajadora, y dedicándose al comercio ldgró conseguir algún capital, el que consumió casi en su totalidad en tratamientos médicos y quirúrgicos, pues para atenderlos vendió una casa y un almacén que tenía en la ciudad de Ibagué, gastando por tal concepto más de $ 40.000.00;

7) A pesar del largo y costoso tratamiento, no ha logrado ningún alivio que le permita dedicarse a ocupaciones lucrativas, pues le es imposible permanecer de pié;

8) Los perjuicios materiales y morales sufridos por la demandante, a consecuencia del accidente, son apreciados por ella, en la cantidad de $ 80.000.00 y $ 20.000.00, respectivamente, de los cuales es responsable la sociedad demandada, pues ésta estaba obligada a transportarla sana y salva al lugar de su destino;

9) En los diarios de navegación de los barcos "Medellín" y "Vásquezpé", se dejó constancia del siniestro, y el ingeniero Pedro I. González, jefe de dragados, quien presenció el accidente, rindió concepto al Intendente de Navegación Fluvial, del cual se deriva la culpabilidad de la sociedad demandada;

10) Debidamente preparado el proceso de rigor, el Intendente de Navegación Fluvial, declaró que el responsable del accidente era el vapor "Medellín", dicha resolución fue luégo reformada, declarando que la responsabilidad correspondía a ambos barcos;

11) De esta resolución se apeló ante el Ministerio de Obras Públicas, donde se resolvió que el único responsable del accidente era el vapor "Medellín"; llamando la atención respecto a que sobre las empresas de transportes, como la demandada, pesan las obligaciones llamadas de seguridad y por tanto, son responsables de los hechos y omisiones de sus empleados, agentes o trabajadores.

Con fecha 18 de julio de 1954, el apoderado de la Naviera Colombiana, contestó el traslado legal de la demanda, aceptando el segundo de los hechos y rechazándo el resto y oponiéndose a las declaraciones solicitadas por la parte demandante.

Agotado el procedimiento de instancia el Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín, por medio de sentencia de fecha 18 de agosto de 1955, desató la litis, e hizo en la parte resolutiva de dicho fallo, las siguientes declaraciones:

"1º.—La sociedad anónima Naviera Colombiana es responsable parcialmente de los perjuicios materiales y morales subjetivados, sufridos por la demandante Carmen Durán Gómez en el vapor "Medellín" a consecuencia del accidente ocurrido en el Puerto Fluvial de El Banco (Departamento del Magdalena), el día 4 de noviembre de 1951, de que dan cuenta los hechos fundamentales del libelo.

"2º.—En consecuencia el demandado, la sociedad anónima Naviera Colombiana, está en la obligación de pagar a la demandante, los perjuicios materiales que se le ocasionaron como resultado de las lesiones sufridas por ella en el accidente de navegación, el día 4 de noviembre de 1951, en el puerto fluvial de El Banco, entre los vapores "Medellín' y "Vásquezpé" a que se refieren los hechos de la demanda, perjuicios que serán avaluados de acuerdo con las bases indicadas en las motivaciones de esta decisión, y mediante los trámites del artículo 553 del Código Judicial, sin sobrepasar de las dos terceras partes del correspondiente límite estimado en la demanda (2|3 de $ 80.000.00).

"3º.—Se fija como valor de los perjuicios morales subjetivos que debe pagar "Naviera Colombiana S. A." a la parte demandante, la suma de $ 1.333.20.

"4º.—No se hacen las demás declaraciones pedidas.

"5º.—Se condena a la parte demandada a pagar al demandante el valor de la mitad de las costas".

Ambas partes interpusieron apelación contra la anterior providencia y el Tribunal de Medellín al resolver el recurso confirmó la sentencia del Juez A-QUO, con fecha 12 de abril de 1956.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el apoderado de la Naviera Colombiana, el cual le fue concedido por auto de fecha 15 de junio de 1956; y ha llegado el momento de decidirlo por hallarse preparado.

DEMANDA DE CASACION

En demanda cuidadosamente elaborada y ceñida estrictamente a las normas reguladoras de la técnica de casación, el recurrente acusa en el capítulo segundo de su escrito, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por infracción del artículo 2º. de la Ley 35 de 1875, del artículo 24 de la Ley 18 de 1907, de los artículos 3º. y 14 de la Ley 153 de 1887, del artículo 1º de la Ley 57 de 1887; y del artículo 326 del Código de Comercio Marítimo. Para formular su acusación el recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

Examen de los cargos.

Como el primer aspecto a que hace mención el recurrente en su demanda, se refiere al error en que incurrió el fallador al dar por derogado el artículo 2º. de la Ley 35 de 1875, por el cual se dispuso que las disposiciones contenidas en el Código de Comercio de La Unión, sancionado en 1870, y modificado en 1873 (Ley 10ª. de 11 de marzo), se hacían extensivas al comercio fluvial, se impone por razones de orden y de método hacer previamente un resumen histórico sobre los antecedentes y desarrollo de las normas jurídicas que regulan la navegación fluvial y que se hallan consignados en el Código de Comercio Marítimo. Estos son tales antecedentes:

El 11 de julio de 1870, el Presidente de los Estados Unidos de Colombia, Excelentísimo señor Eustorgio Salgar, sancionó el Código de Comercio Marítimo de La Unión. Este Código que consta de 11 Títulos y de 532 artículos fue tomado en su mayor parte de la legislación chilena y rigió no solamente bajo el régimen federal, sino bajo el imperio de las instituciones de 1886, pues al decretarse en los comienzos de este último régimen la unificación de la legislación penal y civil del país, y en desarrollo de ella, se adoptó expresamente, el Código Marítimo ya mencionado, como complemento del Código de Comercio Terrestre de Panamá, y ello se hizo por medio de la Ley 57 de 1887.

Con posterioridad a la fecha en que fue sancionado el Código de Comercio Marítimo, el legislador de 1873, lo modificó por medio de la Ley 10ª, modificación encaminada a establecer que las naves extranjeras surtas en los puertos de La Unión, podían ser embargadas y detenidas, por deudas contraídas en el territorio de La Unión, e igualmente fue derogado en forma expresa, el artículo 31 del Código anterior citado.

Años más tarde, el legislador de 1875, expidió la Ley 35 del citado año, disponiendo en su artículo 2º lo siguiente:

"Las disposiciones contenidas en el Código de Comercio de La Unión, sancionado en 1870 y modificado en 1873 (Ley 10ª de 11 de marzo), se harán extensivas al comercio fluvial, en cuanto sean aplicables, por manera que todo cuanto en dicho Código se diga de mar y de comercio marítimo, se extiende también a los ríos y comercio fluvial".

Así, pues, según la disposición antes transcrita, la navegación y el comercio fluviales del país, quedaron regidas por el Código de Comercio Marítimo de 1870, uno de cuyos artículos, que conviene subrayar, es el 326, según el cual, el abordaje se presume fortuito, salvo en los casos taxativamente señalados en la disposición citada.

Al reunirse en 1907, la Asamblea Nacional Constituyente, expidió durante el curso de sus sesiones, la Ley 18 del mismo año, que en su artículo 24 dispuso lo siguiente

"Los artículos 350, 351, 356, 357, 358 y 359 del Código de 1870, modificado en 1873, y que fue adoptado por la Nación por la Ley 57 de 1887, no tendrán aplicación en asuntos referentes a la navegación fluvial".

Siendo esto así, es obvio, que aquellas disposiciones que no fueron expresamente derogadas por el legislador de 1907, quedaron vigentes, entre las cuales se halla el artículo 326 del Código de Comercio Marítimo, tantas veces mencionado. Desde el año de 1907, a esta fecha, ha venido expidiéndose una copiosa legislación referente a reformas al Código de Comercio y sobre transportes, pero toda aquella legislación ha dejado vigentes las disposiciones del Código de Comercio Marítimo, aplicables a la navegación fluvial, lo que vale decir, que el artículo 326 del citado Código no ha sido derogado, y es éste el concepto de la Corte.

Siendo esto así, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, incurrió en error de derecho al dar por derogada la disposición a que se ha hecho referencia; y ese error lo llevó a aplicar indebidamente, en este caso, los artículos 2.073, 306, 322 del Código de Comercio, pues es principio general de nuestro sistema legislativo, que cuando existe disposición especial para un caso determinado, debe ella ser aplicada de preferencia, sobre las normas generales consignadas en la ley. (Artículo 5º, Ley 57 de 1887, Nº. 1º).

El Tribunal Superior de Medellín, al exponer

en la sentencia recurrida los motivos por los cuales no dio aplicación en el caso sub-judice al Código de Comercio Marítimo, sino a los preceptos generales del Código de Comercio y del Código Civil, razona así:

"El legislador de 1887, al adoptar los Códigos nacionales por medio del artículo 1º de la Ley 57 del año citado, al referirse al Código de Comercio Marítimo, lo adoptó sin las leyes que lo adicionaban y reformaban, como sí lo hizo con respecto al Código Judicial, Fiscal y Militar. De esta premisa que es cierta, dedujo erróneamente el Tribunal, que la Ley 35 de 1875, cuyo artículo 2º hizo extensivo al comercio y navegación fluvial es el Código Marítimo (sic) había quedado sin eficacia, jurídica por no haber sido expresamente adoptada aquella ley".

La Corte observa:

La omisión en que pudo incurrir el legislador de 1887, no mencionando expresamente al adoptar los Códigos, la Ley 35 de 1875, no puede en forma alguna interpretarse como una derogatoria del artículo 2º de la ley que acaba de citarse, porque ello equivaldría a afirmar, que una actividad de las proyecciones económicas, industriales y sociales como es la navegación y comercio fluviales, habían quedado sin ninguna regulación jurídica por cuanto que no se había dictado ningún estatuto legal que suplicra las importantes disposiciones consignadas en el Código Marítimo que son aplicables a la navegación fluvial, y esto no cabe suponerlo.

Concurre a demostrar que tal derogatoria no existió en la mente del legislador, la circunstancia antes anotada de que la Asamblea Nacional Constituyente de 1907, por medio de la Ley 18 al derogar determinadas disposiciones del Código Marítimo, perentoriamente expresó que ellas no tendrían aplicación a la navegación fluvial, luego si las derogó e hizo esa aclaración, era porque estaban vigentes las normas del Código Marítimo de aplicación al comercio y navegación fluviales.

Más aún, la misma Corte ha reconocido en varios de sus fallos la vigencia del Código Marítimo y su aplicación al transporte y navegación fluviales. Entre tales fallos, pueden citarse, como lo observa el recurrente, el de fecha 27 de agosto de 1947, que dice así

"Y el Código de Comercio Marítimo aplicable también al comercio fluvial por virtud de lo establecido en el artículo 2º de la Ley 35 de 1875". G. J. números 2.050 y 2.051).

También en sentencia de fecha 16 de noviembre de 1954, de la cual fue ponente el doctor Darío Echandía, se dice lo siguiente:

"En efecto, nuestra legislación distingue claramente entre el abordaje dudoso y el abordaje debido al concurso de culpas de las dos naves. El caso de abordaje dudoso está previsto en el artículo 325 del Código de Comercio Marítimo; y el de abordaje por concurso de culpas en la parte final del artículo 322. En el caso de abordaje dudoso las naves deberán repartirse el daño por mitad; en el caso de concurso de culpas cada nave soportará el daño que le sobrevenga. El abordaje es dudoso o mixto, (Lyon Caen et Renault) cuando sus causas son inciertas, es decir, cuando no hay certidumbre sobre si fue culposo, el juzgador no puede determinar con certeza de cual de las dos naves fue la culpa. En este último caso la duda se refiere a la imputabilidad de la culpa, descuido o negligencia que causó el siniestro, el Capitán o tripulación de la una o de la otra de las naves que sufrieron el abordaje". (G. J. número 2.149).

Los anteriores antecedentes de carácter legal y jurisprudencial, son suficientes para concluir que la tesis absoluta propugnada por el H. Tribunal de Medellín, sobre la inaplicabilidad del Código de Comercio Marítimo a la navegación fluvial, carece de base sólida y por ende no puede aceptarla la Corte. De modo, pues, que la acusación al fallo es fundada y habrá de proceder la causal indicada y por el motivo expuesto por el recurrente.

Es preciso, entonces, entrar en sentencia de instancia, y a ello procede la Corte, mediante las consideraciones que siguen:

Desde el año de 1935 esta Corte previo un estudio detenido y a la luz de las exposiciones de los doctrinantes, fijó el alcance y la distinción que es necesario hacer al interpretar el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que define la fuerza mayor o caso fortuito.

En primer término vale la pena observar que tal norma tiene un error de copia, como lo han observado algunos expositores colombianos, entre ellos, el doctor Rodríguez Piñeres, porque el vocablo "autos" empleado en ese artículo fue mal transcrito por el copista, pues, la palabra que emplea el legislador es el vocablo actos, y así es como debe entenderse la norma indicada.

En segundo lugar, las doctrinas modernas sobre presunción de culpa y presunción de responsabilidad, invierten la carga de la prueba, para proteger mejor a la víctima, del mismo modo que la culpa in eligendo, por ejemplo, recae

o incide siempre sobre la empresa que ha nombrado sus dependientes. Así, un accidente por impericia o embriaguez del conductor de una máquina, recae no solamente sobre éste, sino también sobre la empresa a que sirve.

A la luz de estos principios debe interpretarse el artículo 326 del Código Marítimo.

Si esa norma se interpretara en un sentido rígido, que desplazara la carga de la prueba de la empresa o compañía demandada y la trasladara al demandante o a la víctima, los pasajeros de un barco quedarían perfectamente desamparados y a merced de la imprevisión, impericia o descuido de los conductores de la nave. La culpa in eligendo, sería inoperante y la jurisprudencia sentada por esta Corte en el sentido de que la culpa se presume siempre contra la empresa respectiva, perdería prácticamente vigencia, viniendo así a establecerse en resumen la irresponsabilidad de las empresas de transporte, teoría que no acepta hoy ningún Tribunal y contra la cual, se han pronunciado los más autorizados civilistas, entre ellos, Giorgi, quien se expresa así:

"Mas grave que la de porteadores terrestres es la responsabilidad de los porteadores por agua. Investidos por ley con la facultad de elegir su tripulación, armados de la autoridad disciplinaria sobre las personas que la componen, los capitanes de nave son responsables para con los propietarios de la misma por un lado, para con los cargadores y los pasajeros por otro, no sólo de sus culpas, aún de las ajenas, sino también de todos los hechos ilícitos de la tripulación por los que se produzca daño a la nave, al cargamento u ofensa a los pasajeros. Principio conocido abantoquos y fuera de discusión". (Tratado de las Obligaciones, página 456).

Por lo demás, la Corte desde el año de 1935, para adelante, fijó el alcance de los artículos 2.341 y 2.356 del Código Civil, normas éstas que contienen los principios generales que deben condicionar toda decisión en que esté de por medio la culpa. Y en tratándose del tránsito por buques, ferrocarriles, automóviles, etc. es decir, enfocando la cuestión desde el punto de vista contractual, es más claro el asunto, porque según normas expresas el transportador tiene la obligación de llevar sanos y salvos a los pasajeros al lugar de su destino.

Y esa responsabilidad sea contractual o delictual, como la llaman los doctrinantes, puede eliminarse total o parcialmente, cuando acaece el caso fortuito imprevisible, o mejor aún la fuerza mayor, como una avenida, un rayo, o un terremoto al tenor del artículo 2.350 del Código Civil, o cuando el que ha sufrido el daño se expuso imprudentemente al tenor del artículo 2.357 del Código Civil.

De modo, pues, que el artículo 326 del Código Marítimo no puede interpretarse rígidamente en el sentido de que por presumirse el caso fortuito, el Capitán de la nave o la empresa queden eximidos de toda responsabilidad, si la víctima o las víctimas del accidente, no demuestran que no hubo tal caso fortuito. No la culpa in eligendo, la impericia, o descuido por negligencia del conductor o conductores de la nave se traducen en una responsabilidad que debe recaer sobre el Capitán o sobre la empresa a la cual pertenezca la nave, y entonces lo único que debe demostrar la víctima es la relación de causalidad, o sea el accidente en sí mismo y el perjuicio o la lesión que sufrió la víctima a consecuencia de ese accidente.

Pero en este caso hay más:

Aún aplicando rígidamente el artículo 326 del Código Marítimo ya citado, se encuentra que el Capitán será culpable, o la Empresa si a la entrada de una nave al puerto trata de tomar la delantera a otra que la precede o si a la salida no cediere el paso a la nave que entra al puerto.

En el caso de autos aparece claramente que el accidente aconteció cuando el vapor "Medellín" entraba al puerto de El Banco y que el choque con el vapor "Vásquezpé" tuvo lugar cuando uno de esos barcos entraba y otro salía y se produjo por descuido o impericia del conductor o conductores del vapor "Medellín", según lo estimó acertadamente el Tribunal de Medellín y según está acreditado en el expediente, tanto por el dictamen pericial como por la resolución del Ministerio de Obras Públicas en la cual se estudió debidamente el asunto.

Entonces por este aspecto, la responsabilidad recae sobre la empresa de navegación demandada.

Pero por otra parte, está demostrado lo siguiente:

La víctima se expuso imprudentemente, según está también acreditado en los autos, porque no haciendo caso de los reglamentos que estaban fijados en un lugar público del buque, los contrarió, situándose cuando el vapor "Medellín" entraba al puerto, en un lugar al cual, los pasajeros no tenían acceso, según prohibición que estaba publicada en el buque. El Tribunal fallador de Medellín, así lo estimó con mucho acierto y la objeción de que esa prohibición o prohibiciones estaban en letra pequeña no suprime la eficacia a tal prohibición.

Al entrar la Corte en instancia puede entrar en la apreciación del daño causado a la demandante reduciéndolo, y esta reducción habrá de ser mayor que la fijada por el Tribunal de Medellín, debido a la imprudencia de la víctima y a su nó observancia de los reglamentos dictados para los pasajeros, y la Corte reduce ese daño a la mitad.

* * *

FALLO:

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 recurrida de fecha doce (12) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario seguido por Carmen Durán Gómez contra la Naviera Colombiana S. A., y falla así este pleito:

PRIMERO.— La Sociedad Anónima Naviera Colombiana, es responsable parcialmente de los perjuicios materiales y morales subjetivados, sufridos por la demandante Carmen Durán Gómez, en el vapor "Medellín" a consecuencia del accidente ocurrido en el puerto fluvial de El Banco (Departamento del Magdalena), el día cuatro (4) de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno(1951), de que dan cuenta los hechos fundamentales del libelo.

SEGUNDO.— En consecuencia, la Compañía demandada, o sea, "Naviera Colombiana", está en la obligación de pagar a la demandante Carmen Durán Gómez, los perjuicios materiales que se le ocasionaron como resultado de las lesiones por ella sufridas en el accidente de navegación antes mencionado. Tales perjuicios serán avaluados de conformidad con las bases fijadas por el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de fecha doce (12) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956), mediante los trámites del artículo 553 del Código Judicial, pero sin sobreposar la mitad del correspondiente límite estimada en la demanda, en la suma de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) moneda corriente.

TERCERO.—Se fija como valor por concepto de los perjuicios morales que la "Naviera Colombiana" debe pagar a Carmen Durán Gómez, en la suma de mil trescientos treinta y tres pesos, veinte centavos ($ 1.333.20) moneda corriente.

CUARTO.—No se accede a las demás declaraciones pedidas en la demanda.

QUINTO.—Condénase a la parte demandada a pagar la mitad de las costas en ambas instancias.

SEXTO.—No hay costas en el presente recurso.

Queda así resuelto el recurso interpuesto y reformadas las sentencias de primero y segundo grado dictadas en el presente juicio.

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

Ignacio Escallón—Alejandro Bernate, Conjuez. José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rico —Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

NO SE ACLARA LA SENTENCIA ANTERIOR.—ERROR ARITMETICO

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

El apoderado de la parte demandante en memorial de fecha 19 de junio del año en curso, solicita se corrija el error puramente aritmético en que incurrió la Corte, en el segundo punto de la parte resolutiva de su sentencia de fecha 10 de junio de 1958. El error consiste, según el memorialista, en que la sentencia al referirse a la cuantía de los perjuicios que debían ser pagados a la parte demandante por la compañía demandada, se dijo "que sin sobrepasar la mitad del correspondiente límite estimado en la demanda en la suma de $ 80.000.00 moneda corriente", siendo así, que en el libelo se estimaron tales perjuicios en la suma de $ 100.000.00.

El error aritmético denunciado no existe a juicio de la Corte y para demostrarlo basta tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Efectivamente en su demanda el actor del juicio, estimó en forma general los perjuicios morales y materiales en la suma de $ 100.000.00, pero posteriormente el apoderado de la misma parte demandante, en memorial que obra a folio 28 discriminó los perjuicios en la siguiente forma:

"Mi mandante estima los perjuicios morales recibidos en $ 20.000.00 y los materiales en $ 80.000.00", y una vez que se hizo esta discriminación que era necesaria, a juicio del Juzgado, se admitió la demanda por auto de fecha 25 de mayo de 1954.

Y la anterior estimación que hizo en los términos expresados el apoderado de la parte demandante, fue la que le sirvió al Juzgado de primera instancia de base para decidir en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de fecha 18 de agosto de 1955, lo siguiente:

"SEGUNDO.— En consecuencia el demandado, la sociedad anónima Naviera Colombiana, está en la obligación de pagar a la demandante, los perjuicios materiales que se le ocasionaron como resultado de las lesiones sufridas por ella en el accidente de navegación el día 4 de noviembre de 1951, en el puerto fluvial de El Banco, entre los vapores "Medellín" y "Vásquezpé", a que se refieren los hechos de la demanda, perjuicios que serán avaluados de acuerdo con las bases indicadas en las motivaciones de esta decisión, y mediante los trámites del artículo 553 del Código Judicial, sin sobrepasar de las dos terceras partes del correspondiente límite estimado en la demanda. (2|3 de $ 80.000.00)".

La anterior sentencia, como consta de autos, fue materia del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Medellín, el cual, confirmó el fallo del Juzgado y como contra esta providencia no interpuso recurso la parte que ahora solicita se corrija un imaginario error aritmético, es obvio, que para dicha parte quedó ejecutoriada y es ley del proceso la mencionada providencia que no puede ahora ser modificada por la Corte con el pretexto de haber incurrido esta Corporación en un error aritmético.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO ACCEDE a lo pedido.

Notifíquese.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila— Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea—Alejandro Bermate, Conjuez.—**Jorge Soto Soto,** Secretario.

RESOLUCION DE UN CONTRATO DE PROMESA DE VENTA. — TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — CONFESION EN POSICIONES. — LIMITE DE LA SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE PRUEBAS.-ARRAS

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Entre Fabriciano Sánchez, por una parte, y Joselín Jiménez por la otra, se celebró por documento privado, suscrito en Tunja con fecha 21 de mayo de 1954, un contrato de promesa de venta, en virtud del cual, el primero de los nombrados se obligó a vender al segundo un lote de terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de Siachoque, en la vereda del mismo nombre. El precio de venta convenido fue de $ 13.000.00 moneda corriente, el cual el promitente comprador, se obligó a pagar en la siguiente forma: $ 500.00 que entregó como arras el día que se firmó la promesa, confesándolo así el promitiente vendedor, $ 1.000.00 el día último de junio de 1954, $ 1.500.00 el último de agosto de 1954, $ 5.000.00 el último de febrero de 1955, y el resto, o sea la suma de $ 5.000.00 se comprometió el señor Jiménez a pagarlos el último de febrero de 1956. A su vez, el promitiente vendedor se obligó a otorgar el día último de agosto de 1954 en la Notaría Segunda de Bogotá la correspondiente escritura de venta una vez que Jiménez, o sea el promitiente comprador le hubiera pagado los $ 3.000.00 como anticipo del precio de la venta convenida.

Asimismo se convino que una vez firmada la escritura, el comprador le garantizaría al vendedor el saldo de $ 10.000.00, mediante letras giradas en los plazos estipulados. Finalmente, se convino que en caso de incumplimiento, además del pago legal de las arras, el infractor pagaría a la otra parte contratante la suma de $ 1.000.00.

Fundándose en el anterior contrato y afirmando Jiménez que Sánchez no había cumplido con lo pactado, lo demandó ante el Juez Primero Civil del Circuito de Tunja, pidiendo la resolución del contrato de promesa y solicitando a la vez, fuera condenado al pago de los perjuicios, a la devolución de la suma de $ 2.500.00, que recibió a buena cuenta del precio de la venta convenida, al pago de las arras, al pago de la suma de $ 1.000. por concepto de la multa estipulada y el pago de las costas del juicio.

Al contestar la demanda, el demandado negó todos los hechos y se opuso a las peticiones solicitadas por el actor del juicio. Cumplidos los trámites de la primera instancia, el Juez A-QUO, por sentencia de fecha 8 de noviembre de 1956, desató la litis declarando probada la excepción perentoria de contrato no cumplido alegada por la parte demandada. Contra esta providencia alzóse el actor ante el Tribunal Superior de Tunja, el cual por sentencia de fecha 7 de mayo de 1957, revocó el fallo de primera instancia, declaró resuelto el contrato de promesa de venta, condenó al demandado al pago de la suma de $ 2.500.00 que había recibido como parte del precio e igualmente fue condenado a restituir dobladas las arras, a pagar el valor de la multa y a satisfacer los gastos del juicio.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el apoderado de la parte demandada el recurso extraordinario de casación que una vez admitido y tramitado en debida forma, procede a resolverse.

LA DEMANDA

En una demanda que es un resumen de las alegaciones de instancia el recurrente acusa la sentencia por infracción del artículo 1.757 del Código Civil y en forma desordenada y general cita numerosas disposiciones del mismo Código que fueron infringidas, según el recurrente, quien se abstuvo de expresar clara y concretamente el concepto de su violación.

Para sustentar su acusación dice en resumen el impugnador del fallo, que el Tribunal exoneró al actor del juicio del cargo de la prueba violando así, por errónea interpretación de las pruebas el artículo 1.757 del Código Civil. "Que el promitiente comprador violó el artículo 1.602 al no presentarse a la Notaría el 31 de agosto a recibir la

escritura de venta". Finalmente, dice que las condenaciones que en su parte resolutiva hizo la sentencia del Tribunal se debieron a una errónea apreciación de las pruebas.

Como se ve, se trata de una demanda que no está ceñida a las reglas que rigen la técnica de la casación, ni reune las condiciones exigidas por las normas jurisprudenciales y las prácticas forenses de este recurso extraordinario, pues el recurrente no dice por cuál de los siete motivos previstos en el artículo 520 del Código Judicial acusa la sentencia recurrida, ni dice claramente cuáles fueron las pruebas indebidamente apreciadas por el juzgador, ni demuestra los errores de derecho ni menciona los de hecho evidenciados y a consecuencia de los cuales se incidió en violación de la norma o normas sustantivas.

Interpretando tan confusa demanda se colige que el recurrente ha pretendido sostener que las pruebas en las cuales se apoyó el fallo no eran suficientes, o carecían de eficacia legal. Mas si esto es así, ha debido concretar sus tachas en forma adecuada señalando en cada caso particular la norma infringida, ya que no siendo la casación una tercera instancia, sino un recurso de excepción, no puede pretenderse que se proceda en el recurso a una nueva calificación probatoria, pues tal cosa no es posible, salvo los casos en que la Corte entre en instancia por haber infirmado el fallo recurrido, lo cual no ocurre en el presente caso.

No obstante las fallas antes anotadas, y que bastarían para rechazar la acusación, la Corte procede a examinarla como una oportunidad que se le brinda para reafirmar ciertos principios doctrinales de orden jurídico relacionados con el asunto controvertido en esta litis.

Hechas estas declaraciones la Corte considera:

El contrato de promesa de venta ya citado, que ha dado origen a este litigio reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, creándose en consecuencia, a virtud de él, una relación jurídico contractual, sujeta a los principios normativos que rigen en nuestro derecho civil la compra-venta y por el carácter bilateral de aquella promesa es tal contrato susceptible de resolución al tenor de lo preceptuado en el artículo 1.549 del Código Civil, el cual otorga al acreedor el derecho a demandar judicialmente la resolución, pues ésta no puede producirse ipso-jure, debiéndose además advertir, como lo ha dicho la Corte, en reiterados fallos que es viable la acción resolutoria, sea que se trate de una violación total, o parcial del contrato.

Amparado en la disposición que acaba de citarse, el actor del juicio promovió esta acción apoyándola en dos afirmaciones enfáticas, a saber: primera, que cumplió oportunamente con su obligación de pagar al vendedor la suma de $ 3.000.00, como parte del precio de la venta; y segunda, que el demandado no cumplió lo pactado al no haberse presentado en la fecha convenida a otorgar la correspondiente escritura pública de venta.

Las dos afirmaciones anteriores que son las básicas de la demanda hicieron tránsito durante la secuela del juicio a hechos procesales cuya existencia jurídica fueron debidamente probados mediante pruebas conducentes solicitadas por la parte demandante; pues en lo que respecta a la entrega de los $ 3.000.00 moneda corriente, que fue en resumen, la única obligación que contrajo el promitiente comprador, el mismo demandado en su absolución de posiciones y en los alegatos de instancia, declara ser cierto haber recibido de manos del promitente comprador la expresada suma. En cuanto a que Fabriciano Sánchez, o sea el promitiente vendedor, no cumplió con su obligación contractual de concurrir a la Notaría Segunda de Bogotá el último día del mes de agosto de 1954 con el fin de otorgar la respectiva escritura de venta, es también un hecho cierto por haberlo así confesado el citado Sánchez en la diligencia de absolución de posiciones que obra en los autos, y que se llevó a cabo ante el Juez Primero del Circuito de Tunja con fecha 9 de febrero de 1956. Oportuno parece destacar lo dicho en aquella diligencia por el demandado que es del tenor siguiente:

"Pregunta cuarta. ¿Cómo es cierto, sí o no, que a pesar de haberle pagado Joselín los $ 3.000.00 convenidos en el documento antes del 31 de agosto ya citado, usted se negó a otorgarle la escritura de venta en la fecha indicada, es decir, el último día del mes de agosto de 1954? Contestó: No lo hice porque Jiménez no ha ido a Bogotá como lo puedo comprobar con testigos".

Como se advertirá, la misma parte demandada, confesó no haber concurrido a la cita notarial y como no adujo durante el proceso prueba alguna eficaz que justificara su no asistencia, es obvio, que infringió la cláusula contractual a que se ha hecho mención; y al producirse tal incumplimiento por culpa del demandado la acción resolutoria debía prosperar como al efecto prosperó con todas sus rigurosas consecuencias procesales, lo cual no hubiese ocurrido si el demandado hubiera logrado comprobar judicialmente

su inculpabilidad en la violación contractual, pues la ley atempera el rigor de la acción resolutoria brindándole al deudor las oportunidades y recursos necesarios, para que durante la secuela del juicio resolutorio pueda probar que el incumplimiento de la obligación se produjo por causas extrañas a su voluntad. Mas, como tal prueba no se adujo, el sentenciador con fundamento, consideró al demandado en las condiciones de un deudor en mora.

Fundándose el sentenciador en la diligencia de absolución de posiciones, a que se ha hecho referencia, y en los demás elementos que figuran en el acervo probatorio, llegó a la conclusión de que el demandado había quebrantado la voluntad contractual consignada en las cláusulas de la referida promesa de venta, y teniendo en cuenta las mismas pruebas, se formó la convicción de que el demandante, por su parte, se había allanado al cumplimiento de sus prestaciones.

En cuanto a la estimación probatoria hecha al respecto por el Tribunal, nada tiene que observar la Corte al respecto, dada la libertad de criterio de que goza, conforme a nuestro régimen procedimental el juzgador para enjuiciar y valorar las pruebas producidas por las partes, máxime, cuando tal apreciación no aparece afectada en este caso ni por error de derecho ni por error evidente de hecho. Y no hubo error de derecho en la tarea estimativa del juzgador, pues al dar por probado el hecho de que el demandado no había cumplido con lo pactado, operó sobre la confesión judicial que al absolver posiciones hizo el demandado. Y no hubo error de derecho, porque al haberle dado a dicha confesión la eficacia probatoria que le dió, obró el Tribunal de conformidad al artículo 606 del Código Judicial, según el cual, la confesión judicial tiene el valor de plena prueba. Así las cosas, no resultan infringidas las normas que al efecto citó el recurrente y por este aspecto, carece de fundamento su impugnación al fallo.

Ahora bien, en cuanto a la afirmación del recurrente, de que el sentenciador violó la ley sustantiva al condenar al demandado a restituir las arras dobladas, no es aceptable, pues, el artículo 1.859 del Código Civil expresamente establece que quien recibió las arras en un contrato que no se llevó a cabo, debe devolverlas dobladas. No hubo pues, infracción de la norma citada. Tampoco infringió el sentenciador la ley al condenar al pago de la multa estipulada, pues tal sanción no sólo fue estipulada en el contrato, sino que en derecho tiene su apoyo en el artículo 1.592 del Código Civil que tampoco resulta haber sido infringido por el Tribunal, ya que a su ordenamiento se sujetó al proferir la parte resolutiva de su fallo. Finalmente, tampoco hubo quebrantamiento del artículo 1.757 del Código Civil, como afirma el recurrente, ya que como se dijo anteriormente, el promitiente comprador probó haber cumplido la obligación que contrajo de entregarle al promitiente vendedor la suma de $ 3.000.00, a buena cuenta del precio de la venta.

En cuanto a las demás disposiciones, que según el recurrente, fueron infringidas por el Tribunal no inciden en la sentencia, por no tener aplicación al caso sub-lite.

* * *

RESOLUCION:

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha siete (7) de mayo de mil novecientos cincuenta y siete (1957) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio ordinario iniciado por Joselín Jiménez contra Fabriciano Sánchez N.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

SON SUSCEPTIBLES DE NULIDAD, POR ADOLECER DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, LAS ENAJENACIONES DE INMUEBLES, CUANDO EL COMPRADOR APROVECHANDOSE DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE UN CLIMA DE VIOLENCIA QUE HA INFUNDIDO TEMOR EN EL ANIMO DEL VENDEDOR, LE COMPRA SUS BIENES. — PARA LA PROSPERIDAD DE ESTAS ACCIONES, DEBE ESTABLECERSE PLENAMENTE EN EL LITIGIO, QUE QUIEN LA HA DEMANDADO SE HALLARA COACCIONADO POR UNA FUERZA MORAL, PERO NO DE CUALQUIER CLASE, SINO CAPAZ DE PRODUCIR UNA IMPRESION FUERTE EN UNA PERSONA DE SANO JUICIO. — VEDADO LE ESTA A LA CORTE, POR NO AJUSTARSE A LA TECNICA DEL RECURSO DE CASACION, ENTRAR OFICIOSAMENTE EN UNA NUEVA VALORACION DE PRUEBAS. — ES DEFINITIVO PARA LA PROCEDENCIA DE UNA ACCION RESCISORIA POR CONCEPTO DE LESION ENORME, EL DICTAMEN PERICIAL, PERO DEBIDAMENTE EXPLICADO Y FUNDAMENTADO. — CAUSAL SEGUNDA.—CUANDO PROCEDE

1.—Los artículos 1.513 y 1.514 del Código Civil, son dos disposiciones sustantivas estrechamente relacionadas entre sí, y que en el fondo se inspiran en un alto sentido de defensa social, cual es, el de libertad del vínculo contractual a quien lo contrajo bajo el influjo del temor, el cual, como vicio del consentimiento, es factor que compete estudiar a los jueces de instancia atendidas las circunstancias del hecho.

Desde el punto de vista jurídico resultan justificables las precitadas normas, porque siendo por definición el acto jurídico como lo enseña la filosofía del derecho un acto de voluntad y siéndolo doblemente el contrato, el acto será inexistente, cuando la voluntad falte, cuando no haya consentimiento.

Demandada la nulidad por causas como las anotadas, una de las cuestiones fundamentales, que deben quedar completamente establecidas en el litigio, es si efectivamente quien la ha demandado se hallaba coaccionado por una fuerza moral, pero no de cualquier clase, sino capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, como lo prescribe la regla del artículo 1.513 del Código Civil, cuyo contenido es igual al artículo 1.112 del Código Civil Francés, que se halla inspirado en las tradiciones del Derecho Romano. En desarrollo del precepto últimamente citado, la Corte de Casación Francesa, ha sentado la siguiente jurisprudencia:

"Cuando el consentimiento no es libre, cuando se presta bajo el imperio del temor inspirado por un mal considerable presente, el contrato celebrado queda viciado y es anulable" (Derecho Civil Francés, página 226, Tomo VI).

De conformidad con nuestro régimen legal, y dándole cabal aplicación a los artículos 1.513 y 1.514 del Código Civil, son susceptibles de nulidad por adolecer de vicio en el consentimiento las enajenaciones de inmuebles, cuando el comprador aprovechándose de las circunstancias de un clima de violencia que ha infundido temor en el ánimo del vendedor le compra sus bienes.

Porque es obvio que una relación jurídica surgida en las condiciones expresadas, por resultar contraria a las normas de la ética y de la equidad contractual, y por entrañar en el fondo un enriquecimiento sin causa, es una situación que legalmente no puede subsistir, y por ello nuestro sistema legislativo en guarda de los derechos e intereses patrimoniales del contratante lesionado, ha establecido los medios procesales adecuados para destruir judicialmente tan extraño orden de cosas, debiendo en estos casos proceder la acción intentada si sus extremos han sido objeto de comprobación judicial durante la secuela del juicio por parte de quien haya demandado la nulidad del contrato o su rescisión por lesión enorme sin que pueda invocarse como defensa para enervar la acción el hecho, de que las

actos de violencia hubiesen sido ejecutados por personas extrañas a la negociación, pues el artículo 1.514 del Código Civil dice lo siguiente:

"Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento".

La doctrina consagrada en el ordenamiento jurídico antes citado, ha dado lugar a las más interesantes disputas entre los juristas a través de la evolución histórica del derecho positivo, sin que hasta el presente se haya logrado unificar el criterio de las diversas legislaciones y tribunales. Sobre el particular, autores tan autorizados como Giorgi, dice en su Tratado de las Obligaciones:

"Entre los escritores de derecho natural, fue una disputa grave la de si el temor producido por un tercero da lugar a la rescisión contra el contratante que inocentemente se aprovecha de la violencia ejercida por otro. En este conflicto de opiniones, que divide también las diversas legislaciones, el Código Francés y el Italiano decidieron que la violencia es causa de nulidad, aunque haya sido usada por una persona distinta de la que en su ventaja se hizo la convención" (Página 268, Tomo IV).

Si pues, fueron actos de violencia ejercidos por terceras personas los que atemorizaron o ejercieron coacción moral sobre la voluntad de los demandantes y fueron aquéllos los determinantes del contrato de venta que llevaron a cabo con el demandado, se debe era para obtener un fallo favorable a las súplicas impetradas en la demanda probar fehacientemente la existencia de un vínculo de causalidad entre los actos de violencia de que fueron víctimas y el acto jurídico que como consecuencia de aquellos se produjo, pues es preciso dotar al juzgador de los elementos necesarios para formar su convicción judicial, en forma tal, que las circunstancias establecidas le permitan decidir si quien ha demandado la nulidad, cedió a una violencia moral o a un temor que hizo presión sobre su voluntad.

Nuestro derecho civil, como lo ha dicho la Corte, estatuye la nulidad del acto jurídico realizado en virtud de violencia en razón del temor experimentado por la víctima.

En esta clase de litigios hay una serie no sólo de hechos sino de circunstancias y aun de factores de orden psicológico que deben quedar establecidos fehacientemente durante las instancias del juicio, ya que es a los jueces de fondo, a quienes toca apreciarlos con un arbitrio que como dice Giorgi, generalmente escapa a la censura de la casación.

2.—Vedado le está a la Corte entrar oficiosamente en una nueva valoración de pruebas, lo cual no se ajusta a la técnica del recurso, que no puede prosperar cuando el recurrente sólo se ha concretado a enunciar en forma abstracta los cargos, pero sin demostrar los errores del fallador que incidieran en la violación de la ley sustantiva.

3.— Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, es definitiva para la procedencia de una acción rescisoria por concepto de lesión enorme, la prueba pericial, pero ésta debe estar explicada y debidamente fundamentada.

4.—La causal segunda de casación, conforme al artículo 520 del Código Judicial, no procede y por ende no da lugar a la infirmación del fallo sino cuando el sentenciador haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos en el respectivo libelo o cuando haya decidido sobre cuestiones que no fueron sometidas a la controversia o cuando, como dicen las normas jurisprudenciales, se haya fallado con exceso o con defecto.

Cuando el fallo es absolutorio, el reparo que se le haga por incongruencia es desde todo punto de vista inaceptable, como lo ha dicho reiteradamente la Corte en numerosas sentencias.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Por escritura pública número 1.530 de fecha 7 de septiembre de 1951, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Buga, Miguel Angel Ríos y Dolores López de Ríos, casados entre sí, vendieron a José Montoya Luque un lote de terreno,

con sus anexidades y mejoras, situado en el corregimiento de "El Caney", jurisdicción del Municipio de Yotoco, alinderado en la forma que reza el citado instrumento público.

Años después, en agosto de 1953, los vendedores ya nombrados instauraron demanda ante el Juzgado Civil del Circuito de Buga alegando que en la venta hecha a Montoya Luque habían sufrido lesión enorme por haberla vendido solamente en la suma de $ 10.000.00, es decir, por menos de la mitad de su justo precio. Asimismo, afirmaron los demandantes que habían hecho tal venta compelidos o forzados por la ola de violencia que venían azotando al país desde tiempo atrás, y de la cual fueron víctimas los vendedores. Fundándose en estas afirmaciones pidieron la nulidad de la venta recogida en la precitada escritura número 1.538, suplicándose subsidiariamente fuera declarada la rescisión por lesión enorme del mencionado contrato de venta.

Agotados los trámites de la primera instancia, el Juzgado Civil del Circuito de Buga desató la litis por sentencia de fecha 4 de febrero de 1956, negando las súplicas de la demanda y absolviendo al demandado de los cargos en ella formulados. Contra esta providencia apeló ante el Superior la parte demandante por medio de apoderado y por auto de fecha 15 de febrero de 1956, le fue concedido el recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el cual, por sentencia de fecha 23 de mayo de 1957, confirmó el fallo del Juez A-QUO. Contra esta providencia interpuso el recurso de casación la parte vencida y cumplidas como se hallan todas las formalidades debe ahora decidirse.

DEMANDA DE CASACION

Tres cargos ha formulado el recurrente contra la sentencia, los cuales se estudiarán en su orden a continuación.

Primer cargo.

Lo formula así el recurrente:

Primera causal.—Acuso la sentencia del H. Tribunal, por ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa de ésta. Porque el Tribunal violó los artículos 1.513 y 1.514 del Código Civil (causal primera del artículo 520 del Código Judicial)".

Consiste tal violación, dice el recurrente, en que debiendo el Tribunal aplicar las disposiciones citadas, las infringió al no declarar la nulidad del contrato de venta a que se ha hecho referencia. Igualmente dice que se probó mediante la prueba testimonial que los demandantes fueron víctimas de actos de violencia perpetrados por una cuadrilla de bandoleros en el año de 1950, y que debido a tales actos de violencia y atemorizados por ellos, se vieron obligados a vender la finca a Montoya Duque en la cual por las razones anotadas, hubo falta de consentimiento en la voluntad de los vendedores.

Consideraciones de la Corte.

Los artículos 1.513 y 1.514 del Código Civil, citados por el recurrente, son dos disposiciones sustantivas estrechamente relacionadas entre sí, y que en el fondo se inspiran en un alto sentido de defensa social, cual es, el de libertar del vínculo contractual a quien lo contrajo bajo el influjo del temor, el cual, como vicio del consentimiento, es factor que compete estudiar a los jueces de instancia atendidas las circunstancias del hecho.

Desde el punto de vista jurídico resultan justificables las precitadas normas, porque siendo por definición el acto jurídico como lo enseña la filosofía del derecho un acto de voluntad y siéndolo doblemente el contrato, el acto será inexistente, cuando la voluntad falte cuando no haya consentimiento.

Demandada la nulidad por causas como las anotadas, una de las cuestiones fundamentales, que deben quedar completamente establecidas en el litigio, es si efectivamente quien la ha demandado se hallaba coaccionado por una fuerza moral, pero no de cualquier clase, sino capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, como lo prescribe la regla del artículo 1.513 del Código Civil, cuyo contenido es igual al artículo 1.112 del Código Civil Francés, que se halla inspirado en las tradiciones del Derecho Romano. En desarrollo del precepto últimamente citado, la Corte de Casación Francesa, ha sentado la siguiente jurisprudencia:

"Cuando el consentimiento no es libre, cuando se presta bajo el imperio del temor inspirado por un mal considerable presente, el contrato celebrado queda viciado y es anulable". (Derecho Civil Francés, página 226, Tomo VI).

Y fue precisamente aquella falta de consentimiento la que dicen los demandantes no existió de su parte en la venta que hicieron a José Montoya Duque, por medio de la escritura pública número 1.538 de 7 de septiembre de 1951, de la Notaría Primera del Circuito de Buga, pues ate-

morizados por el ataque de que fueron víctimas en el año de 1950, por una cuadrilla de diez y ocho bandoleros, quienes no sólo invadieron a mano armada su finca rural, sino que hirieron gravemente a los demandantes, se vieron aquéllos constreñidos en guarda de su vida y la de sus familiares, no sólo a abandonar la región en la cual se hallaba ubicado el inmueble, sino a vender éste a menosprecio.

El caso materia de estudio le brinda a la Corte oportunidad para hacer por vía de doctrina, la siguiente declaración:

De conformidad con nuestro régimen legal, y dándole cabal aplicación a los artículos 1.513 y 1.514 del Código Civil, son susceptibles de nulidad por adolecer de vicio en el consentimiento las enajenaciones de inmuebles, cuando el comprador aprovechándose de las circunstancias de un clima de violencia que ha infundido temor en el ánimo del vendedor le compra sus bienes.

Porque es obvio que una relación jurídica surgida en las condiciones expresadas, por resultar contraria a las normas de la ética y de la equidad contractual, y por entrañar en el fondo un enriquecimiento sin causa, es una situación que legalmente no puede subsistir, y por ello nuestro sistema legislativo en guarda de los derechos e intereses patrimoniales del contratante lesionado, ha establecido los medios procesales adecuados para destruir judicialmente tan extraño orden de cosas, debiendo en estos casos proceder la acción intentada si sus extremos han sido objeto de comprobación judicial durante la secuela del juicio por parte de quien haya demandado la nulidad del contrato o su rescisión por lesión enorme, sin que pueda invocarse como defensa para enervar la acción el hecho, de que los actos de violencia hubiesen sido, como en el caso de autos, ejecutados por personas extrañas a la negociación, pues el artículo 1.514 del Código Civil dice lo siguiente:

"Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento".

La doctrina consagrada en el ordenamiento jurídico antes citado, ha dado lugar a las más interesantes disputas entre los juristas a través de la evolución histórica del derecho positivo, sin que hasta el presente, se haya logrado unificar el criterio de las diversas legislaciones y tribunales. Sobre el particular, autores tan autorizados como Giorgi, dice en su Tratado de las Obligaciones:

"Entre los escritores de derecho natural, fue una disputa grave la de si el temor producido por un tercero da lugar a la rescisión contra el contratante que inocentemente se aprovecha de la violencia ejercida por otro. En este conflicto de opiniones, que divide también las diversas legislaciones, el Código Francés y el Italiano decidieron que la violencia es causa de nulidad, aunque haya sido usada por una persona distinta de la que en su ventaja se hizo la convención". (Página 107, Tomo IV).

Si, pues, fueron actos de violencia ejercidos por terceras personas, los que atemorizaron o ejercieron coacción moral sobre la voluntad de los demandantes, y fueron aquéllos los determinantes del contrato de venta que llevaron a cabo con el señor Montoya Duque, su deber era para obtener un fallo favorable a las súplicas impetradas en la demanda probar debidamente la existencia de un vínculo de causalidad entre los actos de violencia de que fueron víctimas y el acto jurídico que como consecuencia de aquéllos se produjo, pues es preciso dotar al juzgador de los elementos necesarios para formar su convicción judicial, en forma tal, que las circunstancias establecidas le permitan decidir si quien ha demandado la nulidad, cedió a una violencia moral o a un temor que hizo presión sobre su voluntad. Nuestro derecho civil, como lo ha dicho la Corte, estatuye la nulidad del acto jurídico realizado en virtud de violencia en razón del temor experimentado por la víctima.

Mas el vínculo de causalidad de que se ha hablado, y que constituye uno de los extremos esenciales en acciones como la promovida fue el que no logró comprobar debidamente el demandante ante los jueces de fondo, pues la prueba testimonial que al efecto adujo, resultó insuficiente, como se desprende del siguiente pasaje de la sentencia acusada:

"De las declaraciones transcritas no puede hallarse, ciertamente, ese vínculo de causalidad a que se ha aludido, ya que, como lo advierte el Juzgado, ese estado de necesidad en que para la enajenación de la finca se ha querido situar a los señores Ríos, no era el a propósito para llevarlo a otorgar la escritura cuya nulidad se ha buscado, con base en la violencia. Lo cierto está en que de los testigos que expresamente se han referido al móvil dicho por el que Miguel Angel Ríos le hizo la venta a Montoya Duque, sólo Florentino Ortiz pudo decir terminantemente que esa venta fue obra de la violencia a que se sometió al vendedor. En efecto, Joaquín Ramírez

Loaiza dá como motivo para el negocio, a más del peligro en que estaba la vida del vendedor, el de la necesidad en que se encontraba él de vender su finca para salir de ciertos compromisos adquiridos en Buga, y Roberto Hincapié sólo hace suponer el de la violencia como el motivo de esa venta; Arturo Arias, por lo demás, y Miguel Antonio Cifuentes, se refieren al por qué de la venta como a algo que se les refirió, pero de lo cual no pueden dar una personal constancia.

"Así, pues, lejos de poderse aceptar como clara y definitiva la prueba allegada para acreditar la fuerza como causa de la venta de "La Esperanza" hecha por Miguel Angel Ríos y Dolores Ríos, tiene que decirse que esa prueba no se ha logrado de autos. Luego, por ese lado habrá de ser confirmado el fallo del inferior".

El contenido doctrinario del pasaje anteriormente transcrito, interpreta acertadamente y sigue las enseñanzas de la jurisprudencia nacional, cuyas normas, en resumen, se hallan apoyadas en principios jurídicos que han sido propugnados por los más destacados civilistas, entre los cuales oportuno parece citar a Planiol y Ripert, que dicen al respecto:

"Ha de existir una relación de causalidad entre el temor y la obligación; es necesario que el contrato haya sido efectivamente consentido bajo el imperio del temor y antes de que éste hubiese cesado o se haya sensiblemente atenuado. Pero es obvio que la causalidad, como en materia de responsabilidad civil no debe entenderse de modo estrictamente material, especialmente en este terreno, en que el vicio del consentimiento, al temor, es un hecho psicológico". (Planiol y Ripert, página 262. Derecho Civil, Tomo VI).

Como se ve, en esta clase de litigios hay una serie no sólo de hechos sino de circunstancias y aun de factores de orden psicológico que deben quedar establecidas debidamente durante las instancias del juicio, ya que es a los jueces de fondo, a quienes toca apreciarlas con un arbitrio que como dice Giorgi, generalmente escapa a la censura de la casación. En cuanto a la apreciación de la prueba testimonial hecha por el Tribunal en los términos anteriormente transcritos, no puede la Corte modificarla en este recurso, no sólo por haber procedido en tal examen el sentenciador de acuerdo con los principios generales de la sana crítica y de la tarifa legal, sino porque el recurrente en su demanda no prueba, ni impugna ni por error de derecho, ni por error de hecho evidente, que son los casos en que procede en casación una nueva calificación probatoria, como lo ha dicho la Corte reiteradamente. Siendo esta la realidad procesal, vedado le está a la Corte entrar oficiosamente en una nueva valoración de pruebas, lo cual no se ajusta a la técnica del recurso, que no puede prosperar cuando como en el caso de autos, el recurrente sólo se ha concretado a enunciar en forma abstracta los cargos, pero sin demostrar los errores del fallador que incidieron en la violación de la ley sustantiva.

Por las consideraciones expuestas, no procede el cargo.

Segundo cargo.

Se halla formulado en los siguientes términos:

"Segunda causal.—Acuso en segundo lugar la misma sentencia, de ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa. Porque el Tribunal violó con ella también los artículos 1.946 y 1.947 del Código Civil (causal primera, artículo 520 del Código Judicial)".

Para fundar tal cargo dice el recurrente:

"La violación consiste en que debiendo el Tribunal aplicar tales disposiciones negando la declaratoria de rescisión por lesión enorme, solicitada subsidiariamente, aceptando el avalúo dado por los peritos idóneos en dictamen uniforme, preciso, exacto y claro y así concluyente, inobjetado, que sin alguna razón rechazó el Tribunal".

Consideraciones de la Corte.

A través de los términos confusos y contradictorios en que está concebida la argumentación del recurrente, se alcanza a advertir que la impugnación estriba en que el Tribunal sin fundamento rechazó el dictamen pericial que se adujo como prueba para establecer la lesión enorme.

No está rigurosamente ceñida a la realidad procesal la afirmación del recurrente, pues no sólo una sino varias razones que se hallan consignadas en la parte motiva del fallo fueron las que tuvo en cuenta el Tribunal para no haberle reconocido eficacia a la citada prueba.

Y fue después de haber hecho el Tribunal con sentido crítico el examen exhaustivo del dictamen pericial anotando en cada paso las fallas de que adolecía como llegó a la siguiente conclusión:

"Por tanto, si, de acuerdo con el artículo 1.947 del Código Civil la lesión enorme resulta o debe resultar de la comparación del precio en que el

bien fue vendido y del justo precio que ese mismo bien tenía, y si la fijación del justo precio de la cosa en la época del contrato tiene que obedecer a realidades del momento y no a meras suposiciones del perito, tiénese que, ante un dictamen como el producido el 25 de abril de 1956, la lesión enorme alegada por los demandantes en la venta que en 1951 le hicieron de su finca a José Montoya Duque no aparece fundada y que, en consecuencia, la rescisión del contrato por causa de esa lesión no puede ser judicialmente declarada".

Como se advertirá, fue la falta de motivación o de fundamento del dictamen pericial la que determinó al Tribunal a no admitir tal prueba, que como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, es definitiva para la procedencia de una acción rescisoria por concepto de lesión enorme.

Y como el recurrente no logró en su demanda desvirtuar las argumentaciones del sentenciador, ni tampoco impugnó el dictamen por razones de error de hecho o de derecho en que hubiese incurrido el sentenciador al apreciarlo, es obvio, que el motivo expuesto en el cargo y la forma deficiente como aquel fue desarrollado en el recurso no da margen a casar la sentencia.

Siendo en consecuencia la falta de estimación del citado dictamen la única acusación que por este aspecto se ha hecho a la sentencia recurrida y habiéndose hecho tal apreciación, según consta en el pasaje antes transcrito, el cargo resulta infundado y por ello se rechaza, advirtiéndose que no hubo violación de los artículos 1.948 y 1.947 del Código Civil a los cuales si no pudo darles aplicación el Tribunal, fue justamente por no haber logrado probar el actor del juicio la lesión por él sufrida, lo cual constituye uno de los extremos esenciales cuya comprobación judicial es necesaria para que proceda la acción.

Tercer cargo.

Lo formula el recurrente así:

"Acuso la sentencia de no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Segunda del artículo 520 del Código Judicial".

Para fundarlo dice el recurrente, que el Tribunal no aceptó el hecho de que en el contrato de compraventa de la finca "La Esperanza" ,los vendedores procedieron sin consentimiento pues forzados por las circunstancias hicieron tal negociación; y en segundo lugar dice el recurrente, para justificar su impugnación que el Tribunal dejó de apreciar en su justo valor la prueba pericial producida en la segunda instancia.

La Corte considera:

Se ha invocado, como se ve, el segundo motivo de casación previsto en el artículo 520 del Código Judicial, pero esta causal no procede y por ende no dá lugar a la infirmación del fallo sino cuando el sentenciador haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos en el respectivo libelo o cuando haya decidido sobre cuestiones que no fueron sometidas a la controversia o cuando, como dicen las normas jurisprudenciales, se haya fallado con exceso o con defecto, y ninguna de las expresadas circunstancias concurre en el caso de autos, pues basta para ello confrontar la sentencia materia del recurso con los términos de la demanda.

Finalmente, es conveniente advertir que cuando el fallo es absolutorio, como ocurre en el caso presente, el reparo que se le haga por incongruencia es desde todo punto de vista inaceptable, como lo ha dicho reiteradamente la Corte en numerosas sentencias.

* * *

SENTENCIA

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, 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 veintitrés (23) de mayo de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el juicio ordinario seguido por Miguel Angel Ríos y otro contra José Montoya Duque.

No hay costas.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Pedro Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — CAUSAL PRIMERA. — ERROR DE HECHO Y DE DERECHO POR LA NO APRECIACION DE PRUEBAS. — PARA LA PROSPERIDAD DE LA ACCION REIVINDICATORIA, ES REQUISITO ESENCIAL LA COMPROBACION DEL DERECHO DE DOMINIO QUE EL DEMANDANTE PRETENDE HACER VALER

Es bien sabido que cuando se alega la primera causal de casación a que se refiere el Art. 520 del Código Judicial, y en forma especial la consistente en un error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, es de urgente necesidad que se acredite qué textos legales de la ley sustantiva fueron violados con semejante error de hecho o de derecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Florencia demandó el señor JOAQUIN TORRES CABRERA a los señores Jorge Herrández e Ignacio Romero para que fueran condenados a restituir al demandante un terreno ubicado en Florencia en la calle 16 entre carreras 11 y 12, de 180 metros de superficie.

Se fundamentó tal demanda en que el demandante es propietario del solar que actualmente poseen los demandados. Afirma que en 1923 el demandante arrendó al señor José Lizardo Mora la casa y solar de que se habla y que al fallecer Mora, allí mismo continuaron habitando sus sobrevivientes. Que los sobrevivientes de Mora demolieron la edificación y anexaron el solar a la casa que los familiares pasaron a habitar; que una de las herederas del señor Mora fue la señora María Luisa Riascos viuda de Mora, quien vendió y puso en posesión del solar reclamado a los señores Jorge Hernández e Ignacio Romero, quienes son los demandados.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Florencia falló el negocio el 12 de febrero de 1957 absolviendo a la señora María Luisa Riascos de Mora de los cargos formulados en el libelo.

El Tribunal Superior de Neiva por sentencia del 3 de julio de 1957 decidió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado.

Mediante tal sentencia se confirmó la apelada pero adicionándola en el sentido de absolver igualmente a los demandados Jorge Hernández e Ignacio Romero de los cargos que contra ellos se habían formulado.

II—DEMANDA DE CASACION

El demandante interpuso recurso de casación contra la aludida sentencia. Le formula varios cargos que en su orden son:

Primer cargo.

Error de hecho y error de derecho en la apreciación de la escritura número 52 de 10 de mayo de 1956, por medio de la cual el señor José Miguel Silva enajenó al demandante el predio objeto del litigio y del certificado de la Oficina de Registro que da fé acerca de la vigencia de la inscripción hasta la fecha en que se promovió la demanda. Dice el recurrente que ni el Juzgado ni el Tribunal dieron validez a tales documentos públicos, fundados en que no existe tradición anterior a ninguno de ellos, a lo cual cabe replicar:

"Exista o no tradición relativa al dominio del predio de que se trata, lo cierto es que cuando se propuso el libelo, la inscripción en el registro público no había sido cancelada por ninguno de los medios que establece la ley sustantiva. Todo lo contrario, están demostrando su vigencia actual sin que la contraparte haya opuesto título alguno de mayor antigüedad y eficacia".

Este cargo carece de los requisitos que exige el artículo 531 del Código Judicial, pues no se citan los textos legales que el recurrente considera violados.

Es bien sabido que cuando se alega la primera causal de casación a que se refiere el artículo 520 del Código Judicial, y en forma especial la

consistente en un error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, es de urgente necesidad que se acredite qué textos legales de la ley sustantiva fueron violados con semejante error de hecho o de derecho.

Segundo cargo.

Se hace consistir en un error de hecho y de derecho en la no apreciación de tres escrituras de compraventa relacionadas con el señor José Lizardo Mora e hijuela de adjudicación en la mortuoria de éste que obran en el cuaderno principal y que se llevaron con la contestación de la demanda.

Como este segundo cargo no contiene ninguna especificación ni demostración del error de hecho o de derecho que dice que el Tribunal cometió, y además no cita los textos legales de la ley sustantiva que considera infringidos, peca por el mismo defecto del anterior cargo.

Otros cargos.

En el Capítulo II de la demanda de casación acusa el recurrente la sentencia por violación directa del artículo 756 del Código Civil. Dice que esta violación consiste en que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Se dice que también se violó el artículo 946 del Código Civil, por cuanto estando demostrado el dominio del bien que se reivindica con los títulos citados, el Tribunal al desconocer el mérito probatorio de tales documentos infringió tal texto legal. Concluye el recurrente afirmando que el demandante acreditó su mejor derecho al dominio del predio reivindicado, con título inscrito y certificación del registro público sobre vigencia en la fecha de proponer la demanda. Termina pidiendo la casación del fallo recurrido.

III—CONSIDERA LA CORTE:

Por la escritura número 84 del 29 de diciembre de 1924 (Notaría de Florencia) Julio Amézquita vendió a Floro Rubiano una casa de habitación situada en Florencia. Esta escritura no fue registrada.

El 29 de noviembre de 1955 Floro Rubiano, mediante simple nota puesta a pie de la escritura, endosó tal derecho a José Miguel Silva. Posteriormente por la escritura 52 del 10 de mayo de 1926 y debidamente registrada, José Miguel Silva vendió a Joaquín María Torres una casa de habitación de bahareque y astilla con solar adyacente.

De estas escrituras y del certificado número 123 del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Florencia dedujo el Tribunal que Floro Rubiano no había adquirido el dominio por la citada escritura 84 de 1924 en razón de no haberse verificado su registro; y Rubiano no podía transmitirlo a José Miguel Silva lo que no había adquirido ni menos en la forma que lo pretendió hacer o sea, mediante una simple nota de cesión puesta al pie de la escritura; y finalmente, por los mismos motivos José Miguel Silva nada pudo transmitir al reivindicante señor Joaquín María Torres por la escritura 52 del 10 de mayo de 1926, no obstante que esta escritura sí fue registrada.

El Tribunal, pues, sienta la conclusión de que Torres nada adquirió de Silva y que no habiéndose comprobado el derecho de dominio que el demandante pretende hacer valer, falta el primero y principal de los requisitos esenciales para que la acción reivindicatoria pueda prosperar.

FALLO

Por los motivos anotados, 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 del Distrito Judicial de Neiva con fecha tres (3) de julio de mil novecientos cincuenta y siete (1957), en el ordinario de JOAQUIN MARIA TORRES CABRERA contra Jorge Hernández S. y otro.

No se hace condenación en costas por no aparecer causadas.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Peréz Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — CONTRA QUIEN DEBE DIRIGIRSE. — LA PETICION DEL ACTOR DE QUE SE LE RESTITUYA EL BIEN QUE PRETENDE REIVINDICAR, CONLLEVA IMPLICITAMENTE LA AFIRMACION DE QUE EL DEMANDADO SE ENCUENTRA PRECISAMENTE EN POSESION DEL INMUEBLE.— IDENTIDAD ENTRE LA COSA QUE SE PRETENDE Y LA POSEIDA

La acción reivindicatoria en el derecho positivo nacional debe dirigirse siempre contra el actual poseedor. Y no debe olvidarse que ella es viable contra el poseedor material, sea que se encuentre amparado con título de propiedad o no.

La petición de que se restituya al demandante el bien que se pretende reivindicar, conlleva implícitamente en forma muy clara la afirmación de que el demandado se encuentra precisamente en posesión del inmueble, pues de lo contrario mal podría pedirse que alguien sea condenado a restituir un bien si no se da por sentado que está en posesión del mismo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I ANTECEDENTES

La señorita María J. Villa Santamaría, solicitó del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín las siguientes declaraciones:

1ª.—Que es dueña de un lote de terreno situado en la ciudad de Medellín en la calle 67, antes calle I del barrio Manrique, lote que tiene una extensión total de 600 varas cuadradas y por los linderos indicados en el hecho 5º de la demanda.

2ª.—Que como consecuencia de la anterior declaración el señor Juan Esteban Puerta está en la obligación de restituirle el mencionado lote de terreno.

3ª.—Que la restitución debe hacerse con todos los frutos naturales y civiles percibidos.

Fueron alegados los siguientes hechos:

1º.—Los padres de la demandante ya fallecidos, fueron don Carlos Villa Vásquez y doña Elena Santa María de Villa.

2º.—Que los dos cónyuges citados eran dueños por mitad cada uno, del inmueble objeto de reivindicación.

3º.—Muerta doña Elena Santa María de Villa se adjudicó a la demandante la mitad del inmueble según consta por sentencia de partición e hijuela número 3 proveniente del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, la que fue registrada el 30 de enero de 1950.

4º.—Por sentencia de partición e hijuela en el juicio de sucesión de Carlos Villa Vásquez registrado el 7 de enero de 1955, se adjudicó a la demandante la otra mitad del inmueble; dicha sentencia fue proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín el 6 de diciembre de 1954.

5º.—Que mediante las anteriores tradiciones la demandante adquirió legalmente el inmueble que se reivindica; pero que tales tradiciones fueron interceptadas por manos criminales, cuyo desplante y temeridad llegó hasta suplantar las personas de don Carlos Villa Vásquez y de la demandante, que firmaron respectivas escrituras de venta, en número de dos, cada una, vendiendo la mitad del inmueble ya relacionado en la forma que se expresa a continuación.

a).—Por escritura 4.458 de 2 de junio de 1952 de la Notaría Primera de Medellín, Carlos Villa vendió a Teresa Cardona la mitad proindiviso del inmueble de que se habla.

b).—Por escritura 3.401 de 26 de abril de 1952 de la Notaría Cuarta de Medellín, María Villa S., vendió a Teresa Cardona el inmueble de que se ha hablado.

6º.—Las dos personas que aparecen vendiendo en cada una de las dos escrituras citadas y que aparecen con los nombres de Carlos Villa y María Villa S., pueden ser homónimos que aprovecharon dicha circunstancia para hacer las ventas verificadas, pero más probablemente representan suplantación de las personas de la demandante y de su padre legítimo don Carlos Villa Vásquez.

7º.—A las ventas anteriores siguieron otras,

hasta llegar a la venta mediante la cual adquirió el demandado señor Juan Esteban Puerta.

8º.—En ninguno de los contratos intervino en forma alguna la demandante, como tampoco su padre legítimo don Carlos Villa Vásquez.

El Juez de primer grado se abstuvo de decidir el fondo del litigio en razón de haber encontrado probada la excepción perentoria de petición de modo indebido.

Apelado este fallo correspondió conocer del negocio al Tribunal Superior de Medellín, quien lo decidió mediante sentencia de julio 31 de 1957. Tal sentencia revocó la de primer grado y declaró que la señora María Villa Santa María es dueña del inmueble que es objeto de reivindicación y como consecuencia de tal declaración, condenó al señor Juan Esteban Puerta a restituírlo a la demandante. La restitución anterior ordenó hacerse con sus frutos naturales y civiles considerando al demandado como poseedor de buena fé.

II—DEMANDA DE CASACION

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín se interpuso recurso de casación y en la respectiva demanda se formulan dos cargos.

Según el primer cargo la sentencia recurrida violó indirectamente por aplicación indebida a través de errores de hecho y de derecho los artículos 946, 952 y 762 del Código Civil y 214, 215 y 225 del Código Judicial.

Los errores de hecho imputables a la sentencia recurrida son los siguientes:

1º.—Se dio por establecido que el demandado Juan Esteban Puerta estaba en posesión material del bien reivindicado, cuando quedó evidentemente establecido que la posesión de dicho bien la tiene la propia demandante.

2º.—Se dio por establecido que el lote reivindicado es el mismo bien poseído materialmente por el demandado, cuando son esencialmente distintos.

A los errores indicados, agrega el recurrente, llegó el sentenciador por indebida apreciación de la demanda, de la contestación de la misma, de las posiciones absueltas por el demandado, de las inspecciones oculares practicadas en primera y segunda instancia y de la escritura 1.640 de 1955 de la Notaría Sexta de Medellín.

Hubo en la sentencia impugnada indebida apreciación del libelo, porque a pesar de admitir el Tribunal que en la demanda no se menciona la posesión del demandado sobre el bien reivindicado deduce ese hecho de la acción ejercitada.

Agrega que es más notoria la indebida apreciación de la contestación de la demanda, porque el sentenciador afirma que en tal pieza no se negó la posesión implícita de petición cuando el demandado solamente aceptó la adquisición del dominio, y la transmisión de ese derecho hasta él.

En consecuencia, es totalmente equivocada la apreciación del Tribunal cuando da por sentado que la parte opositora está en posesión del inmueble que se reivindica.

El sentenciador dejó de apreciar las inspecciones oculares practicadas en primera y segunda instancia en cuanto se refiere al hecho mismo de la posesión del demandado, ya que de tales inspecciones se comprobó que Juan Esteban Puerta poseía un lote con casa y que el identificado como de propiedad de la demandante era poseído por ella misma.

Termina el recurrente afirmando que mediante la comisión de los errores de hecho y de derecho expuestos se tuvo por poseedor al demandado cuando éste no se encuentra en posesión.

Mediante el segundo cargo se afirma que la sentencia violó por interpretación errónea los artículos 762, 946 y 952 del Código Civil.

Tales textos, dice el recurrente, hablan de posesión material y la exigen como requisito para que prospere la acción reivindicatoria, pero el sentenciador al tomar a Juan Esteban Puerta como poseedor del bien reivindicado, confundió dentro de las citadas normas la posesión inscrita con la posesión material.

El juicio reivindicatorio, continúa el recurrente, debe trabarse entre el dueño y el poseedor material pues el poseedor inscrito no está en capacidad de devolver la cosa reivindicada sencillamente porque no la tiene en su poder.

Contra el poseedor inscrito no puede dirigirse sino una acción en que se dispute el mejor derecho de dominio pero de ninguna manera la reivindicatoria que además del elemento declarativo de la propiedad envuelve el restitutorio de la misma.

III—LAS CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1—La acción reivindicatoria en el derecho positivo nacional debe dirigirse siempre contra el actual poseedor.

El recurrente advierte que en los hechos de la demanda no se afirmó que el demandado se encontraba en posesión material del inmueble reivindicado. Pero olvida que en la petición segunda se pide que el señor Juan Esteban Puerta

R. sea condenado a restituír a la demandante el bien que se reivindica. Esta petición conlleva implícitamente en forma muy clara la afirmación de que el demandado se encuentra precisamente en posesión del inmueble, pues de lo contrario mal podría pedirse que alguien sea condenado a restituír un bien si no se da por sentado que está en posesión del mismo.

Por otra parte, según el artículo 214 del Código Judicial, "cuando alguno es demandado diciéndose de él que tiene la cosa en su poder, si no es así, debe expresarlo en la contestación; pues de lo contrario, al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio, a menos que el demandante proceda con mala fé comprobada sabiendo que aquél no era el poseedor".

Además en sentencia de esta Corte de abril 27 de 1955 (G. J., tomo LXXX), página 86) citada tanto por la sentencia recurrida como por el señor apoderado del opositor se dijo:

"El ejercicio de la acción reivindicatoria encierra necesariamente la afirmación de que el demandado es **poseedor** de la cosa en la cual radica el derecho del actor. Basta, por tanto, que aparezca inequívocamente de la demanda que la acción que se ejerce es de reivindicación y no otra, para que se comprenda en ella dicha afirmación. De consiguiente, no implica ausencia de presupuesto procesal y menos aún de elemento esencial de la acción, la circunstancia de que no afirme expresamente el demandante que el demandado posee la cosa. El ejercicio de la acción conlleva el cargo de ser el demandado el poseedor; no puede concebirse la acción de dominio sin ese cargo; y por lo mismo, no puede alegar razonablemente el demandado que en el libelo no se le señaló en forma explícita como poseedor, porque basta que se le señale como sujeto pasivo de una relación procesal, que necesaria y esencialmente proyecta sobre el reo ese carácter".

Por el motivo anotado no incurrió el Tribunal de Medellín en ningún error de hecho ni de derecho al tener por establecido que el demandado era poseedor del inmueble objeto de reivindicación.

II—En cuanto a la afirmación del recurrente de que el sentenciador dejó de apreciar las dos inspecciones oculares practicadas en primera y segunda instancia, por cuanto en la primera inspección se constató que Juan Esteban Puerta poseía un lote con casa y que el identificado como de propiedad de la demandante era poseído por ella misma, se tiene en cuenta: en la inspección ocular practicada en primera instancia el día 20 de noviembre de 1956 aparece la siguiente constancia:

"El referido lote por su costado Occidental aparece hoy lindando con una edificación distinguida con el número 44-81 y 44-85, ocupada por los señores Cándido Fernández de Soler, quien dijo que tal propiedad pertenecía al señor Juan Esteban Puerta.....". Y en cuanto al terreno que se reivindica se advierte que a nadie se encontró en posesión de él.

Agrega el acta que "por información de varias personas se supo que como dueña del lote inspeccionado figuraba la señorita María Villa Santa María".

De acuerdo con tal inspección se acreditan dos cosas:

a).—Que el demandado es poseedor de un inmueble colindante con el que se reivindica; y b) Que el lote reivindicado en ese momento se encontraba sin ocupantes. Pero de estos hechos no cabe deducir la afirmación de que el inmueble reivindicado no se identificó.

En la inspección practicada en segunda instancia, los peritos conceptúan que "el lote de terreno antes determinado (o sea, el que se está reivindicando), es el mismo a que se refiere la demanda en el hecho 5º, la cual lleva fecha 8 de septiembre de 1955; es el mismo a que se refieren los títulos de propiedad que acreditan a la señorita María Villa Santa María como dueña". (Fols. 38 a 41, respectivamente).

Carece, en consecuencia, de respaldo procesal la afirmación que hace el recurrente de que el Tribunal no identificó suficientemente el inmueble objeto de reivindicación, y que lo confundió con otro inmueble.

Por los motivos anotados se rechaza el primer cargo.

Y en cuanto al segundo cargo, que en el fondo es reproducción del primero, se debe tener en

cuenta que la acción reivindicatoria es viable contra el poseedor material, sea que se encuentre amparado con título de propiedad o no.

Por este motivo no prospera el segundo cargo.

IV—FALLO

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 Medellín con fecha treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Paría Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Gaitán Soto, Secretario.

LA ASISTENCIA PROFESIONAL DE UN ABOGADO, ES UN CONVENIO BILATERAL QUE SE RIGE POR LAS REGLAS RESPECTIVAS DEL MANDATO.—QUIEN EJERCE LA REPRESENTACION LEGAL DE MENORES DE EDAD, NO NECESITA OBTENER PREVIAMENTE LICENCIA JUDICIAL PARA CONTRATAR LOS SERVICIOS PROFESIONALES DE UN ABOGADO QUE DEFIENDA SUS INTERESES, SIEMPRE Y CUANDO QUE PARA GARANTIZAR EL PAGO DE SUS HONORARIOS NO ENAJENE INMUEBLES DE PROPIEDAD DE AQUELLOS. — EXCEPCIONES PERENTORIAS. — CUANDO DEBEN SER RECONOCIDAS POR EL JUEZ.—INCONGRUENCIA

1.—Es sabido que la asistencia profesional, v. gr. como la del abogado, es un convenio bilateral que se rige conforme a nuestro Derecho Civil por las reglas respectivas del mandato.

2.—La formalidad de la licencia judicial previa, a tenor de lo preceptuado en los artículos 393 y 483 del Código Civil y la de la Ley 67 de 1930, sólo es necesaria cuando se trata de enajenación de bienes raíces o de derechos hereditarios pertenecientes a un menor de edad, pero no para efectuar contratos, tales como la asistencia profesional de un abogado para defender intereses de menores en juicio civil, sin hacerle enajenación alguna de inmuebles de propiedad de éstos, sino únicamente reconociéndole por sus servicios el 50 por ciento del evento incierto de la litis.

3.—Claramente prescribe el artículo 343 del Código Judicial, que el Juez sólo puede reconocer la excepción cuando haya justificado la parte demandada los hechos que la constituyen, que son, procesalmente hablando, los que dan nacimiento al derecho invocado como defensa.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

I

ANTECEDENTES

Entre Sara Isaacs Sierra, en su carácter de madre natural y como tal, representante legal de sus menores hijos, Alfonso y Carol Barboza Isaacs, por una parte, y Francisco de P. Vargas, por la otra, se celebró por documento privado de fecha 17 de diciembre de 1940, un contrato en virtud del cual la primera de las nombradas confería poder al segundo para que en su calidad de abogado hiciera las gestiones judiciales conducentes encaminadas a obtener les fuera reconocido a los ya nombrados menores su calidad de hijos naturales de Sofronín C. Barboza y a obtener se les adjudicasen los bienes conforme a la ley les debían corresponder en la sucesión de su padre natural. A su vez, Sara Isaacs Sierra se obligó a reconocerle a Vargas por concepto de honorarios, el 50 por ciento de los bienes que en la sucesión ya nombrada les fueran adjudicados a los precitados menores, debiendo hacer a su costa Vargas los gastos judiciales respectivos. Es decir, se celebró, como lo definieron los jueces de instancia, un contrato de cuota-litis.

Después de largos años de constante y eficaz labor profesional, el abogado Vargas, no sólo obtuvo el reconocimiento de Alfonso y Carol Barboza Isaacs, como hijos naturales de Sofronín G. Barboza, sino que obtuvo les fueran adjudicadas a dichos menores 28 fincas en la sucesión de su padre, y las cuales se hallan debidamente alinderadas en el libelo de demanda.

Cumplidas por Vargas sus obligaciones contractuales, exigió el cincuenta por ciento estipulado en el contrato a que se ha hecho referencia. Es decir, pidió le fuera hecha la tradición legal del cincuenta por ciento de los inmuebles que había logrado para los menores; y como por una u otra circunstancia, no le fue posible arreglar extrajudicialmente sus diferencias contractuales con la madre de los menores, demandó a éstos ante el Juez Civil del Circuito de Cartagena para que fuesen condenados a pagarle "el cincuenta

por ciento de lo que se les adjudicó en el juicio sucesorio del doctor Sofronín G. Barboza, liquidado en el Juzgado Civil del Circuito de Cartagena, y para hacer esta súplica se apoyó en el contrato que sobre el particular había celebrado con la madre de los menores y del cual ya se ha hecho referencia.

En forma enfática afirma en su demanda el actor del juicio que está en posesión material de doce inmuebles de los que le fueron adjudicados a los menores, haciendo constar, que tal entrega se la hizo la señora Isaacs, pero que hasta la fecha no se le ha hecho a su favor la correspondiente escritura pública para tener la posesión legal de tales inmuebles.

Admitida la demanda el representante de los menores negó los hechos fundamentales de ella. Se opuso a las súplicas allí impetradas y en escrito aparte presentó demanda de reconvención pidiendo se declarase la nulidad del contrato celebrado entre Vargas y la madre de los menores, y pidiendo además, fuera condenado el actor del juicio a reitegrarle a los menores varias sumas de dinero, que según el contrademandante, adeuda Vargas a los menores Barbozas.

No está, por demás advertir que el apoderado de la parte demandada al contestar el traslado de la demanda, propuso como excepciones perentorias las siguientes:

Ineptitud sustantiva de la demanda; prescripción de corto tiempo y cosa juzgada.

Durante la primera instancia quedaron plena y debidamente establecidos los siguientes hechos:

a) Que al morir Sofronín Barboza no habían sido reconocidos como hijos de éste los menores Carol y Alfonso Barbosa Isaacs;

b) Que sólo mediante la intervención profesional del abogado Francisco de P. Vargas Vélez, se obtuvo tal reconocimiento;

c) Que como consecuencia del expresado reconocimiento, los menores Carol y Alfonso Barboza Isaacs tuvieron acceso al sucesorio de su padre natural, en el cual les fueron adjudicados 28 inmuebles cuya relación detallada corre a los folios 4 a 18 del cuaderno principal; y una cantidad de dinero en efectivo por concepto de frutos civiles de los inmuebles que les fueron adjudicados.

Fundándose el Juez de primer grado en los hechos procesales antes mencionados, y en las normas jurídicas que rigen el contrato de mandato, falló la litis por sentencia que lleva fecha 2 de septiembre de 1955 e hizo en la parte resolutiva de su fallo las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.— Declárase legalmente válido el contrato suscrito por la señora Sara Isaacs Sierra, en su carácter de madre natural de los menores Carol y Alfonso Barbosa Isaacs, con el doctor Francisco de P. Vargas Vélez, el día 17 de diciembre de 1940 y que obra en autos en el cuaderno principal;

"SEGUNDA.—Como consecuencia de la validez decretada anteriormente, los menores Alfonso y Carol Barboza Isaacs, representados legalmente por su Sra. madre natural Sara Isaacs Sierra, están obligados a entregar al doctor Francisco de P. Vargas Vélez, como pago de sus honorarios estipulados en el contrato declarado válido, el cincuenta por ciento (50 %) de las veintiocho (28) fincas que les fueron adjudicadas como herencia en el sucesorio de su señor padre doctor Sofronín Barboza, y para ello deben adelantar el respectivo juicio de permiso judicial dentro del término de 30 días después de la ejecutoria de esta sentencia; y

"TERCERA.—No se declara poseedor regular de las doce (12) fincas que el doctor Francisco de P. Vargas Vélez se adjudica como equivalente del 50 por ciento de los 28 inmuebles adjudicados a los menores, por las razones de derecho expuestas en la parte motiva de esta sentencia; y

"CUARTA.—Condénase en costas a la parte demandada y tásense por la Secretaría".

De esta providencia apeló el apoderado de los demandados y el Tribunal de Cartagena después de un amplio examen jurídico acerca de los diversos y complejos aspectos del problema que se debate en esta litis, confirmó la providencia de primer grado por medio de sentencia de fecha 21 de septiembre de 1956, contra la cual interpuso el recurso extraordinario de casación el apoderado de la parte demandada y que la Corte procede ahora a decidir por hallarse cumplidos todos los trámites legales.

II

LA DEMANDA

Nueve cargos han sido formulados contra la sentencia recurrida, y en uno de ellos (el cuarto) se le impugna por incongruencia entre la parte resolutiva de la misma y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. A este cargo habrá de concretar su examen la Corte, por ser

el procedente, no siendo menester entrar en el estudio de los restantes como lo preceptúa para estos casos el artículo 538 del Código Judicial.

Examen del cargo.

Lo formula así el recurrente:

"Con base en la misma causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, acuso la sentencia por no estar en consonancia con lo pedido en la demanda, en cuanto concedió más de lo expresamente solicitado por el propio actor".

La Corte considera:

Según los antecedentes ya expuestos, entre Sara Isaacs Sierra en su carácter de madre de sus menores hijos Alfonso y Carol Barbosa Isaacs por una parte, y Francisco de P. Vargas Vélez por la otra, se celebró por documento privado un contrato en virtud del cual, el último de los nombrados se obligó a efectuar determinadas gestiones judiciales encaminadas a obtener el reconocimiento de los citados menores, como hijos naturales de su padre Sofronín Barboza G. y que como consecuencia de tal reconocimiento les fuesen adjudicados los bienes a que tenían derecho en la sucesión de su finado padre. A su vez, Sara Isaacs Sierra se obligó a pagarle a Vargas por concepto de honorarios profesionales el 50 por ciento de los bienes que obtuviese para sus menores hijos ya nombrados.

Es sabido que la asistencia profesional, v. gr. como la del abogado, es un convenio bilateral que se rige conforme a nuestro Derecho Civil por las reglas respectivas del mandato, así lo calificó acertadamente el fallador quien como después de haber hecho un examen prolijo de dicho contrato no halló en él vicio alguno que afectara su validez y consecuencias jurídicas, se abstuvo de declarar la nulidad impetrada por la parte demandada en su demanda de reconvención. A dicha declaración tampoco accederá la Corte, pues no es admisible bajo ningún punto de vista la afirmación del demandado de que la referida relación jurídico-contractual se halle viciada de nulidad por no haberse obtenido previamente la licencia judicial. Esta formalidad al tenor de lo preceptuado en los artículos 303 y 483 del Código Civil y artículo 1º de la Ley 67 de 1930, sólo es necesaria cuando se trata de enajenación de bienes raíces o de derechos hereditarios pertenecientes a un menor de edad, pero no para efectuar contratos como el ajustado con Vargas, a quien no se le hizo enajenación alguna de inmuebles de propiedad de los menores, sino que únicamente se le reconoció por su asistencia profesional el 50 por ciento del evento incierto de la litis.

Estudiando los términos de la cláusula relativa a honorarios, es incuestionable que entre Sara Isaacs y Francisco Vargas Vélez se llevó a cabo un contrato de cuota litis, como se denominan estos convenios en el lenguaje forense. Se convino allí en pagarle al abogado Vargas Vélez el 50 por ciento de los bienes que éste lograse adquirir mediante sus gestiones judiciales para los menores ya nombrados; es decir, se convino en pagarle por honorarios un 50 por ciento ad-valorem sobre el activo herencial y es así como debe entenderse la cláusula mencionada, dados los términos literales en que se halla concebida.

Interpretando el demandante la cláusula referida en la forma ya dicha, fue como solicitó en la súplica a) de su libelo la condenación de los menores Barbosa-Isaacs a pagarle el 50 por ciento de los bienes que en la sucesión de su padre natural les fueron adjudicados, pero en manera alguna pidió que fuesen condenados para que por conducto de su madre natural, obtuviesen la correspondiente licencia judicial a fin de poder hacerle a Vargas Vélez la tradición legal de las doce fincas de las veintiocho que les fueron adjudicadas. De manera, pues, que el juez A-QUO, cuyo fallo confirmó el Tribunal de Cartagena, se excedió en los términos de la demanda al hacer la condenación de que trata el numeral segundo de la parte resolutiva de su fallo anteriormente transcrito. Más aún, al decir el fallador que los menores Alfonso y Carol Barbosa-Isaacs quedaban con el deber "de adelantar el respectivo juicio de permiso judicial" para poderle hacer a Vargas Vélez la escritura de traspaso correspondiente, se les impuso una obligación que puede ser inoperante, pues el otorgamiento de una licencia judicial para enajenar bienes de menores es potestativo del Juez el concederla o negarla, según sean las circunstancias. Siendo esto así, asiste razón al recurrente en su cargo de incongruencia y por tal motivo el fallo recurrido debe ser, como al efecto lo será, infirmado por la Corte.

Dentro del orden de ideas antes expuesto, debe en consecuencia, proceder la declaración principal de la demanda distinguida con la letra a); es decir, que los menores Alfonso y Carol Barboza Isaacs están obligados a pagarle al demandante el 50 por ciento de lo que les fue adjudicado en el juicio sucesorio de Sofronín Barboza, liquidado en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, pero en manera alguna es procedente la

petición formulada en la letra b) en la cual se pide que Alfonso y Carol Barbosa-Isaacs estén en la obligación de otorgarle a Vargas Vélez por medio de su representante legal, el respectivo título de propiedad de las doce fincas relacionadas en el libelo, pues tal cosa no se estipuló en el contrato a que ya se ha hecho referencia.

En cuanto a las peticiones impetradas con carácter subsidiario por el actor del juicio, no accederá la Corte a ninguna de ellas, por las razones expuestas por el sentenciador en la motivación de su fallo, así como las que expuso el Juez A-QUO, todas las cuales la Corte acoge por hallarlas conforme a derecho.

Refiriéndose ahora la Corte a las excepciones propuestas por la parte demandada al contestar la demanda, cabe observar lo siguiente: el Juez de primera instancia, cuyo fallo confirmó el Tribunal de Cartagena ,consideró en la parte motiva de su providencia que no podrían ser despachadas favorablemente las referidas excepciones por no haber sido probados los hechos que fueron invocados como fundamento de ellas. En realidad tiene razón el juzgador, pues tal es la realidad procesal. Por lo demás claramente prescribe el artículo 343 del Código Judicial que el Juez sólo puede reconocer la excepción cuando haya justificado los hechos que la constituyen, pero esos hechos que son procesalmente hablando, los que dan nacimiento al derecho invocado como defensa, fueron los que el actor del recurso exceptivo no pudo demostrar, por cuya razón no se declararán probadas en la sentencia que la Corte en su función de instancia dictará en reemplazo de la sentencia acusada.

Finalmente, en lo tocante a la demanda de reconvención ya se dijo anteriormente el motivo legal por el cual la Corte no accedería a decretar la nulidad del contrato o contratos celebrados por Francisco de P. Vargas Vélez con la señora Sara Isaacs Sierra, como representante legal de sus menores hijos, y en cuanto atañe a las súplicas que subsidiariamente fueron impetradas por el contrademandante, los razonamientos jurídicos expuestos por el sentenciador son suficientes para negarlas ahora.

En realidad aparece de autos que Vargas Vélez recibió del albacea de la sucesión testamentaria de Sofronín G. Barboza por concepto de frutos de los bienes pertenecientes a dicha sucesión, la suma de dinero a que hace referencia la parte demandada. Pero en el evento de haber sido entregada dicha suma sin causa justificativa alguna, la responsabilidad sería del albacea, quien en el ejercicio de sus funciones responde hasta de la culpa leve, como lo enseña el artículo 1.356 del Código Civil, y quien tiene entre sus obligaciones la señalada en el artículo 1.366 ibídem. Siendo así las cosas no resulta viable la pretensión de la parte demandada en el sentido de que en esta sentencia se declare a Vargas Vélez como deudor de los menores Barboza de la suma de dinero a que se ha hecho mención. Y en cuanto a los saldos de dinero que recibió Vargas Vélez de la madre de los menores, obran en autos a los folios 41 y 44 del cuaderno número 1, las cartas dirigidas por la madre de tales menores a los inquilinos de las fincas pertenecientes a la sucesión del padre natural de aquéllos, comunicándoles que para los efectos del pago de los cánones presentes o futuros deber entenderse con el doctor Francisco de Paula Vargas Vélez. Es decir, fue la madre de los mismos menores quien le confirió facultades administrativas a Vargas Vélez, formándose así una relación jurídico-contractual que no permite saber cuáles son exactamente los saldos de dinero a cargo de Vargas Vélez, pues no se ha hecho ni judicial ni extrajudicialmente la liquidación de cuentas que es de rigur hacer en estos casos.

* * *

SENTENCIA:

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el juicio ordinario iniciado por el doctor Francisco de Paula Vargas Vélez contra Carol y Alfonso Barbosa Isaacs y revoca la de fecha dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena, y en su lugar resuelve:

PRIMERO.—Declárase legalmente válido el contrato suscrito por la señora Sara Isaacs Sierra, en su carácter de madre natural de los menores Carol y Alfonso Barbosa Isaacs, con el doctor Francisco de P. Vargas Vélez el día diez y siete (17) de diciembre de mil novecientos cuarenta (1940) y que obra en autos en el cuaderno principal.

SEGUNDO.— Como consecuencia de la validez

decretada anteriormente, los menores Alfonso y Carol Barbosa Isaacs, representados legalmente por su Sra. madre natural Susana Isaacs Sierra, están obligados a pagar al doctor Francisco de P. Vargas Vélez, por concepto de honorarios estipulados en el contrato referido, y treinta días después de la ejecutoria de esta sentencia, el cincuenta por ciento (50 %) del valor de todos los bienes que les fueron adjudicados a los precitados menores como herencia en el sucesorio de su padre natural, doctor Sofronín Barboza, debiéndose avaluar dichos bienes por sus precios comerciales actuales y de acuerdo con el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

TERCERO.—No se accede a reconocer al doctor Francisco de P. Vargas Vélez el derecho de retención respecto a las fincas que está poseyendo y a las cuales hace alusión en su demanda, ni tampoco se le declara poseedor regular de ellas.

CUARTO.—No se accede a decretar las súplicas tanto principales como subsidiarias impetradas en la demanda de reconvención.

QUINTO.—Se declaran no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada al contestar la demanda.

SEXTO.— Las costas de la primera y segunda instancias a cargo de la parte demandada. No hay costas en el presente recurso.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

ALCANCE DE LA TRADICION VERIFICADA POR QUIEN NO ES VERDADERO DUEÑO. — VENTA COMO CUERPO CIERTO DE UN BIEN PERTENECIENTE A SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA E ILIQUIDA. — FORMAS DE CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS

1.—En la esfera de la adquisición del dominio por modos derivados rige el principio de la causalidad eficiente sobre la base axiomática de que nadie puede dar lo que no tiene.

Si en cumplimiento de título traslaticio de dominio hace el dueño la tradición de alguna cosa, quien recibe se convierte en propietario por virtud inmediata de la entrega.

Cuando el tradente no es el verdadero dueño ese efecto traslaticio pleno carece de causa y no puede predicarse si en realidad ésa y llanamente se ha entregado cosa ajena.

Pero si esta no es la hipótesis porque el enajenante, sin ser dueño, se encuentra sin embargo en posición jurídica que le permite ofrecer en justicia interés legítimo para pedir que el derecho de que es titular se concrete e individualice en el bien que fue objeto de la tradición, aparece muy en claro entonces que por la entrega, como reflejo ostensible de la voluntad recíproca de enajenar y de adquirir, el tradente no pudo dar el dominio que no tenía sobre el cuerpo cierto entregado, pero sí transferir al adquirente la misma facultad jurídica de que a la sazón disfrutaba para procurar el éxito de su interés tendiente a la radicación definitiva de su derecho en el objeto de la entrega. Transmitió en consecuencia la titularidad que poseía para figurar como parte en el proceso de la respectiva liquidación.

2.—Quien es copartícipe de masa universal como consorte sobreviviente de sociedad conyugal disuelta e ilíquida y vende como cuerpo cierto un inmueble del acervo común, por la entrega subsecuente no transfiere el dominio que conforme a derecho radica en la sociedad conyugal hasta que se liquide, pero sí transmite a quien recibe por aquel título el interés legítimo suficiente para intervenir en la liquidación y procurar por vía plausible en derecho que se le adjudique el respectivo inmueble con eficacia plena desde el día de la tradición, a virtud del registro y por mérito del artículo 752 del Código Civil. Si con causa en los derechos transmitidos viene más tarde la adjudicación del dominio, el efecto jurídico se entiende consumado desde la fecha de la entrega.

3.—En punto concerniente a la cesión de derechos hereditarios, entre otras cosas dijo esta entidad:

"De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte y como un desarrollo lógico de su doctrina, han de aceptarse las siguientes conclusiones:

"I.—Un heredero puede vender sus derechos en la comunidad universal de la herencia, en una de tres formas: a) Cediendo sus derechos indeterminados en la comunidad hereditaria, total o parcialmente; b) Enajenando sus derechos hereditarios vinculados a determinados bienes de la comunidad universal; c) Enajenando determinado bien de la comunidad universal sin mencionar expresamente la cesión de sus derechos hereditarios radicados en tal especie;

"II).— Se ha aceptado la validez de la venta en las formas a) y b) y se ha reconocido que el comprador en ambos casos tiene personería para pedir la partición e intervenir en ella, aplicando el artículo 1.377 del Código Civil;

"III).—Respecto de la venta de una especie o cuerpo cierto perteneciente a la comunidad hereditaria, antes de que se haya registrada el decreto de posesión efectiva o la respectiva partición, debe entenderse que la inscripción de la correspondiente escritura no transmite el dominio (Código Civil, artículo 757), sin que esto quiera decir que la venta adolezca de nulidad. Como el vendedor no es en tal caso verdadero

dueño de la cosa enajenada no se adquiera por la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la especie o cuerpo cierto (Código Civil, artículo 752, 1º) y como el heredero vendedor sólo tiene entonces un derecho eventual a título de comunero en la universalidad, a que se le adjudique ese bien de la sucesión, hay que entender que el comprador adquiere ese derecho que lo habilita para pedir la partición e intervenir en ésta, a fin de procurar que, cumpliéndose las reglas de la partición y sin perjuicio de los otros copartícipes y de los acreedores de la comunidad herencial se le reconozca el mismo derecho que podría ejercitar su causante y se concreten sus derechos hereditarios en la especie o cuerpo cierto. Esto debe ser consecuencia y desarrollo lógico de los artículos 752, 779, 1.401, 1.868, 1.871, 1.874 y 1.875 del Código Civil" (Casación: 21 de octubre de 1954, LXXVIII, 2147, 899).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta (30) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Iniciaron el presente proceso Mercedes Rueda de Franco, Alejandro y Esteban Rueda Duarte, hijos de Tomás Rueda y María Duarte quienes contrajeron matrimonio el 15 de agosto de 1922 en la parroquia de Samacá.

María Duarte, quien figura además con los nombres de Mercedes Edelmira, hizo compra a Carlos Arturo Cortés y Emilia Cuesta de Cortés de un inmueble en la Urbanización San Fernando, de Bogotá, por escritura 3.830 otorgada el 5 de noviembre de 1943 en la Notaría Primera de esta misma ciudad.

Ya disuelta la sociedad conyugal como consecuencia del fallecimiento de Tomás Rueda el 4 de octubre de 1948, la cónyuge sobreviviente traspasó a Irene Montejo de González el inmueble en referencia a título de venta según escritura 1.815 de 19 de abril de 1951, Notaría Cuarta de Bogotá.

No fue objeto de respuesta el libelo dirigido a la vez contra Irene Montejo de González y María Duarte de Rueda para pedir la declaración de que el susodicho inmueble pertenece a la sociedad conyugal Rueda-Duarte, disuelta e iliquida, y a la herencia del cónyuge premuerto; la condena de Irene a la restitución junto con los frutos civiles y naturales, y la cancelación de la escritura 1.815 citada.

El 30 de septiembre de 1954 fueron despachadas negativamente por el Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá todas las súplicas. Pero el Tribunal en su fallo de 14 de agosto de 1956, al revocar el de primera instancia, las acogió y dispuso que por el trámite del artículo 553 del Código Judicial y con el tratamiento de poseedoras de buena fé para las demandadas, se regularan las prestaciones mutuas.

Cumple ahora a la Corte el estudio sobre el recurso de casación interpuesto por la parte vencida, y como quiera que el cargo por violación de ley sustantiva con apoyo en la causal 1ª se encuentra fundado y posee suficiente poder infirmatorio del fallo recurrido, no es el caso de considerar las acusaciones restantes. (538, Código Judicial).

* * *

Aunque la demanda se conserva a distancia de la técnica y padece de confusión en la fisonomía de fenómenos jurídicos diversos, no deja de ser claro el cargo en el sentido de que "La venta hecha por María Duarte de Rueda a Irene Montejo de González, comprende necesariamente el derecho que como copartícipe pudiere tener en ese haber social iliquido, ya que los contratos deben tomarse o interpretarse en el sentido de que produzcan algún efecto, de acuerdo con los artículos 1.603 y 1.621 del Código Civil".

Y cuando agrega:

"Los copartícipes, bien se trate de una universalidad de bienes como en las sucesiones o comunidades o en las sociedades conyugales pueden vender su interés en ese haber o esa comunidad y en el caso de que vendan un cuerpo cierto de esa comunidad y no les corresponda en la totalidad, se entiende que lo vendido es el derecho que puedan tener en esos bienes, y el adquirente adquiere por ese medio los derechos transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

"De consiguiente, el Tribunal quebrantó los preceptos citados al no aplicarlos en este caso, y lo llevaron al extremo de ordenar la cancelación de la escritura 1.815 de 19 de abril de 1953 y el registro de ese título, lo que no hubiera acontecido si hubieran contemplado que el adquirente adquirió los derechos que pueda tener la tradente sobre la cosa transmitida. Como consecuencia

de lo expuesto no se debe ordenar la cancelación de la escritura y de la inscripción".

* * *

Se considera:

I

"Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre —dice el artículo 752 del Código Civil— no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada". Y agrega en el inciso 2º:

"Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición".

En la esfera de la adquisición del dominio por modos derivados rige el principio de la causalidad eficiente sobre la base axiomática de que nadie puede dar lo que no tiene.

Si en cumplimiento de título traslaticio de dominio hace el dueño la tradición de alguna cosa, quien recibe se convierte en propietario por virtud inmediata de la entrega.

Cuando el tradente no es el verdadero dueño ese efecto traslaticio pleno carece de causa y no puede producirse si en realidad lisa y llanamente se ha entregado cosa ajena.

Pero si esta no es la hipótesis porque el enajenante, sin ser dueño se encuentra sin embargo en posición jurídica que le permite deducir en justicia interés legítimo para pedir que el derecho de que es titular se concrete e individualice en el bien que fue objeto de la tradición, aparece muy en claro entonces que por la entrega, como reflejo ostensible de la voluntad recíproca de enajenar y de adquirir, el tradente no pudo dar el dominio que no tenía sobre el cuerpo cierto entregado, pero sí trasferir al adquirente la misma facultad jurídica de que a la sazón disfrutaba para procurar el éxito de su interés tendiente a la radicación definitiva de su derecho en el objeto de la entrega. Transmitió en consecuencia la titularidad que poseía para figurar como parte en el proceso de la respectiva liquidación.

II

Quien es copartícipe de masa universal como consorte sobreviviente de sociedad conyugal disuelta e ilíquida y vende como cuerpo cierto un inmueble del acervo común, por la entrega subsecuente no transfiere el dominio que conforme a derecho radica en la sociedad conyugal hasta que se liquide, pero sí transmite a quien recibe por aquel título el interés legítimo suficiente para intervenir en la liquidación y procurar por vía plausible en derecho que se le adjudique el respectivo inmueble con eficacia plena desde el día de la tradición, a virtud del registro y por mérito del artículo 752 del Código Civil. Si con causa en los derechos transmitidos vino más tarde la adjudicación del dominio, el efecto jurídico se entiende consumado desde la fecha de la entrega.

En punto de la misma naturaleza, concerniente a la cesión de derechos hereditarios, entre otras cosas dijo la Corte:

"De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte y como un desarrollo lógico de su doctrina, han de aceptarse las siguientes conclusiones:

"1) Un heredero puede vender sus derechos en la comunidad universal de la herencia, en una de tres formas: a) Cediendo sus derechos indeterminados en la comunidad hereditaria, total o parcialmente; b) Enajenando sus derechos hereditarios vinculados a determinados bienes de la comunidad universal; c) Enajenando determinado bien de la comunidad universal sin mencionar expresamente la cesión de sus derechos hereditarios radicados en tal especie;

"2) Se ha aceptado la validez de la venta en las formas a) y b) y se ha reconocido que el comprador en ambos casos tiene personería para pedir la partición e intervenir en ella, aplicando el artículo 1.377 del Código Civil;

"3) Respecto de la venta de una especie o cuerpo cierto perteneciente a la comunidad hereditaria, antes de que se haya registrado el decreto de posesión efectiva o la respectiva partición, debe entenderse que la inscripción de la correspondiente escritura no transmite el dominio (Código Civil, artículo 757), sin que esto quiera decir que la venta adolezca de nulidad. Como el vendedor no es en tal caso verdadero dueño de la cosa enajenada no se adquieren por la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la especie o cuerpo cierto (Código Civil, artículo 752, 1º) y como el heredero vendedor sólo tiene entonces un derecho eventual a título de comunero en la universalidad, a que se le adjudique ese bien de la sucesión, hay que entender que el comprador adquiere ese derecho que lo habilita para pedir la partición e intervenir en ésta, a fin de procurar que, cumpliéndose las reglas de la partición y sin perjuicio de los otros copartícipes y de los acreedores de la comunidad

herencial se le reconozca el mismo derecho que podría ejercitar su causante y se concreten sus derechos hereditales en la especie o cuerpo cierto. Esto debe ser consecuencia y desarrollo lógico de los artículos 752, 779, 1.401, 1.868, 1.871, 1.874 y 1.875 del Código Civil". (Casación: 21 de octubre de 1954. LXXVIII, 2.147, 899).

III

A tiempo de la venta en favor de Irene Montejo de González, la tradente María Duarte de Rueda no era dueña del inmueble en el Barrio San Fernando de Bogotá, sino la sociedad conyugal disuelta e iliquida que formó por matrimonio con Tomás Rueda. Pero si María Duarte de Rueda no transfirió el dominio sobre aquel cuerpo cierto, es claro que colocó a Irene Montejo de González en campo jurídico que le otorga interés legítimo de apersonarse en la liquidación y obtener, llegado el caso, que se le adjudique la dicha especie. Sin la venta ese derecho le correspondería a María Duarte de Rueda como partícipe de la sociedad conyugal. A virtud de la enajenación ese mismo derecho pasó a ser de Irene Montejo de González.

Por consiguiente, está fundado el cargo en cuanto la sentencia dispuso cancelar la escritura 1.815 de 19 de abril de 1951, Notaría Cuarta de Bogotá, por la cual María Duarte de Rueda vendió a Irene Montejo de González el inmueble a que se refiere la demanda; y las razones que anteceden son bastantes para sustentar el fallo de reemplazo.

* * *

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 de 14 de agosto de 1956 proferida en el presente juicio ordinario de la sucesión de Tomás Rueda contra Irene Montejo de González y otra, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revoca la de primera instancia, y en su lugar

RESUELVE:

1º—Declarar, como declara, que por la escritura pública 1.815 de 19 de abril de 1951, Notaría Cuarta de Bogotá, Irene Montejo de González no adquirió el derecho de dominio sobre el inmueble allí determinado y sobre que versa el ordinal siguiente, sino sólo el interés jurídico y la acción para hacerse reconocer como cesionaria del derecho de María Duarte vinculado al mismo inmueble en condición de cónyuge sobreviviente y partícipe de la sociedad conyugal que formó con Tomás Rueda.

2º—Declarar, como declara, que pertenece a la sucesión iliquida de Tomás Rueda y a la sociedad conyugal, también iliquida, formada por el mismo y María Duarte de Rueda, la propiedad del lote de terreno junto con la construcción sobre él edificada, ubicada en esta ciudad, Urbanización San Fernando, lote con una cabida de quinientas cincuenta varas cuadradas con cincuenta y cuatro centésimos de vara cuadrada (550-54 v2.), marcado con el número setenta y uno A veintiuno (71 A-21) de la carrera cuarenta y seis antes, hoy carrera cuarenta y seis A. (46 A.) finca distinguida en la actualidad con los números setenta y uno cincuenta y nueve (71-59) a setenta y uno sesenta y siete (71-67) de la actual nomenclatura y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Oriente, en línea recta en una extensión de trece metros (13 mts.) con la carrera cuarenta y seis (46) antes, hoy cuarenta y seis A (46 A); por el Norte, en línea recta en extensión de veinticuatro metros ochenta y nueve centímetros (24-89 mts.) con el lote número tres (3) de la misma manzana, hoy propiedad del señor Daniel Fernández; por el Occidente, en línea recta y extensión de doce metros noventa centímetros (12-90 mts.) con el lote número siete (7) de la misma manzana, hoy de propiedad de los señores Carlos Samacá y Florentino Lozano; y por el Sur, en línea recta y extensión de veinticuatro metros noventa y ocho centímetros (24-98 mts.) con el lote número uno de la misma manzana, hoy de propiedad de los señores Rafael Sánchez y N. Betancourt. Todos los cerramientos son de propiedad del inmueble".

3º—Los demandados deben restituir el inmueble antes determinado a la sucesión y a la sociedad conyugal iliquida nombrados, dentro del término de siete días contados a partir de la ejecutoria del auto en que se ordene cumplir esta sentencia.

4º—Condenar, como condena, a la parte demandada a restituir a la sucesión y a la sociedad iliquidas los frutos naturales y civiles percibidos desde la fecha de la notificación de la demanda.

5º.—Para la liquidación de los frutos y estimación de las mejoras, así como para las demás prestaciones a que haya lugar, se tendrá a las demandadas como poseedoras de buena fé, y se seguirá el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

6º.— Cancélese el registro de la demanda e inscríbase la presente sentencia.

Sin costas en las instancias y en el recurso.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA PRESENTACION EN LA CORTE DE LA DEMANDA DE CASACION ANTES DE HABERSE ORDENADO DAR TRASLADO DEL PROCESO PARA LA FORMULACION DE ELLA, NO ES OBICE PARA QUE EL RECURSO SE CONSIDERE FUNDADO OPORTUNAMENTE. — CAUSAL 6ª. — TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — EL HECHO DE QUE DENTRO DE UN SUCESORIO SE HUBIERA SUSCITADO UNA OPOSICION EN LA DILIGENCIA DE ENTREGA DE UN PREDIO DE LA MISMA, Y COMO CONSECUENCIA DEL INCIDENTE SE HUBIERA INICIADO JUICIO ORDINARIO CONTRA LA POSEEDORA, POR MAS QUE EL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA ORDINARIA LA HAYA ESTIMADO INTRODUCIDA DENTRO DEL SUCESORIO, NO PUEDE REPUTARSE ESTE CONVERTIDO EN ORDINARIO, NI LAS PRUEBAS SOLICITADAS EN EL INCIDENTE DE OPOSICION A LA ENTREGA PUEDEN ESTIMARSE EN EL ORDINARIO

1.—La presentación de la demanda de casación antes de la oportunidad establecida por el artículo 530 del Código Judicial, esto es, antes de haberse admitido el recurso y de haberse mandado dar traslado del proceso para la formulación de ella, no es óbice para que el recurso se considere fundado oportunamente. Así lo tiene aceptado la Corte en doctrina que revaluó la que en contrario había sostenido hasta entonces, a propósito de una demanda presentada antes de que hubiera comenzado a correr el término señalado al recurrente para fundar el recurso, como puede verse en sentencia de 5 de julio de 1935, Tomo XLIII, número 1.899, página 308).

2.—La causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, se refiere a las nulidades de que trata el artículo 448 del mismo, ninguna de las cuales comprende la falta de las formalidades exigidas para decretar la acumulación, pues ella no toca con la incompetencia de jurisdicción, ni con la ilegitimidad de la personería adjetiva del demandante, ni con la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio. Y bien sabido es que estas nulidades son de aplicación estricta, y que en casación no pueden considerarse otras distintas de las tres mencionadas.

3.—Carece de toda técnica en materia de casación, la demanda que no indica en la forma clara y categórica exigida por el artículo 520 del Código Judicial si la violación de la ley sustantiva proveniente de la falta de apreciación de determinadas pruebas presentadas por la parte actora, se debe a un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, o a un error de derecho, ni hace, por consiguiente, la demostración ordenada por la misma norma.

4.—El hecho de que dentro de un juicio de sucesión se hubiera suscitado una oposición en la diligencia de entrega de un predio de la misma, y, como consecuencia del incidente, se hubiera iniciado juicio ordinario contra la poseedora, por más que el auto admisorio de la demanda la haya estimado introducida dentro del juicio de sucesión, no puede reputarse éste convertido en ordinario, ya que no hay norma que lo autorice, ni puede autorizarlo, porque aquél es un juicio de jurisdicción voluntaria y el ordinario es el contencioso por excelencia; tampoco puede considerarse acumulado el ordinario al de sucesión, dado que la acumulación de autos está circunscrita a casos especiales y contenciosos, entre los cuales no cabe el juicio de sucesión (artículo 397 del Código Judicial), y porque la acumulación no puede decretarse sino mediante el trámite especial que señala el Código Judicial (artículos 402, 403 y siguientes).

No existiendo acumulación de procesos, las piezas que contiene el sucesorio, solicitadas como pruebas en el incidente de oposición a la entrega de los bienes, no pueden estimarse en el ordinario, ya que a tenor del artículo 597 del Código Judicial, para poder apreciar el mérito de las pruebas es necesario que se hayan pedido dentro de los tér-

minos señalados al efecto, y según el 632 del mismo estatuto, los documentos auténticos, distintos de las escrituras públicas y de los certificados especificados en la misma disposición, tienen el valor de plena prueba originales o en copia expedida formalmente y "autorizada por los Secretarios o encargados de tales archivos".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, julio treinta de mil novecientos cincuenta y ocho.

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

Peregrino Noguera, por medio de apoderado, en ejercicio de la facultad consagrada en el inciso 3º del artículo 883 del Código Judicial en armonía con el 882 de la misma obra, demandó a Eudoxia Ramos ante el Juez Primero Civil del Circuito de Pasto, para que se hagan las siguientes declaraciones:

1º—Que Peregrino Noguera tiene mejor derecho que la demandada Eudoxia Ramos, sobre las dos terceras partes del inmueble "Llano Largo", y en, consecuencia, está obligada a restituir al actor las aludidas dos terceras partes del fundo, lo mismo que a pagar los frutos naturales y civiles desde que adquirió el predio hasta la fecha de la restitución, o, en subsidio, desde la fecha de la contestación de la demanda, si demuestra que fue poseedora con justo título y buena fé.

2º. Que está obligada la demandada a pagar las costas del juicio.

Las anteriores súplicas fueron fundamentadas en los siguientes hechos que se resumen:

Magdalena Burbano y Hermenegildo Burbano, en su condición de herederos universales de los causantes Luisa Córdoba y Cruz Burbano, por escritura pública número 102 de 16 de mayo de 1949, vendieron a Peregrino Noguera las dos terceras partes del inmueble "Llano Largo".

En ese carácter, adelantó el juicio de sucesión respectivo en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, y obtuvo a su favor el decreto de posesión efectiva de la herencia; mas, cuando se fue a hacer la entrega del predio, se opuso a ésta Eudoxia Ramos, quien, juzga que tiene derecho sobre las aludidas dos terceras partes.

No es cierto que María Zamora viuda de Burbano haya adquirido el lote "Llano Largo", como lo supone Eudoxia Ramos por "imaginaria donación" de su marido Emilio Burbano, pues los derechos y acciones sobre inmuebles no se compran por documento privado sino por escritura pública.

La escritura número 108 de 11 de abril de 1950 de la Notaría de Tambo, otorgada por María Zamora viuda de Burbano a favor de Eudoxia Ramos, es de fecha posterior a la número 102, hecha a Peregrino Noguera, y Eudoxia Ramos no se presentó al juicio de sucesión como lo ordena la Ley 63 de 1936, lo cual indica que la posesión que se le atribuye no puede pasar del 11 de abril de 1950, fecha desde la cual está en la obligación de pagar los frutos naturales y civiles.

El actor advierte que la demanda la presentó dentro de los cinco días de que habla el artículo 882 en armonía con el inciso final del artículo 883 del Código Judicial contra "la opositora Eudoxia Ramos, dentro de las diligencias de entrega del fundo "Llano Largo" que se hizo" en la mortuoria de Luisa Córdoba y Cruz Burbano.

Como normas de derecho invocó los artículos 952, 950, 964, 949 y concordantes del Código Civil, y artículos 737, 738, 882 e inciso final del artículo 883 del Código Judicial.

El Juez de primera instancia en sentencia de 19 de enero de 1956, declaró improcedente la demanda.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto lo confirmó por sentencia de julio cuatro del mismo año.

Demanda de Casación.

El demandante interpuso contra el fallo del Tribunal recurso de casación que procede resolver, por haber recibido el trámite señalado por la ley procesal.

La demanda fue presentada por el apoderado del actor ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto el ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis; se recibió en la Secretaría de la Corte el quince del mismo mes, cuando apenas se hallaba ejecutoriado el auto que dispuso la fijación del negocio en lista, pues, por un retardo inexplicable, no se había proferido el de admisibilidad del recurso.

La presentación de la demanda de casación antes de la oportunidad establecida por el artículo 530 del Código Judicial, esto es, antes de haberse admitido el recurso y de haberse mandado dar traslado del proceso para la formulación de ella, no es óbice para que el recurso se considere fundado oportunamente. Así lo tiene aceptado la Corte en doctrina que revalúo la que en contrario había sostenido hasta entonces, a propósito de una demanda presentada antes de que hubiera comenzado a correr el término señalado al recurrente para fundar el recurso: "A pesar de

cualquiera doctrina en contrario, la Corte considera que el recurso fue fundado oportunamente. En efecto, la ley señala dos momentos en orden al recurso de casación: uno para 'interponer' el recurso, que no puede ser antes de la publicación del fallo ni posterior al último de los quince días siguientes al que quede surtida a todas las partes su notificación, o la del auto recaído a la solicitud que se haga sobre aclaración o adición del mismo (artículo 521 del Código Judicial); y otro para 'formular la demanda de casación' ,que no puede exceder del último de los treinta días hábiles del traslado a la parte recurrente (artículo 532 del Código Judicial). Los dos términos, el de la interposición y el de la fundación del recurso, son fatales para el interesado si el trabajo se presenta después del respectivo término, pero el que se da para fundar el recurso no es obstáculo para que desde antes y aún durante el término para la simple interposición, se haya presentado la demanda, pues la garantía para el opositor, o para el recurrente cuando lo hay, en nada se merma, con fal de que a su tiempo pueda conocer las causales de casación, las cuales, por lo que respecta a la Corte, se presentan así con más anticipación para el estudio y meditación de los fines del recurso" (Casación, Tomo XLII, número 1.899, página 308, del 5 de julio de 1935).

CARGOS

La demanda le hace a la sentencia cinco cargos que desarrolla en tres capítulos: el primero de ellos lo dedica al que funda en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, el segundo, a tres que respalda en la causal primera, ibídem, y el tercero, al que basa en la sexta de la misma obra.

Las razones en que el recurrente sostiene los cargos impone la consideración de ellos en el orden inverso de como están propuestos en la demanda.

I

Cargo por nulidad.

Formula en este capítulo el cargo de nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda con base en la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial.

Lo expone en suma así:

La acumulación tiene por objeto unir dos o más procesos para sustanciarlos y decidirlos en una sola sentencia; ella no tiene cabida sino en los casos expresamente señalados en el artículo 397 del Código Judicial; no es oficiosa sino que debe preceder la solicitud de parte y mediante los trámites de los artículos 403 y concordantes de la misma obra. Aquí fue decretada en el auto admisorio de la demanda sin que se cumpliera ninguno de los extremos dichos. Luego al entender el juzgador de segunda instancia en el fallo acusado, que se ha operado una acumulación de autos, el juicio estaría viciado de nulidad, por no haberse cumplido las formalidades que prescribe el Código Judicial en el capítulo III. Título XII, sobre acumulación de autos.

El Tribunal al proceder así infringió de modo directo el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que da vigencia inmediata a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios.

Considerandos:

Como se verá adelante, no es verdad que el Tribunal haya entendido y aceptado que aquí se haya cumplido la acumulación del juicio ordinario al de sucesión de Luisa Córdoba y Cruz Barbano. Todo lo contrario, estimó que no había acumulación y, por tal razón, no tuvo en cuenta los documentos, solicitados y decretados como prueba, que se hallan en el segundo de dichos procesos.

Debe observarse que la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial se refiere a las nulidades de que trata el artículo 448 del mismo, en ninguna de las cuales puede comprenderse la falta de las formalidades exigidas para decretar la acumulación pues ella no toca con la incompetencia de jurisdicción, ni con la ilegitimidad de la personería adjetiva del demandante, ni con la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio. Y bien sabido es que estas nulidades son de aplicación estricta, y que en casación no pueden considerarse otras distintas de las tres mencionadas.

Sabido es también que hay informalidades procesales que no están erigidas en causal de nulidad, como ocurre con las anotadas por el recurrente, las cuales, a lo sumo, podrían llegar a constituir la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, que es a lo que, en definitiva, equivale la mal llamada excepción perentoria temporal de improcedencia de la acción reconocida por el fallador de primera instancia, y confirmada por el Tribunal por las razones anotadas por él.

Lo expuesto permite concluir que el cargo no puede prosperar.

21

Cargos por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.

El primero de los cargos formulado en este capítulo lo hace consistir en que la sentencia quebranta la ley sustantiva "por falta de estimación de la prueba de la parte actora". Y lo funda, en síntesis, así:

El Tribunal no apreció las pruebas que obran en el juicio sucesorio de Luisa Córdoba viuda de Burbano, por cuanto no hubo ni podía haber acumulación de este juicio al ordinario, ni el sucesorio podía convertirse en ordinario.

Estos medios probatorios sí debían apreciarse:

a) Porque la demandada, en el incidente de oposición a la entrega del bien sobre el cual versa el ordinario, incidente adelantado en el juicio de sucesión dicho, pidió que se tuvieran como prueba "todos los autos procesales del expediente" inclusive los comprendidos en la parte que se declaró nula.

Esta declaración de la demandada en el sucesorio destruye las razones que alega el Tribunal, para no apreciar la prueba del actor.

b) Porque, al solicitar el apoderado de la demandada que se separarán los expedientes, del sucesorio de Luisa Córdoba viuda de Burbano y el ordinario, el Juez negó, por cuanto se dio la orden de acumulación en el auto admisorio de la demanda, en el cual se dijo que "se admite la demanda dentro del juicio sucesional de Luisa Córdoba". Y el Tribunal declaró ejecutoriada esta providencia (Folio 21. Cuaderno 4º).

c) Porque el auto que ordenó tener como pruebas el testamento de Emilio Burbano y la escritura 102 de 16 de mayo de 1949, Notaría de Tambo ,que obran en el juicio sucesorio de Cruz Burbano y Luisa Córdoba, quedó ejecutoriado.

d) Porque el Tribunal considera erróneamente que se trata de una acumulación de juicios, siendo así que la cuestión versa solamente sobre que el juicio de sucesión y sus incidentes se consideren como pruebas en este ordinario, para lo cual no se requiere el trámite propio de la acumulación de autos.

La mortuoria de Luisa Córdoba terminó con el decreto de posesión efectiva de la herencia dictado a favor de Peregrino Noguera, en quien se radicaron los derechos de sus vendedores de conformidad con el artículo 965 del Código Judicial.

La sentencia del Tribunal quebrantó la ley sustantiva por no haber apreciado las pruebas presentadas por la parte demandada, como son la escritura 102 de 1949, el decreto de posesión efectiva de la herencia, testimonios rendidos por Rómulo Zamora Zamora, Jesús Arévalo, Juan Mena, María Zamora, Rogelia Jiménez, Aureliano Calvache, confesión de Eudoxia Ramos, la cláusula segunda de la escritura 108 y el testamento.

Las disposiciones infringidas son: Artículos 756, 1.857, inciso 2º, 2.577, 2.673, 752, 762, 981, 2.512, 2.513, 1.757, 1.758, 1.759, 1.769 del Código Civil, 593, 697, 597, 598, 605, 737, 471, 472 del Código Judicial.

Considerandos: La demanda, carente de toda técnica en materia de casación, no indica en la forma clara y categórica exigida por el artículo 520 del Código Judicial si la violación de la ley sustantiva proveniente de la falta de apreciación de determinadas pruebas presentadas por la parte actora, se debe a un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, o a un error de derecho, ni hace, por consiguiente, la demostración ordenada por la misma norma.

Esta deficiencia bastaría para rechazar el cargo. Pero la Corte, en su interés de acertar en la aplicación de la ley, considera que el error imputado al Tribunal en razón de no haber estimado las pruebas, tiene el carácter de error de derecho, ya que las que no apreció, por obrar en el juicio de sucesión de Luisa Córdoba y Cruz Burbano, fue debido a que estimó que el juicio ordinario no podía considerarse acumulado a aquél, y, por tanto, la actuación de éste no podía tener trascendencia en el ordinario.

Para mejor comprender el razonamiento del Tribunal, se transcribe la parte de la que llama cuestión previa, en la cual se contiene la motivación jurídica al respecto:

"Antes de pasar a considerar las pruebas de las partes, como una cuestión previa, pero de vital importancia en el proceso, debe resolverse sobre la acumulación o acoplamiento del juicio ordinario al sucesoral de Luisa Córdoba.

Entendió equivocadamente el apoderado del actor que el juicio ordinario, en el caso previsto en el artículo 882 del Código Judicial, debía ser un apéndice del otro juicio; y este error lo prohijó el Juez a quo desde el auto de admisión de la demanda, el cual ratificó y confirmó en la providencia de fecha 21 de junio de 1955 (Folios 21, cuaderno número 1º).

"El artículo 882 del Código Judicial, en relación con el inciso final del artículo 883 del mismo Código, no ordena que el juicio, posesorio u ordinario, promovido como consecuencia de la opo-

sición, haga parte o se acumule al anterior, sino que el plazo de cinco días se fija para que subsista el secuestro, pero no autoriza una acumulación, ni constituye un plazo fatal para el ejercicio de la acción, que prescribirá de acuerdo con las reglas generales, según su naturaleza.

"La acumulación, como requisito esencial, exige que los juicios se adelanten por la misma 'cuerda' o procedimiento, porque solamente lo homogéneo puede acumularse, mas no lo heterogéneo o de distinta naturaleza o tramitación.

"Hay juicios especiales, como el de deslinde, el de cuentas, etc., que pueden convertirse en ordinarios en virtud de disposición expresa de la ley, pero esta conversión es distinta a la acumulación, porque, en aquella, solamente existe un solo juicio o procedimiento; en cambio en ésta, existen dos o más procesos que se juntan para decidir en una misma sentencia, lo cual presupone, como condición esencial, que el procedimiento o cuerda sea el mismo (artículos 209, ordinal 2º, 111 del Código Judicial).

"Como corolario de lo anterior se deduce que las pruebas, actuaciones o diligencias del juicio de sucesión de Luisa Córdoba, no pueden considerarse en el juicio ordinario, por dos razones, de procedimiento, la una, de carácter sustantivo, la otra.

"En cuanto a la primera, para estimar el mérito de las pruebas, conforme a lo dispuesto en el artículo 597 del Código Judicial, deben formar parte del proceso por haberse producido en las oportunidades indicadas en los cuatro ordinales o casos allí determinados; pero las pruebas o actuaciones de juicio de sucesión de Luisa Córdoba, ni el juicio mismo, no se presentó con la demanda; ni en ninguno de los otros casos señalados en el artículo citado.

"Respecto de la segunda cuestión, aun en el supuesto de que el juicio de sucesión de Luisa Córdoba se considerara acumulado o acoplado al ordinario, las providencias dictadas en aquél no tienen mayor valor por esta sola circunstancia, es decir, el valor de las actuaciones cumplidas y de las providencias dictadas en el sucesional, solamente tendrán un valor relativo, esto es, eficacia entre las partes, pero no respecto de terceros, o de quienes no han sido partes y alegan derechos exclusivos, o cuando menos, concurrentes.

"En consecuencia, ni el alistamiento de bienes en el juicio de sucesión de Luisa Córdoba, ni la posesión efectiva de la herencia, ni siquiera la partición y adjudicación de bienes, constituyen títulos oponibles a la demandada Eudoxia Ramos, en su condición de tercera en el juicio sucesional".

Para la Sala, el hecho de que dentro del juicio de sucesión de Luisa Córdoba y Cruz Burbano se hubiera suscitado una oposición de Eudoxia Ramos en la diligencia de entrega del predio "Llano Largo", y, como consecuencia de la prosperidad del incidente, Peregrino Noguera hubiera iniciado el presente juicio ordinario contra la poseedora Ramos, por más que el auto admisorio de la demanda la haya estimado introducida dentro del juicio de sucesión, no podía reputarse éste convertido en ordinario, ya que no hay norma expresa que lo autorice, ni puede autorizarlo, porque aquél es un juicio de jurisdicción voluntaria y el ordinario es el contencioso por excelente; tampoco podía considerarse acumulado éste al de sucesión, dado que la acumulación de autos está circunscrita a casos especiales y contenciosos, entre los cuales no cabe el juicio de sucesión (artículo 397 del Código Judicial), y porque la acumulación no puede decretarse sino mediante el trámite especial que señala el Código Judicial (artículos 402, 403 y siguientes).

No cumpliéndose en el presente caso ninguna de los supuestos anotados, no se puede sostener que hubo una acumulación. Y el auto del Juez, por el cual consideró instaurado el ordinario dentro del juicio mortuorio de Luisa Córdoba y Cruz Burbano, no puede vincular al juzgador por su carácter manifiestamente ilegal. Por manera que, no existiendo acumulación de procesos, las piezas que contenía el juicio de sucesión, solicitadas de pruebas, como son la escritura 102, por la cual el demandante compró las dos terceras partes del inmueble "Llano Largo", el decreto de posesión efectiva de la herencia, etc., no podían estimarse, ya que, al tenor del artículo 597 del Código Judicial, para poder apreciar el mérito de las pruebas es necesario que se hayan pedido dentro de los términos señalados al efecto, y según el 632 del mismo, los documentos auténticos, distintos de las escrituras públicas y de los certificados especificados en la misma disposición, tienen el valor de plena prueba originales o en copia expedida formalmente y "autorizada por los Secretarios o encargados de tales archivos".

De esta manera, el Tribunal, al no apreciar los documentos que hacen parte del juicio de sucesión Córdoba Burbano, por no haberse traído en ninguna de las formas autorizadas por la ley procesal, no sólo no cometió error alguno sino que aplicó debidamente las normas que regulan la acumulación de procesos y nuestro sistema probatorio.

En cuanto a las demás pruebas, o sea, las que no forman parte del juicio de sucesión ameritado, no quedan comprendidas dentro del cargo, que estriba en que el Tribunal no estimó las que obran en la mortuoria de Córdoba y Burbano.

El cargo no puede prosperar.

Segundo cargo.—Lo funda en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial en cuanto el Tribunal hizo una aplicación indebida del artículo 1.321 del Código Civil.

Resumiéndolo, lo desarrolla el recurrente en estos términos:

El Tribunal, al confirmar el fallo de primera instancia, sostiene que la acción que debía proponerse no es la ordinaria declartiva de dominio y reivindicatoria, sino la de petición de herencia.

El Juzgado dio aplicación al artículo 1.321 del Código Civil, que estatuye esta acción.

Pero como Peregrino Noguera, demandante, compró las dos terceras partes de "Llano Largo" a Hermenegildo Burbano y Magdalena Burbano, por escritura 102 de 16 de mayo de 1949, Notaría de Tambo, y recibió la adjudicación de las mismas cuotas, por el decreto de posesión efectiva de la herencia, aprovechando la posesión que sobre el mismo fundo tuvieron Luisa Córdoba y Cruz Burbano, se concluye que Noguera es dueño a título singular "aunque subrogatorio" de los herederos vendedores. La demandada Eudoxia Ramos no es heredera ni mantiene las dos terceras partes en ese carácter sino como "extraña". Luego la acción judicial conducente no es la del artículo 1.321 del Código Civil, la cual se traba entre herederos, de los cuales el demandado tiene la cosa pero "con derecho inferior" al de la parte actora.

Por eso es indebida la aplicación que hace el Tribunal del artículo 1.321 del Código Civil "y por ello declaró improcedente la demanda, que está ajustada a las normas legales respectivas, que la hacen viable bajo todo punto de vista".

Considera la Corte:

Como la demanda no es bien clara, el Tribunal, dentro de la facultad de interpretación del libelo que la ley le concede, para aclarar cuál es la petición incoada, y, por ende, el derecho reclamado, no hizo una aplicación exclusiva del artículo 1.321 del Código Civil, sino que, a manera de supuestos, estimó al respecto: "1º.—Si el demandante entendió ejercitar la acción reivindicatoria, consagrada por el artículo 1.325 del Código Civil, debió probar que la propiedad del inmueble "Llano Largo", como cuerpo cierto o en cuotas proindiviso, correspondía a los causantes Luisa Córdoba y Cruz Burbano, mediante la presentación del título legalmente admisible, pero esto no ha sucedido, ni siquiera se ha pretendido aducir tal prueba".

2º.—"Si el actor pretendió ejercitar la acción de petición de herencia, fuera de otros hechos, debió demostrar que él como subrogatario de los derechos de Magdalena y Hermenegildo Burbano, tenía mejor derecho a la herencia que la demandada Eudoxia Ramos, pero concluye que no se ha demostrado de modo pleno que ésta tenga el predio "Llano Largo" como heredera, ni que los cedentes del actor "tengan la calidad de herederos de mejor derecho, respecto de los causantes Luisa Córdoba y Cruz Burbano".

3º.—Por último, estudia también que, si se pretende reivindicar de Eudoxia Ramos las cuotas partes que el demandante hubo de Magdalena y Hermenegildo Burbano, debió presentar la correspondiente hijuela de adjudicación efectuada en el juicio de sucesión. La posesión efectiva de la herencia, no reemplaza a la partición sino cuando se trata de un heredero único o, cuando siendo varios, uno de los sucesores a título universal ha recogido las cuotas de los demás; extremos no acreditados en el expediente.

Y expresamente, acogiendo la interpretación que el actor le da al libelo, en el sentido de que la acción instaurada es la reivindicatoria de las dos terceras partes del fundo "Llano Largo" poseído por Eudoxia Ramos "como extraña a la sucesión de Luisa Córdoba y Cruz Burbano", analiza la prueba presentada por el demandante para acreditar su dominio, y llega a esta conclusión: "En resumen el demandante no ha probado su derecho sobre las dos terceras partes del inmueble; por tanto, se impondría la absolución de la demandada, pero como solamente ha apelado el apoderado del actor, cuya situación no puede desmejorarse, se confirma la sentencia....."

Claramente se vé del estudio de la sentencia en su parte motiva que, si bien consideró la acción sub lite como de petición de herencia, lo fue en forma de supuesto o por método de exclusión, para llegar a la reivindicatoria de cuotas sobre cuerpo cierto, o sea, la que el recurrente considera instaurada. Por lo tanto el Tribunal no ha hecho una aplicación indebida del artículo 1.321 del Código Civil.

El cargo no prospera.

Tercer cargo.— Este lo formula por apreciación errónea de la prueba de la parte demandante, en síntesis, así:

El Tribunal dice que el actor no probó el dominio sobre las dos terceras partes de "Llano Largo", y concluye que debía absolverse a la demandada, lo que no hace porque ella no apeló, razón por la cual confirma el fallo de primera instancia. Desconoce, continúa el recurrente, el hecho de la acumulación del juicio de sucesión y sus incidentes al presente ordinario decretado en los autos a que alude en el primer cargo, "por lo cual es obvio pensar que el Tribunal desestimó la prueba del demandante".

Enumera luégo los elementos probatorios que contiene el juicio de sucesión, y los que trajo debidamente al ordinario, para concluir que el fallador de instancia, al considerar que el demandante no demostró su derecho de dominio sobre las dos terceras partes del fundo **sub judice**, infringe de modo notorio en la sentencia acusada "los artículos 756, 1.857 inciso 2º, 2.577, 2.652, 762 del Código Civil".

Se considera: Cuando la causal invocada en el recurso extraordinario de casación es la violación de la ley sustantiva por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

El ecurrente no EXPRESA en la fundamentación de este cargo si el error cometido por el Tribunal en la apreciación de la prueba de la parte demandante es de hecho o de derecho, es decir, no cumple con las exigencias que el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial impone, para que la Corte pueda considerar el cargo, y oficiosamente no puede entrar ella a desentrañar la intención de la demanda en la apreciación del error invocado.

De otra parte, como la demanda considera que el fallador desestimó la prueba por cuanto desconoció el hecho de la acumulación alegada, y este punto quedó estudiado en el primer cargo, no habría objeto en volver sobre la misma cuestión.

También se rechaza el cargo.

III

Cargo por la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial.

Basado en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial la sentencia, porque no se halla en consonancia con la demanda y demás pretensiones del actor. Desarrolla el cargo en estos términos, que son un resumen del primer capítulo de la demanda:

La acción instaurada es la revindicatoria sobre las dos terceras partes del inmueble "Llano Largo".

El Tribunal, lo mismo que el Juez del conocimiento, puso en tela de juicio la clase de acción ejercitada y por tal motivo no se detuvo a estudiarla en la forma propuesta en la demanda.

Por consiguiente, el fallador de segunda instancia quebrantó de modo directo los artículos 481 del Código Judicial, 950, 952, 964, 949 del Código Civil, e indirectamente, los preceptos contenidos en los artículos 1.757, 1.578, 756, 1.857.

Recalca sobre que el Tribunal no decidió sobre la súplica declarativa del dominio, porque se fue hasta el extremo de desconocer el valor jurídico de la escritura 102, por la cual adquirió el demandante los dos terceras partes del inmueble, así como también el decreto de posesión efectiva de la herencia que a su favor se dictó en el juicio sucesorio de Luisa Córdoba y Cruz Burbano.

Considera la Corte:

Pretende el recurrente encajar dentro de la causal segunda de casación los mismos cargos primero y segundo que formuló en el capítulo segundo de la demanda, los cuales se refieren en su orden a que el Tribunal no consideró, entre otros medios de juicio, la escritura 102 y el decreto de posesión efectiva de la herencia, y a que no estudió la acción reivindicatoria que es la instaurada, por cuanto estimó que la que debía propoponerse era la de petición de herencia.

Si se rechazaron estos cargos en atención a que carecen de fundamento, dado que en la desestimación de la prueba alegada no hubo violación de la ley, y que el Tribunal sí consideró la acción reivindicatoria instaurada, se incurre en un círculo vicioso pretender presentarlos en uno, basado en la causal segunda.

Por lo mismo se rechaza.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, como consecuencia de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal de Pasto en este juicio de Peregrino Noguera contra Eudoxia Ramos el cuatro de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

No se hace condenación en costas por no aparecer causadas.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Paría Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

LOS BIENES DE UN DEUDOR CONSTITUYEN PARA SUS ACREEDORES UNA PRENDA GENERICA QUE PUEDE HACERSE EFECTIVA EN LA FORMA COMO LO DETERMINA LA LEY PARA CADA CASO. — VALOR PROBATORIO DE LOS CERTIFICADOS EXPEDIDOS POR LOS SECRETARIOS DE LOS JUZGADOS

Los acreedores de un deudor personal, tienen a su favor la prenda genérica de los bienes de su deudor, sean presentes o futuros exceptuándose los no embargables, según el artículo 2.488 del Código Civil.

La efectividad de esa prenda se hace, mediante el embargo que se consuma, si se trata de bienes raíces con la inscripción en el registro, si de bienes muebles con la entrega al depositario, si de créditos con la notificación a los acreedores.

Se garantiza así el derecho de los acreedores, quienes tienen el interés jurídico para asegurarse en esa forma de la efectividad de sus acreencias, embargando, sacando fuera del comercio los bienes del deudor y evitando en esa forma que éste se insolvente.

Para garantizar esa efectividad, la ley ha establecido, artículo 1.521 numeral 3º, que hay un objeto ilícito en la enajenación de los bienes embargados y el objeto ilícito causa o produce nulidad, y de ahí el principio establecido por el inciso 2º del artículo 6º de Código Civil.

Pero esa nulidad no es de tal naturaleza, que no pueda sanearse o que sea o constituya un obstáculo insalvable para que pueda revalidarse o celebrarse un acto jurídico porque por lo mismo que está establecida no en beneficio general de orden público sino en beneficio particular puede renunciarse, y de ahí que las cosas embargadas pueden enajenarse o cuando el Juez lo autorice, o cuando el acreedor consienta en ello y el acreedor puede consentir.

Según lo anterior, desaparecida esa nulidad sea por orden del Juez, por voluntad del acreedor, o por terminación del juicio a que accedió el embargo, el obstáculo legal para la enajenación del bien embargado desaparece, y por ende desaparece el interés jurídico del acreedor o de los acreedores que perseguían el bien hipotecado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Pedro Pablo Vargas Espinosa y Jacinto Gómez A., demandaron ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, por medio de apoderado a Eusebio H. García, Esther Arévalo García, Inés Zambrano de García y otros, para que mediante los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que por versar sobre objeto ilícito son nulos, de nulidad absoluta, los siguientes contratos de venta:

"a) El contenido en la escritura pública número 2.910 de 26 de mayo de 1947, pasada en la Notaría Segunda de Bogotá, por el cual el demandado Eusebio H. García transfirió en venta a Inés Zambrano de García el derecho que proindiviso con Esther Arévalo de García (su esposa), tenía sobre un lote de terreno ubicado en el Barrio de Chapinero de esta ciudad, urbanización de Santa Sofía, marcado en el plano de ésta con el número 540, y en la nomenclatura urbana con el número 77-26 de la carrera 30, de una extensión superficiaria de 554 v. c. con el derecho proindiviso en la casa edificada en él, comprendido por los linderos expresados en el libelo.

"b) El estipulado en la escritura pública número 2.652, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, el 30 de junio de 1947, por medio del cual la demandada Esther Arévalo de García vendió a Elvira Arévalo (hoy Arévalo de García) el derecho que tenía en comunidad con su esposo Eusebio H. García sobre el mismo inmueble.

"c) El que se expresa en la escritura pública número 6.583, autorizada por el Notario Segundo de Bogotá, el 5 de noviembre de 1947, me-

diante el cual las demandadas Inés Zambrano de García y Elvira Arévalo de García transfieren en venta a Sibilina o Sibelina Calle viuda de Báez una parte del inmueble a que aluden los dos apartes anteriores, comprendido por los linderos especiales que le señala el escrito de demanda.

"d) El que reza la escritura pública 6.584, otorgada en la misma fecha y Notaría que la anterior, por la cual las demandadas Zambrano de García y Arévalo de García vendieron a Elvira Carrasco C. una porción del inmueble de que tratan los puntos a) y b) de este súplica, especificada por las dimensiones y linderos que expone el libelo.

"SEGUNDA.— Que los mismos contratos, escritura y registros, son nulos de nulidad absoluta por razón de tener causa ilícita, consistente en la intención de defraudar a mis poderdantes en las acciones ejecutivas que para obtener el pago de sus acreencias exigibles, iniciaron en los Juzgados, Primero Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito de esta ciudad contra los demandados, Eusebio H. García y Esther Arévalo de García, en los cuales fue decretado el embargo del inmueble referido en cabeza de dichos demandados, antes de las enajenaciones cuya nulidad pido".

"TERCERA.— Que, como consecuencia de las nulidades suplicadas en las dos peticiones anteriores, se declare la nulidad de las escrituras contentivas de los contratos de venta relacionados en la primera petición lo mismo que el registro de ellas "comunicando dicha providencia tanto al Notario segundo de esta ciudad, en donde fueron pasadas tales escrituras, como al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, para lo de sus respectivos cargos'.

"CUARTA.— Que, como consecuencia de las mismas nulidades se declare que el dominio y posesión sobre la totalidad del inmueble relacionado en el punto a) de la primera petición, corresponde en la actualidad de manera exclusiva a los demandados Eusebio H. García y Esther Arévalo de García, 'en cuya cabeza tales derechos se hallan legalmente embargados en beneficio de mis representados como garantía de sus respectivos créditos'.

"QUINTA.—Que en forma solidaria se condene a los demandados a pagar a los actores no solamente las costas del juicio en caso de oposición, sino los perjuicios que con las enajenaciones, cuyas nulidades suplica, les han causado y que consisten en el valor de los respectivos créditos, intereses y costas con motivo de los juicios ejecutivos que actualmente cursan en los Juzgados segundo y quinto civiles del Circuito de Bogotá".

Fundó la acción en varios hechos que pueden resumirse así:

a) Los demandados Eusebio H. García y Esther Arévalo de García, compraron a Angel María Téllez y otra el inmueble relacionado en la primera petición de la demanda.

b) Pedro Pablo Vargas Espinosa inició un juicio ejecutivo ante el Juez Primero Municipal de Bogotá contra Eusebio H. García y otro, en el cual fue embargada la finca a que se ha hecho mención anteriormente.

c) A su vez Jacinto Gómez promovió demanda de tercería contra las mismas personas demandadas en el ejecutivo ya mencionado, y al propio tiempo el citado Gómez entabló ejecución contra Leonidas García, Eusebio H. García, Ana Francisca García y Esther Arévalo de García, en el cual se embargó el remanente de lo que pudiera quedar al demandado Eusebio H. García en el ejecutivo seguido contra él ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá, por Pedro Pablo Vargas Espinosa.

d) No obstante hallarse vigente el embargo de la finca relacionada en el hecho segundo de la demanda, Eusebio H. García y Esther Arévalo de García vendieron dicho inmueble a Inés Zambrano de García y Elvia Arévalo de García, quienes a su vez, enajenaron el mismo inmueble a favor de Sibelina Celis viuda de Báez y Elvia Carrasco G., con lo cual dice el demandante, se pretendió defraudar a los acreedores.

Acompañó a su demanda copias debidamente registradas de las escrituras públicas referentes a las ventas a que se ha hecho mención anteriormente, e igualmente acompañó un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, y sendos certificados expedidos por los Juzgados 2º y 5º del Circuito de Bogotá.

En derecho fundó la acción en los artículos 1.502 y 1.521 y demás concordantes del Código Civil.

Los demandados todos contestaron la demanda negando los hechos y oponiéndose a las declaraciones suplicadas en el respectivo libelo. Y el Juzgado del conocimiento, por sentencia de fe-

cha 18 de noviembre de 1953, falló la controversia, en la cual declaró probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de los actores, y absolvió a los demandados de los cargos formulados contra ellos.

El apoderado de la parte demandante interpuso apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual cumplidos los trámites de la segunda instancia, dictó sentencia con fecha 22 de octubre de 1955, revocando la primera parte del primer inciso de la sentencia apelada, en que declara probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva por parte de los demandantes, y confirmándola en todo lo demás.

Y contra esta sentencia interpuso el apoderado de la parte demandante el recurso de casación, que le fue concedido.

EL RECURSO

Por hallarse cumplidos todos los trámites legales respectivos, entra la Corte a fallar el recurso de casación interpuesto por la parte actora, en el juicio a que se ha hecho referencia.

Como se dijo ya, tanto la sentencia de primer grado, como la de segundo fueron adversas a los demandantes, y es esta última, la que procede a estudiarse en este recurso.

La sentencia atacada en casación es la de fecha 22 de octubre de 1955, confirmatoria de la proferida por el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá el 18 de noviembre de 1953, con exclusión del numeral primero de dicha sentencia que declaró probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva por parte de los demandantes, numeral o inciso que fue revocado, pero en nada influye en el resultado de la litis.

La parte actora pidió que se declararan nulos, de nulidad absoluta los siguientes contratos de venta:

El contenido en la escritura 2.910 de 26 de mayo de 1947, Notaría Segunda de Bogotá, por el cual Eusebio H. García transfirió en venta a Inés Zambrano de García el derecho proindiviso que tenía con Esther Arévalo de García sobre un lote de terreno ubicado en el Barrio de Chapinero de esta ciudad, Urbanización de Santa Sofía, marcado en el plano de ésta con el número 540 y en la nomenclatura urbana con el número 77-26 de la carrera 30 de una extensión superficiaria de 574 varas cuadradas y con el derecho proindiviso en la casa edificada en él, comprendido por los linderos expresados en el libelo. El estipulado en la escritura 2.652, Notaría Segunda de Bogotá, de 30 de junio de 1947, por medio de la cual Esther Arévalo de García vendió a Elvira Arévalo el derecho que tenía en comunidad con su esposo Eusebio H. García en el mismo inmueble. El que se expresa en la escritura 6.583, de la Notaría Segunda de Bogotá, de 5 de noviembre de 1947, por el cual Inés Zambrano de García y Elvira Arévalo de García, transfieren en venta a Sibilina o Sibelina Celis viuda de Báez una parte del inmueble ya mencionado; el que reza la escritura 6.584 de la Notaría Segunda de 5 de noviembre de 1947, por la cual las demandadas Zambrano de García y Arévalo de García vendieron a Elvira Carrasco G. otra porción del mismo inmueble.

Como consecuencia de la anterior petición suplicaron los actores que se decrete o declare que el dominio y posesión del inmueble mencionado corresponde a los demandados Eusebio H. García y Esther Arévalo de García.

El hecho fundamental de la demanda es el siguiente:

Que el lote ya mencionado estaba embargado por el Juez Primero Municipal, en unas diligencias preventivas, iniciadas por Pedro Pablo Vargas Espinosa contra Eusebio García y Esther Arévalo de García, para obtener el pago de una obligación por $ 385.00 moneda corriente, y que en el juicio ejecutivo que siguió a la acción preventiva, Jacinto Gómez percibiendo el cumplimiento de una obligación por la cantidad de $ 1.000.00 a cargo de Eusebio H. García introdujo una demanda de tercería en dicho juicio.

Agrega la parte demandante en el hecho cuarto de su libelo que Jacinto Gómez A. promovió juicio ejecutivo ante el Juez Segundo Civil del Circuito contra Leonidas García, Eusebio H. García, Ana Francisca García y Esther Arévalo de García percibiendo el cumplimiento de una obligación por la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.) y en ese juicio obtuvo el embargo del remanente que le pudiera quedar al demandado Eusebio H. García, en el juicio ejecutivo que cursaba en el Juzgado Quinto Civil del Circuito iniciado por Pedro Pablo Vargas Espinosa.

La base fundamental de la sentencia recurrida es la siguiente:

Dice el Tribunal:

"No habiendo demostrado los actores su interés jurídico para promover la acción de nulidad de los diversos contratos acusados de objeto ilícito o habiendo desaparecido el interés por haberse desembargado la finca perseguida en el

juicio, deben negarse las súplicas de la demanda, pues, en realidad los actores no acreditaron su legitimación en causa presupuesto de la acción. Otro tanto ocurre decir en cuanto se pide la declaratoria de nulidad por ilicitud de la causa ya que el interés jurídico se predica tanto en la nulidad por objeto ilícito como de la nulidad por causa ilícita".

Examen de los cargos.

Como cuestión previa se asientan dos conclusiones:

PRIMERA.—Que la sentencia de segundo grado, quedó ejecutoriada para el demandante Pedro Pablo Vargas por no haber fundado el recurso y que así lo decretó la Corte en auto de 16 de octubre de 1956, valiendo la pena observar que el origen del presente pleito proviene del embargo preventivo promovido por el expresado Pedro P. Vargas contra Eusebio H. García, ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá. De manera que la intención de ese demandante y su actuación en este recurso de casación ha quedado descartada quedando por lo tanto dicho demandante bajo el imperio de la sentencia acusada que le es desfavorable.

SEGUNDA.—Figura como demandada Esther Arévalo de García, dueña de la mitad del lote y de la casa a que se refiere la demanda, según consta de autos, pero del estudio del expediente se viene en conocimiento que esta demandada no es deudora de Pedro P. Vargas ni de Jacinto Gómez ni contra ella, existieron los juicios ejecutivos a que se refieren los demandantes, lo cual demuestra de una manera evidente la falta de personería sustantiva en esta demandada, y en la mera hipótesis, de que esta litis se fallara a favor del actor, no podría llegarse a comprometer el derecho de dominio que en el lote mencionado tuvo Esther Arévalo de García. En esa mera hipótesis hubo una plus petitio en la demanda.

En el primer cargo y basado en la primera causal del artículo 520 del Código Judicial acusa el recurrente el fallo por violación directa de la ley sustantiva por cuanto dejó de aplicar al caso del pleito los artículos 6º, 1.521, ordinal 3º., 1.523, 1.740, 1.741, 1.886, 2.488, 2.075 del Código Civil 13 de la Ley 57 de 1887 y el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

Toda la argumentación va enderezada sobre el hecho de que cuando García vendió a Inés Zambrano de García el derecho proindiviso sobre el lote mencionado, éste estaba ya embargado por el Juez Primero Municipal de Bogotá y que con esa venta lesionó los derechos de los acreedores quienes tienen interés jurídico por lo tanto para entablar este litigio y que como la venta de los bienes embargados produce nulidad debe por lo tanto decretarse según lo pedido en la demanda.

La Corte considera:

Los acreedores de un deudor personal, tienen a su favor la prenda genérica de los bienes de su deudor, sean presentes o futuros exceptuándose los no embargables, según el artículo 2.488 del Código Civil.

La efectividad de esa prenda se hace, mediante el embargo que se consuma, si se trata de bienes raíces con la inscripción en el registro, si de bienes muebles con la entrega al depositario, si de créditos con la notificación a los acreedores.

Se garantiza así el derecho de los acreedores, quienes tienen el interés jurídico para asegurarse en esa forma de la efectividad de sus acreencias, embargando, sacando fuera del comercio los bienes del deudor y evitando en esa forma que éste se insolvente.

Para garantizar esa efectividad, la ley ha establecido, artículo 1.521 numeral 3º, que hay un objeto ilícito en la enajenación de los bienes embargados y el objeto ilícito causa o produce nulidad, y de ahí el principio establecido por el inciso segundo del artículo 6º del Código Civil.

Pero esa nulidad no es de tal naturaleza, que no pueda sanearse o que sea o constituya un obstáculo insalvable para que pueda revalidarse o celebrarse un acto jurídico porque por lo mismo que está establecida no en beneficio general de orden público sino en beneficio particular puede renunciarse, y de ahí que las cosas embargadas pueden enajenarse o cuando el Juez lo autorice, o cuando el acreedor consienta en ello y el acreedor puede consentir.

Según lo anterior, desaparecida esa nulidad sea por orden del Juez, por voluntad del acreedor, o por terminación del juicio a que accedió el embargo, el obstáculo legal para la enajenación del bien embargado desaparece, y por ende desaparece el interés jurídico del acreedor o de los acreedores que persiguían el bien hipotecado.

Y esto es lo que ha pasado en el presente juicio, según lo sostiene acertadamente y con todo fundamento el Tribunal fallador.

En el juicio ejecutivo que inició Pedro Pablo Vargas Espinosa en el Juzgado Primero Municipal, se embargó el lote ya mencionado. En ese

juicio introdujo una tercería Jacinto Gómez lo cual determinó que el juicio subiera al Juzgado Quinto Civil del Circuito. Pero ese juicio terminó por pago según confesión del apoderado de la parte actora, en audiencia pública ante el Tribunal, celebrada el 15 de octubre de 1954 (folios 9 y siguientes del cuaderno número 5º). El apoderado se expresó así:

"Y es cierto que el juicio adelantado en el Juzgado Quinto Civil del Circuito, terminó por pago". La confesión del apoderado es válida de acuerdo con el artículo 307 del Código Judicial.

Y esa confesión del apoderado del actor que fue hecha el 15 de octubre de 1954, está respaldada en los autos, si se tiene en cuenta que al tenor del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, el 10 de mayo de 1954, la finca no aparecía con embargo y si ello es así, se debió indudablemente a la terminación del juicio ejecutivo iniciado por Pedro Pablo Vargas y que después pasó al Juzgado Quinto del Circuito por la tercería introducida por Jacinto Gómez.

El Tribunal fallador se expresa así al respecto, acertadamente:

"En estas condiciones, no quedan como elementos de juicio sobre el embargo del inmueble 77-26 de la carrera 30, sino los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, de que se ha hecho mérito. Conforme al primero, que lleva fecha cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, hay un embargo sin cancelar decretado por el Juez Primero Civil Municipal en las diligencias de embargo preventivo, seguidas por Pedro Pablo Vargas contra Eusebio García y otro, registrado el 31 de mayo de 1947, bajo el número 224. Al tenor del segundo, que está fecha (sic) el 10 de mayo de 1954, decretado en la primera instancia y traído en la segunda de conformidad con el artículo 598 del Código Judicial, desde 1944 no aparece con embargo ni hipoteca vigente, o sea, que el embargo registrado el 31 de mayo de 1947, fue cancelado".

Teniendo en cuenta la cuestión de derecho que ya dejó expuesta la Corte, y la cuestión de hecho, se concluye que no hubo infracción de las normas legales, citadas por el recurrente, en el cargo que ha sido materia de estudio, y por lo tanto, el cargo formulado no puede prosperar.

Segundo cargo.

Acusa el recurrente la sentencia por violación del artículo 632 del Código Judicial, de los artículos 6º, 1.521, ordinal 3º, 1.866, 1.741 y 2.488 del Código Civil, 43 de la Ley 57 de 1887 y 2º de la Ley 50 de 1936 que dejó de aplicar al caso del pleito.

Se funda el cargo en que el Tribunal no estimó los certificados de los Jueces 2º y 5º del Circuito de Bogotá, sobre existencia de los juicios ejecutivos seguidos ante ellos por Pedro Pablo Vargas y Jacinto Gómez contra Eusebio H. García.

Es evidente que el Tribunal no aceptó esos certificados fundándose en algunas consideraciones que al efecto expuso en la motivación de su fallo. Pero aun cuando se pudieran estimar, esos certificados no incidirían favorablemente a las pretensiones de la parte actora por la siguiente razón:

Porque el juicio ejecutivo del Juzgado Quinto del Circuito se terminó por pago, según confesión del apoderado de la parte actora, de manera que por este aspecto esta parte perdió todo interés jurídico en el embargo del lote trabado en esa ejecución, y porque el embargo en el Juzgado Segundo del Circuito, es posterior a los contratos de compraventa acusados de objeto o causa ilícita a que se refiere la demanda, pues el señor Jacinto Gómez inició su acción ejecutiva posteriormente a esos contratos.

Y no pudo ser violado el artículo 632 del Código Judicial, ni por ende, las demás normas dictadas en el cargo que se estudia, porque los certificados que expidieron los jueces Segundo y Quinto del Circuito, no versan sobre hechos que pasaron ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quedara dato en el proceso. Sostener lo contrario, sería ampliar el contenido del artículo 632 del Código Judicial. Los certificados traídos por las partes y expedidos por los Jueces mencionados, no podían por lo tanto, ser recibidos como pruebas, y a las partes interesadas les quedaba expedito el derecho de obtener copia, o copias de todas las piezas que figuraron y se restablecieron en la reconstrucción de los expedientes, a que se refieren los certificados de los Jueces mencionados, lo cual no hicieron.

Así, pues, por cualquier aspecto que se estudie el cargo, éste no puede prosperar.

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 requerida, de fecha veintidós (22) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, en el juicio ordinario iniciado por Pedro Pablo Vargas Espinosa contra Eusebio H. García y otros.

Las costas del recurso a cargo del recurrente, Jacinto Vargas.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo Valencia Zea—José J. Gómez R., Conjuez.—Jorge Soto Soto, Secretario.

NO ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA QUE NO SE PRONUNCIA EN EL FONDO DEL NEGOCIO POR FALTA DE UN PRESUPUESTO PROCESAL. —IMPUGNACION DE LAS ACTAS DEL ESTADO CIVIL.—PROCEDIMIENTO DE ARTICULACION.—TECNICA DE CASACION

1.—Sin el lleno de los presupuestos procesales no se configura el vínculo jurídico que la sentencia de fondo está llamada a desatar, de modo que la falta de uno cualquiera de tales presupuestos impide que las pretensiones de los litigantes sean deducidas en juicio, de donde es claro que no hay lugar a pronunciamiento de fondo ni a incongruencia, por sustracción de materia.

2.—En los procedimientos judiciales la articulación no es otra cosa que un juicio accesorio en diminutivo sobre materias cuyo juzgamiento interesa al proceso en curso. Hay siempre traslado del escrito que la introduce y si el punto por resolver no es de puro derecho, el incidente se abre a pruebas (395 del Código Judicial). Por consiguiente, las que se acompañan a la demanda incidental y las producidas dentro del respectivo término de la articulación, ingresan al proceso en conformidad con la letra, espíritu, significado y alcance del artículo 597 del Código Judicial.

3.—Cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independientes pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar aun en el supuesto de que fueran destruidos los motivos restantes de la sentencia acusada.

4.—Si la ausencia de capacidad para ser parte en uno de quienes integran el litis consorcio pasivo necesario es razón suficiente para que el Tribunal desestimara la demanda al abstenerse de pronunciamiento en el fondo, habrá de parecer del todo inoficioso el estudio encaminado a saber si el fallo debió producirse de la misma manera por faltar además el presupuesto procesal de demanda en debida forma.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, seis (6) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho (1958).

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

En libelo presentado el 19 de mayo de 1947 ante el Juez Civil del Circuito de Fusagasugá, Cecilio Gutiérrez M. demandó en reivindicación del predio de "La Siberia" en el Municipio de Pandi a cuarenta y una personas entre las que se contaba a Marcelino Romero.

Concluyó el primer grado del proceso con sentencia del 28 de enero de 1954, declaratoria del derecho impetrado y condenatoria de los demandados a la restitución y al pago de frutos con el tratamiento de poseedores de mala fé, salvo las expensas de conservación según el artículo 965 del Código Civil.

Mas como el Tribunal Superior de Bogotá en el examen de los presupuestos procesales encontrara en el asunto litis consorcio pasivo necesario y falta de capacidad para ser parte en el demandado Marcelino Romero por causa de su fallecimiento antes de la demanda, y además ineptitud procesal del libelo con ocasión de poseer los demandados parcelas individuales dentro del fundo de "La Siberia", por lo que ha debido llamárselos al juicio en la misma forma y con determinación de lo poseído por cada uno, y no como si se tratara de una comunidad, resolvió "que no es el caso de decidir en el fondo las peticiones formuladas en la demanda".

Contra esta sentencia, que es de fecha 2 de mayo de 1956, se han invocado en casación las causales 2ª y 1ª.

CAUSAL 2ª

Considera el recurrente que la sentencia no

está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el actor, desde luego que se abstuvo de resolver sobre las súplicas de la demanda inicial.

A que se observa que sin el lleno de los presupuestos procesales no se configura el vínculo jurídico que la sentencia de fondo está llamada a desatar, de modo que la falta de uno cualquiera de tales presupuestos impide que las pretensiones de los litigantes sean deducidas en juicio, de donde es claro que no hay lugar a pronunciamiento de fondo ni a incongruencia, por sustracción de materia.

CAUSAL 1ª

Se estiman violadas las normas concernientes a la acción reivindicatoria por error de derecho en el sentenciador al apreciar la partida de defunción de Marcelino Romero, en cuanto no fuese aducida por persona capaz ni presentada en juicio dentro de las etapas que señala el artículo 597 del Código Judicial, sino para provocar sin personería un incidente de nulidad que debió rechazarse de plano en sentir del recurrente. A lo que agrega error de apreciación de esa misma partida donde se dice que Marcelino es hijo de Bernardo Romero y Luisa Romero, sin considerar que en la de matrimonio se alude a que lo es de Bernardo Romero y Luisa Alejo, y que en la de nacimiento de Demetrio Romero aparece que su padre es Marcelino Romero Alejo. De donde el cargo deduce que la partida de defunción de Marcelino Romero no se refiere al demandado Marcelino Romero.

Se considera:

En los procedimientos judiciales la articulación no es otra cosa que un juicio accesorio en diminutivo sobre materias cuyo juzgamiento interesa al proceso en curso. Hay siempre traslado del escrito que la introduce y si el punto por resolver no es de puro derecho, el incidente se abre a pruebas. (395 del Código Judicial). Por consiguiente, las que se acompañan a la demanda incidental y las producidas dentro del respectivo término de la articulación, ingresan al proceso en conformidad con la letra, espíritu, significado y alcance del artículo 597 del Código Judicial.

En el asunto sub judice se trata además de documento auténtico expedido en debida forma, cuya pureza se presume según el artículo 392 del Código Civil. No fue impugnado en la instancia ni en cuanto a la muerte que acredita ni en lo que respecta a la identidad de la persona difunta. No podría entonces abrirse el debate en casación sin admitir medio nuevo, lo que es contrario a la naturaleza del recurso y a la doctrina universal en la materia.

Aún así se observaría que para contrarrestar el valor del acta no es bastante sugerir duda sobre la persona fallecida, con base en posible error de copia del apellido de la madre, sino que es indispensable probar plenamente "la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar". (393 del Código Civil). Tal comprobación estuvo ausente del juicio y ni siquiera se intentó producirla.

No aparece, pues, que el sentenciador errara en forma alguna al considerar probada la muerte de Marcelino Romero con anterioridad a la presentación de la demanda con que el proceso tuvo principio. Lo cual significa que se pretendió citar a juicio a una persona cuya capacidad para ser parte había ya fenecido, sin que pueda entenderse la herencia como persona emplazable, precisamente porque carece de personalidad.

Si uno de los demandados dentro del litis consorcio pasivo necesario, no discutido en el recurso, carece en derecho de aptitud para ser parte, no puede remitirse a duda que el sentenciador tuvo fundamento plausible para abstenerse de fallar en el fondo de la controversia, por no estar completos los presupuestos procesales.

* * *

Por otro aspecto concerniente también a la causal primera el fallo es objeto de censura por cuanto echó de menos el presupuesto de demanda en debida forma, pues que el sentenciador expone que a cada demandado debió perseguírsele por la porción que individualmente posee, mientras el recurrente estima que todos ellos poseen en comunidad el predio de "La Siberia". Y con el ánimo de respaldar su aserto el cargo se detiene en el examen de la diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia y en el análisis de numerosos testimonios. Desprende de todo ello que no aparece la alinderación de las parcelas individuales de los demandados.

Se considera:

Cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independientes pero cada uno

con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar aun en el supuesto de que fueran destruídos los motivos restantes de la sentencia acusada.

Si la ausencia de capacidad para ser parte en uno de quienes integran el litis consorcio pasivo necesario es razón suficiente para que el Tribunal desestimara la demanda al abstenerse de pronunciamiento en el fondo, habrá de parecer del todo inoficioso el estudio encaminado a saber si el fallo debió producirse de la misma manera por faltar además el presupuesto procesal de demanda en debida forma.

Pero quizás no esté de sobra advertir que los hechos posesorios de explotación agrícola a través de siembras, dehesas, cerramientos, casas y otros menesteres, son de aquellas cosas que no escapan a la percepción de los sentidos externos dentro del reconocimiento judicial; que si el minucioso análisis de los medios indicados hecho por el recurrente aportara dudas sobre el punto en cuestión, ello no sería causa para la prosperidad de la impugnación por error manifiesto de hecho, desde luego que la evidencia y la duda son estados mentales que se excluyen recíprocamente; y que la valoración probatoria practicada por el Tribunal lejos de quebrantar las normas de la tarifa corresponde apenas al ejercicio de los poderes que dentro de la sana crítica incumben al juzgador para formar su propia convicción, la que, por lo mismo, está llamada a prevalecer ante la Corte.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 2 de mayo de 1956 proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No aparecen costas causadas.

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

Alfredo Gock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario,

EL MINISTERIO PUBLICO NO ES NECESARIAMENTE PARTE EN TODOS LOS JUICIOS SOBRE FILIACION NATURAL. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 45 DE 1936. — PARA EL OTORGAMIENTO DE PODERES NO SE REQUIEREN FORMULAS SACRAMENTALES.—LAS CEDULAS DE CIUDADANIA SON UNICAMENTE DOCUMENTOS DE IDENTIFICACION PERSONAL Y NO CONSTITUYEN PLENA PRUEBA, RESPECTO DEL ESTADO CIVIL DEL CIUDADANO, LOS DATOS QUE SOBRE EL PARTICULAR SE SUMINISTRAN A QUIENES LAS EXPIDEN. — EN CASACION ES IMPROCEDENTE PRESENTAR ESCRITOS DE PERSONAS AJENAS AL JUICIO Y TRAER DOCUMENTOS CON LA PRETENSION DE QUE SE TENGAN COMO PRUEBAS EN ESTE RECURSO EXTRAORDINARIO. — QUIENES OBTIENEN LA DECLARACION JUDICIAL DE HIJOS NATURALES, HAN DE SER REPUTADOS COMO TALES DESDE SU CONCEPCION. — LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA ES CONSECUENCIA DE LA DE FILIACION NATURAL

1.—El artículo 12 de la Ley 45 de 1936 no exige que el Ministerio Público sea siempre parte en los juicios sobre filiación natural y que sea obligatoria su concurrencia para que estos juicios puedan adelantarse ante los Jueces. La ley contempla cuatro casos distintos acerca de quiénes pueden ser partes en los juicios citados, y los enumera así: a) el hijo por sí mismo, cuando es plenamente capaz; b) el mismo hijo representado por quien tenga sobre él la patria potestad o su guarda, cuando es impúber; c) la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor; y d) finalmente el Ministerio Público.

La ley faculta a las personas dichas, para intervenir como demandantes en el juicio de filiación, con el objeto de que nunca pueda quedar sin representación el presunto hijo. La intervención del Ministerio Público no es obligatoria, como no es obligatoria la concurrencia simultánea de todas las personas a que la ley se refiere. El representante de la sociedad conserva siempre la facultad de intervenir, y lo hará cuando el presunto hijo no tiene quién lo represente. La Corte ha dicho: "Es errada la opinión consistente en afirmar que el Ministerio Público es siempre parte en todos los juicios sobre filiación natural, pues cada una de las tres personas que menciona el artículo 12 puede intervenir en esta clase de juicios pero nunca sucede que tomen parte simultáneamente". (Casación 22 de mayo de 1947, G. J. LXII, pág. 382 y 11 de mayo de 1948, G. J. LXIV, pág. 368).

2. — No existiendo en nuestro derecho palabras sacramentales, cualquier expresión usada por el poderdante, que manifieste claramente su intención, como sería la de "para que me represente en el juicio que voy a promover...." es suficiente para que el apoderado asuma tal carácter y actúe legalmente en el juicio.

3.—Que en la cédula de ciudadanía expedida a favor de una persona se diga que es hijo de fulano de tal, no quiere decir que esta declaración constituya plena prueba respecto del verdadero padre de quien posee dicha cédula. Bien sabido es que la cédula de ciudadanía es un documento de identificación personal, lo que significa que quien la exhibe es la misma persona a que ella se refiere. Pero no significa que los datos que se suministran a quien expide tal documento, sean constitutivos del estado civil del ciudadano.

4.—Es procedimiento insólito presentar en casación escritos de personas ajenas al juicio y traer documentos con la pretensión de que se tengan como pruebas en este recurso extraordinario.

5.—Cuando el juzgador declara la calidad de hijo natural de quien ha pedido el reconocimiento de tal por parte de las autoridades competentes, considerando que se encuentran satisfactoriamente cumplidos los requisitos que la ley exige para que prospere esa declaración, y el beneficiado nació

antes de la vigencia de la ley 45 de 1936, no se le da efecto retroactivo a esa ley, sino que se está reconociendo, como debidamente probado un hecho, el de la paternidad natural. Es bien sabido que la sentencia, en estos casos, es declarativa y no constitutiva del estado civil; cuando ella reconoce ese carácter al peticionario, se considera que el hijo reconocido tiene el carácter de tal, desde la fecha en que fue concebido. "De conformidad con el artículo 1º de la ley 45 de 1936, han de ser reputados como hijos naturales, desde su concepción, quienes obtienen declaración judicial de tales. (Casación de 20 de septiembre de 1945, G. J. LIX, pág. 929).

Lo que sucede con la ley 45, tantas veces citada, es que dio ocasión a que los hijos naturales pudieran hacer uso del derecho a ser reconocidos, ampliando, con sentido humano, el campo restringido en que debían moverse antes de la expedición de ese estatuto. Pero nunca puede decirse que esa ley se expidió en beneficio exclusivo de los nacidos después de que ella entrara en vigencia, pues esto entrañaría una monstruosa injusticia.

Claro está que la fecha del nacimiento tiene incidencia sobre el aspecto puramente patrimonial.

6.—Es inaceptable la tesis de que la acción de petición de herencia no pueda instaurarse como consecuencia de la acción de filiación natural, toda vez que la primera es consecuencia lógica de la segunda.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

José Lisandro Chunganá, por medio de apoderado, presentó demanda ante el Juez Civil del Circuito de Ipiales, señalando como demandados a Mariano Chingal y a Carmen Chingal, para que se declare: "Primero. — Que los demandados no son herederos del que fue señor José Cenón Chingal. Segundo.—Que lo es mi mandante, a título de hijo natural del finado José Cenón Chingal, estado civil éste que pido se reconozca y declare en el fallo; Tercero. — Que Mariano y Carmen Chingal deben restituir a José Lisandro Chunganá, tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la litis, todas las cosas que pertenecieron a José Cenón Chingal al tiempo de su muerte, con los respectivos frutos naturales y civiles; Cuarto. — Que deben restituir también los aumentos que con posterioridad a la muerte del causante haya tenido o tenga la herencia, y, en consecuencia un predio rústico situado en el Municipio de Cuaspud, conocido con el nombre de "Aliso" y que limita: por el oriente con terrenos de Segundo Chingal y Celestino R. Mueses, zanjas al medio por el norte, con los de Segundo y Juan Chingal y Víctor Fuelapaz, zanjas y callejón al medio, por el occidente, con los de Susana Cabrera o Isaac Cuastumal y Celestino R. Mueses, zanja y mojones al medio; y por el sur, con el río Blanco. Quinto.—En caso de oposición los demandados deben pagar al actor las costas del juicio".

Se ejercitan, pues, dos acciones: declaración de filiación natural y petición de herencia.

Como fundamento de la demanda expone diez y siete hechos, que pueden resumirse así: José Cenón Chingal y Manuel Chunganá, vecinos de Cuaspud, tuvieron relaciones sexuales notorias y estables durante más de treinta y cinco años continuos; de esas relaciones nació el demandante, ciento ochenta días después de que empezaron y antes de transcurrir trescientos días de que cesaron; José Chingal trató siempre a José Lisandro Chunganá como hijo natural, proveyendo, en su menor edad, a su subsistencia, educación y establecimiento, y lo presentó siempre como su hijo natural a sus amigos y parientes ilegítimos, de tal suerte que el vecindario de Cuaspud, en general, ha reputado y reconocido al actor como hijo natural de José Cenón Chingal; el tratamiento y la fama de que se habla, duraron más de diez años continuos; José Cenón Chingal fue hijo ilegítimo de María o Mariana de Jesús Aniceta Chingal Colimba; no contrajo matrimonio con nadie y cuando murió en Ipiales en 15 de enero de 1952, no tenía ni descendientes ni colaterales legítimos. Quince meses antes de morir, José Cenón Chingal vendió el predio "Aliso" a su hijo natural José Lisandro Chunganá, hoy demandante. Mariano Chingal, como primo ilegítimo de José Cenón, inició el juicio de sucesión de éste, y obtuvo que el Juzgado del Circuito de Ipiales, declarara abierto dicho juicio y reconociera a Mariano Chingal como heredero de José Cenón "en su calidad de colateral en cuarto grado de consanguinidad ilegítima". Mariano y Carmen Chingal, con la declaratoria de herederos que se acaba de citar, demandaron ante el Juez del Circuito de Ipiales a José Lisandro Chunganá, "para que se decretara la rescisión del contrato de compraventa contenido en la escritura número 1.013 de 25 de octubre de

1950 (sic) de la Notaría 2ª de Ipiales". Este juicio fue favorable a la parte demandante, en las dos instancias, "todo en favor de la sucesión iliquida de José Cenón Chingal, representada por los demandantes Carmen y Mariano Chingal.

Contestada la demanda por la demandada Carmen Chingal, producidas las pruebas que se solicitaron en el juicio, y cumplidos los trámites de la primera instancia, el Juez del conocimiento dictó sentencia el día veinticinco de julio de mil novecientos cincuenta y cinco y dijo: "Primero.—El demandante José Lisandro Chunganá, de notas civiles conocidas del proceso, es hijo natural, y así se le declara, de quien en vida se llamó José Cenón Chingal, igualmente de notas conocidas en el juicio. Segundo.—Por consiguiente José Lisandro Chunganá, en su condición de hijo natural de José Cenón Chingal, sucede a éste en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, con mejor derecho que los demandados, a quienes, por lo mismo, excluye de ese derecho herencial". Condena, además a los demandados a restituir al demandante todas las cosas hereditarias que pertenecieron a José Cenón Chingal al tiempo de su muerte, con los respectivos frutos naturales y civiles. Entre esos bienes se determina, especialmente, el fundo denominado "Aliso", que se determina en la sentencia, "inmueble que les fue entregado a los demandados, el 26 de febrero de 1955, como herederos del causante José Cenón Chingal". Condenó en costas a los demandados.

Las excepciones que propuso la parte demandada fueron estudiadas por el Juez y las encontró "francamente inoperantes".

La sentencia del Juez del Circuito de Ipiales fue apelada por los demandados y por esa razón conoció del negocio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Surtidos los trámites propios de la segunda instancia, el Tribunal del conocimiento desató la litis en sentencia de fecha 14 de junio de 1956, luego de un cuidadoso estudio de las piezas que obran en el juicio, y de considerar las excepciones propuestas. El fallo del Tribunal confirma la sentencia apelada, contra ese fallo interpuso la parte demandada el recurso de casación que se pasa a resolver, ya que están cumplidos los trámites propios de tal recurso.

LA DEMANDA DE CASACION

Divide el recurrente su escrito en tres capítulos y acusa la sentencia del Tribunal así:

Capítulo I.—"La sentencia recurrida, quebrantó la ley sustantiva, por haberse incurrido en ella en las causales de nulidad que prescribe el artículo 448 del C. J.". Por vía de método, y por afectar la causal al procedimiento, se empieza por fundamentar la causal que señala el numeral 5º del artículo 520 del C. J...." y fundamenta el cargo en los siguientes motivos, que se sintetizan:

1º—El juicio es nulo porque el artículo 12 de la ley 45 de 1936 dice que son partes en los juicios sobre filiación, el hijo por sí mismo o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor y el Ministerio Público. Como en el presente caso no aparece que fuera citado el Agente del Ministerio Público, que es parte en este juicio de filiación natural, se ha incurrido en la causal de nulidad a que se refiere el artículo 448 del C. J.

2º—"Incapacidad legal del apoderado de Lisandro Chungana". Afirma el recurrente que el proceso es nulo porque el apoderado del demandante no tenía facultad legal para representarlo, ya que el poder que Chungana confirió a su apoderado dice "para que me represente en el juicio que voy a promover..." y como el poderdante no promovió el juicio sino que éste fue iniciado por el apoderado, entonces el poder no lo autorizaba para promover sino para representarlo en el que promoviera el mismo poderdante. Deduce el recurrente que por ese motivo el juicio es nulo "por falta de personería del autor de la demanda".

3º—El último motivo de nulidad alegado, en este capítulo, lo hace consistir en el hecho de que en la cédula de ciudadanía de José Lisandro Chunganá se dice que este ciudadano es hijo de Cenón Chunganá y de Manuela Chunganá y entonces no puede atribuírsele el carácter de hijo de José Cenón Chingal. Como consecuencia, afirma el recurrente, siendo la cédula de ciudadanía un documento público que hace plena prueba en cuanto a la identidad de la persona a cuyo favor se expide, queda demostrado que el actor en el juicio ordinario no está identificado o sea que "...el citado José Lisandro, no tiene personería sustantiva para promover juicio de filiación sobre un supuesto padre, que no es el suyo: porque el suyo, está claramente definido en la cédula electoral". Y termina esta parte de su escrito diciendo: "Es así como el fallo del Tribunal, infringe de modo ostensible, desconoce de manera arbitraria, las disposiciones de los artículos 448 del C. J., 12 de la ley 45 de 1936; 1760 del C. C., porque la cédula es un instrumento público, y ese instru-

mento no fue estimado por dicha Entidad; y los artículos 27 del C. C. en cuanto prescribe que las leyes que tienen sentido claro no serán desatendidas; y el 17 del mismo código, en cuanto ordena que a los Jueces no les compete proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria, cosa que ocurre, por la interpretación errónea que hace el Tribunal del artículo 12 de la ley 45 de 1936, al conceptuar que el Ministerio Público no debe ser parte en este juicio".

En el punto 4º presenta el señor apoderado del recurrente un memorial del 6 de noviembre de 1956 suscrito por Segundo Elías y Juana Chingal "...en que expresan su inconformidad y desagrado por la actuación procesal... en virtud de que ellos como otros de sus primos hermanos, no han sido llamados, como demandados en el presente juicio... Acompañan a su solicitud la prueba de su parentesco" y pretende que se tenga en cuenta, ahora, esa prueba para que declare nulo el juicio por no haber sido citados los memorialistas.

Basta la simple enunciación de los cargos relacionados para llegar a la conclusión de que ninguno de ellos puede prosperar; en efecto:

El artículo 12 de la ley 45 de 1936 no exige que el Ministerio Público sea siempre parte en los juicios sobre filiación natural y que sea obligatoria su concurrencia para que estos juicios puedan adelantarse ante los jueces. La ley contempla cuatro casos distintos acerca de quiénes pueden ser partes en los juicios citados, y los enumera así: a) el hijo por sí mismo, cuando es plenamente capaz; b) el mismo hijo representado por quien tenga sobre él la patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; c) la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor; y d) finalmente el Ministerio Público.

La ley faculta a las personas dichas, para intervenir como demandantes en el juicio de filiación, con el objeto de que nunca pueda quedar sin representación el presunto hijo. La intervención del Ministerio Público no es obligatoria, como no es obligatoria la concurrencia simultánea de todas las personas a que la ley se refiere. El representante de la sociedad conserva siempre la facultad de intervenir, y lo hará cuando el presunto hijo no tiene quién lo represente. La Corte ha dicho: "Es errada la opinión consistente en afirmar que el Ministerio Público es siempre parte en todos los juicios sobre filiación natural, pues cada una de las tres personas que menciona el artículo 12 puede intervenir en esta clase de juicios pero nunca sucede que tomen parte simultáneamente". (Casación 22 de mayo de 1947. G. J. LXII, pág. 382 y 11 de mayo de 1948, G. J. LXIV, pág. 368).

No es verdad que el apoderado de Lisandro Chunganá careciera de facultad legal para representarlo en el juicio, pues el poder que obra en el proceso es suficientemente claro en cuanto a la voluntad del poderdante: "para que me represente en el juicio que voy a promover...". No podía decir el poderdante que el poder lo confiere para el juicio que ya hubiera iniciado, porque tal juicio no se había iniciado a la época del otorgamiento del poder. Además, no existen en nuestro derecho palabras sacramentales, cualquier expresión usada por el poderdante, que manifieste claramente su intención, como en el caso presente, es suficiente para que el apoderado asuma tal carácter y actúe legalmente en el juicio.

Que en la cédula de ciudadanía expedida a favor de Lisandro Chunganá se diga que éste es hijo de Cenón Chunganá, no quiere decir que esta declaración constituya plena prueba respecto del verdadero padre de quien posee dicha cédula. Bien sabido es que la cédula de ciudadanía es un documento de identificación personal, lo que significa que quien la exhibe es la misma persona a que ella se refiere. Pero no significa que los datos que se suministran a quien expide tal documento, sean constitutivos del estado civil del ciudadano.

El punto 4º traído por el recurrente, no puede ni siquiera tenerse en cuenta, porque es procedimiento bien insólito presentar en casación escritos de personas ajenas al juicio y traer documentos con la pretensión de que se tengan como pruebas en este recurso extraordinario.

Lo dicho es suficiente para decir que los cargos enunciados no prosperan. Entrando en el estudio del capítulo segundo de la demanda de casación se observa:

El primer cargo lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal quebranta la ley sustantiva, por aplicación indebida del artículo 4º de la ley 45 de 1936, toda vez que, con apoyo en esta disposición declaró que el demandante demostró haber nacido en las condiciones previstas en el numeral 4º del artículo 4º citado, cuando es lo cierto que tal demandante nació el 13 de abril de 1915 "luego no nació bajo el imperio de la ley 45 de 1936, que rigió el 13 de mayo de 1936". Acusa como violados, de modo directo, el artículo 20 de la ley 153 de 1887, y el 23 del Código Civil.

Pretende el recurrente que la ley 45 de 1936 no

puede aplicarse sino en los casos de hijos naturales que hayan nacido después del 30 de mayo de 1938, fecha en que empezó a regir la citada ley: porque darle aplicación a ese estatuto respecto de hijos naturales nacidos después de la fecha dicha, equivale a darle efecto retroactivo a la ley sobre filiación natural.

Se considera: Cuando el juzgador declara la calidad de hijo natural de quien ha pedido el reconocimiento de tal por parte de las autoridades competentes, considerando que se encuentran satisfactoriamente cumplidos los requisitos que la ley exige para que prospere esa declaración, y el beneficiado nació antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, no le da efecto retroactivo a esa ley, sino que se está reconociendo, como debidamente probado un hecho, el de la paternidad natural. Es bien sabido que la sentencia, en estos casos, es declarativa y no constitutiva del estado civil; cuando ella reconoce ese carácter al peticionario, se considera que el hijo reconocido tiene el carácter de tal, desde la fecha en que fue concebido. "De conformidad con el artículo 1º de la ley 45 de 1936, han de ser reputados como hijos naturales, desde su concepción, quienes obtienen declaración judicial de tales. (Casación de 20 de septiembre de 1945. G. J. LIX, pág. 928).

Lo que sucede con la ley 45, tantas veces citada, es que dio ocasión a que los hijos naturales pudieran hacer uso del derecho a ser reconocidos, ampliando, con sentido humano, el campo restringido en que debían moverse antes de la expedición de ese estatuto. Pero nunca puede decirse que esa ley se expidió en beneficio exclusivo de los nacidos después de que ella entrara en vigencia, pues esto entrañaría una monstruosa injusticia.

Claro está que la fecha del nacimiento tiene incidencia sobre el aspecto puramente patrimonial, materia que en este caso no se ha planteado, ni se podría plantear, toda vez que el presunto padre no aparece con hijos legítimos.

El cargo no prospera.

En el segundo cargo se acusa la sentencia por quebrantar la ley sustantiva "por apreciación errónea de la prueba". Acusa como violados el artículo 632 del C. J. y 5º de la ley 7 de 1934 (sobre materias electoral y cédula de ciudadanía), porque el Tribunal reconoció a Lisandro Chunganá como hijo natural de Cenón Chingal, no obstante que en la cédula de ciudadanía de aquel se dice que es hijo de Cenón Chunganá. Este cargo es repetición del formulado en el capítulo primero de la demanda, y ya fue estudiado y rechazado.

En el tercer cargo vuelve sobre el mismo punto pero no dice cuál es la acusación que pretende, ni cita disposición legal ninguna, que permita saber qué es lo que quiere decir el recurrente, como acusación contra la sentencia.

Cargo cuarto. — "La sentencia recurrida quebranta la ley sustantiva en forma directa; y además, en la misma forma, o por lo menos en la indirecta, por falta de apreciación de la prueba sobre la propiedad que pretende el actor, según la petición consignada en la petición c) de la demanda". Señala como violadas las disposiciones de los artículos 329, 341, 342, 343, del C. J. e indirectamente los artículos 232, 234, 593, 596, y 601 del mismo código.

Dentro de la enorme confusión de la demanda de casación se alcanza a comprender que el recurrente ataca la sentencia porque el Tribunal ordenó que los demandados restituyan a la herencia de Cenón Chingal los bienes que éste dejó a su muerte, inclusive el predio "Aliso" que fue entregado posteriormente a quienes figuran como demandados en virtud de haber sido reconocidos herederos del de cujus y a quienes se les hizo entrega del fundo aludido, para la herencia de José Cenón Chingal. Pretende el recurrente que el Tribunal se equivocó porque dio mérito probatorio a las copias de dos sentencias que no aparecen registradas. Esto sería cierto si no fue porque el Tribunal no tuvo como pruebas únicas las tales sentencias, sino que decretó la entrega del bien a la herencia de Chingal, el que estaba en poder de los demandados por haberles sido entregado, por autoridad competente, y en su calidad de herederos declarados en juicio.

En cuanto a que la acción de petición de herencia no pueda instaurarse como consecuencia de la acción de filiación natural, es una tesis inaceptable, toda vez que la primera es consecuencia lógica de la segunda.

La acción de petición de herencia, en este caso, no es una acción reivindicatoria, como lo pretende el recurrente. Es que declarado José Lisandro Chunganá como hijo natural de Cenón Chingal, y no existiendo otros herederos que concurran con él a la herencia de su padre, el Tribunal acertó cuando ordenó que la herencia le fuera entregada al heredero hijo natural reconocido. Entre los bienes de la universalidad herencial se encuentra el predio "Aliso" que los demandados tienen en su poder, para la herencia de Chingal. No se

ve por ninguna parte cuál fue el error del sentenciador, y por lo mismo el cargo no puede prosperar.

En el cargo 5º insiste el recurrente en que el Tribunal le dio mérito probatorio a las copias de las sentencias que obran en el expediente y en las que se ordenó la restitución del "Aliso" a la sucesión de Cenón Chingal, copias que se encuentran sin las notas de registro. Ya se dijo que esta prueba no es la única que existe en el juicio y además si prosperara el cargo, porque el Tribunal aceptó como pruebas las copias de las sentencias que aparecen sin registrar, esto a nada conduciría porque en sentencia de instancia se tendría en cuenta el acta de la diligencia de entrega del fundo "Aliso" a los demandados quienes lo recibieron para la sucesión de Chingal. Esta acta obra al folio 93 v. del cuaderno segundo y es prueba suficiente para acreditar que los demandados tienen el fundo en su poder.

El cargo no prospera.

El capítulo tercero de la demanda debe rechazarse por improcedente porque no se puede pedir que en la sentencia que pone fin al recurso de casación se tengan en cuenta pruebas sumarias, presentadas en el mismo recurso ni que se atiendan aquí solicitudes de personas en todo extrañas al proceso.

En mérito de lo dicho 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 Pasto de fecha 14 de junio de 1956, pronunciada en el juicio ordinario de José Lisandro Chunganá contra Mariano Chingal y otra.

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

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

Alfredo Cock Arango — Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada — Arturo Valencia Zea. — Jorge Soto Soto, Secretario.

EL ANTIGUO SOCIO CARECE DE PERSONERIA SUSTANTIVA PARA REIVINDICAR EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD MIENTRAS NO SEA DECLARADO INEFICAZ EL CONTRATO POR EL CUAL CEDIO SU INTERES SOCIAL

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango)

I. — BREVE HISTORIA DEL LITIGIO

El 15 de julio de 1953, presentó ante el señor Juez del Circuito de Neiva, habiéndole correspondido el 2. en lo Civil, el señor Matías Cerquera, demanda para obtener, previos los trámites del juicio ordinario, numerosas declaraciones que pueden sintetizarse en dos, a saber:

1. Que es válido y está vigente el título o escritura por medio de la cual se constituyó la Sociedad "TALLERES UNIDOS LIMITADA", domiciliada en la mencionada ciudad; y,

2. Que son nulos o carecen de valor otros títulos posteriores.

Naturalmente el demandante pide se estatuya sobre los derechos consecuenciales deducibles de estas declaratorias, en relación con los poseedores actuales de bienes incorporados en el título mencionado y transmitidos por los posteriores.

La demanda fue enderezada contra Mario Silva y Joaquín Perdomo Ospina.

En 32 postulados relaciona el actor los hechos fundamentales de la demanda que se puede concretar de la siguiente manera:

Por escritura número 142 de 12 de febrero de 1948, otorgada en la Notaría Primera de Neiva, compraron Matías Cerquera y Mario Silva una casa con su solar o lote, situada en dicha ciudad, en la cual establecieron un negocio de compañía al que denominaron "Talleres Unidos de Silva y Cerquera"; asociación que se elevó a escritura pública el 13 de octubre del mismo año bajo el número 933. Esta asociación fue objeto de reforma, aunque sin introducir variación en los aportes originales, ni en la persona de los socios, pero sí en la firma social, ya que a la sociedad se le dio el nombre de "Talleres Unidos Limitada" y se aumentó el capital, por escritura número 89 de 30 de enero de 1952, pasada en la Notaría 2ª de Neiva y registrada en los libros 1 y 2 de la Oficina de Registro de allí y también en la Cámara de Comercio, que publicó el extracto en su boletín.

Por escritura número 959 de 11 de octubre de 1952, Matías Cerquera le vendió a su consocio Silva su interés en la mencionada sociedad. Este título que fue otorgado en la Notaría 2ª de Neiva, no fue registrado en el Libro 1, no obstante que además de la transmisión del dominio de su cuota en la casa y lote de que se habló al principio por parte de Cerquera a Silva, contiene la constitución de hipoteca sobre la misma, hecha por Silva, en su calidad de Gerente, a favor de su exconsocio para garantizar el pago del precio.

La parte demandada, a la cual se notificó la demanda, negó el derecho impetrado, exigió la prueba de los hechos, se opuso a las declaraciones solicitadas y propuso las excepciones de "ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA del apoderado, abogado Losada Lara para demandar en nombre de la sociedad "TALLERES UNIDOS LIMITADA", en el caso del numeral 2 del artículo 332 del C. J. e INEPTA DEMANDA EN EL CASO DEL ARTICULO 333 ibidem, numeral 2".

El Juez de instancia, en sentencia de 21 de mayo de 1955, dijo:

1. "No están probadas las excepciones propuestas;

2. "La sociedad comercial 'TALLERES UNIDOS LIMITADA', constituída por Matías Cerquera y Mario Silva, según escritura pública número 89 de 30 de enero de 1952, de la Notaría 2ª de Neiva, está vigente, así como dicho título y su registro legal; y, en consecuencia, esta sociedad es actualmente el dueño exclusivo y poseedor inscrito de los bienes especificados en este instrumento público;

3. "El contrato de compraventa de esos bienes, celebrado entre Mario Silva y Joaquín Perdomo Ospina, por escritura pública número 40 de 20 de enero de 1953, de la Notaría Primera de Neiva, carece de valor y efecto legal y es inoponible a su verdadero dueño, ya expresado. Se ordena cancelar este título de compraventa y su registro, y asimismo la inscripción que se hizo en la

Cámara de Comercio de Neiva, con el número 9, de febrero de 1953, de la firma comercial: 'Talleres Unidos Joaquín Perdomo Ospina';

4. "La escritura pública 959 de 11 de octubre de 1952, de la Notaría Primera de Neiva, como contrato de compraventa, no hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, por carecer del Registro correspondiente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en la forma legal. Cancélese el Registro que de la misma se hizo en la Cámara de Comercio de esta ciudad.

5. "Mario Silva y Joaquín Perdomo Ospina deben restituir, seis días después de la ejecutoria de este fallo, a la dicha sociedad 'Talleres Unidos Ltda.', representada para este efecto por su socio señor Matías Cerquera, los bienes expecificados en los ordinales b) y c) de la cláusula primera de la escritura número 40 de que trata el anterior numeral 3, más los frutos naturales y civiles de esos bienes, percibidos desde la fecha de la nombrada escritura número 40, y los que la sociedad hubiera podido percibir teniendo esos bienes en su poder, así como las cosas que forman parte de los mismos bienes, según lo dispuesto en los artículos 961, 962 y siguientes del Código Civil.

6. "La inscripción del extracto de la escritura número 89 citada, verificada en la Cámara de Comercio de esta ciudad, está vigente.

7. "La cancelación del registro de la demanda en el libro correspondiente de la Oficina de Registro de Neiva, se hará mediante la inscripción de la escritura pública sobre adjudicación de los bienes pertenecientes a la sociedad 'Talleres Unidos Limitada'. Ejecutoriada esta sentencia inscríbase en el libro número 1 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de este Circuito.

8. "Dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo se procederá a la disolución, liquidación y adjudicación de la prenombrada sociedad 'Talleres Unidos Limitada'".

Apelado el fallo, por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por sentencia que lleva fecha 14 de noviembre de 1955, lo confirmó en su totalidad, con salvamento de voto del Magistrado doctor Flavio Cabrera Dussán.

El apoderado del demandado Silva interpuso recurso de casación que fue admitido y tramitado por la Corte, la que, en providencia de fecha 28 de mayo de 1957, casó dicha sentencia y ordenó remitir los autos al mismo Tribunal fallador para que dictara nueva sentencia, lo que se produjo por medio del fallo de 10 de octubre de 1957, confirmatorio igualmente del dictado por el Juez de primera instancia, sin variación alguna en la parte resolutiva.

Es sobre esta sentencia, que igualmente fue recurrida ante la Corte, sobre la que ha de pronunciarse ahora esta Corporación por haber sido admitido el recurso oportunamente y haberse cumplido las ritualidades de rigor.

II. — DEMANDA DE CASACION

El demandante en casación presentó este documento a la Corte el 16 de abril del corriente año. La parte opositora no hizo uso del traslado.

Los cargos que hace aquel a la sentencia del Tribunal son cinco, basadas en el ordinal 1 del artículo 520 del C. J. que se pasan a examinar:

PRIMER CARGO.—Dice el recurrente:

"Violación directa del artículo 946 del C. C. por cuanto decreta la reivindicación demandada sin que el actor haya acreditado su dominio sobre el inmueble cuestionado y sin que quien demanda en nombre de 'Talleres Unidos Ltda.', haya demostrado algún interés legítimamente de su acción, puesto que Matías Cerquera carece de la calidad jurídica indispensable para demandar en nombre de la citada sociedad.

"Que esta sociedad exista o no es cosa que carece de importancia en el recurso, lo que sí interesa, hasta el punto de constituir la base de la acusación contra la sentencia, es que el demandante Cerquera carece de interés jurídico para legitimar su acción, no tiene capacidad de actor, o como, a veces, lo ha dicho la Corte, es ilegítima su personería sustantiva, porque no representa a la sociedad 'Talleres Unidos Limitada' y no puede pedir en su nombre ni en el suyo propio, y con esto no planteó nada de lo relacionado con el fenómeno de la representación en juicio o personería adjetiva, inductiva de nulidad procesal, sino una verdadera cuestión de fondo vinculada a la calidad jurídica que la parte demandante se atribuye, de alcance realmente sustantivo como que se confunde con el derecho mismo debatido en el juicio y esta calidad es la de socio de 'Talleres Unidos Limitada', de que con manifiesta evidencia carece el actor Matías Cerquera, quien por medio de la escritura número 959 del 11 de octubre de 1952, otorgada en la Notaría Primera de Neiva, cedió a favor de su consocio Mario Silva la totalidad del interés social "en la citada so-

ciedad" dejando desde entonces de formar parte, esto es, de ser socio de 'Talleres Unidos Ltda.' Esto es obvio, no es necesario demostrarlo, baste decirlo: Si no es socio, ni tiene ningún interés en la sociedad, ¿con qué derecho demanda en reivindicación y en su nombre y para ella? Sin interés no hay acción. Lo mismo puede decirse respecto de la pretensión de que se declare viva la sociedad. La falta de interés por no ser socio cobija todos los pedimentos de la demanda. La sociedad 'Talleres Unidos Ltda.' no tendría tampoco, por su parte, personería sustantiva o derecho de actor en ninguna acción que tuviera relación con el contrato que recoge la escritura 959, porque la compañía es un tercero en esa convención, solo Cerquera y Silva que son las partes en ese contrato, pueden litigar sobre él y a Silva no se le ha demandado para que se declare resuelto o sin valor el contrato de cesión, sino para que entregue los bienes de la sociedad porque la cesión no fue registrada en el libro 1. Semejante forma de apreciar la Ley, llevó al Tribunal a la violación también del artículo 343 del C. J.

"La Corte ha establecido en diversas ocasiones la diferencia entre la personería sustantiva y la adjetiva, y dice en casaciones de 30 de mayo de 1938, XLVI, 557, 22 de agosto de 1940, XLIX, 845 y 4 de diciembre de 1940, L. 712, que las dos 'tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y diversas trascendencias en el campo del Derecho procesal, porque la primera (la sustantiva) se relaciona con el derecho mismo discutido y la segunda se refiere a una cuestión ritualria, como es la representación en el juicio. La persona sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe, por tanto, ser resuelta en el fallo definitivo de la instancia; la adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria que tienda a conservar la integridad legal del procedimiento para suspenderlo o mejorarlo; y, por esta circunstancia dá lugar, en su caso, a un recurso excepitivo que exige previo y especial pronunciamiento".

Se considera:

Los señores Matías Cerquera y Mario Silva formaron una sociedad colectiva que denominaron "Talleres Unidos de Silva y Cerquera" con domicilio en Neiva, a la cual aportaron un terreno con casa que habían comprado en común. La escritura social fue registrada en los libros 1 y 2 de la Oficina de Registro correspondiente y el extracto se inscribió en la Cámara de Comercio y se publicó en el órgano de la citada oficina.

Posteriormente, y, con base en la autorización contenida en el artículo 7º de la Ley 184 de 1937, transformaron la sociedad colectiva en sociedad de responsabilidad limitada, introduciendo el citado bien raíz y los otros valores que, ya para ese entonces, pertenecían a la sociedad colectiva. El instrumento de que se trata también se inscribió en los libros 1 y 2 y el extracto además de registrarlo en la Cámara de Comercio se publicó en el boletín de la misma, todo en las oportunidades correspondientes. Esta sociedad se llamó "TALLERES UNIDOS LIMITADA".

Por escritura número 959 de 11 de octubre de 1952, el socio Matías Cerquera T. expuso: "TERCERO. Que el exponente ha resuelto ceder, como en efecto cede, a favor del señor Mario Silva la totalidad del interés social que tiene actualmente en 'TALLERES UNIDOS LTDA.', sociedad domiciliada en Neiva, interés social que asciende a la suma de VEINTIDOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS Y MEDIO ($ 22.256.22½) (sic) en moneda legal en relación con un capital de CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS DOCE PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS ($ 44.512.51) que es el que tiene la sociedad sobre que versan los derechos objeto de esta cesión, lo cual equivale a un cincuenta por ciento de la sociedad".

Esta escritura fue registrada en el libro número 2, en el cual deben inscribirse "los títulos, actos o documentos que deban registrarse y que no estén comprendidos en las clasificaciones que corresponden al libro 1º" que se refiere a: "títulos que trasladen, graven, o limiten el dominio de bienes inmuebles, o que varíen el derecho de administrarlos", como lo establece el artículo 3641 del C. C.

El señor Silva vendió, por escritura pública, al señor Joaquín Perdomo Ospina, el inmueble primeramente mencionado, lo que hizo mucho después de la cesión que le hizo Cerquera del interés social que tenía en la sociedad "Talleres Unidos Ltda.".

Contra éste y contra Silva reivindica Cerquera la casa y lote para la sociedad dicha, fundado en que como la cesión que se hizo no fue registrada en el libro 1, de la Oficina de Registro de Neiva, continúa él siendo socio y atribuyéndose la representación de la misma sociedad, no obstante que por la escritura constitutiva de la sociedad

limitada se dio a Silva la representación (cláusula 4ª).

No es el caso de entrar a estudiar si la sociedad subsiste o no por el hecho de haberse dejado de registrar en el libro 1º, la escritura de cesión del interés social de Cerquera a Silva, pues ello acaso podría ser objeto especial de un debate judijudicial, independiente, para resolver sobre tal cuestión.

Lo que sí es claro es que Cerquera no puede invocar ese interés jurídico para ninguna acción fundamental relacionada con la misma y especialmente con bienes que se considera pertenecer a la expresada sociedad.

En otros términos: En el estado actual de las cosas, el señor Cerquera carece de personería sustantiva para demandar en reivindicación para la sociedad de la cual no hace parte mientras no se declare ineficaz el contrato de cesión de su interés social, consignado en la escritura 959 de 11 de octubre de 1952, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Neiva.

Ahora bien: el demandante Cerquera dice en la demanda formulada por medio de apoderado lo siguiente: "PETICIONES: Con base en los hechos anteriores, en mi condición de apoderado de Matías Cerquera T., mayor y vecino de Neiva, demando por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía a Mario Silva y Joaquín Perdomo Ospina, también mayores y vecinos de esta ciudad, en orden a obtener a favor de 'Talleres Unidos Ltda.', sociedad comercial domiciliada en Neiva, constituída por escritura 932 de 13 de octubre de 1948 y 89 de 30 de enero de 1952, otorgadas respectivamente en las Notarías Primera y Segunda de este Circuito, las siguientes declaraciones y condenaciones.....".

En resumen: No se ha establecido la **Legitimatio ad causam** de la parte demandante; y, en consecuencia, de acuerdo con lo establecido por la ley y por la jurisprudencia, tanto el Juez como el Tribunal han debido absolver a la parte demandada, lo que no hicieron, con violación manifiesta de ley sustantiva.

No está por demás notar que el señor Cerquera, aun suponiendo la existencia de la sociedad y particularmente su calidad de socio, tampoco podía acreditar la personería adjetiva que fue atribuída por la escritura constitutiva de la misma al socio Silva (cláusula 4ª).

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida, REVOCA la sentencia de primer grado dictada por el Juez Primero Civil del Circuito de Neiva, con fecha 21 de mayo de 1955, y en su lugar absuelve a los demandados de todos los cargos de la demanda.

Sin costas.

La sentencia casada tiene fecha 10 de octubre de 1957 y fue dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el juicio ordinario seguido por Matías Cerquera T. contra Mario Silva y otro.

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

Alfredo Cock Arango — Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada — Arturo Valencia Zea — Jorge Soto Soto, Secretario.

PODER DISCRECIONAL DEL SENTENCIADOR PARA APRECIAR LA CONDUCENCIA DE LAS PRUEBAS PEDIDAS POR LAS PARTES. — CASO EN QUE POR MEDIO DE INSPECCION OCULAR SE HACEN LLEGAR A LOS AUTOS COPIAS DE VARIOS DOCUMENTOS

En sentencia de esta Corte, fechada el 26 de junio de 1952, en el juicio sobre filiación natural de Ana Leguizamón de Guitán, se dijo lo siguiente:

"Los Jueces tienen un amplio poder discrecional para apreciar la conducencia de las pruebas que las partes soliciten dentro del término probatorio. En virtud de ese poder discrecional pueden abstenerse de decretar aquellas pruebas que estimen no son conducentes o que deben llegar al proceso por medios específicamente determinados por la ley. Los jueces y Tribunales deben ser prudentes al decretar pruebas que deban llegar al proceso mediante inspección ocular.—Si al pedir una inspección ocular para llegar al proceso determinadas pruebas, el Juez las decreta y practica sin contradicción de la contraparte, tales pruebas se entiende que han ingresado normalmente al proceso. No puede ya abstenerse el juzgador de apreciarlas conforme a la tarifa legal de pruebas y a la libertad de que en cada caso dispone el Juez".

"Naturalmente sí, como en el caso presente, el juzgador, a pesar de la oposición, decreta las pruebas, tiene que tomarlas en consideración al fallar.

Es por ello que los jueces y magistrados han de ser prudentes al decretar pruebas que deben llegar al proceso mediante inspección ocular.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango)

BREVE HISTORIA DEL LITIGIO:

El señor David Vega Luna dió muerte el 24 de septiembre de 1952, en la ciudad de Bucaramanga, al doctor Gabriel Muñoz. El juicio criminal correspondiente fue trasladado a la ciudad de Medellín, donde el Jurado condenó a Vega Luna, pero éste se suicidó y allí terminó el juicio criminal.

Entonces la viuda y los menores hijos de Muñoz, representados por ella entablaron la acción civil para obtener el reconocimiento de los correspondientes perjuicios, demandando a la sucesión de Vega Luna, representada por la viuda y por sus herederos legítimos.

El Juzgado Segundo del Circuito Civil de Bucaramanga, en sentencia que lleva por fecha el 8 de marzo de 1955, declaró probada la excepción perentoria de "carencia de personería sustantiva de la parte demandada", fundándose para ello en que en el expediente no se encuentra la prueba de la muerte del señor Vega, ni de su matrimonio con la señora Angélica Luna de Vega, ni de la condición de herederos de éste de los otros demandados.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por sentencia de 22 de mayo de 1956, absolvió a la parte demandada de los cargos de la demanda, reformando el fallo de primer grado.

Para ello tuvo en cuenta dicho Tribunal, que las copias obtenidas en una inspección ocular practicada ante la Notaría donde fue protocolizada la sucesión del señor David Vega Luna, no son pruebas idóneas para establecer el presupuesto de la acción consistente con la personería sustantiva de una de las partes, que en este caso es la demandada. Recurrió en casación la parte demandante.

CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

El apoderado del recurrente presentó su demanda de casación el 21 de mayo de 1957, en la cual ataca la sentencia del Tribunal por "violación de los artículos 1.003, 2.341 y 2.343 del Código Civil y 29 del Código de Procedimiento Penal, por infracción indirecta proveniente de su no aplicación al caso controvertido, siendo así

que los supuestos de hecho exigían la actuación de tales normas. En este yerro incidió el Tribunal por error de derecho en la apreciación de la prueba de la inspección ocular practicada en la segunda instancia".

Dice el Tribunal en su fallo:

En el caso presente, aunque sea dable admitir que el fallecimiento del doctor Vega Luna, no establecido mediante prueba principal o supletoria, pueda suponerse en virtud de las sentencias judiciales que declararon extinguida la acción penal por razón del fallecimiento del procesado, nada hicieron los demandantes para acreditar, en forma adecuada, que los demandados son los verdaderos y legítimos sucesores del causante Vega Luna, pues ninguna de las pruebas principales o supletorias, como tampoco reconocimientos judiciales de herederos que se citan anteriormente, como los únicos medios admisibles para comprobar el estado civil, se allegaron al juicio".

SE CONSIDERA:

No cabe duda que el apoderado de la parte demandante omitió durante la primera instancia la comprobación de la calidad de herederos del difunto David Vega Luna, que corresponde a los menores Esperanza y Jorge Enrique Vega Luna, e igualmente omitió presentar la prueba de que la señora Angélica Luna de Vega representa la Sociedad conyugal que existió entre el difunto y ella.

Esta omisión sustancial dio por resultado que el señor Juez hiciera la declaratoria de la excepción de "carencia de la personería sustantiva de la parte demandada" cometiendo un claro error, por cuanto en realidad lo que ocurre es que faltaba la prueba de un presupuesto de la acción: "LA LEGITIMATIO AD CAUSAM" de dicha parte demandada, lo que imponía el deber de absolver.

En la segunda instancia, la parte actora trató de enmendar tan sustancial omisión y se valió del procedimiento de pedir como prueba, ante el Tribunal, la práctica de una inspección ocular al protocolo de la Notaría donde se protocolizó la sucesión del citado Vega Luna, basándose para ello en que el ordinal 4º del artículo 1º del Decreto 0243 de 1951, permite practicar en segunda instancia la prueba de inspección ocular en calidad de única.

El Tribunal, no obstante lo establecido por el artículo 724, del Código Judicial que dice: "La inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez acompañado de peritos o testigos de cosas o hechos litigiosos (subraya la Sala) relacionados con el debate" decretó la inspección; y, en el curso de ella, se trasladaron a los autos copias de varios documentos del expediente de la sucesión del citado señor David Vega Luna, entre los cuales se encuentra la providencia por medio de la cual fueron reconocidos como herederos los menores Esperanza y Jorge Enrique Vega Luna y como interesada la señora Angélica Luna de Vega, cónyuge supérstite, todo sin perjuicio de terceros. Igualmente se copiaron las adjudicaciones hechas en la mencionada sucesión a tales herederos y a la cónyuge como representante de la Sociedad conyugal.

En sentencia de esta Corte, fechada el 26 de junio de 1958, en el juicio sobre filiación natural de Ana Leguizamón de Gaitán, se dijo lo siguiente:

"Los Jueces tienen un amplio poder discrecional para apreciar la conducencia de las pruebas que las partes soliciten dentro del término probatorio. En virtud de ese poder discrecional pueden abstenerse de decretar aquellas pruebas que estimen no son conducentes o que deben llegar al proceso por medios específicamente determinados por la ley. Los Jueces y Tribunales deben ser prudentes al decretar pruebas que deben llegar al proceso mediante inspección ocular. Si al pedir una inspección ocular para llegar al proceso determinadas pruebas, el Juez las decreta y practica sin contradicción de la contraparte, tales pruebas se entiende que han ingresado normalmente al proceso. No puede ya abstenerse el juzgador de apreciarlas conforme a la tarifa legal de pruebas y a la libertad de que en cada caso dispone el Juez".

Naturalmente si, como en el caso presente, el juzgador, a pesar de la oposición, decreta las pruebas, tiene que tomarlas en consideración al fallar.

Es por ello que los Jueces y Magistrados han de ser prudentes al decretar pruebas que deben llegar al proceso mediante inspección ocular.

Indudablemente, si el Tribunal hubiera apreciado las pruebas que él mismo decretó y que se practicaron, habría llegado a la conclusión de que estaba plenamente acreditada la calidad de los citados menores y de la señora Angélica Luna Vega para representar la sucesión del doctor David Luna, habiendo sido reconocidos aquellos como herederos por providencia judicial y ésta como representante de la Sociedad conyugal di-

suelta; y, en consecuencia, el fallo habría sido totalmente diferente.

Incurrió, por consiguiente, el Tribunal en el presente caso, en error de derecho al negarle a esas pruebas un valor que efectivamente tienen con violación consiguiente de los artículos 1.008, 2.341, 2.343 y sus concordantes del Código Civil negando la obligación que estas disposiciones reconocen a cargo de los herederos del causante del daño.

Es, por lo tanto, procedente el cargo y habrá de casarse el fallo materia del recurso.

SENTENCIA SUSTITUTIVA DEL FALLO ANULADO

Entre los elementos del proceso existe la prueba de los daños materiales que sufrieron la viuda del doctor Gabriel Muñoz, señora Beatriz Serpa viuda de Muñoz y sus hijos Eduardo, Hernando, y María Esther Muñoz Serpa y no cabe duda sobre el perjuicio moral originado por la muerte violenta del esposo de la primera y padre de los otros, señor doctor Gabriel Muñoz.

Respecto de perjuicios materiales habrá de recurrirse al procedimiento del artículo 553 del Código Judicial. En cuanto a los morales, le fijará la Corte teniendo en cuenta las reglas adoptadas por la Jurisprudencia.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia dictada el 22 de mayo de 1956, por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio civil de indemnización promovido por Beatriz Serpa viuda de Muñoz en su nombre y en representación de sus menores hijos Eduardo Hernando y María Esther Muñoz Serpa por la muerte del doctor Gabriel Muñoz Muñoz contra la Sociedad conyugal y la sucesión del doctor David Vega Luna, representada por su viuda señora Angélica Luna de Vega y por sus herederos legítimos, y

RESUELVE:

1º. Se revoca el fallo de primera instancia.

2º.—La sucesión del doctor David Vega Luna es civilmente responsable del hecho en el cual perdió la vida el doctor José Gabriel Muñoz.

3º.—La señora Beatriz Serpa viuda de Muñoz, en su carácter de cónyuge sobreviviente del doctor José Gabriel Muñoz Muñoz, y Eduardo Hernando y María Esther Muñoz Serpa sufrieron un perjuicio real, cierto y apreciable en dinero por causa de la muerte violenta inferida a su esposo y padre el citado doctor José Gabriel Muñoz Muñoz, cada uno en su respectiva calidad, la cual le fue causada por el doctor David Vega Luna.

4º.—Que, en consecuencia, la mencionada sucesión del doctor David Luna debe pagar a los señores Beatriz Serpa viuda de Muñoz y a sus hijos Eduardo Hernando y María Esther Muñoz Serpa, los perjuicios tanto materiales como morales por la causa expresada.

5º.—Los perjuicios materiales se fijarán por el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial para la cual se tendrá en cuenta que los respectivos valores no pueden exceder de los que para determinados renglones se fijaron en la parte petitoria de la demanda.

Los perjuicios morales serán cubiertos, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, y se fijan por la Corte en $ 2.000.00 para la señora Serpa de Muñoz $ 2.000.00 para el menor Eduardo Hernando Muñoz Serpa y $ 2.000.00 para la menor María Esther Muñoz Serpa.

Sin costas.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Armando Latorre Rizo—Con salvamento, Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. ARTURO C. POSADA

Con el respeto que me merecen los señores Magistrados que suscriben afirmativamente el fallo anterior, me aparto de él por las razones que paso a exponer:

Hasta la vigencia del Decreto-Ley 243 de 1951, las partes en la segunda instancia tenían, conforme al derogado artículo 758 del Código Judicial, amplias facultades para pedir que el juicio se recibiera a prueba, se decretaran y practicaran todas las conducentes. Esta norma y los artículos 745 y 746 concedían el mismo término ordinario de prueba indicado para la primera instancia.

El artículo 1º del Decreto 243, cuanto a término de prueba en la segunda instancia, como primera restricción, dispuso no concederlo sino cuando lo había habido en la primera.

Como segunda restricción redujo los casos de prueba a cuatro: 1º A la que denegó el inferior, y a la cual estima pertinente el Superior; 2º. A la que dejó de practicarse sin culpa del que la pidió; 3º A la que pretende demostrar el hecho nuevo ocurrido con posterioridad al término de prueba en la primera instancia que influya en la decisión; y 4º. A la práctica de la inspección ocular solicitada por alguna de las partes.

La experiencia enseñaba que las partes en el juicio ordinario obtenían la apertura del negocio a prueba en la segunda instancia bien para demotar la decisión, cuando habían hecho uso del concedido en la primera; bien para que se practicaran las decretadas en ésta, cuando descuidadamente no lo había hecho en el término respectivo.

Con estos antecedentes, el Decreto 243 "con la mira de hacer más rápida y eficaz la administración de justicia en lo civil" prácticamente redujo el debate probatorio a la primera instancia, ya que lo restringió en la segunda a los casos excepcionales enunciados y con el alcance en ellos indicado.

El decreto lo dice en sus consideraciones: "Que uno de los factores que le restan eficacia a la administración de justicia radica en la dilatada prolongación del debate probatorio en las dos instancias del juicio ordinario... Que se hace indispensable adoptar sistemas procesales más adecuados que los actualmente existentes para obtener mayor eficacia y rapidez en la protección y reconocimiento de todo legítimo derecho".

Siendo esto así, debe fijarse el alcance del caso en que se concede la apertura del juicio a prueba para la práctica de una inspección ocular:

En primer término, es necesario considerar que, el debate probatorio en la segunda instancia, no puede llevar a practicar pruebas no pedidas en la primera instancia, sino la atinente al hecho nuevo, y que de las solicitadas ante el Juez de primer grado sólo cabe admitir la negada por aquél, y que el Superior estime pertinente y la que dejó de recibirse sin culpa del que la pidió.

Por consiguiente, la inspección ocular no puede, sin desfigurar el pensamiento del Decreto 243, sin desvirtuar su naturaleza y sin incurrir en un fraude a la ley, tomarse como un medio para llevar toda la prueba documental, que no fue siquiera pedida en la primera instancia. Lo primero, porque es muy claro que el decreto, en sus antecedentes, en su letra y en su espíritu, se propuso reducir prácticamente el debate probatorio a la primera instancia, de modo que en la segunda sólo se aducen las que tienen el carácter de complementarias por haberse denegado, no haberse practicado sin culpa y referirse a un hecho nuevo decisorio. Lo segundo, porque la inspección ocular, como su nombre lo indica, y lo exponen la doctrina y la jurisprudencia, es el medio de obtener su convicción el Juez por el examen directo de las cosas y los hechos, cuya aducción es imposible de otra manera al expediente. Supuesto éste que no puede aceptarse, cuando los documentos, objeto de la inspección, podían ser conocidos y apreciados por el juzgador mediante las copias expedidas y aportadas debida y oportunamente. Y lo tercero, porque darle a la inspección ocular, autorizada en el ordinal 4º del artículo 1º del Decreto 243 el alcance de copiar unos documentos equivale a burlar lo preceptuado en los artículos 596, 597, 632 y 636 del Código Judicial.

En efecto, el artículo 597 no le dá mérito sino a las pruebas que se han pedido dentro de los términos señalados al efecto; el 636 dispone que los documentos públicos no acompañados a la demanda se piden dentro de los términos probatorios en copias obtenidas en la forma señala-

da por el mismo artículo; y el artículo 632 sólo da el valor de plena prueba, a las copias de los demás documentos auténticos, fuera de las escrituras públicas expedidas formalmente, y autorizadas por los secretarios y empleados encargados de los archivos.

La Corte sobre la manera de aportar la prueba escrita ha dicho :

"Las pruebas escritas a que alude el artículo 630 del Código Judicial, y que son no solamente los documentos que se custodian por funcionarios públicos y de que se solicita copia, sino todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, deben llegar a los procesos judiciales, para poder ser estimados como pruebas, con el mérito que les corresponde, en la forma y condiciones que determina el artículo 636 del Código Judicial" (Casación: 7 de julio de 1943. LV, 571).

"Los documentos públicos a que alude el artículo 636 del Código Judicial, son todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, y no simplemente los que se custodian por un funcionario público y de los cuales se solicita copia. Estos documentos y los señalados en el artículo 632 del mismo Código, con excepción de las escrituras públicas que pueden ser presentadas en juicio por las partes en copia autorizada por el Notario y debidamente registradas (artículo 630), no pueden llegar a formar parte del proceso para ser estimados como pruebas, sino en la forma y condiciones señaladas en el citado artículo 636, las cuales no deben considerarse como inútiles trabas al derecho probatorio sino como garantías de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley" (Unica instancia, 25 de julio de 1939, XLVIII, 354).

En providencias posteriores ha interpretado los artículos 630, 632 y 637 del Código Judicial en el sentido de considerar que los interesados pueden presentar directamente en las oportunidades procesales registradas por la ley no solamente las escrituras públicas sino los demás documentos públicos que tengan en su poder (Gr. J., 2130, página 484).

De aquí se infiere que los documentos públicos deben ser presentados en la forma autorizada por las normas citadas.

Pretender que la inspección ocular, autorizada hoy en la segunda instancia del juicio ordinario, sea la vía de allegar documentos no solicitados siquiera en la primera, sería aceptar el absurdo de que, si el mismo estatuto, de las pruebas no solicitadas en el primer grado del proceso sólo permite en el segundo la referente al hecho nuevo ocurrido después de vencido el término de prueba en la primera instancia, al mismo tiempo consagraría con la práctica de la inspección ocular no solamente la recepción de elementos no pedidos ante el Juez del conocimiento sin relación con hechos nuevos, sino la de documentos para cuyo allegamiento las normas sobre pruebas, que son de orden público, fijan un camino propio y especial.

La aplicación del ordinal 4º del artículo 1º del Decreto 243 con este sentido, va además contra la científica interpretación del artículo 724 del Código Judicial que señala a la inspección ocular, como único objeto, el examen y reconocimiento de las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate, que necesita hacer el Juez para juzgar con más acierto. Supuestos que no se cumplen, cuando la vista ocular, se ha pedido y practicado no propiamente para examinar unos documentos sino para tomar unas copias obrantes en el protocolo de una notaría.

Esto es, en síntesis, lo que se ha planteado para el juzgador en este negocio: La parte demandante no acreditó en primera instancia por ninguno de los medios legales la representación que de la sucesión del doctor David Vega Luna tenían su cónyuge sobreviviente, Angélica Luna viuda de Vega Luna y sus hijos legítimos, reconocidos herederos, Ariel, Tránsito Eunice, Iván, Eugenia, David Juan Martín, Sergio Miguel y Evaristo Vega Luna. Para llenar este vacío, en la segunda instancia, el apoderado de los demandantes pidió y obtuvo, a pesar del legítimo reclamo de la parte demandada, que se practicara una inspección ocular en el juicio de sucesión del doctor Luna Vega protocolizado en la Notaría Primera de Bucaramanga, para tomar una copia de las providencias por las cuales se les reconoció la condición de interesados como cónyuge sobreviviente e hijos legítimos.

El Tribunal Superior de Bucaramanga respaldado en un meditado estudio de lo preceptuado en los artículos 724, 636 y 597 ordinal 2º del Código Judicial y 1º del Decreto 243 de 1951, consideró ineficaz esta prueba y, en consecuencia, absolvió a la parte demandada.

El Magistrado disidente considera, por todo lo aquí expuesto que el Tribunal no cometió ningún error al considerar ineficaz la prueba con que se pretendió acreditar la legitimación en causa de la parte demandada, sino que, al contrario, le dio una correcta aplicación a las normas que regulan el término de pruebas en la segunda ins-

tancia, el alcance de la inspección ocular, y la facultad que tiene el fallador para estimar en la sentencia la eficacia de las pruebas decretadas, así sean aquéllas que aparentemente permite la ley.

El hecho de que el Tribunal, a pesar de la prohibición que implica el artículo 1º del Decreto 243 para practicar una inspección ocular, que no llena las finalidades señaladas en el artículo 724 del Código Judicial haya decretado y practicado esta prueba no puede ser razón para que la aceptara eficaz al tiempo de fallar, si la prueba en ella recogida era claramente ineficaz, por no permitirla la ley y por no allegarse en la forma debida.

Fecha ut-supra.

ARTURO C. POSADA

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS POR DAÑOS CAUSADOS A LA PROPIEDAD PRIVADA, CON OCASION DE LA CONSTRUCCION DE OBRAS PUBLICAS DE CARACTER PERMANENTE. — LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO SON CIVILMENTE RESPONSABLES DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE EN DETRIMENTO DE LOS DERECHOS CIVILES DE TERCEROS, SOBREVENGAN COMO CONSECUENCIA DE LA OBRA U OBRAS PUBLICAS POR AQUELLAS REALIZADAS. — LOS COLECTORES, COMO EL ALCANTARILLADO PUBLICO, O EL ACUEDUCTO, SON SERVICIOS PUBLICOS QUE POR SU NATURALEZA RECLAMAN NO SOLO EL CONTROL Y VIGILANCIA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA, SINO QUE EN GUARDA DE LA COMODIDAD Y SEGURIDAD DE LA CIUDADANIA, ES DEBER DEL RESPECTIVO DISTRITO MANTENERLOS EN BUEN ESTADO DE SERVICIO. — INDEBIDA APRECIACION PROBATORIA. — CUANDO PROCEDE COMO MOTIVO DE CASACION. — CITULACION QUE INCUMBE PRESENTAR AL DEMANDANTE EN LAS ACCIONES DE PERJUICIOS POR RAZON DE OBRAS PUBLICAS. — EXTREMOS ESENCIALES DE LA ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS CAUSADOS POR CULPA EXTRACONTRACTUAL. — TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION

I.—La sentencia de fecha 20 de junio de 1955, por medio de la cual se declararon inexequibles algunas disposiciones de la Ley 167 de 1941, no sólo resolvió las dudas sobre jurisdicción a que dio lugar la aplicación de la precitada Ley 167, sino que prácticamente señaló la órbita de acción de los tribunales ordinarios y de la rama administrativa para conocer de aquellas acciones indemnizatorias procedentes de daños causados en propiedad ajena por razón de obras públicas realizadas por el gobierno, ya sea nacional, departamental o municipal.

La doctrina sostenida en el mencionado fallo ha sido acogida por el Consejo de Estado y en desarrollo de ella, la mencionada Corporación ha dictado varias providencias sobre el particular, siendo una de ellas la de fecha 25 de julio de 1956, que dice así:

"La competencia para conocer de los perjuicios derivados de tales trabajos no está unificada en nuestra legislación —como es lo técnico y sería lo deseable—; así, ella corresponde:

"A lo contencioso administrativo, cuando el trabajo público no comporta la ocupación permanente de la propiedad privada (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de junio de 1955) y siempre que se reúnan estas dos condiciones: que los daños causados tengan origen en el conjunto de operaciones materiales realizadas para su construcción, reparación o conservación; y que el perjuicio sea directo —que exista una relación de causa e efecto entre éste y aquél—, en otras palabras, que no se haya interpolado ningún elemento extraño productor del daño.

A la justicia ordinaria, cuando la ocupación de la propiedad privada sea de carácter permanente (sentencia citada); cuando los daños son resultantes de la obra pública ya concluída —como secuela de hechos o aun de faltas o culpas por su uso o explotación— y no del trabajo público; y cuando el perjuicio no es directo, en el sentido ya estudiado".

Según los antecedentes jurisprudenciales citados, y cuando en un litigio no se trata de reclamar perjuicios por una obra pública en construcción, ni se refiere a daños causados en propiedad ajena por órdenes o providencias administrativas de las previstas en la Ley 38 de 1918, ni el debate judicial versa sobre la legalidad de un acto de la administración pública lesivo del interés particular, sino que se trata de una acción privada de orden inconfundiblemente civil, en la cual, quien demanda los perjuicios afirma haberlos sufrido por errores y fallas de orden técnico en los cuales incurrió el Municipio (o la Nación o el Departamento,

según el caso) al construir la obra pública de carácter permanente, y por no haber ejercido sobre dicha obra después de su construcción el control y vigilancia que reclama todo servicio público, es obvio, que la competencia para conocer de la mencionada demanda corresponde al órgano judicial, pues aquella se endereza, en resumen, a obtener una indemnización por culpa extracontractual, que es del resorte del derecho común. Expresamente así lo consignó la Comisión Redactora de la Ley 167 de 1941, en los siguientes términos:

"En esta forma la acción para reclamar queda limitada a los casos en que la ocupación o el daño provienen de un trabajo, de una obra pública, pues, es natural que los daños extracontractuales de otra naturaleza, ejecutados por la Administración, se ventilen y decidan de acuerdo con los preceptos del derecho común desde luego que se trata de una responsabilidad simplemente civil".

Por lo demás, la competencia del Organo Jurisiccional del Poder Público, emana también de nuestro Código de organización judicial, el cual en el numeral 1) del artículo 109 dice lo siguiente:

"Los Jueces del Circuito entienden en primera instancia en los asuntos siguientes de carácter civil;

"1).—En los contenciosos en que sea parte un Municipio y en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado".

Dentro del orden de ideas expuesto, la Corte considera que los Jueces de fondo que han conocido de un litigio de esta índole, obran dentro de la respectiva órbita de Acción fijada por las leyes sobre jurisdicción y competencia que son de orden público, y en consecuencia, un proceso de tal naturaleza no se halla viciado por la causal de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, como podría afirmarse sin fundamento.

2.—El artículo 2.341 del Código Civil, consagra el principio básico de la culpa extracontractual; y el 2.346 ibidem, siguiendo las enseñanzas del derecho romano acogidas por la jurisprudencia universal, establece la regla general de todo daño imputable a malicia o negligencia de otra persona debe ser por ésta reparado. Las precitadas normas en concordancia con el artículo 2.347, son las que en nuestro régimen civil gobiernan el fenómeno jurídico de la culpa extracontractual.

Las entidades de derecho público son civilmente responsables, como lo establece una tradicional doctrina de la Corte, de los daños y perjuicios que en detrimento de los derechos civiles de terceros, sobrevengan como consecuencia de la obra u obras públicas por aquellas realizadas.

Cuando trata de concretarse una responsabilidad civil contra una entidad de derecho público, por razón de una obra por aquélla ejecutada, la ley no tiene en cuenta si dicha obra se realizó directamente por la administración o indirectamente por medio de un contrato. A este respecto es muy clara y terminante la doctrina de la Corte, como puede verse en casación de 10 de julio de 1942. G. J., Tomo LIV-27).

Entre las normas que rigen en nuestro sistema civil lo relativo a la culpa extracontractual, el artículo 2.356 del Código Civil establece la presunción de culpabilidad, la cual no puede desvirtuarse sino probándose plenamente fuerza mayor, caso fortuito o la concurrencia de un factor extraño a la voluntad de la persona que ha sido demandada como responsable del daño causado. Y si ésta no aduce durante el curso del proceso prueba alguna que la exonere ante la ley y ante la justicia de la responsabilidad civil que se demanda, es obvio que el fallo en cumplimiento de la norma dicha debe serle desfavorable.

3.— Los colectores, como los transportes, como el alumbrado público, como el acueducto, como las vías públicas, etc. etc., son servicios públicos que por su naturaleza reclaman no sólo el control y vigilancia de la administración pública, sino que tales servicios en guarda de la comodidad y seguridad de las personas, es deber del respectivo distrito mantenerlos siempre en buen estado de servicio, y cualquier descuido, u omisión o cualquier negligencia a este respecto, hace acreedora a la responsabilidad civil a la respectiva entidad municipal.

4.—El cargo por indebida apreciación probatoria, sólo procede como motivo en casación, cuando se ha demostrado o evidenciado que en dicha apreciación hubo error de

hecho o error de derecho que incidieron en la violación de la ley sustantiva.

5.—Es verdad que el artículo 2.342 prescribe quiénes pueden pedir la indemnización por el daño causado, y es de acuerdo con esta norma en virtud de la cual corresponde al demandante en juicio sobre pago de perjuicios causados por culpa extracontractual, fijar claramente en el libelo su posición jurídica. Si así lo hacen los actores del juicio, declarándose ser propietarios del inmueble afectado por la construcción de la obra pública de carácter permanente, y al efecto adunen las correspondientes títulos de propiedad sin merecer tacha alguna de la contraparte, esto es suficiente para el caso. Más todavía, aun cuando no adunen los correspondientes títulos, tal omisión no daría margen para enervar su acción, si afirmaron y probaron que los perjuicios causados al inmueble con la construcción de la obra pública de carácter permanente, tuvieron lugar cuando ellos se hallaban precisamente habitándolo. Es decir, dijeron ser poseedores del inmueble en cuestión, y por esta sola circunstancia se hallaban amparados por la presunción de dominio establecida en el artículo 62 del Código Judicial, inciso 2º, según el cual, el poseedor se reputa dueño mientras otro no justifique serlo. En tal evento, tampoco están obligados los demandantes para acreditar la suficiencia de su titulación, a presentar el certificado de libertad de que trata el artículo 635 del Código Judicial, pues tal requisito no lo exige nuestra ley, ni aun para las acciones de dominio, v. gr. como la reivindicatoria.

6.—Los extremos esenciales de la acción sobre pago de perjuicios causados por culpa extracontractual, que deben ser objeto de plena comprobación durante la secuela del juicio para su procedencia, son los siguientes:

Culpa del demandado, la cual se presume o se prueba, según sea su naturaleza; daño o perjuicio causado al demandante que debe ser establecido por cualquiera de los medios probatorios prescritos en nuestra ley de procedimiento; y relación de causalidad entre la culpa imputada y el daño cuya reparación se exige.

7.—Dije con la técnica de este recurso extraordinario, plantear en casación cuestiones que no fueron objeto de discusión durante el curso del proceso.

8.—Cuando el recurrente se concreta a formular el cargo contra la sentencia de ser violatoria de ley sustantiva, sin exponer razón alguna para fundamentarlo, ni señalar tampoco las disposiciones sustantivas que a consecuencia de él fueron violadas por el sentenciador, no hay lugar a considerarlo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Gabriel Uribe Vélez y Matilde Uribe de Uribe, por medio de apoderado, demandaron ante el Juzgado del Circuito de Medellín al Municipio del mismo nombre, para que previos los trámites del juicio civil ordinario de mayor cuantía, fuera condenado al pago de los perjuicios causados por culpa extracontractual.

Los referidos perjuicios fueron debidamente especificados por el actor del juicio en el libelo de su demandada.

En la parte petitoria de la demanda fueron formuladas las siguientes súplicas:

"PRIMERA.—Que el Municipio de Medellín es responsable civilmente, por culpa extracontractual, probada o subsidiariamente presunta, de los daños causados al inmueble de propiedad de los señores Gabriel Uribe Vélez y Matilde Uribe de Uribe, consistente en el lote de terreno con casa de habitación de adobes, tejas, mejoras y anexidades, descrito en el hecho segundo de la demanda.

"SEGUNDA.— Que como consecuencia de la anterior declaración, ya sea por culpa probada o presunta debe pagar a los citados señores, los perjuicios de todo orden que les causaron consistentes en el daño emergente, y en el lucro cesante, en cantidad que será fijada en concreto, subsidiariamente en abstracto.

"TERCERA.—Que el Municipio de Medellín deber pagar a las mismas personas los perjuicios morales subjetivos, en cantidad que fijará el señor Juez.

"CUARTA.—Que el Municipio de Medellín está

en la obligación de realizar las obras necesarias para corregir los defectos que presenta el canal de conducción de la quebrada "La Palencia" en el lugar en que tuvo lugar el hundimiento, y dar al terreno la firmeza necesaria para que en él se pueda construir".

Para fundamentar sus pedimentos la parte demandante expuso varios hechos que son en resumen los siguientes:

a) Que Gabriel Uribe Vélez y Matilde Uribe de Uribe son propietarios de un lote de terreno con casa de adobes y teja, situado en Medellín, en la carrera Giraldo (hoy carrera 39) marcada en su puerta de entrada con el número 47-36.

b) Que el día siete de octubre de 1953 se hundió un sector considerable del piso de la sala del inmueble medianero con la casa número 47-28 de propiedad de María Orozco viuda de Cadavid, de proporciones tales, que condujo a una profundidad de cinco a más metros, habiéndose, como consecuencia de tal hundimiento presentado grietas de consideración que amenazaban la estabilidad de los dos inmuebles ya mencionados, por lo cual los demandantes y los inquilinos del inmueble marcado con el número 47-28 se vieron obligados a desocuparlos la misma noche del suceso referido.

c) Que por el subsuelo de los inmuebles a que se ha hecho referencia cruza el cauce cubierto de la quebrada "Palencia", cuya obra fue ejecutada por el Municipio de Medellín

d) Que hecha en presencia de los funcionarios de la Secretaría de Obras Públicas de Medellín una perforación en la parte superior del canal de conducción, se observó que la parte inferior de dicho canal, en una extensión de cinco metros aproximadamente se hallaba totalmente destruída.

e) Que la deficiencia en la construcción del referido canal, produjo en resumen, como consecuencia el derrumbe del piso de la construcción, por lo cual los demandantes y la señora María Orozco se dirigieron al Alcalde y Personero Municipal pidiéndoles el pago de la indemnización por los perjuicios por ellos recibidos y que habiendo sido comisonado el doctor Bernardo Berrío V., abogado de la Personería, para entenderse con los reclamantes, manifestó que el Municipio estaba pronto a arreglar los perjuicios causados, pero que en definitiva por diversas razones expuestas en la demanda no se logró llegar a ningún arreglo sobre el particular.

f) Que las diferencias surgidas entre los demandantes, la señora Orozco y el Municipio de Medellín, fueron materia de debates en el Consejo Administrativo de Medellín, cuya entidad expidió el Acuerdo número 17 de 7 de febrero de 1955, autorizando al Alcalde y al Personero de Medellín, para formalizar la respectiva negociación sobre indemnización de los perjuicios causados a los demandantes y a la señora Orozco viuda de Cadavid.

g) Que vigente el precitado acuerdo se reanudaron las conferencias entre los damnificados y el Municipio el cual llegó a ofrecerles a cada uno de ellos al suma de $ 35.000.00 que no aceptaron, pero cuya suma si fue aceptada por la señora Orozco viuda de Cadavid.

Admitida la demanda se corrió traslado de ella al Personero Municipal de Medellín, quien aceptó algunos de los hechos, negó otros, y se opuso a las súplicas impetrados en el libelo a más de que propuso las siguientes excepciones:

a) Inexistencia de la obligación;

b) Petición de un modo indebido; y

c) La genérica consistente en todo hecho en virtud del cual, las leyes niegan la existencia de la obligación demandada.

Agotado el trámite de primera instancia, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín por sentencia de fecha 1º de octubre de 1956, desató la litis declarando no probadas las excepciones y condenando al Municipio de Medellín al pago de las siguientes sumas de dinero: diez y seis mil doscientos pesos ($ 16.200.00), por concepto de daño emergente, diez y nueve mil doscientos cincuenta pesos ($ 19.250.00) moneda corriente por desvalorización del lote y por razón del lucro cesante fue condenada la nombrada entidad al pago de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) moneda corriente mensuales desde la fecha en que tuvo lugar el hundimiento hasta cuando los demandantes fueren indemnizados por el Municipio. No se accedió a las demás súplicas.

Ambas partes apelaron de la anterior providencia y una vez surtido el trámite de la segunda instancia, el Tribunal Superior de Medellín por sentencia de fecha 25 de marzo de 1957, decidió la apelación confirmando en todas sus partes el fallo del Juez A-QUO.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el recurso extraordinario de casación el señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Medellín, el cual una vez concedido y tramitado en esta Corte en debida forma procede a resolverse.

La demanda.

Seis cargos y por distintos motivos han sido formulados contra la sentencia recurrida y proceden en su orden a estudiarse.

Primer cargo.

Invocando la causal sexta del artículo 520 del del Código Judicial, dice en resumen el recurrente que habiéndose originado los perjuicios causados con razón de los trabajos públicos realizados por el Municipio de Medellín, al hacer la cobertura y canalización de la quebrada llamada "La Palencia", ha debido tramitarse este juicio ante otras autoridades y por el procedimiento establecido en el Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo, pero nó por la vía ordinaria ante el Poder Judicial.

Para sustentar su cargo, afirma el recurrente, hallarse vigente la competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para conocer de las demandas por daños causados con ocasión de los trabajos públicos.

Consideraciones de la Corte.

El aspecto jurisdiccional planteado ahora en este recurso extraordinario, es asunto resuelto ya desde hace varios años por la Corte Suprema de Justicia, cuyos fallos sobre el particular constituyen hoy una norma jurisprudencial tan clara en sus términos como fundamental en su doctrina.

Para afianzar sus tesis alude el recurrente a la sentencia de la Corte por la cual se declararon inexequibles algunas disposiciones de la Ley 167 de 1941. Pero tal sentencia, que es de fecha 20 de junio de 1955, debe saberse, no sólo resolvió las dudas sobre jurisdicción a que dio lugar la aplicación de la precitada Ley 167, sino que prácticamente señaló la órbita de acción de los tribunales ordinarios y de la rama administrativa para conocer de aquellas acciones indemnizatorias procedentes de daños causados en propiedad ajena por razón de obras públicas realizadas por el gobierno, ya sea nacional, departamental o municipal.

La doctrina sostenida en el mencionado fallo ha sido acogida por el Consejo de Estado y en desarrollo de ella, la mencionada Corporación ha dictado varias providencias sobre el particular, siendo una de ellas la de fecha 25 de julio de 1956, que dice así:

"La competencia para conocer de los perjuicios derivados de tales trabajos no está unificada en nuestra legislación —como es lo técnico y sería lo deseable—; así, ella corresponde:

"A lo contencioso administrativo, cuando el trabajo público no comporta la ocupación permanente de la propiedad privada (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de junio de 1955) y siempre que se aunen estas dos condiciones: que los daños causados tengan origen en el conjunto de operaciones materiales realizadas para su construcción, reparación o conservación; y que el perjuicio sea directo —que exista una relación de causa o efecto entre éste y aquél—, en otras palabras, que no se haya interpolado ningún elmento extraño productor del daño.

"A la justicia ordinaria, cuando la ocupación de la propiedad privada sea de carácter permanente (sentencia citada); cuando los daños son resultantes de la obra pública ya concluída —como secuela de hechos o aun de faltas o culpas por su uso o explotación— y nó del trabajo público; y cuando el perjuicio no es directo, en el sentido ya estudiado".

Según los antecedentes jurisprudenciales citados, y como no se trata en este litigio de reclamar perjuicios por una obra pública en construcción, ni se refiere a daños causados en propiedad ajena por órdenes o providencias administrativas de las previstas en la Ley 38 de 1918, ni el debate judicial versa sobre la legalidad de un acto de la administración pública lesivo del interés particular, sino que se trata de una acción privada de orden inconfundiblemente civil en la cual, quien demanda los perjuicios afirma haberlos sufrido por errores y fallas de orden técnico en los cuales incurrió el Municipio de Medellín al construir la cobertura de la quebrada "La Palencia", y por no haber ejercido sobre dicha obra después de su construcción el control y vigilancia que reclama todo servicio público es obvio, que la competencia para conocer de la mencionada demanda corresponde al órgano judicial, pues aquélla se endereza, en resumen, a obtener una indemnización por culpa extracontractual, que es del resorte del derecho común. Expresamente así lo consignó la Comisión Redactora de la Ley 167 de 1941, en los siguientes términos:

"En esta forma la acción para reclamar queda limitada a los casos que la ocupación o el daño provienen de un trabajo, de una obra pública, pues, es natural que los daños extracontractuales

de otra naturaleza, ejecutados por la Administración, se ventilen y decidan de acuerdo con los preceptos del derecho común desde luego que se trata de una responsabilidad simplemente civil".

Por lo demás, la competencia del Organo Jurisdiccional del Poder Público emana también de nuestro C. de Organización Judicial, el cual en el numeral 1º del artículo 109 dice lo siguiente:

"Los Jueces del Circuito entienden en primera instancia en los asuntos siguientes de carácter civil:

"1º.—En los contenciosos en que sea parte un Municipio y en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado".

Dentro del orden de ideas expuesto ,la Corte considera que los Jueces de fondo que han conocido de este asunto obraron dentro de la respectiva órbita de acción fijada por las leyes sobre jurisdicción y competencia que son de orden público, y en consecuencia, no se halla viciado este proceso por la causal de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial como lo afirma sin fundamento el recurrente.

Por las razones expuestas ,se rechaza el cargo.

Segundo cargo.

Invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial se acusa la sentencia por violación indirecta, a través de las pruebas, de los artículos 2.341, 2.347 y 2.356 del Código Civil, por indebida aplicación y por falta de aplicación los artículos 1.494, 1.495, 1.602, 1.604 y 2.060 de la misma obra.

Para fundamentar su cargo dice así el recurrente:

"Fue debidamente establecido por los demandantes que los trabajos públicos de la cobertura de la quebrada "La Palencia" los adelantó el Municipio de Medellín, en cumplimiento de obligaciones contractuales, contraídas bilateralmente frente a los señores Misael Restrepo y Carlos Cardona".

Y luégo agrega:

"Se trata de un contrato perfecto: el Municipio se obligó a ejecutar una obra, la cobertura de "La Palencia", a responder de su técnica y solidez; a abrir unas calzadas; a hacer unas alcantarillas y colectores para las casas que construirían Restrepo y Cardona y a no suspender la ejecución de los trabajos. Los señores Restrepo y Cardona se obligaron a pagar el precio de estas obras".

Con respecto a los artículos 2.341 y 2.346 del Código Civil que según el recurrente fueron violados por la sentencia, cabe observar lo siguiente: El primero de los citados artículos consagra el principio básico de la culpa extracontractual; y el segundo, siguiendo las enseñanzas del derecho romano acogidas por la jurisprudencia universal, establece la regla general de que todo daño imputable a malicia o negligencia de otra persona debe ser por ésta reparado. Las preciadas normas en concordancia con el artículo 2.347, son las que en nuestro régimen civil gobiernan el fenómeno jurídico de la culpa extracontractual, y en ellas se halla basado en derecho el fallo recurrido habiendo sido adecuadmente aplicadas por el Tribunal, pues, como es sabido, las entidades de derecho público son civilmente responsables, como lo establece una tradicional doctrina de la Corte, de los daños y perjuicios que en detrimento de los derechos civiles de terceros, sobrevengan como consecuencia de la obra u obras públicas por aquéllas realizadas.

Es un hecho evidente que fue plenamente establecido, desde la primera instancia de este juicio que el Municipio de Medellín realizó, bajo su responsabilidad técnica y administrativa, la obra de la cobertura de la quebrada de "La Palencia". Es también cierto, pues de ello dan testimonio diversos elementos probatorios que obran en los autos, que en la ejecución de la mencionada obra hubo fallas y errores de orden técnico, que produjeron la ruptura de las partes laterales del cauce cubierto de "La Palencia", como consecuencia de lo cual, sobrevino un desbordamiento de las aguas que se tradujo a la postre en el hundimiento del piso de la casa de habitación de los demandantes.

Fundándose en las pruebas a que se ha hecho mención, el Tribunal llegó a la conclusión de que aún admitiéndose no haber ocurrido errores de técnica en la construcción del colector, lo cierto es que los perjuicios que reclaman los demandantes fueron causados por "la negligencia y descuido en la vigilancia y conservación de la obra referida por parte del Distrito Municipal".

Al efecto dice así en su parte motiva el sentenciador:

"Pero para el Tribunal, aún admitiendo en gracia de discusión, que la obra de la cobertura hubiera sido perfecta por haberse ceñido sus constructores a las especificaciones de la técnica, considera que pesa sin embargo, sobre el Municipio, la obligación de indemnizar los perjuicios por su negligencia y descuido en la vigilancia y conservación del colector".

Nada tiene que objetar la Corte a la anterior

consideración del sentenciador, que aparte de hallarse fundada en pruebas que no han sido atacadas ni por error de hecho ni por error de derecho en su apreciación, se afianza también en normas expresas de nuestro Código Civil, entre ellas, el artículo 2.356 de la citada obra, a cuyos términos se ciñó el sentenciador y que dice:

"Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: .....3º.—El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".

Y no cabe argüirse diciendo que el fallo debe ser infirmado por no haber apreciado el Tribunal el contrato sobre construcción del colector a que alude el recurrente. Aún suponiéndose de que dicho contrato tuviese validez jurídica y eficacia probatoria, la omisión en el estudio de dicha prueba no dá margen para casar la sentencia, porque en dicho contrato no hay cláusula alguna que exonere al Municipio de su responsabilidad técnica y administrativa en la ejecución de la obra, ni en ninguno de los compromisos allí pactados se le eximió de su deber de vigilar y conservar la obra del colector, cuya falta de vigilancia y conservación, fue en resumen, como acertadamente lo dijo la sentencia, el hecho culposo generador de los perjuicios que por medio de esta acción han pretendido hacerse efectivos.

No resulta tampoco admisible para la Corte la tesis propugnada por el recurrente, según la cual, la relación contractual a que se ha hecho referencia, exime de responsabilidad civil al Distrito de Medellín. Si ello fuere así, cada cual para librarse de aquella responsabilidad apelaría al recurso contractual. Por lo demás, cuando trata de concretarse una responsabilidad civil contra una entidad de derecho público, por razón de una obra por aquélla ejecutada, la ley no tiene en cuenta si dicha obra se realizó directamente por la administración o indirectamente por medio de un contrato. A este respecto es muy claro y terminante la doctrina de la Corte que dice así:

"Para los efectos de localizar la responsabilidad civil de una entidad municipal en relación con el mal funcionamiento de la obra costeada por los particulares y destinada a la prestación de un servicio público urbano, lo mismo significa que tal obra haya sido hecha por los funcionarios municipales directamente o por medio de contratos de construcción intervenidos por los ingenieros oficiales. Siempre es el Municipio el autor y responsable directo del funcionamiento eficiente o inocuo del servicio". (Casación: 10 de julio de 1942, LIV-27).

Finalmente, en cuanto a los artículos 1.494, 1.495, 1.602 y 2.060 que dice el recurrente fueron indebidamente aplicados por el sentenciador, son normas que no inciden en el fallo.

Por las razones expuestas, se rechaza el cargo.

Tercer cargo.

Se halla formulado así:

"Causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial. Violación a través de las pruebas de los artículos 2.341, 2.356 y 2.357 del Código Civil".

Para fundar su cargo dice el recurrente:

"El H. Tribunal fija la responsabilidad del Municipio en el cuidado y vigilancia que debe tener en la red de alcantarillas. Como esta actividad no es en sí misma arriesgada a las voces del artículo 2.341 del Código Civil debieron probar los demandantes la culpa, negligencia o descuido del Municipio. Como no la probaron el Tribunal violó el artículo 2.341 como violó el 2.356 al darle aplicación a la presunción sin ser pertinente".

La Corte considera:

Como se dijo al examinarse el cargo anterior, el Tribunal dilucidó y falló este negocio dándole estricta aplicación a las normas que rigen en nuestro sistema civil lo relativo a la culpa extracontractual, una de cuyas disposiciones, —la citada por el recurrente— (artículo 2.356) establece la presunción de culpabilidad, la cual no puede desvirtuarse sino probándose plenamente fuerza mayor, caso fortuito o la concurrencia de un factor extraño a la voluntad de la persona que ha sido demandada como responsable del daño causado. Y como el Municipio de Medellín no adujo durante el curso de este proceso prueba alguna que lo exonerara ante la ley y ante la justicia de la responsabilidad civil que se demanda, era obvio que el fallo en cumplimiento de la norma dicha debía serle desfavorable.

Pero el Municipio, dice el recurrente, no tenía la obligación de vigilar y conservar el colector. A esto replica la Corte: Los colectores, como los transportes, como el alumbrado público, como el acueducto, como las vías públicas, etc. etc., son servicios públicos que por su naturaleza reclaman no sólo el control y vigilancia de la administración pública, sino que tales servicios en guarda de la comodidad y seguridad de las per-

sonas es deber del respectivo distrito mantenerlos siempre en buen estado de servicio, y cualquier descuido, u omisión o cualquier negligencia a este respecto, hace acreedora a la responsabilidad civil a la respectiva entidad municipal. Justamente, esa responsabilidad civil es la que están exigiendo actualmente los demandantes por medio del presente juicio.

En cuanto a la indebida apreciación probatoria a que hace referencia el recurrente, cabe observar que la causal invocada, sólo procede como motivo en casación cuando se ha demostrado o evidenciado que en dicha apreciación hubo error de hecho o error de derecho que incidieron en la violación de la ley sustantiva. Ninguno de tales errores ha sido demostrado ni establecido en este recurso, y en tal virtud, no hay lugar a infirmar el fallo por este concepto.

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

Cuarto cargo.

En este cargo como en el anterior, se acusa la sentencia por indebida aplicación de los artículos 2.341, y 2.356 del Código Civil y por no aplicación de los artículos 647, 677, 679, 682, 919, 923 y 928 de la misma obra, violaciones que ocurrieron a través de las pruebas al no haberse estimado algunas o haberse interpretado erróneamente.

La Corte considera:

Cuando se acusa una sentencia por razones como las expuestas por el recurrente, exigen las normas legales y jurisprudenciales reguladoras de la técnica de este recurso, no sólo indicar las pruebas que fueron indebidamente apreciadas, si no demostrar la manera como el sentenciador a consecuencia de una mala apreciación probatoria violó la ley sustantiva. No habiendo cumplido el recurrente con ninguna de las expresadas exigencias al formular el cargo que ahora se examina, esta sola consideración bastaría para rechazarlo. No obstante, la Corte por vía doctrinal, juzga oportuno referirse a las tesis propugnadas por el recurrente, y en las cuales sustenta también el quinto de los cargos formulados.

"El artículo 2.342 del Código Civil, enseña, dice el recurrente, quienes pueden exigir la reparación del daño causado y como los demandantes dijeron ser dueños del inmueble en cuyo piso se hundió por la obra municipal, han debido acreditar su calidad de tales, y acompañar el correspondiente certificado de libertad".

A esto replica la Corte:

Es verdad que el artículo 2.342 prescribe quienes pueden pedir la indemnización por el daño causado, y es de acuerdo con esta norma en virtud de la cual corresponde al demandante en juicio como el actual, fijar claramente en el libelo su posición jurídica. Así lo hicieron los actores del juicio, diciéndose ser propietarios del inmueble afectado con el hundimiento del piso y al efecto adujeron los correspondientes títulos de propiedad que obraron como prueba sin tacha alguna de la contraparte. Esto era suficiente para el caso. Más todavía, aun cuando no hubiesen aducido los correspondientes títulos, tal omisión no habría dado margen para enervar su acción, desde luego que afirmaron y probaron que el hundimiento del piso tuvo lugar cuando ellos se hallaban precisamente habitando la casa. Es decir, dijeron ser poseedores del inmueble en cuestión, y por esta sola circunstancia se hallaban amparados por la presunción de dominio establecida en el artículo 762 del Código Civil inciso 2º, según el cual, el poseedor se reputa dueño mientras otro no justifique serlo.

Tampoco estaban obligados los demandantes para acreditar la suficiencia de su titulación a presentar el certificado de libertad de que trata el artículo 635 del Código Judicial, pues tal requisito no lo exige nuestra ley, ni aun para las acciones de dominio, v. gr. como la reivindicatoria. Además, no debe perderse de vista que la acción incoada fue la de perjuicios, cuyos extremos esenciales que deben ser objeto de plena comprobación durante la secuela del juicio para su procedencia, son los siguientes: culpa del demandado, la cual se presume o se prueba, según sea su naturaleza; daño o perjuicio causado al demandante que debe ser establecido por cualquiera de los medios probatorios prescritos en nuestra ley de procedimiento; y relación de causalidad entre la culpa imputada y el daño cuya reparación se exige. Como estos extremos que son procesalmente los configurativos de acciones como la incoada, fueron debidamente establecidos, como lo observa con razón el sentenciador, era el caso de despachar, como al efecto se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda.

Finalmente, en ningún momento de esta litis, fue materia de controversia lo referente al dominio de la finca, cuyo suelo sufrió el hundimiento. Así como no fue cuestión controvertida si sobre ella pesaban o no servidumbres de acueducto. Es ahora en casación, cuando se ha pre-

tendido plantear este debate que riñe con la técnica de este recurso extraordinario, en el cual, no caen bajo su censura cuestiones que no fueron objeto de discusión durante el curso del proceso.

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

Quinto cargo.

Como este cargo se halla basado en la afirmación de que los demandantes no probaron ser dueños de la finca demeritada a consecuencia de los daños causados por el colector tantas veces mencionado, y como este aspecto de la acusación fue ya estudiado al examinarse el anterior cargo, por las razones allí expuestas, se rechaza.

Sexto cargo.

Se halla formulado así:

"Si la H. Corte Suprema de Justicia estima en su sabiduría que el cargo anterior puede prosperar, pero no através de las pruebas, sino por violación directa de las disposiciones citadas, así lo propongo con todo acatamiento".

Como el recurrente se concretó a formular el cargo, pero no expuso razón alguna para fundamentarlo, ni señaló tampoco las disposiciones sustantivas que a consecuencia de él fueron violadas por el sentenciador, no hay lugar a considerarlo.

* * *

RESOLUCION:

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticinco (25) de marzo de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario iniciado por Gabriel Uribe Vélez y Matilde Uribe de Uribe contra el municipio de Medellín.

No hay costas.

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

Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez — Julio Parra Dávila— Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Enrique J. Gonzáles, Conjuez.— Jorge Soto Soto, Secretario.

ERROR DE HECHO EN LA INTERPRETACION DE PRUEBAS.—REQUISITOS PARA QUE UNA CONFESION SEA INDIVISIBLE.—PARTIENDO DE UNA CONFESION DEL DEMANDADO O DE UN DETERMINADO ESCRITO DE LOS QUE SE DERIVE LA CONSTITUCION DE UNA OBLIGACION DE MAS DE $ 500.00, ES ADMISIBLE LA PRUEBA DE TESTIGOS

Para que una confesión sea indivisible se necesita que las modificaciones, aclaraciones o agregaciones se refieran a la misma causa o hecho fundamental que ha dado lugar a un determinado contrato. Pero si las agregaciones se refieren a una causa o título diferente, entonces constituye un hecho separado, distinto del principal.

Partiendo de una confesión del demandado o de un determinado escrito de los que se derive la constitución de una obligación de más de $ 500.00, es admisible la prueba de testigos. No que prohibe el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, es que con meros testigos se acrediten obligaciones superiores a $ 500.00.

Sobre el particular no debe olvidarse lo que estatuye el segundo párrafo del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, que advierte que no será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere en modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato (aquéllos cuya cuantía sea superior a $ 500.00).

Pero de aquí no cabe afirmar que la prueba testimonial no sirve para complementar la prueba escriturada o la que emana de una confesión.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

El señor Luis Soto demandó a la señorita Celmira Alzate Gutiérrez ante el Juez Civil del Circuito de Salamina para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

a).—Que existe una compañía de ganado formada por el demandante y la demandada, representada en veinte novillos, aportados por el demandante y apreciados en la suma de $ 10.270.

b).—Que como consecuencia de esta declaración se ordene la disolución de la compañía o sociedad y se ordene su liquidación.

El Juez del Circuito de Salamina por sentencia de enero 14 de 1957, declaró existir una sociedad entre demandante y demandada en relación con veinte cabezas de ganado avaluadas en la suma de $ 10.270.00; y ordenó su consiguiente liquidación.

El Tribunal Superior de Manizales por sentencia de octubre 31 de 1957, confirmó la sentencia dictada por el Juez de Salamina, pero con determinadas reformas y aclaraciones sobre el valor de los aportes y sobre la manera como deben pagarse los gastos de la liquidación.

II—RECURSO DE CASACION

El demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Manizales en lo relativo a las reformas y aclaraciones que se hicieron a la sentencia de primer grado.

Dice el recurrente que el Tribunal cometió los siguientes errores de hecho: en la interpretación de las posiciones absueltas por la señorita Celmira Alzate; en la falta de apreciación de las declaraciones de los testigos Antonio Osorio, Leonidas Tobón y Aldemar Ospina, las que fueron rechazadas por el Tribunal.

El error de hecho en la apreciación de la confesión se hace consistir en lo siguiente: El Tribunal tuvo como indivisible una confesión que en sí misma es divisible. Y saca el siguiente párrafo de la sentencia en donde afirma se contiene el citado error de hecho: "Pues bien, la señorita Celmira Alzate al contestar las posiciones 9ª y 11ª, confesó haber recibido por conducto de su recomendado los veinte novillos de que se trata; pero agregó que la entrega que de ellos le hizo el señor Luis Soto fue para pagarle la suma de $ 7.722.00 que éste le había quedado

debiendo de una compañía anterior y que por tanto, a la nueva sociedad el señor Soto únicamente había aportado una cuota equivalente al resto del valor de dicho ganado.

"Estas explicaciones, a juicio del Tribunal, no constituyen hechos distintos ni separados cuya demostración correspondiera a la demanda, sino que por el contrario se refiere a la modalidad del hecho confesado con el cual guardan ellas una estrecha relación.

"En otras palabras: al aceptar la demandada que recibió veinte novillos avaluados en la cantidad de $ 10.270.00, parte como dación en pago y el resto como aporte del señor Luis Soto para una sociedad, no hace una confesión que tenga el carácter de indivisible y que conduzca por ello al acogimiento únicamente de lo que le resulte desfavorable".

Dice el recurrente que según el artículo 609 del Código Judicial, "la confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar".

Continúa el recurrente diciendo que "si la señorita Alzate hubiera dicho que había recibido los veinte novillos, pero a título de compra o donación, por ejemplo, no podía dividirse la confesión porque la explicación afectaría la esencia del hecho a que se había referido la pregunta. Si la absolvente hubiera contestado que era cierto lo de la compañía, pero que a este título sólo había recibido diez novillos, pues los otros diez los había recibido para pago de una deuda, la confesión sobre la compañía habría que admitirla sólo sobre la cantidad de diez novillos, por ser ésta una circunstancia sustancial".

"Pero no fue esto lo que dijo la confesante y sin embargo el Magistrado pone en boca de ella otro error más grave: hacer decir lo que no dijo".

El recurrente endereza toda su demanda de casación a demostrar que la confesión tal como fue hecha por la demandada constituye un hecho indivisible en relación con los veinte novillos que entraron a formar parte de la compañía; a ese hecho agregó la confesante otros que no tenían una relación íntima con el hecho principal. Fueron hechos separados que estaba la confesante obligada a probar por constituir una excepción.

Por tanto, la agregación que hizo la confesante de que el demandante le debía la suma de $ 7.722.00, que le había quedado debiendo de una compañía anterior, fue un hecho separado, distinto del hecho principal o sea, el recibo de veinte novillos con los que se formó la sociedad.

El recurrente en su documentada demanda de casación cita autorizados conceptos de expositores nacionales y termina pidiendo que se case la sentencia recurrida y se confirme en todas sus partes la sentencia de primer grado.

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es un hecho cierto que el demandante, señor Luis Soto, entregó a la demandada veinte novillos avaluados en la suma de $ 10.270.00, para que pastasen en potreros de la demandada. Las utilidades debían distribuirse en la siguiente forma: el 35 por ciento para el demandante y el 65 por ciento para la demandada, por concepto de la administración y engorde de los semovientes.

La controversia arranca del hecho afirmado por el demandante de que todos los veinte novillos avaluados en la suma dicha, fueron integramente aportados a la sociedad; y el hecho afirmado por la demandada de que del valor total sólo fueron aportados a la sociedad el correspondiente a la suma de $ 2.548.00, en razón de que el demandante le debía por liquidación de una sociedad anterior la suma de $ 7.722.00.

Como el contrato de sociedad no fue formalizado por escrito, las únicas pruebas que obran en el expediente son: la diligencia de posiciones que absolvió la demandada y varias declaraciones de testigos.

En cuanto a la diligencia de posiciones la pregunta séptima y su respectiva respuesta se encuentran concebidas así: "Díga cómo es cierto, sí o no, que usted tiene conocimiento de que verificada la partición entre usted y su hermana Emma Alzate de Tobón, de las fincas El Jardín y Guayabal, en esta última existió pastando, entre otras cabezas de ganado, veinte novillos que eran del señor Luis Soto? Contestó: Es cierto".

A la pregunta novena, en virtud de la cual se indaga si la demandada había autorizado a su hermano Alberto Alzate Gutiérrez que le tomara al señor Luis Soto, a mediados del año de 1954, veinte novillos, que actualmente están pastando en su finca denominada Guayabal? Contestó: "Es cierto y explicó: a mediados de 1954, mi hermano recibió de Luis Soto un ganado, ganado que era para pagarme en parte, una cantidad de dinero que el señor Luis Soto, me quedó

a deber de una compañía anterior y que montaba a la suma de $ 7.722,00".

A la pregunta décima que dice: "Que cómo es cierto, sí o nó, que en la finca Guayabal existen veinte novillos en compañía entre usted y Luis Soto"?. Contestó: Es cierto. Leída la aprobó"

La pregunta duodécima y su respectiva respuesta se encuentran redactadas así: "Cómo es verdad, sí o nó, ¿usted tiene conocimiento de que los veinte novillos que actualmente están pastando en la finca Guayabal de su propiedad, fueron tomados en compañía para usted con las siguientes utilidades: el 65 por ciento para usted y el 35 por ciento para el dueño del ganado, Luis Soto?" Contestó: "Es cierto. Leída la aprobó".

De esta confesión se deducen estas circunstancias: que la demandante confiesa en varias de sus respuestas pura y llanamente que el señor Luis Soto era propietario de veinte novillos; que en virtud de autorización dada a su apoderado tales veinte novillos entraron a pastar a una de sus fincas y que medió con el propietario de los ganados un contrato en virtud del cual el mencionado ganado entraba a formar con la demandada una compañía, cuyas utilidades se repartían en la forma que tanto demandante como demandada afirman haber pactado.

Ciertamente en una de sus respuestas la demandada agrega una circunstancia, o sea que con el señor Luis Soto había tenido una compañía anterior y que en su liquidación dicho señor le había quedado a deber la suma de $ 7.722.00, que por tanto, del avalúo total de los veinte novillos ella recibía en pago la expresada cantidad, quedando para la compañía únicamente el saldo.

Trátase de examinar si la explicación complementaria que a una de las preguntas hizo la demandada constituye un hecho distinto y separado que no tiene íntima relación con el hecho fundamental, o si por el contrario, constituye una parte integrante de ese mismo hecho fundamental. Si lo primero, nos encontramos con una confesión divisible, y si lo segundo, con una confesión indivisible.

El hecho fundamental alrededor del cual gira todo este pleito consiste en la afirmación de haberse formado una compañía entre el señor Luis Soto y la demandada. El aporte del primero habría consistido íntegramente en los veinte novillos de que se ha hablado.

Salta a la vista que la confesión de la demanda es divisible, por esta razón: la agregación que hace en la respuesta dada a una de las preguntas no tiene íntima relación con el hecho fundamental. Ante todo, la demanda comienza por afirmar que antes de formar la compañía de que se habla, había tenido otra compañía anterior con el mismo demandante y que en la liquidación de tal compañía aquél le había salido a deber un saldo de $ 7.722.00. De manera que, de ser cierta la declaración que hizo la demandanda, al hecho fundamental, en todo caso constituye un hecho separado y distinto que ha debido probar, por cuanto en tal caso obraba como excepcionante.

Para que una confesión sea indivisible se necesita que las modificaciones, aclaraciones o agregaciones se refieran a la misma causa o hecho fundamental que ha dado lugar a un determinado contrato. Pero si las agregaciones se refieren a una causa o título diferente, entonces constituye un hecho separado, distinto del principal. Tal sucede en el presente caso, en que la demandada afirmó que antes de la compañía que formó con el demandante había tenido otra compañía con el mismo y que habían quedado sumas de dinero por liquidar.

Por tratarse de circunstancias que emanaban de un título o causa anterior constituyen un hecho separado y conforme al artículo 609 del Código Judicial, ha debido la demandada probarlos, pues se había convertido en excepcionante.

Fuera de la circunstancia anotada, es necesario tener en cuenta que la demandada en respuestas a otras de las preguntas que se le hicieron confesó puramente que la compañía se había formado con el aporte de los veinte novillos del demandante.

Fuera de la prueba de la confesión existen las declaraciones de los señores Antonio Osorio Ramírez, Leonidas Tobón Márquez y Aldemar Ospina, quienes afirman haber presenciado la entrega que de los veinte novillos hizo el señor Luis Soto al representante de la demandada con el objeto de constituir una sociedad con participación de utilidades.

El Tribunal rechaza tales declaraciones fundado en que no se admite la prueba de testigos, en relación con contratos que contengan la entrega de cosas que valgan más de $ 500.00.

Pero partiendo de una confesión del demandado o de un determinado escrito de los que se derive la constitución de una obligación de más de $ 500.00, sí es admisible la prueba de testigos. Lo que prohibe el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, es que con meros testigos se acrediten obligaciones superiores a $ 500.00.

Sobre el particular no debe olvidarse lo que estatuye el segundo párrafo del artículo 91 de

la Ley 153 de 1887, que advierte que no será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere en modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato (aquéllos cuya cuantía sea superior a $ 500.00).

Pero de aquí no cabe afirma que la prueba testimonial no sirve para complementar la prueba escrituraria o la que emana de una confesión.

Por los motivos anotados se impone la casación del fallo recurrido y la confirmación del de primer grado.

FALLO

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 Manizales el treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y siete, y en su lugar CONFIRMA la sentencia de primer grado que dice:

1º—Se decreta la liquidación de la sociedad de hecho formada por Luis Soto y Celmira Alzate Gutiérrez, y que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

2º—Se previene a las partes para que dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la misma, nombren un liquidador de común acuerdo;

3º—Los gastos de la liquidación son de cargo de las partes a prorrata de sus respectivos derechos.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Perilo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

EN SUCESION NO PUEDE ADJUDICARSE AL ACREEDOR LA COSA HIPOTECADA. — CASO DEL CONYUGE QUE REMATA UN BIEN QUE SU CONSORTE HABIA ADQUIRIDO GRAVADO CON ANTERIORIDAD. — MANDATO SIN REPRESENTACION. — PRUEBA. — EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE LO RECONOCE. — CASACION POR NO HABERSE DECLARADO DE OFICIO NULIDADES ABSOLUTAS.— CUANDO DEBEN DECLARARSE. — LA PARTICION NO SUPRIME EL TITULO DE HEREDERO. — VALOR DEL DICTAMEN PERICIAL CUANDO NO SE HAN PAGADO LOS HONORARIOS. — EN RECONVENCION NO PUEDE PEDIRSE LO QUE DEBE RESOLVERSE POR VIA ESPECIAL. — AUTONOMIA DEL SENTENCIADOR PARA ORDENAR LA INICIACION DE PROCESOS POR FALTAS EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA

1.—Si los derechos que tiene el acreedor hipotecario para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, son los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda (2448), no podía válidamente adjudicarse la cosa hipotecada al acreedor en sucesión, desde luego que el acreedor pignoraticio no puede apropiarse la prenda, ni cabe serle adjudicada sin que preceda subasta pública y sin que valga estipulación alguna en contrario (2422), o sea que la materia es de orden público. Luego la adjudicación en el juicio sucesorio sería nula de pleno derecho, como contraria a los citados artículos 2448 y 2422 del Código Civil.

En cambio, a la licitación de la prenda o de la hipoteca que se subasta, son admitidos por la ley el acreedor y el deudor (2423).

Y si es nula la adjudicación, deja de ser cosa propia del acreedor la mitad de la susodicha casa a tiempo del remate, y bien pudo entonces comprarla en la subasta. Así la nulidad de la adjudicación se transforma en validez del remate.

2.—Quien es constituyente de hipoteca consiente en el derecho de venta que la garantía real envuelve en beneficio del acreedor. Por eso el Juez representa legalmente a quien impuso el gravamen, cuando llega el evento de que por la justicia se haga efectivo el mismo derecho de venta. No cabe así que el cónyuge grave con hipoteca alguno de sus inmuebles en forma tal que directa o indirectamente, mediata o inmediatamente se traduzca en que su consorte pueda ejercer el derecho de venta que el gravamen envuelve, o que de algún modo le sirva de ocasión para adquirir la finca hipotecada, porque entonces la voluntad del constituyente de la garantía funda el consentimiento como elemento de la esencia del negocio jurídico bilateral, y puede predicarse la contratación entre cónyuges sobre bienes inmuebles, cuya nulidad absoluta proclama el artículo 3º de la Ley 28 de 1932.

Pero cuando apenas se trata de la finca que alguno de los cónyuges recibe sujeta de antemano al gravamen, no se descubre en derecho ni en razón el motivo que impida a su consorte intervenir como rematante en el juicio hipotecario. — La enajenación eventual fue consentida, no por la consorte ni por ninguna otra persona, cualesquiera que fuesen los ulteriores adquirentes del objeto gravado, sino por quien constituyó la garantía, que es a quien el Juez verdaderamente representa en la venta forzada. No cabe así admitir que hay acuerdo de voluntades entre consortes para la compraventa de inmuebles, ni que sean sustraídos de su patrimonio, pues si en el activo ingresó la finca, lo fue inseparablemente unida al gravamen que ya llevaba en cierne la enajenación.

3.—Cuanto a la cuestión fundamental de la potestad que compete al juzgador para declarar de oficio las nulidades absolutas, es importante establecer que no se trata ciertamente de que la Corte en casación entre a decidir en ejercicio de atribuciones que competen exclusivamente al Juez de instancia. Su papel se limita a determinar si el sentenciador, al no declarar la nulidad absoluta, violó las normas sustantivas.

4.—Las normas vigentes en materia pe-

cesal civil, se fundan en el sistema dispositivo, por oposición al sistema inquisitivo. Si a éste último corresponde la declaración oficiosa de nulidades absolutas, se sigue para el Juez una facultad que reviste el carácter de excepcional y estricta, en lugar de aparecer como campo abierto al ejercicio de facultades discrecionales por el sentenciador.

Ante todo, es necesario que el acto o contrato revele por sí mismo y en forma palmar el vicio absoluto que lo afecta, y no que la convicción judicial sobre su existencia pueda acaso formarse por el examen de otras pruebas. Pero esto no basta: es indispensable además que el acto o contrato esté atacado como soporte del derecho de acción o de contradicción ventilados en el proceso. Y, por último, debe también reunirse el requisito de que figuren como partes en el litigio todas las personas que concurrieron a la celebración del negocio a que la nulidad se refiere.

Si el vicio absoluto no es ostensible en el mismo acto o contrato, la declaración de nulidad se subordina a lo pedido, alegado y probado en el proceso por los medios de la tacha. Si no existe los derechos de acción o de contradicción, queda por fuera del lazo jurídico procesal que la sentencia esté llamada a desatar. Y si no son partes en la litis todas las personas que concurrieron a la celebración del acto o contrato, la nulidad declarada a espaldas de cualquiera de ellas, produciría falla atentoso sin oportunidad para la defensa, lo que es contrario al orden público. (86, C. N.).

No es otra la jurisprudencia que la Corte ha repetido en numerosos fallos:

(Casación: junio 9 de 1892, Tomo VIII, 344, 261; junio 30 de 1893, Tomo VIII, 406, 340 y 341; junio 12 de 1923, Tomo XXX, 1458-59 y 60; Agosto 19 de 1935, Tomo XLIII, 1930-372 y 373; Agosto 26 de 1938, Tomo XLVII, 1946, 66; abril 5 de 1946, Tomo LX, 2033 y 2033-363; diciembre 13 de 1954, Tomo LXXIX, 2109-245; Septiembre 22 de 1955, Tomo LXXXII, 2157 y 2158-143).

3.—Si alguien que es dueño de casa hipotecada, compra el crédito que la grava, la operación no consiste en nada distinto de liberar la finca, y nunca habrá de entenderse que por efecto de la expresión del gravamen queda también suprimido para el comprador del crédito su derecho de dominio sobre el inmueble liberado.

4.—Cuando el mandatario actúa en nombre propio por cuenta ajena (prete-nom), las consecuencias del negocio jurídico que celebra radican en su persona. Y es natural que así suceda porque el mandato se ignora, no rige las relaciones con terceros y su imperio se limita a las que existen entre mandante y mandatario.

Pero está en la índole del mandato inaparente, por la misma que depositia mayor confianza que en los casos comunes de la procuración representativa, que el mandatario se encuentre en el inmediato deber de traspasar al mandante los bienes que el encargo fiduciario contempla. No es otro el camino indicado para que la gestión finalice de acuerdo con el espíritu del mandato.

Si en los hechos ha sido necesario acudir a la vía judicial para obtener que el mandatario transfiera al mandante el objeto sobre que versa el mandato oculto, el despacho favorable de las súplicas del actor en nada varía la naturaleza jurídica del mandato sin representación, ni sus efectos, ni modifica tampoco el vínculo a que está sometido el mandatario, de traspasar a su mandante los respectivos bienes. La prosperidad de la acción equivale a la transferencia voluntaria que el apoderado hubo de hacer en beneficio del comitente.

Y así como el traspaso voluntario no afecta los intereses de terceros, ni los liga en modo alguno, por ser res inter alios acta, la declaración judicial que disponga lo mismo, tampoco lesiona ni beneficia a terceras personas, por ser res inter alios iudicata. De donde se desprende: a) Que no por oculto el mandato haya de ser imposible su descubrimiento judicial, y b) Que por no regir el mandato sin representación sino exclusivamente las relaciones entre el mandante y el mandatario, las demás personas quedan por fuera del litigio en que se ventile la existencia del mandato inaparente y el deber en que se encuentre el mandatario de retrasferir al mandante lo adquirido por ese medio. Quienes no ocupen el lugar de partes en el contrato de mandato oculto, tampoco pueden tener sitio en la litis donde se controla la existencia de esa misma figura.

7.—El mandato es figura eminentemente

consensual y, "puede hacerse por escritura pública o privada, por carta, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra", en conformidad con lo que estatuye el artículo 2.149 del Código Civil. Su prueba corresponde así a los medios de la carga.

8.—A la Corte de casación no le corresponde penetrar en los motivos que hayan determinado el ánimo del juzgador cuando, en lo conducente al deber que a los Tribunales está impuesto por la Ley 69 de 1945, dispuso la compulsa de copias.

9.—La partición hereditaria liquida la comunidad universal, materializa e individualiza los derechos de los partícipes sobre los bienes que la integran, pero no suprime la titularidad del heredero, que es precisamente el soporte justificativo de la adquisición mientras no aparezca heredero de mejor derecho que la haga valer en petición de herencia.

Si con beneficio de inventario se conserva el título de heredero, no obstante la partición, habrá de ser con las consecuencias derivadas de la naturaleza y fines del mismo beneficio, encaminado fundamentalmente a que el patrimonio del heredero mantenga su independencia frente a la comunidad universal, lo que constituye impedimento para que los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario se confundan con las deudas y créditos hereditarios (2316 y 1728 del Código Civil).

10.—Claramente corresponde la regulación de la Ley 63 de 1936, artículos 60 y 85, a un modo coercitivo para obtener que en oportunidad se satisfagan los honorarios periciales. Pero no incide en el valor intrínseco de los medios ni en la calificación de su mérito probatorio para efectos del recurso, con fundamento en error de derecho. Y tampoco podría servir como vehículo para presentar ante la Corte objeciones al dictamen, cuando ya en la instancia está agotada la oportunidad de formularlas.

11.—La admisibilidad de mutuas peticiones exige vínculo que las una en derecho. Y la amplitud de criterio al respecto nunca puede llegar al extremo de contravenir las reglas de procedimiento que obligan a trámite especial para determinadas materias.

No hay contrademanda en debida forma cuando se reconviene para el arreglo de deudas recíprocas originadas en varias causas y diversas negociaciones que no pueden tener cabida dentro de la relación jurídica procesal, por la necesidad de ser ventiladas mediante tramitaciones especiales que impiden la sustanciación bajo una misma cuerda.

Y si para la contrademanda falta el presupuesto fundamental de encontrarse en debida forma, sobre ella está vedado el pronunciamiento de fondo, como fue lo resuelto en la sentencia recurrida.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y ocho (18) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Sibilina Pérez viuda de Argüelles y después de Tobián, hizo compra a Raimundo Mora de la casa 15-13, calle 42 de Bogotá, sobre la que pesaba hipoteca por crédito a favor de Rosa Tulia Cerón. Fue incumplida por el vendedor Mora la obligación que tomó a su cargo, de obtener que la hipoteca fuese cancelada, y Rosa Tulia ejecutó tanto a Raimundo Mora, el deudor, como a Sibilina Pérez, la poseedora, en ejercicio de sus respectivas acciones; la personal y la real hipotecaria. Al juicio se acumuló la ejecución adelantada por Sibilina contra el propio Raimundo Mora, para el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación de conseguir que la hipoteca se cancelara oportunamente.

Arquímedes Ramírez y Julio F. Argüelles adquirieron por partes iguales el crédito hipotecario a virtud de cesión que les fue hecha por la acreedora Cerón. En tanto que al fallecer Sibilina Pérez, dejó como únicos herederos a Julio F. Argüelles y Sibilina Argüelles de Ramírez, adjudicatarios que vinieron a ser de la casa gravada con aquella hipoteca, conforme a la hijuela "para el pago de deudas y gastos", donde, en lo pertinente, se lee:

"Para el pago de la segunda partida, o sea la que representa el crédito hipotecario contra la sucesión y a favor de la señorita Rosa Tulia Cerón, se señala la casa hipotecada (junto con el sitio en que está edificada), que es la número 15-13 de la calle 42 de esta ciudad, la cual se

adjudica por mitad y proindiviso a los dos únicos herederos señora Sibilina Argüelles de Ramírez y señor Julio F. Argüelles..... La mencionada casa se sacará a remate, salvo el caso de que hubiere arreglo amigable con los dueños del crédito; y en el primero de estos casos, si del producto del remate resultare sobrante, después de haber hecho los pagos de que trata esta partida, el sobrante se repartirá por iguales partes entre los coherederos".

Arquimedes Ramírez, como abogado y mandatario judicial de su cesionario Julio F. Argüelles, continuó la ejecución del crédito hipotecario, hasta rematar en su nombre la casa objeto del gravamen.

* * *

Quiso el libelo con que Julio F. Argüelles inició el presente litigio, que, como súplicas principales, se declarara que el derecho de dominio pleno sobre la casa 15-13, calle 42 de Bogotá, pertenece por iguales partes, en común y proindiviso, a Arquimedes Ramírez y Julio F. Argüelles, desde el día 31 de julio de 1946, fecha del remate en el juicio ejecutivo de Rosa Tulia Cerón contra Raimundo Mora y Sibilina Pérez viuda de Tobián; que Argüelles tiene derecho a la mitad de los frutos del inmueble y que Ramírez está en la obligación de pagarle su valor en dinero; y que se cancelen la escritura que protocolizó el acta del remate y el registro de esta diligencia.

Reconvino el demandado Ramírez para suplicar el pago de sumas de dinero por deudas surgidas a través de varias negociaciones entre las partes litigantes.

Para desatar el pleito en primera instancia, el Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá profirió el fallo de 20 de mayo de 1955: Declara que el dominio pleno del inmueble pertenece en común y proindiviso, por iguales partes, a Julio F. Argüelles y Arquimedes Ramírez; que éste le debe a aquél, por concepto de frutos civiles, $ 100.00 mensuales desde el 31 de julio de 1946 hasta la fecha del fallo; ordena la cancelación de la escritura que protocolizó el acta de remate, del propio modo que la cancelación del registro de esa misma diligencia. Niega las demás súplicas del actor, a tiempo en que lo absuelve "de los cargos formulados en la contrademanda".

La alzada, interpuesta por Arquimedes Ramírez, quedó resuelta el 12 de abril de 1956 en los siguientes términos:

"1º.— Confírmanse los numerales primero a quinto inclusive de la sentencia proferida en este juicio por el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá con fecha 20 de mayo de 1955.

"Parágrafo: Aclárase el numeral cuarto de la referida sentencia, en el sentido de que la cancelación allí ordenada no se refiere a la escritura que en él se cita, sino al remate y al auto aprobatorio del mismo que se protocolizó mediante aquélla, en cuanto uno y otro dicen relación únicamente al doctor Arquimedes Ramírez. En consecuencia, por el Juzgado del conocimiento se comunicará esta determinación al señor Notario Segundo del Circuito de Bogotá para que haga las anotaciones legales del caso.

"2º.—Revócase el numeral séptimo de la misma providencia y en su lugar declárase probada la excepción perentoria temporal de ineptitud sustantiva de la demanda de reconvención;

"3º.—Condénase al apelante en la mitad de las costas del recurso. Tásense.

"4º.—Queda en estos términos reformada la sentencia objeto de la apelación en cuanto fue materia de ella.

"5º.—Por la Secretaría sáquese copia de esta sentencia y de las piezas procesales que fueren conducentes para los efectos de la Ley 69 de 1945".

* * *

Contra el fallo así proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, interpuso recurso de casación la parte demandada, quien lo funda en los cargos que pasan ahora al estudio para proveer en consecuencia.

PRIMER CARGO

Su estructura obedece a estos enunciados: "El remate es una compraventa. La compraventa de cosa propia no vale. Los contratos entre cónyuges sobre bienes raíces son absolutamente nulos. La compraventa entre el padre y los hijos de familia es nula. El sentido en que un negocio jurídico pueda producir algún efecto debe preferirse a aquel que no sea capaz de producir efecto alguno".

De donde el recurrente sostiene que la sentencia viola por modo directo las normas legales que contienen tales principios. En el remate de la casa 15-13 de la calle 42, el Juez representaba a Julio F. Argüelles y a Sibilina Argüelles de Ramírez, si aún vivía, o a sus menores hijos, caso de estar ya fallecida. Y es nula esa venta forzada puesto que, por una parte, Argüelles no

podía comprar por ese medio lo que de antemano y en la mitad le pertenecía por adjudicación en el juicio sucesorio de Sibilina Pérez viuda de Argüelles, y, por otra parte, en atención a que quien aparece como rematante, Arquímedes Ramírez, tampoco podía comprar la mitad del inmueble que pertenecía a su cónyuge Sibilina Argüelles de Ramírez, por adjudicación en el expresado juicio sucesorio. A que agrega violación del artículo 2.170 del Código Civil, porque si Ramírez era mandatario de Argüelles en el acto del remate, entonces compraría cosas que el mandante le ordenara vender, contra la prohibición de ese texto. Y de otro lado, si a la fecha del remate ya había muerto Sibilina Argüelles de Ramírez, quedaría el padre, Arquímedes Ramírez, con el carácter de comprador de bienes de sus propios hijos de familia, lo que está vedado por el artículo 1.852 del Código Civil. Todas ellas nulidades absolutas declarables de oficio conforme al artículo 2º de la Ley 50 de 1936, a saber:

"La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

Se considera:

I.—Es acertado el planteamiento en cuanto a que la compra pura y simple de cosa propia, por invalidez, no constituye soporte jurídico que permita al presunto vendedor ingresar el precio a su patrimonio: sería incausado el pago, por lo que la norma desprende la consecuencia de que "el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella". (1872). También está en lo cierto el recurrente cuando sostiene que son absolutamente nulos entre cónyuges los contratos relativos a inmuebles, pues no otra cosa dispone el artículo 3º de la Ley 28 de 1932, sobre régimen de bienes en el matrimonio; y del mismo modo acierta cuando arguye nulidad de la compraventa entre el padre y el hijo de familia (1852). Es claro, además, que "si no fuere con aprobación expresa del mandante", el mandatario no podrá "por sí o por interpuesta persona comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender". (2.170). Y el inciso 3º del artículo 741 del Código Civil permite ver que "en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el Juez su representante legal".

Pero en el mismo orden de ideas habría que admitir de igual modo nulidad en la adjudicación de la casa 15-13 de la calle 42, en el juicio sucesorio de Sibilina Pérez viuda de Argüelles. Porque si los derechos que tiene el acreedor hipotecario para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, son los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda (2.448), no podía válidamente adjudicarse la cosa hipotecada al acreedor Argüelles en aquella sucesión, desde luego que el acreedor pignoraticio ni puede apropiarse la prenda, ni cabe serle adjudicada sin que precede subasta pública y sin que valga estipulación alguna en contrario (2.422), o sea que la materia es de orden público. Luego la adjudicación en el juicio sucesorio sería nula de pleno derecho, como contrario a los citados artículos 2.448 y 2.422 del Código Civil.

En cambio, a la licitación de la prenda o de la hipoteca que se subasta, son admitidos por la ley el acreedor y el deudor (2.423).

Y si es nula la adjudicación, deja de ser cosa propia del acreedor Argüelles la mitad de la susodicha casa a tiempo del remate, y bien pudo entonces comprarla en la subasta. Así la nulidad de la adjudicación se transforma en validez del remate, por cuanto atañe al reparo cuestionado.

II.—En lo que respecta a contratación entre cónyuges sobre bienes inmuebles, el proceso no permite hallar base consensual para construírla.

No aparece que Sibilina Pérez viuda de Argüelles gravara con hipoteca la casa 15-13 de la calle 42. Antes bien, consta que de Raimundo Mora la recibió con ese gravamen. Menos aún podría admitirse que Sibilina Argüelles de Ramírez constituyera esa garantía, cuando los autos demuestran que el inmueble le fue adjudicado en la mitad proindiviso, precisamente por causa del gravamen que ya pesaba sobre la misma finca vinculada al pago de la obligación hipotecaria. No constituyó el gravamen. Apenas recibió la finca gravada.

Quien es constituyente de hipoteca consiente en el derecho de venta que la garantía real envuelve en beneficio del acreedor. Por ello el Juez representa legalmente a quien impuso el gravamen, cuando llega el evento de que por la justicia se haga efectivo el mismo derecho de venta. No cabe así que el cónyuge grave con hipoteca alguno de sus inmuebles en forma tal que directa o indirectamente, mediata o inmediatamente

se traduzca en que su consorte pueda ejercer el derecho de venta que el gravamen envuelve, o que de algún modo le sirva de ocasión para adquirir la finca hipotecada, porque entonces la voluntad del constituyente de la garantía funda el consentimiento como elemento de la esencia del negocio jurídico bilateral, y puede predicarse la contratación entre cónyuges sobre bienes inmuebles, cuya nulidad absoluta proclama el artículo 3º de la Ley 28 de 1932.

Pero cuando apenas se trata de la finca que alguno de los cónyuges recibe sujeta de antemano al gravamen, no se descubre en derecho ni en razón el motivo que impida a su consorte intervenir como rematante en el juicio hipotecario, sin que sea el caso de examinar aquí si Arquímedes Ramírez pudo ser mandatario de su cónyuge, puesto que el mandato está expresamente excluído de la prohibición legal. La enajenación eventual fue consentida, no por la consorte ni por ninguna otra persona, cualesquiera que fuesen los ulteriores adquirentes del objeto gravado, sino por quien constituyó la garantía, que es a quien el Juez verdaderamente representa en la venta forzada. No cabe así admitir que haya acuerdo de voluntades entre consortes para la compraventa de inmuebles, ni que sean sustraídos de su patrimonio, pues si en el activo ingresó la finca, lo fue inseparablemente unida al gravamen que ya llevaba en cierne la enajenación.

III.—El aspecto tendiente a encontrar compraventa entre el padre y los hijos de familia, a más de lo expuesto, viene formulado en hipotético, en menoscabo natural de la prosperidad del cargo que, por lo mismo, no trasciende al recurso. Y por cuanto hace a la compra por el mandatario de objetos que el mandante le haya ordenado vender, es de observar que en el asunto sub lítice, aparte de lo dicho, la finalidad del mandato resulta ser la de comprar el objeto que el mandante ha ordenado adquirir.

IV.—Cuanto a la cuestión fundamental de la potestad que compete al juzgador para declarar de oficio las nulidades absolutas, es importante establecer que no se trata ciertamente de que la Corte en casación entre a decidir en ejercicio de atribuciones que competen exclusivamente al Juez de instancia. Su papel se limita a determinar si el sentenciador, al no declarar la nulidad absoluta, violó las normas sustantivas. Y para saberlo, precisa esclarecer primeramente el significado y alcance de los poderes que al respecto se encuentran conferidos por la ley al Juez de segunda instancia.

Las normas vigentes en materia procesal civil, al sistema inquisitivo. Si a este último corresponde la declaración oficiosa de nulidades absolutas, se fundan en el sistema dispositivo, por oposición se sigue para el Juez una facultad que reviste el carácter de excepcional y estricta, en lugar de aparecer como campo abierto al ejercicio de facultades discrecionales por el sentenciador.

Ante todo, es necesario que el acto o contrato revele por sí mismo y en forma palmar el vicio absoluto que lo afecta, y no que la convicción judicial sobre su existencia pueda acaso formarse por el examen de otras pruebas. Pero esto no basta: es indispensable además que el acto o contrato esté invocado como soporte del derecho de acción o de contradicción ventilados en el proceso. Y, por último, debe también reunirse el requisito de que figuren como partes en el litigio todas las personas que concurrieron a la celebración del negocio a que la nulidad se refiere.

Si el vicio absoluto no es ostensible en el mismo acto o contrato, la declaración de nulidad se subordina a lo pedido, alegado y probado en el proceso por los medios de la tarifa. Si no sustenta los derechos de acción o de contradicción, queda por fuera del lazo jurídico procesal que la sentencia está llamada a desatar. Y si no son partes en la litis todas las personas que concurrieron a la celebración del acto o contrato, la nulidad declarada a espaldas de cualquiera de ellas, produciría fallo adverso sin oportunidad para la defensa, lo que es contrario al orden público. (26, C. N.).

No es otra la jurisprudencia que la Corte ha repetido en numerosos fallos: "El poder excepcional que al Juez le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que, por el contrario, está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias:

"1ª—Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento prueba la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta;

"2ª—Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y

"3ª—Que al pleito concurran en calidad de partes las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guar-

da del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron" (Casación: junio 9 de 1892, Tomo VII, 344, 261; junio 30 de 1893, Tomo VIII, 406, 340 y 341; junio 12 de 1923; Tomo XXX, 1.456, 59 y 60; Agosto 19 de 1935, Tomo XLII, 1.000, 372 y 373; Agosto 26 de 1938, Tomo XLVII, 1.940, 66; Abril 5 de 1946, Tomo LX, 3.032 y 3.033, 363; Diciembre 13 de 1954, Tomo LXXIX, 2.140, 246; Septiembre 22 de 1955, Tomo LXXXI, 2.157 y 2.158, 148).

Ninguna de las nulidades invocadas en la acusación se encuentra patente en el acta de remate, ni vicio alguno se aduce como fundamento de acción o de contradicción en el litigio, ni Sibilina Argüelles de Ramírez figura como parte dentro del pleito.

V.—Más aún, la realidad procesal conduce a esclarecer que los vicios denunciados en casación no pueden penetrar al recurso. Si alguien que es dueño de cosa hipotecada, compra el crédito que la grava, la operación no consiste en nada distinto de libertar la finca, y nunca habrá de entenderse que por efecto de la supresión del gravamen quede también suprimido para el comprador del crédito su derecho de dominio sobre el inmueble libertado.

Si por acto de partición que se aprobó por sentencia ejecutoriada el 21 de julio de 1944, Julio F. Argüelles y Sibilina Argüelles de Ramírez recibieron por mitad la casa 15-13 de la calle 42 para el pago del crédito hipotecario a favor de Rosa Tulia Cerón. Si por escritura 2.616 de 17 de agosto del mismo año de 1944, Notaría Segunda de Bogotá, Julio F. Argüelles y Arquimedes Ramírez obtuvieron que Rosa Tulia Cerón les cediera ese crédito, cuyo cumplimiento perseguía ejecutivamente. Si Arquimedes Ramírez, como abogado de su propia causa y como apoderado judicial del interés de su cocesionario Julio F. Argüelles, continuó la ejecución hasta terminar con el remate de la finca hipotecada. Y si este acto de remate condujera en definitiva a privar a Julio F. Argüelles de la mitad de la casa 15-13 de la calle 42, habría necesidad de admitir que pierde el dominio sobre sus inmuebles quien los libera de gravamen hipotecario. Lo cual pugnaría contra todo principio.

El rematante Ramírez en su actuación no dejó de ser apoderado judicial de Argüelles. Su interés no era desligable del interés propio del mandante, a no ser que se admitiera que el desamparo absoluto de los derechos del comitente corresponde al fiel y más esmerado cumplimiento de los deberes que asume quien acepta el encargo de guardar y proteger los intereses de su cocesionario, cuando se persigue judicialmente la efectividad del respectivo crédito. Si, pues, Ramírez tomó el remate cuando en el juicio era apoderado de su concesionario Argüelles, no está desacertado el sentenciador en el entendimiento de que la finca debe pertenecer por mitad a los dos cocesionarios, y no exclusivamente, por el todo, a quien tutelaba a la vez intereses propios y ajenos.

SEGUNDO CARGO

Sobre la base legal de que en ejercicio del mandato puede el mandatario contratar a nombre de su cliente o a nombre propio, el segundo reparo se endereza a demostrar que si el sentenciador ha entendido que Ramírez remató a nombre propio, pero en la mitad por cuenta ajena la casa 15-13 de la calle 42, se configura en lo que atañe al interés de Argüelles el mandato sin representación, y, por ello, mal pudo la sentencia ordenar que el acta de remate se cancelara para admitir a Julio F. Argüelles como beneficiario de la subasta, al lado de Arquimedes Ramírez.

"El mandatario que obra ocultando el nombre de su mandante —dice la demanda— no crea relaciones jurídicas entre éste y las personas contra quienes contrató el mandatario. Respecto de terceros el mandatario es el contratante; el mandante no tiene nada que ver en el acto sino en sus relaciones con el mandatario. Así lo reconoce y lo profesa el Tribunal en la sentencia en estudio, pero lo que hizo fue precisamente lo contrario: ordenó que el acta de remate quede en forma tal que los compradores sean Ramírez y Argüelles.

"Siendo así, no hay prete-nom; no hay mandato sin representación; no hay ocultación de nombre; no hay lo que predicó el Tribunal, sino precisamente lo contrario, a saber: Que el mandatario no ocultó el nombre de Argüelles sino que lo declaró en el acta del remate, puesto que por orden del Tribunal tal acta tiene que cambiarse en el registro y en notaría para que aparezca que en la licitación estuvo presente el doctor Ramírez haciendo uso de su nombre y del nombre del señor Argüelles.

"Pues esta orden destruye la tesis del Tribunal: si éste entiende que Ramírez obró, en ejercicio del mandato, ocultando el nombre de Argüelles, pero contratando para él, no debe ordenar que en el acta del remate aparezca el nombre de Argüelles, a menos que caiga en el absurdo, que

consiste en sostener que una cosa es y no es al mismo tiempo; que aunque Ramírez ocultaba el nombre de mandante hay que ponerlo en el acta de remate".

La demanda esfuerza el cargo al exponer que si por consecuencia del fallo en el acta de remate viene a quedar Argüelles como adquirente, se crean nuevas relaciones entre vendedores y compradores, cuando antes no existían sino entre los vendedores y Ramírez;

"Cualesquiera disputas —expresa la demanda— acerca de las consecuencias del remate: su nulidad, su ineficacia, su resolución, su rescisión, sus prestaciones mutuas, el saneamiento, etc., no serán ya entre los vendedores en el remate y el doctor Ramírez, como hasta hoy lo han sido, sino que por virtud de la orden del Tribunal, esas relaciones son entre todos: vendedores, mandatario, mandante y aún Ramírez personalmente.

"En síntesis: durante la parte motiva del sentenciador, Ramírez como *prete-nom*, es el único responsable ante terceros por las consecuencias del remate; ya en la parte resolutiva esas relaciones sí son con un nuevo personaje: Argüelles".

Añade que el Tribunal hizo ese cambio sin haber oído a todos los que fueron partes en el remate, y que si la Corte "al estudiar el cargo que hago en el primer capítulo de esta demanda, no puede compartir mi punto de vista, replicándome que le es imposible acoger mi tesis de la nulidad del remate entre consortes y entre mandante y mandatario y sobre compra de cosa propia, por no estar presentes en este juicio la señora Sibilina Pérez o sus herederos, séame permitido valerme del mismo argumento de la Corte para afirmar que el Tribunal violó los mismos principios en que se fundaría la Corte para rechazar mi tesis.

"Si no es posible tener por nulos los contratos de compraventa sobre bienes raíces entre consortes, la compra de cosa propia y las que los mandatarios hacen de cosas de sus mandantes, en razón de no estar presentes en el juicio todos los que intervinieron en los contratos, tampoco será posible transformar un mandato oculto en mandato ostensible sin estar presentes los que intervinieron en el contrato".

Se considera:

Cuando el mandatario actúa en nombre propio por cuenta ajena (*prete-nom*), las consecuencias del negocio jurídico que celebra radican en su persona. Y es natural que así suceda porque el mandato se ignora, no rige las relaciones con terceros y su imperio se limita a las que existen entre mandante y mandatario.

Pero está en la índole del mandato inaparente, por lo mismo que deposita mayor confianza que en los casos comunes de la procuración representativa, que el mandatario se encuentre en el inmediato deber de traspasar al mandante los bienes que el encargo fiduciario contempla. No es otro el camino indicado para que la gestión fina'ice de acuerdo con el espíritu del mandato.

Si en los hechos ha sido necesario acudir a la vía judicial para obtener que el mandatario transfiera al mandante el objeto sobre que versa el mandato oculto, el despacho favorable de las súplicas del actor en nada varía la naturaleza jurídica del mandato sin representación, ni sus efectos, ni modifica tampoco el vínculo a que está sometido el mandatario, de traspasar a su mandante los respectivos bienes. La prosperidad de la acción equivale a la transferencia voluntaria que el apoderado hubo de hacer en beneficio del comitente.

Y así como el traspaso voluntario no afecta los intereses de terceros, ni los liga en modo alguno, por ser *res inter alios acta*, la declaración judicial que dispone lo mismo tampoco lesiona ni beneficia a terceras personas, por ser *res inter alios indicata*. De donde se desprende: a) Que no por oculto el mandato haya de ser imposible su descubrimiento judicial, y b) Que por no regir el mandato sin representación sino exclusivamente las relaciones entre el mandante y el mandatario, las demás personas quedan por fuera del litigio en que se ventile la existencia del mandato inaparente y el deber en que se encuentre el mandatario de retransferir al mandante lo adquirido por ese medio. Quienes no ocupen el lugar de partes en el contrato de mandato oculto, tampoco pueden tener sitio en la litis donde se escruta la existencia de esa misma figura.

Si, pues, el sentenciador en el parágrafo de su fallo dice que la cancelación del remate y el auto aprobatorio de esa diligencia, ha de entenderse "en cuanto uno y otro dicen relación únicamente al doctor Arquímedes Ramírez, podría acaso no encontrarse exactamente feliz la expresión verbal, pero por lo que respecta al fondo mismo y en cuanto declara que desde la fecha del remate la casa 15-13 de la calle 12 pertenece a ese mismo título por mitad a Julio F. Argüllos y Arquímedes Ramírez, por efecto de las relaciones recíprocas entre mandante y mandatario en la ejecución de mandato oculto recibido por el último, la sentencia es coherente, no exhibe contrasentido, menos aún contradicción, y regula el contrato en conformidad con las normas aplicables. El efecto

de la sentencia registrada con declaración de pertenencia de la mitad de la casa a favor de Argüelles, equivalé al efecto del registro del acto por medio del cual Ramírez le hubiese transferido igual derecho en cumplimiento voluntario del mandato oculto. Se trata apenas de modificar el alcance del registro por virtud del mandato sin representación descubierto en el juicio, y en manera alguna de trasmutar la sustancia de negocios ajenos al contenido del pleito. Porque es claro que si el registro del fallo judicial modifica la titularidad de Ramírez sobre el inmueble, la sentencia no se proyecta ni en pro ni en contra de personas que estuvieron por fuera de la celebración del mandato oculto, que, por su propia naturaleza, carece de capacidad en derecho para dañar a terceros.

TERCER CARGO

Dice él recurrente: "....los hechos de una demanda son la fuente del derecho de la misma; el Juez no puede prescindir de ellos, ni modificarlos ni aumentarlos, porque la sentencia debe recaer sobre lo que ha sido materia de la litis contestación y nada más".

"Ahora bien —agrega:— En el hecho segundo de la demanda primitiva dice el actor que Arguelles y Ramírez convinieron verbalmente en que éste remataría la casa y luégo le transmitiría el dominio de ella haciéndole escritura de venta.

"El hecho tercero de la segunda demanda (folio 31) repite exactamente esta afirmación, y en ambas demandas, fundado en este hecho, pide el actor que se declare que Julio Argüelles es dueño de la mitad proindiviso de la casa.

"Empero, no existe la prueba de esa promesa, o sea el escrito en que conste; no se pueden probar las promesas con posiciones o confesiones de cualquier género sino con las escritas, según el artículo 89 de la Ley 153 de 1887; y además, aun suponiendo que la promesa de Ramírez y Argüelles existiera, el derecho emanado de ella era éste: obligar a Ramírez a hacer escritura de venta, tal como lo dice el hecho que vengo comentando".

"Estima que 'pasar de la promesa al dominio, es incurrir en petición antes de tiempo o de un modo indebido", violar el citado artículo 89 por dársele valor a una promesa verbal, o "incidir en errores que no comete nadie —se lee en el libelo— como es el de salirse de los hechos de la demanda para sacar consecuencias de otros hechos". Con lo que entiende violados los artículos 471 y 593 del Código Judicial y el 1.502 del Código Civil.

Se considera:

Sin duda, como hecho de la demanda aparece que Arquímedes Ramírez y Julio F. Argüelles "convinieron verbalmente que aquél se presentaría como postor y remataría el inmueble pagándolo con los créditos cedidos a ambos por la señorita Rosa Tulia Cerón L. mediante la escritura de que se habló en el hecho primero, y que luégo Ramírez transferiría el dominio de la mitad de él a Argüelles, haciéndole escritura de venta".

Pero de allí no se desprende, y menos aun con claridad, que la cuestión de hecho contemple una promesa de compraventa, cuando antes bien el contexto de la demanda significa la invocación de mandato oculto en que Ramírez asumió el deber jurídico de retransferir a su mandante Argüelles la mitad del inmueble subastado.

Y en cuanto a la prueba, el Tribunal expresa como conclusión del estudio de los medios:

"Con la explícita confesión del demandado que se desprende de todas las transcripciones anteriores y de las posiciones que absolvió a petición de su contraparte, y con los diversos documentos que como prueba adujeron las partes en legal forma a los autos, la Sala encuentra plenamente demostrados los siguientes hechos:

"a) Que entre el señor Argüelles y el doctor Ramírez, además de diversas relaciones comerciales y de orden jurídico que ambos exponen, se celebró un contrato de mandato, que tenía por objeto el cobro judicial de una cantidad de dinero que se le adeudaba a aquél; (artículo 2.142, 2.149 y 2.150 del Código Civil).

"b) Que igual cuota en el crédito total a cargo del deudor, pertenecía al mandatario Ramírez, como cesionarios que eran ambos de dicho crédito por iguales partes;

"c) Que por ese motivo, el doctor Ramírez tuvo un doble carácter en el juicio que promovió contra el deudor, así: Obró en su propio nombre como cesionario del cincuenta por ciento del total de la obligación y también como apoderado o mandatario judicial del cesionario del cincuenta por ciento restante; (artículo 2.146 ibidem).

"d) Que el mandatario doctor Ramírez, hizo postura y remató en su propio nombre la finca que se perseguía en el mencionado juicio, no obstante lo cual, con posterioridad al remate envió a su mandante señor Argüelles una cuenta relativa a los gastos del juicio, en la cual

le cargó a éste la mitad de tales gastos y le abonó, entre otros, el cincuenta por ciento de los arrendamientos producidos por el inmueble. Es de advertir que el demandado reconoció en posiciones la cuenta en referencia, por lo cual ésta tienen pleno poder probatorio. (Cfr: C. 3ª, folios 11, 12, 23 y 24)".

Por manera que si bien la promesa de contrato es negocio jurídico solemne, por exigir prueba documental ad sustantiam, según el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, no sucede lo mismo con el mandato, que es figura eminentemente consensual y "puede hacerse por escritura pública o privada, por carta, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra", en conformidad con lo que estatuye el artículo 2.148 del Código Civil. Su prueba corresponde así a los medios de la tarifa, que fueron precisamente los examinados por el sentenciador.

CUARTO CARGO

Expone el recurrente: "Si, como lo afirma el demandante, Ramírez y Argüelles convinieron en que después del remate aquél le haría a éste escritura de venta de la cosa rematada, en su mitad, resulta evidente que Ramírez no remató para su cliente Argüelles, porque entonces resultaría un absurdo la promesa de venta: Cómo sería posible que si Ramírez adquirió para Argüelles y, por lo tanto, éste, por el solo hecho del remate, era dueño de la mitad de la casa, alguien pudiera entender que esas dos personas convinieron en que Ramírez le vendería a su cuñado lo que ya era de éste.

"Si es cierto lo del convenio de hacer escritura de venta es evidente que Ramírez no contrató en el remate para Argüelles, porque es absurdo pensar que lo proyectado era precisamente celebrar una compraventa nula o sea la de comprar a Argüelles lo que ya era suyo.

"Esa sola afirmación de la demanda, hecha de modo espontáneo, expreso e inequívoco por el demandante, sacaría verdadero al doctor Ramírez en su tesis de que él no remató para Argüelles.

"Entonces, siguiendo al mismo demandante, ¿de dónde el puritanismo del sentenciador de ordenarle al secretario de su despacho sacar copia de lo conducente para cancelar la matrícula al doctor Ramírez, como lo dice la parte final del fallo de la acción principal, si el mismo demandante está de acuerdo en que no remató Ramírez para Argüelles sino que simplemente lo prometió venderle la mitad de lo rematado una vez surtido el remate"?.

Agrega que "la circunstancia de que el doctor Ramírez hubiera incurrido en un error de derecho al pensar que el artículo 2.177 del Código Civil autorizaba para rematar en su propio nombre y provecho", no era suficiente para disponer las copias dichas, puesto que jueces y magistrados incurren en errores de derecho, y resultaría necesario ordenar copias siempre que se casara una sentencia, "para cancelar el exequatur a los magistrados del fallo acusado".

Se considera:

Queda examinado cómo en lugar de promesa de venta lo que hubo entre Ramírez y Argüelles fue mandato sin representación. Ello enerva cualquiera incidencia del cargo, desde luego que el deber primordial del mandatario consistió precisamente en traspasar a su mandante la mitad del inmueble, adquirida en nombre propio pero por cuenta ajena.

Por lo demás, a la Corte de casación no le corresponde penetrar en los motivos que hayan determinado el ánimo del juzgador cuando, en lo conducente al deber que a los Tribunales está impuesto por la Ley 69 de 1945, dispuso la compulsa de copias. No se cita ni aparece norma infringida, y el punto encuentra refugio inviolable en el fuero interno del sentenciador.

QUINTO CARGO

Contempla lo que hipotéticamente habría sucedido si Ramírez no se presenta al remate; si no hubiera sugerido a Argüelles la idea de comprar el crédito hipotecario, que le ha dado —dice— "la posición que ocupa ante la cosa como titular de la mitad, según mi tesis, sin acudir a la idea del remate"; si no hubiera erogado todos los gastos para el registro del remate, etc., etc. De donde deduce que tanto por esos conceptos como por la remuneración estipulada o usual a que tiene derecho el mandatario, Ramírez puede retener lo que a Argüelles quepa en el remate. Y agrega:

"El señor Argüelles no le ha reconocido ni un centavo a su cuñado Ramírez por todas aquellas gestiones. Pretende coger el fruto limpio de espinas y aun de cáscara.

"Cuánto le debe Argüelles a su cuñado por esos conceptos, no lo sé; lo que sé es que aparecen en el expediente esas gestiones; no las desconoce ni desconocerlas podría el señor deman-

dante; su monto habrá de establecerse en el juicio en que los mandantes definen sus relaciones con los mandatarios, o sea en un juicio de cuentas".

Extiende en seguida estas consideraciones para concluir en el sentido de que el fallo debió reconocer la existencia de excepción de inepta demanda "porque Argüelles sólo puede hacer efectivo su derecho en un juicio de cuentas en que se sepa quién debe a quién y cuánto".

Así deduce la acusación de que el sentenciador violó los artículos del Código Civil, 2.181 por cuanto "el mandatario tiene derecho a que las relaciones jurídicas entre él y su mandante se liquiden en juicio de cuentas", y 2.188 por desconocérsele al mandatario el derecho de retención que esta norma le concede.

Por otro aspecto, reúne al cargo la consideración de que como entre Argüelles y Ramírez no ha mediado contrato de arrendamiento, mal pudo la sentencia condenar al pago de cánones sobre la mitad de la casa rematada.

Se considera:

Si en los eventos del mandato sin representación se ve colocado el mandante en la necesidad de recurrir a la justicia en salvaguarda de su interés, lo primero que corresponde descubrir es precisamente la existencia de la procuración oculta y el alcance del encargo recibido por el mandatario. Tal ha sido la sujeta materia de la presente controversia, sin que pueda la Corte en casación emitir juicio alguno anticipado acerca de las cuestiones en que se ocupa el cargo al estudio, sobre remuneración del mandatario, gastos o indemnizaciones debidas por el mandante al mandatario o recíprocamente, que acaso pudieran ser objeto de otras tramitaciones y juzgamientos. La sentencia hubo de limitarse, y así aparece, a declarar la verdadera pertenencia del inmueble y la deuda por los frutos civiles, consistentes en el valor de los arrendamientos que la casa debió de producir, a razón de $ 100.00 mensuales para la mitad de Argüelles.

SEXTO CARGO

Radica en considerar que cuando el Tribunal habla de que no debe cancelarse la escritura de protocolización "sino el acta misma del remate en cuanto de ella resulta que el único dueño es el doctor Arquímedes Ramírez", se colocó por fuera de las pretensiones deducidas por el actor, quien no "pidió la cancelación del acta de remate sino la cancelación del registro de la misma". De donde se invoca la causal 2ª de casación, por incongruencia entre lo pedido y lo resuelto.

Dice el recurrente:

"Si se ordena como lo da a entender el Tribunal, que el acta de remate quede modificada, será con el propósito de que en ella se diga que el remate se hizo en nombre de Ramírez y en nombre también de Argüelles. Si eso es lo ordenado, se estaría predicando algo contradictorio en las sentencias de instancia, o sea que ese remate se hizo para Ramírez y Argüelles, usando respecto de éste la fórmula del mandato sin ostentación, sin representación o como lo prevé el artículo 2.177 del Código Civil, y por otra parte, ordenando que en el acta quede testimonio de lo contrario, o sea que Ramírez no se presentó ocultando su calidad de apoderado de Argüelles sino obrando, como rematante, en nombre de ambos.

"Por eso digo que por el aspecto que ahora presento, la sentencia envuelve el absurdo, o sea la consagración de algo que pugna con el principio de contradicción, en virtud del cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo: si hay **prete-nom** o mandato oculto, no se puede ordenar que en el remate aparezca que no fue esa la figura sino la de mandato ostensible.

"Con decir el fallo que la mitad de la casa le pertenece al señor Argüelles por haber rematado Ramírez para él dicha mitad, se consigue el fin que el demandante ha buscado injurídicamente en este pleito, y no se descuartiza el fenómeno para ponerle los pies donde tenía la cabeza".

Se considera:

Si, en efecto, la demanda inicial pide que se cancele el registro del acta de remate, la misma súplica está integrada con la solicitud consecuencial de que se ordene el registro de "la sentencia que desate el juicio".

Allí puede encontrarse impropiedad en los términos y, como queda visto al examinar el segundo cargo, hallarse también que el despacho del sentenciador no fuese enteramente feliz en su expresión verbal. Pero así como ninguno pretende que el derecho esté sojuzgado por la fórmula, porque antes bien la fórmula está al servicio del derecho, el imperio de las normas, el deber ser jurídico, no se subordina a errores intrascendentes al recurso de casación.

Si prospera la súplica conducente a declarar la pertenencia del objeto por mitad para Ramírez y Argüelles, el efecto de la resolución jurisdiccional no habría de variar aun en el supuesto de

que el actor prescindiera totalmente de hacer la solicitud que el cargo comenta.

El registro de la sentencia declarativa del derecho, da remate, como eslabón actual, a la cadena demostrativa de la titularidad del dominio sobre el inmueble subastado. Y en esa forma la cancelación de que se trata no es otra que el registro de la sentencia, a que por ley está sujeta (2º, 2.652 del Código Civil). Por lo que, además, aunque el Tribunal no hubiese dicho nada al respecto, el fallo, como acto que por ministerio de la ley debe ir al registro, habría producido exactamente el mismo efecto y con igual significación que si se derivara de acto voluntario de Ramírez a través de escritura pública.

SÉPTIMO CARGO

Estriba en alegar yerro manifiesto de hecho en el sentenciador al desconocer la hijuela de Argüelles para el pago de deudas y gastos en la sucesión de Sibilina Pérez, y error de derecho en la apreciación de la prueba del mandato oculto para rematar, en cuanto aceptara el Tribunal que Argüelles era acreedor hipotecario, cuando no lo era, sino deudor de las sumas por las cuales estaba hipotecada la casa, y no como heredero, porque la partición liquidó la herencia, si no deudor como adjudicatario de la cosa hipotecada, en los términos de la hijuela que prevén el remate y que si hubiere sobrante se reparta por igual entre los coherederos.

"Ellos —dice el recurrente— aceptaron en la partición la diputación para pagar la deuda hipotecaria y el título al dominio del dinero que sobrara del remate. En ese instante terminó su calidad de herederos de la causante respecto de esa deuda hipotecaria; su situación no era ya la de representantes de la herencia; era la de titulares de la hijuela de deudas y gastos, como hubiera podido ser un tercero, que se encarga de pagar. Ya no operaba para nada el antecedente de haber aceptado la herencia con beneficio de inventario; las consecuencias de ese beneficio terminaron, respecto de esta deuda hipotecaria, en el acto de aceptar la hijuela de deudas y gastos, con adjudicación de casa y responsabilidad de deuda. Por consiguiente, ya no se estaba dentro de la excepción que al fenómeno de la confusión señala el artículo 1.728 del Código Civil.

"Esta confusión no la estudió el sentenciador; no alude a ella siquiera; da la sensación de que no vio la hijuela; por eso incurrió en error de hecho manifiesto ignorando una pieza trascendental del expediente; por ignorarla violó directamente el artículo 1.724 del citado Código Civil, puesto que consideró que don Julio Argüelles era acreedor, como cesionario de la señorita Cerón, cuando en realidad no era ya ni acreedor ni deudor".

Se considera:

La partición hereditaria liquida la comunidad universal, materializa e individualiza los derechos de los partícipes sobre los bienes que la integran, pero no suprime la titularidad del heredero, que es precisamente el soporte justificativo de la adquisición mientras no aparezca heredero de mejor derecho que lo haga valer en petición de herencia.

Si con beneficio de inventario se conserva el título de heredero, no obstante la partición, habrá de ser con las consecuencias derivadas de la naturaleza y fines del mismo beneficio, encaminado fundamentalmente a que el patrimonio del heredero mantenga su independencia frente a la comunidad universal, lo que constituye impedimento para que los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario se confundan con las deudas y créditos hereditarios (1.316 y 1.728 del Código Civil).

De suerte que si Argüelles, heredero beneficiario, tomó a su cargo el pago del crédito garantizado con hipoteca, no fue por responsabilidad propia sino ajena: de la herencia. Si con posterioridad a la partición compró el crédito hipotecario en compañía de Ramírez; si en cumplimiento de lo dispuesto en la hijuela se hizo el remate para admitir licitadores extraños; y si Ramírez, para sí y a la vez como apoderado de su concesionario, obtuvo que se le adjudicara el remate, todo ese proceso significa que Argüelles, por mitad, libertó del gravamen la casa de la calle 42, a tiempo en que se extinguía la responsabilidad a cargo de la herencia, puesto que la deuda era ciertamente de un tercero: Raimundo Mora.

OCTAVO CARGO

Consiste en que el sentenciador ha violado el artículo 60 de la Ley 63 de 1936 cuando condenó al pago de frutos con base en dictamen pericial que debió no tener como prueba, por cuanto no aparece que al perito Eduardo Toquica se le haya satisfecho el valor de sus honorarios, que se estimaron judicialmente por auto ejecutoriado. Además, formula objeciones al propio dictamen, por considerarlo infundado e inepto.

Se considera:

El artículo 60 de la Ley 63 de 1936 prevé que no podrá tenerse como prueba la que se practique en juicio "sin que haya constancia en autos del pago o arreglo satisfactorio de los honorarios periciales", y el artículo 85 del mismo estatuto expresa que los jueces o magistrados "que admitan como prueba los documentos que deben rechazar en conformidad con esta ley,..... sufrirán una multa de $ 5.00 a 500.00, según la cuantía o gravedad del caso..."

Claramente corresponde la regulación a un modo coercitivo para obtener que en oportunidad se satisfagan los honorarios periciales. Pero no incide en el valor intrínseco de los medios ni en la calificación de su mérito probatorio para efectos del recurso, con fundamento en error de derecho. Y tampoco podría servir como vehículo para presentar ante la Corte objeciones al dictamen, cuando ya en la instancia está agotada la oportunidad de formularlas.

NOVENO CARGO

Con referencia a la demanda de reconvención, está acusado el fallo por cuanto no entró a reconocer varios créditos a favor de Arquímedes Ramírez por diversos conceptos, sino que el Tribunal se abstuvo de conocer de esas súplicas por encontrar "probada la excepción perentoria temporal de ineptitud sustantiva de la demanda de reconvención".

Alega el recurrente que a Ramírez se le deben $ 1.600.00 por crédito a cargo de la sucesión de Sibilina Pérez de Tobián; $ 800.00 por honorarios en el mismo juicio, además de gastos y otras sumas como precio de ganados que Argüelles le adeuda. Que sobre todas esas partidas hay prueba de confesión (606 del Código Judicial y 1.760 del Código Civil), y que su pago debe decretarse sin juicio de cuentas. Agrega:

"Aceptando el precio indicado por Argüelles, como lo acepto yo en el supuesto de que prospere este cargo, es obvio que el saldo de 3.444.75 pesos con que concluye como crédito a favor de Ramírez la cuenta del folio 9, fecha 16 de julio de 1948, queda reducido a lo que resulte de restar de esa suma la diferencia en los precios indicados; como la diferencia es de 1.240.00 pesos a favor de Argüelles, restada esta cifra de la de $ 3.444.75, presentada por mi mandante como saldo a su favor y a cargo de Argüelles, lo que queda a cargo de este señor son $ 2.204.75".

Por último, concluye el recurrente en el sentido de pedir que la Corte case la sentencia, absuelva a Ramírez de los cargos de la demanda principal, y condene al actor Argüelles a pagar a Ramírez "la suma de $ 2.204.75 moneda corriente como saldo a favor de Ramírez por concepto de las cuentas que Argüelles pasó a Ramírez con fecha 6 de julio de 1948 y que Ramírez pasó a Argüelles con fecha 16 de julio de 1948....."

Se considera:

I.— En lo que es materia de la última acusación, el Tribunal, después de transcribir las súplicas y hechos de la demanda de reconvención, expresa:

"La simple lectura de las súplicas y hechos de la contrademanda arriba transcritos, indica que las pretensiones de su autor no pueden ser debatidas en un juicio como el presente, como que requieren uno de cuentas. Tal procedimiento ha sido establecido por la ley justamente para litigios como éste, es decir para saber 'quien debe a quién y cuánto'.

"En tal virtud, están fuera de lugar las consideraciones de orden probatorio que hizo el señor Juez a-quo para rechazar las súplicas de la contrademanda y absolver al reconvenido, porque todas ellas eran materia de un juicio especial de cuentas. Tanto es así, que el mismo contrademandante se vio forzado a exponer vagamente como fundamentos de derecho de su acción, las disposiciones..... pertinentes del Libro IV del Código Civil y sus concordantes, y las que fueron aplicables del Código de Comercio y la Ley 46 de 1923'.

"Todas esas diferencias que han ocurrido entre las partes con motivo de la administración del hato de "Matanegra" por parte de Argüelles, de los comprobantes que éste dejó de presentar, de la cuota en el pasivo sucesoral de doña Sibilina Pérez viuda de Tobián que le corresponden al señor Argüelles y, en fin, de las partidas que el doctor Ramírez le cargó 'al pasivo de sus cuentas' aunque aquél 'no ha querido aceptar esa forma de pago', son cuestiones ajenas a un juicio de la índole del presente, que requieren un debate y un procedimiento como el que al efecto señala el Título XXXVIII del Código Judicial.

"Por consiguiente, no podía dársele el trámite ordinario a semejantes pretensiones, ni menos aún decidirlas en el fondo como lo hizo el juzgador de primera instancia. En tales condiciones, lo procedente es revocar este extremo del fallo apelado y declarar sustantivamente inepta la contrademanda".

II.—La admisibilidad de mutuas peticiones exi-

ge vínculo que las una en derecho. Y la amplitud de criterio al respecto nunca puede llegar al extremo de contravenir las reglas de procedimiento que obligan a trámite especial para determinadas materias. No hay contrademanda en debida forma cuando se reconviene para el arreglo de deudas recíprocas originadas en varias causas y diversas negociaciones que no pueden tener cabida dentro de la relación jurídico procesal, por la necesidad de ser ventiladas mediante tramitaciones especiales que impiden la sustanciación bajo una misma cuerda.

Y si para la contrademanda falta el presupuesto fundamental de encontrarse en debida forma, sobre ella está vedado el pronunciamiento de fondo, como fue lo resuelto en la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 19 de abril de 1966 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Aníbal Valencia Zea—Rafael Ruiz Manrique, Conjuez.

Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION DE ENTREGA DE UNA MERCANCIA, O SU PRECIO, Y PAGO DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE MANDATO. — RESOLUCION DE UN CONTRATO DE PROMESA VERBAL DE COMPRAVENTA. — MANDATO SIN REPRESENTACION. — CONFESION DE ESTE. — FACULTADES DEL JUZGADOR PARA INTERPRETAR LA DEMANDA. — ERRORES EN QUE PUEDE INCURRIR.—ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS DEL PROCESO. — CAUSAL PRIMERA

Lo primero que debe examinar el juzgador es la clase de acción contenida en las peticiones de la demanda, cuando los términos de éstas no son lo suficientemente claros. Y esta determinación es fundamental, porque es la manera de establecer el derecho cuya tutela o eficacia se impetra de la jurisdicción. De aquí la facultad de interpretar la demanda que tiene el Juez, para cuyo cumplimiento, debe examinar, en conjunto, el libelo, esto es los hechos, las peticiones y los fundamentos de derecho invocados, y, llegado el caso, las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del juicio. Es incuestionable también, que en la interpretación de la demanda el juzgador pueda incurrir en errores de derecho, cuando se trata, por ejemplo, de determinar la naturaleza de la acción instaurada, o de simple hecho, si versa sobre una circunstancia decisiva, como la personería con que comparece el actor, o en que se cita al demandado.

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

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

Con fecha tres de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, Víctor Manuel Leal S. por medio de apoderado debidamente constituido, promovió acción ordinaria contra Tito Livio Morelli M. para que por sentencia se le obligue a lo siguiente:

"1º.—A devolver al señor Víctor Manuel Leal la cantidad de ciento treinta cargas de café lavado de primera clase de doscientas setenta y seis (276) libras españolas cada carga o el valor de dichas ciento treinta cargas al precio actual, descontando en ambos casos la suma de cinco mil pesos que el señor Víctor Manuel Leal recibió de manos del demandado a cuenta de la devolución de la cantidad de café expresado.

"2º.—A que pague al señor Víctor Manuel Leal los perjuicios materiales y morales por incumplimiento de sus obligaciones.

"3º.—A que, en caso de oposición, se le condene a las costas judiciales".

Los hechos pueden resumirse así:

Tito Livio Morelli comerciante en café, con residencia en Salazar, en su condición de comprador de dicho artículo, tuvo buenas relaciones comerciales durante un lapso mayor de diez años con Víctor Manuel Leal, persona solvente y cumplida en todos sus actos. Más las circunstancias políticas en noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, le obligaron a abandonar a Salazar e irse a radicar al Corregimiento de Villa Sucre en el Municipio de Arboleda.

Y en el hecho tercero agrega: "3º.—Con los antecedentes descritos anteriormente, un día, cuya fecha no se puede precisar, pero diez y ocho meses antes del mes de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, el señor Víctor Manuel Leal resolvió comprar a los cónyuges Delfín Alvarez R. y Ana Francisca Leal de Alvarez el predio agrícola denominado en general "Balcones" situado en los límites de los Municipios de Salazar y Arboledas por donde pasa la carretera que va de Salazar a Arboledas, cuyo precio o valor era entonces de veinticinco mil pesos. Una vez convenida la venta por parte de los esposos Alvarez al señor Víctor M. Leal por el precio antes dicho, el señor Tito Livio Morelli intervino en esta negociación o compraventa en el sentido de facilitar a los vendedores o darles a nombre del comprador el precio a cambio de que el comprador Víctor Manuel Leal le entregara en las cosechas sucesivas a partir de la de fin de año de mil novecientos cuarenta y siete,

la cantidad de doscientas sesenta (260) cargas de café lavado de doscientas setenta y seis libras españolas la carga y en la cantidad que se pudiera en cada cosecha hasta completar la entrega de las doscientas sesenta cargas. Entre tanto, el señor Víctor Manuel Leal recibiría materialmente la finca raíz expresada y el señor Tito Livio Morelli recibiría el título escriturario de manos de los esposos Alvarez, o sea, la posesión inscrita, que entregaría a Víctor Manuel Leal una vez hubiera entregado las doscientas sesenta cargas antes dichas".

La negociación se efectuó, en cuya virtud el señor Víctor Manuel Leal recibió la finca, comenzó a hacer entregas de café al señor Morelli hasta completar la cantidad de ciento treinta cargas de café; pero las circunstancias políticas que se presentaron en los meses de octubre y noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve en Salazar, le obligaron a salir con su familia de ese lugar.

Conforme al instrumento número 98 de 31 de marzo de 1948 de la Notaría de Salazar, recibió el título escriturario Tito Livio Morelli, quien, "aprovechando las circunstancias de cambio de partidos políticos en Salazar", resolvió desistir del negocio con Víctor Manuel Leal "y le entregó la finca con contrato de promesa de venta al señor Santiago Rubio", configurándose el incumplimiento de sus obligaciones "y a su vez se quedó con las ciento treinta cargas de café lavado antes dichas sin que siquiera su valor le fuera devuelto", lo cual le acarreó irreparables perjuicios morales y materiales. Y agrega: "Hay una obligación por parte del demandado de dar o entregar una cantidad de género por incumplimiento de un contrato de prestaciones mutuas, que ha causado perjuicios".

El Juez Civil del Circuito de Salazar, mediante decisión del veintidós de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, puso fin a esta controversia condenando al señor Tito Livio Morelli M., a pagar al señor Víctor Manuel Leal, la cantidad de $ 8.680.00, saldo de la suma de $ 13.680. que recibió en cargas de café, como anticipos para la celebración del contrato de compraventa del predio "Balcones" que comprende los lotes denominados "Balcones", "La Raya" y "Ramírez".

Contra esta providencia se alzaron los apoderados de las partes, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en fallo del treinta y uno de octubre de mismo año, la revocó, negó las peticiones de la demanda y condenó al actor en las costas del juicio.

Concedido, admitido y tramitado debidamente el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, corresponde a la Corte entrar a decidirlo.

Tres cargos le hace la demanda a la sentencia del Tribunal de Pamplona, los cuales se estudian en el orden en que están propuestos.

PRIMERO.—Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, acusa el fallo por error de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda, el cual llevó al juzgador a violar, por indebida aplicación al caso del pleito, el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y los artículos 1.506 y 1.507 del Código Civil, y por falta de aplicación los preceptos sustantivos contenidos en los artículos 2.142, 2.177 y 2.150 del mismo estatuto.

"El error cometido por el Tribunal se pone de manifiesto con la sola transcripción de los apartes del fallo en que se examina la acción propuesta, que lo llevó a considerar que entre demandante y demandado se celebró un contrato de 'promesa de venta', que, requiriendo la solemnidad de consignarse por escrito y demás requisitos establecidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, no se hizo, lo cual condujo a desestimar la demanda por falta de prueba del contrato en mención".

Transcribe en seguida los apartes enunciados, en los cuales el Tribunal afirma que la acción incoada por el actor "no es otra que la resolución de un contrato"; que el primer presupuesto de la acción resolutoria es la prueba del contrato cuya resolución se demanda; que en el caso sub judice "con las pruebas presentadas por el apoderado del actor" no se ha demostrado "la existencia y validez del contrato de promesa de compraventa que dice el demandado celebró verbalmente con el actor, quien estipulaba a favor, o a cargo de su esposa Ercilia García de Leal" de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.506 y 1.507 del Código Civil".

Aparece de la demanda, prosigue el recurrente, que estando interesado el actor Leal S. en adquirir el inmueble de Los Balcones, situado en jurisdicción de Arboledas y Salazar, se entendió con los dueños de él, los cónyuges Alvarez Leal, con quienes ajustó el précio de $ 25.000.00. Intervino entonces el demandado Morelli, con el cual "llevaba negocios desde tiempo atrás", y su intervención consistió en recibir la escritura de venta de los propietarios del predio, como en efecto lo hizo, según instrumento público 98 de

31 de marzo de 1948, otorgado ante el Notario de Salazar. "Como la adquisición era para su comitente Víctor Manuel Leal S. a éste se le hizo la entrega del inmueble". Siguiendo la costumbre practicada en las relaciones comerciales entre el comerciante Morelli y Leal S. aquél le prestó el dinero para la negociación, o sea, veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), que Leal S. se obligó a pagar con doscientas sesenta cargas de café, de buena calidad, de doscientas sesenta y siete libras cada carga. En virtud del mandato sin representación, Morelli, al adquirir, lo hizo para Leal S. quien continuó en la administración de la finca como dueño, y ,para abonar al préstamo de aquél, anualmente le fue entregando partidas de café hasta completar ciento treinta cargas, "y dejó de entregar las restantes porque la inseguridad social lo obligó a abandonar sus bienes. Valido de esta situación anormal, Morelli traicionó a su comitente, vendiendo la finca por cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), y ni siquiera devolvió a su mandante las ciento treinta (130) cargas de café entregadas. De ahí el motivo y razón de este juicio en que se exige la devolución de ese café y el pago de los perjuicios".

Concluye de estos hechos de la demanda que no se trata de una acción originada en un contrato de promesa de venta, que no se probó, sino de un mandato oculto o sin representación, por el cual Morelli adquirió el inmueble no para sí sino para su comitente.

Cita dos doctrinas de la Corte sobre esta forma del mandato, y dice que el error del Tribunal lo llevó, en primer término, a considerar que Morelli y Leal pactaron un contrato de promesa verbal de venta de la finca "Los Balcones", el cual, carente de las solemnidades exigidas por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, se quedó sin prueba; y, en segundo, a ver en el convenio de hacerle la escritura a la cónyuge de Leal, una vez abonadas las cargas de café, una estipulación a favor de ésta que no aparece aceptada, violando por errónea interpretación de tales actos los artículos 1.506 y 1.507 del Código Civil.

El mismo error del Tribunal en la interpretación de la demanda lo condujo a no estudiar el problema de un mandato sin representación planteado en ella, a la vez que un préstamo de Morelli a Leal por $ 25.000.00 pagaderos con doscientas sesenta cargas de café, en futuras entregas, que alcanzaron a ciento treinta cargas.

Esta errada interpretación de la demanda, hizo que el fallador dejara de aplicar los artículos 2.142, 2.149, 2.177 y 2.150 del Código Civil relacionados con el contrato de mandato, con los vínculos entre mandante y mandatario, facultades del mandatario para contratar en su propio nombre y responsabilidades de éste, cuando viola los términos de su compromiso.

La Corte considera:

Lo primero que debe determinar el juzgador es la clase de acción contenida en las peticiones de la demanda, cuando los términos de éstas no son lo suficientemente claros. Y esta determinación es fundamental, porque es la manera de establecer el derecho cuya tutela o eficacia se impetra de la jurisdicción. De aquí la facultad de interpretar la demanda que tiene el Juez, para cuyo cumplimiento, debe examinar, en conjunto, el libelo, esto es, los hechos, las peticiones y los fundamentos de derecho invocados, y, llegado el caso, las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del juicio. Es incuestionable también, que en la interpretación de la demanda el juzgador pueda incurrir en errores de derecho, cuando se trata, por ejemplo, de determinar la naturaleza de la acción instaurada, o de simple hecho, si versa sobre una circunstancia decisiva, como la personería con que comparece el actor, o en que se cita al demandado.

En el caso concreto los hechos, o mejor, la causa petendi de la cual deriva las peticiones el actor, son los que enumera de 3º, 4º, 5º y 6º que, en su esencia, son:

Víctor Manuel Leal resolvió comprarles a los esposos Delfín Alvarez y Ana Francisca Leal de Alvarez el predio "Los Balcones". Una vez convenida la venta, intervino Morelli "en el sentido de facilitar a los vendedores o darles a nombre del comprador el precio" acordado, que fue de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00). Esta suma se la pagaría Leal con doscientas sesenta cargas de café lavado de doscientas sesenta y seis libras españolas la carga, de las cosechas sucesivas, a partir de la de fines del año de mil novecientos cuarenta y siete y en la cantidad que pudiera en cada una. Entre tanto ,Leal "recibiría materialmente la finca raíz, y el señor Tito Livio Morelli recibiría el título escriturario de manos de los esposos Alvarez, o sea, la posesión inscrita, que entregaría a Víctor Manuel Leal una vez que hubiera entregado las doscientas sesenta cargas antes dichas".

El negocio se hizo, Morelli recibió de los esposos Alvarez la escritura 98 de 31 de marzo de 1948 otorgada en la Notaría de Salazar y registrada el 8 de abril de 1948 en el Libro 1º.

Víctor Manuel Leal recibió la finca e hizo a

Morelli entregas de café hasta completar en noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve la cantidad de ciento treinta cargas. Luego, no pudo entregarle más café, porque las circunstancias políticas que se presentaron entre octubre y noviembre de aquel año, lo obligaron a salirse de Salazar con su familia.

Morelli, ante la situación política de Salazar, "resolvió desistir en el negocio" con Leal, y le entregó la finca, mediante contrato de promesa de venta, a Santiago Rubio por un precio de cuarenta mil pesos.

Así Morelli incumplió sus obligaciones, se quedó con las ciento treinta cargas de café, y le ha causado perjuicios a Leal.

Estos hechos, repetidos en el interrogatorio presentado por el demandante al testigo Delfín Alvarez (folio 1, cuaderno 2º) y en la diligencia de absolución de posiciones por el actor a petición del demandado, establecen de una manera cierta que la causa de la súplica para que se condene a éste a devolverle al actor las ciento treinta cargas de café, o su valor al precio actual, y al pago de los perjuicios provenientes del incumplimiento de las obligaciones pactadas, estriba en que entre los litigantes hubo, en primer lugar, un contrato de mandato sin representación por virtud del cual Morelli intervino en la compra de "Los Balcones" en representación de Víctor M. Leal; y, en segundo, un préstamo de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), con los cuales aquél pagó el precio del inmueble, a nombre de Leal, quien, a su vez, se obligó a cancelar esta suma con doscientas sesenta cargas de café, que habría de entregar en la forma expresada. Y Morelli se comprometió, además, a transferirle a su contendiente el inmueble una vez que le hubiera cubierto el préstamo.

La acción instaurada es, en definitiva, la de que se condene al demandado Morelli a la devolución de las ciento treinta cargas de café a su valor actual y al pago de los perjuicios, como una consecuencia de haber incumplido sus obligaciones y de haberse colocado en imposibilidad de cumplirlas.

El libelo, después de invocar los fundamentos de derecho, concluye: "Hay una obligación por parte del demandado de dar o entregar una cantidad de género por incumplimiento de un contrato de prestaciones mutuas que ha causado perjuicios". El alegato de conclusión del demandante en primera instancia termina así fijando el alcance de la acción: "En tal forma, pues, que el demandado no tiene causa alguna para retener dichas cargas de café en su poder y debe devolverlas. Debe además de indemnizar a mi representado, de todos los perjuicios que le ha ocasionado con el no cumplimiento de lo estipulado".

Es incuestionable que la causa mediata de la acción no es un contrato de promesa de venta sino uno de mandato sin representación y otro de mutuo, y la inmediata el incumplimiento o la imposibilidad en que se colocó Morelli de cumplir el primero, a causa de la promesa de venta y entrega de la finca que celebró con Santiago Rubio. El Tribunal, al determinar la acción instaurada en este juicio, estima que las peticiones de la demanda "se fundamentan en el incumplimiento de un contrato por parte del demandado"; que la invocación del Título 12 del Código Civil que trata Del efecto de las Obligaciones, y la parte final del libelo en que el demandante dice hay una obligación de entregar una cantidad de género, por incumplimiento de un contrato de prestaciones mutuas, permiten deducir "lógicamente que el actor ejerce la acción resolutoria establecida en el inciso 2º del artículo 1.546 del Código Civil".

Reitera luégo este mismo concepto. Pero, en verdad, no se pronuncia aquí sobre la clase de contrato, cuya resolución se pide. Hace sí un estudio de la prueba presentada por el actor y concluye: "En el caso sub judice ya se demostró cómo en las pruebas presentadas por el apoderado del actor no se ha presentado ninguna, ni siquiera con el carácter de semi-plena, que demuestre la existencia y validez del contrato cuya resolución se solicita"

Es al analizar el conjunto probatorio aducido por el demandado donde afirma el Tribunal que "no queda probada la existencia y validez del contrato de promesa de compraventa que dice el demandado celebró verbalmente con el actor". Pero adelante añade: "Por todo lo expuesto se concluye que la sentencia recurrida es equivocada, cuando reconociendo en la parte motiva la nulidad e invalidez del contrato de promesa de compraventa cuya resolución se pide, sin embargo accede y concede, aunque en ínfima parte algunas de las peticiones de la demanda. En casos como el sub judice no cabe otra interpretación de la demanda".

Infiérese de todo esto que, la demanda no invoca en ninguna de sus dos súplicas fundamentales la resolución del contrato o contratos que dice el actor celebró con el señor Morelli, sino la devolución del café entregado o el precio del

mismo y el pago de los perjuicios por la imposibilidad de cumplir sus obligaciones el demandado. No podría el juzgador, a propósito de interpretar una demanda, considerar interpuesta una acción a la cual no dan margen los términos claros de las peticiones y el alcance de los hechos.

El Tribunal se equivocó en considerar que se trataba de la acción resolutoria por incumplimiento del demandado en las obligaciones emanadas del contrato enunciado en los hechos del libelo, que no es el de promesa verbal de compraventa sino el de mandato sin representación.

Pero este error en la apreciación de la demanda, por sí solo no lleva a la casación de la sentencia, pues es necesario considerar el siguiente cargo, en el cual se sostiene que el contrato de mandato oculto está plenamente probado.

SEGUNDO CARGO.

Basado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial acusa la sentencia por haber incurrido el Tribunal en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas del proceso, por cuya consecuencia violó los artículos 1.506, 1.507 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887, por indebida aplicación, y los artículos 2.142, 2.146, 2.149, 2.150, 2.155, 2.157, 2.159, 2.160, 2.177, 2.184, 1.494, 1.602, 1.603, 1.604, 1.516, 1.517 del Código Civil, por falta de aplicación.

Lo funda así, en resumen:

El Tribunal, estimando que la acción desprendida de los términos de la demanda, era la de incumplimiento de una promesa de venta, halló QUE FALTABA la solemnidad escrita de este contrato, y observó también que de lo demostrado en el pleito resultaba una estipulación para otro, no aceptada por esa persona.

Estudiadas las pruebas del proceso a la luz de los principios del contrato de mandato sin representación, establecen con toda evidencia el convenio de Leal con Morelli, enunciado en la demanda.

El error del Tribunal, al bautizar como una acción proveniente del incumplimiento de una promesa, la propuesta por Leal, lo llevó a no ver en los autos la prueba del mandato y su violación, en la apreciación de los siguientes medios de convicción:

a) La confesión que se desprende de la contestación de la demanda al referirse a los hechos 3º, 4º y 5º.

Encuentra la confesión de Morelli en el aparte de la respuesta al hecho tercero que dice: "Víctor Manuel Leal propuso verbalmente a Tito Livio Morelli que éste comprara a los señores Delfín Alvarez" etc. De acuerdo con lo propuesto por Leal, Morelli celebraría el negocio, recibiría la escritura por los dos primeros lotes, etc. "Tito Livio Morelli aceptó la propuesta de Leal y tal negociación se efectuó, etc.

En la respuesta al hecho cuarto confiesa Morelli que recibió ciento veinte cargas de café de las doscientas cincuenta que el mandante comprador se obligó a entregarle a aquél para satisfacer la obligación pendiente.

El Tribunal apreció con error evidente de hecho la contestación dada al hecho quinto de la demanda por Morelli, donde dice que desde el mes de diciembre de 1949 hasta el mes de junio de 1952 "los predios agrícolas a que tantas veces nos hemos referido' permanecieron en poder de arrendatarios que obraban por cuenta de Leal, y sin que a Morelli se hiciera abono alguno por frutos civiles de su propiedad.

En la misma respuesta relata que "en ese mismo mes de diciembre de 1949, Morelli hizo un viaje a Salazar y personalmente le propuso a la señora Leal por cuanto era la propietaria y la persona con quien había celebrado la promesa verbal de compraventa, que le arrendaran en legal forma los inmuebles predichos a Roberto Cárdenas".

En el mismo punto confiesa Morelli que vendió el inmueble, es decir que violó el contrato de mandato "pues enajenó la finca que había adquirido por orden y cuenta de Leal S.".

Dejó de apreciar, o apreció erradamente el Tribunal, las inspecciones oculares practicadas en los libros de Morelli, en los cuales aparece un asiento de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) valor de la compra de la finca "Los Balcones" cargada a una cuenta abierta a la esposa de Leal, y la entrega en tres partidas de ciento veinte cargas de café.

En cuanto a la prueba sobre la entrega del café, continúa el recurrente, erró el Tribunal, con error evidente de hecho, al apreciar, o dejar de apreciar las declaraciones de los testigos Jesús Leal y Sixto Sánchez, transportadores del café, quienes, si no precisan el número de cargas de café, sí están de acuerdo en que el acarreado por ellos, fue remitido por Leal a Morelli. Erró el Tribunal no dándoles a estos testimonios el valor de plena prueba, apreciándolos aisladamente sin relacionarlos con las demás pruebas del juicio.

Bajo otro aspecto, continúa el recurrente, el Tribunal no apreció la confesión hecha por More-

lli en la contestación de la demanda, de la cual se desprende:

a) Que con anterioridad a la compra de Morelli para Leal del predio "Los Balcones", ya habían celebrado los dos el mismo contrato de mandato por el cual Morelli había adquirido para Leal unos derechos en el inmueble La Argentina por $ 10.000.00, derechos que Leal dispuso se le escrituraran luégo a su esposa.

b) De la respuesta dada a los hechos 1º y 3º de la demanda aparece la confesión del mandato otorgado a Morelli, para que éste adquiriera la finca "Los Balcones". Transcribe unos apartes de tal respuesta, para concluir que hay una confesión explícita de la aceptación del mandato.

Dejó de apreciar el juzgador la confesión de Morelli, en el pliego de posiciones que pidió absolviera el demandado, de las cuales aparece de manera explícita cómo Leal le dio la orden a Morelli para que comprara "Los Balcones"; cómo éste le hizo una serie de ofertas y exigencias a Morelli que demuestran que la compra, a la cual se contrae este juicio, la ordenó Leal, y cómo, en consecuencia, entregó el café que reclama se le devuelva en especie o en dinero al precio comercial del día del pago.

Obsesionado el Tribunal con la tesis de la promesa de venta, no expresó el concepto que le merecían las declaraciones rendidas por Emeterio Gutiérrez, Hermógenes Ramírez, Santiago Rubio, Jerónimo Bautista, y su hijo, con las cuales se quiso demostrar un contrato de transacción de un negocio de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), que no es posible acreditar con prueba de testigos, que, por otra parte, carece de valor porque los deponentes no coinciden en las circunstancias y modos de la transacción; pero sí se desprende de tales testimonios que Leal dio la orden de compra y que estuvo poseyendo la finca desde que se otorgó la escritura a favor de Morelli.

Concluye el recurrente que el Tribunal cometió error de hecho evidente, al no hallar establecido en la demanda y su contestación, en las inspecciones oculares, declaraciones de testigos, pliego de posiciones, el contrato de mandato sin representación por el cual Morelli adquirió la finca "Los Balcones" para su comitente Leal, lo mismo que su incumplimiento, cuando el mandatario resolvió declararse dueño y venderla, violando con esto apreciación de las pruebas todas las normas citadas.

Hay, por otra parte, error de derecho en la apreciación de las pruebas, que llevó al Tribunal a violar los mismos preceptos, en cuanto con tales elementos de convicción dio por establecido un contrato de promesa, que, a su juicio, fue ineficaz por carecer de las solemnidades exigidas por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que violó por indebida aplicación, lo mismo que los artículos 1.506 y 1.507 del Código Civil y, a la vez, no vio el fallador demostrado, como lo estaba, el contrato de mandato sin representación dejando de aplicar los artículos 2.142, 2.149 y 2.177 del Código Civil.

Consideraciones de la Corte:

Estudiada cuidadosamente la contestación de la demanda, en la cual encuentra el recurrente la confesión del demandado sobre el contrato de mandato sin representación, se advierte:

Al referirse al hecho segundo atinente a las relaciones comerciales que existían entre los litigantes, acerca de la compra de los derechos en el inmueble La Argentina, el demandado no reconoce que haya habido un convenio de mandato sino simplemente que le facilitó a Leal el dinero para el pagó del precio de los derechos, el cual le canceló con entregas periódicas de café. "Este negocio de compraventa fue efectuado mediante préstamos en dinero efectivo que Morelli hizo a Leal y que éste le abonó, en cuotas periódicas, con entregas que le hizo de café".

La contestación al hecho tercero del libelo plantea dos convenios: 1º.—Leal propuso a Morelli que comprara a los esposos Alvarez Leal, la finca "Los Balcones", formada de tres lotes o porciones, "Balcones", "La Raya" y "Ramírez", esta conocida hoy con el nombre de "Canta Ranas". Morelli celebraría el negocio y recibiría la escritura de los dos primeros lotes y la esposa de Leal, adquiriría el llamado "Ramírez" o "Canta Ranas". Morelli aceptó la propuesta, y efectuó la negociación, que se perfeccionó el 31 de marzo de 1948 en escritura, por la cual Morelli compró para sí, de acuerdo con el convenio, los lotes "Balcones" y "La Raya", y la esposa de Leal el de "Ramírez" o "Canta Ranas", por un precio total de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), de los cuales cinco mil pesos ($ 5.000.00) se fijaron al adquirido por ésta.

Posteriormente, de manera también verbal le propuso Leal a Morelli que en el plazo de dos años, contados desde la fecha de la escritura de compra, la esposa de aquél le permutaría las dos parcelas de "Los Balcones" y "La Raya", por la misma suma por la cual los había adquirido Morelli, la que se comprometía a pagarle Leal en el mismo plazo con la cantidad de doscientas cin-

cuenta cargas de café lavado del peso pactado y sin fijación del precio por carga. Una vez cubierto los veinticinco mil pesos, Morelli le debía otorgar la escritura de venta de los dos lotes a la esposa de Leal. "Tal propuesta de Leal fue aceptada por Morelli, y, por tal causa, el hoy demandante a nombre de su esposa comenzó a ejercer la tenencia y el usufructo de todo el inmueble".

No aparece la confesión del mandado sin representación, por el cual Morelli se hubiera comprometido a adquirir y hubiera comprado para Leal el predio compuesto de "Los Balcones" y "La Raya". Hace la manifestación que los hubo para sí, y el reconocimiento de que se obligó a vendérselos a la esposa de Leal en el término de dos años y una vez entregado el café en que se fijó el equivalente de los $ 25.000.00, precio de toda la finca.

La misma situación plantea el demandado en las preguntas séptima, octava y novena del pliego de posiciones que le hizo absolver al demandante, el cual, como ya se dijo, sitúa en sus respuestas el negocio en el plano del mandato sin representación.

En la contestación al hecho cuarto de la demanda, acepta Morelli que de acuerdo con lo pactado con Leal, la esposa de éste le entregó al demandado ciento veinte cargas de café por un valor de diez mil pesos ($ 10.000.00) para abonar a los veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) "precio en dinero efectivo, de todo el predio agrícola comprado a los esposos Alvarez Leal y pagado a éstos por Morelli". El abono de las ciento veinte cargas de café como consecuencia del segundo convenio, tampoco implica una confesión de mandato.

El reconocimiento que en la respuesta al hecho quinto de la demanda hace el demandado de que los predios permanecieron en poder de arrendatarios que obraban por cuenta de Leal y sin que a Morelli le hiciera abono alguno, por frutos civiles de propiedad, y de que en diciembre de 1949 viajó a Salazar a arreglar personalmente con la señora de Leal, por cuanto esta era la propietaria y la persona con quien se había celebrado la promesa verbal de compraventa, para que le arrendaran los inmuebles a Roberto Cárdenas, tampoco implica, como lo pretende el recurrente, una confesión de que el dueño de los predios en virtud del mandato oculto era Leal. Esa respuesta se halla acorde con la manifestación con que finaliza la contestación al hecho tercero, en el cual dice que, en virtud de la aceptación de la promesa verbal de venta para la esposa de Leal, éste a nombre de ella "comenzó a ejercer la tenencia y el usufructo de todo el inmueble".

Este somero estudio de la contestación a la demanda y de las preguntas pertinentes que contiene el pliego de posiciones absueltas por el demandado, evidencia que en tales elementos del juicio no hay por parte del demandado confesión del mandato sin representación en razón del cual él adquirió los dos inmuebles para Leal ,y, por consiguiente, no incurrió el Tribunal en ningún error al no haber apreciado la confesión que dice el recurrente encierran estas piezas del proceso.

Y es de observa aquí que la compra del inmueble por Morelli, en cumplimiento del mandato alegado por el demandante, o de la adquisición que hizo para sí el demandado, según su planteamiento, no puede comprobarse por confesión, sino con la copia de la escritura respectiva debidamente registrada (artículos 1.857, 2.652, 2.673 del Código Civil) que no se trajo al proceso.

La ausencia de esta prueba tampoco permitiría deducir la obligación consiguiente del mandatario ni, por ende, si podía incumplirla o nó.

El Tribunal sí apreció en el análisis de las pruebas de la parte demandante, la inspección ocular solicitada por ella sobre los libros de Morelli, pues luégo de transcribir la diligencia que la recogió, dice el fallo: "Esta inspección ocular hace plena prueba sobre lo siguiente: a) Que el demandado lleva correctamente y se encuentran registrados los libros en ella enumerados y especificados; b) Que en el libro de Caja, folio 193, en cuenta abierta a la señora María Hercilia de Leal está acreditada la entrega de ciento veinte cargas de café". Lo que no podía deducir el juzgador era la imputación de estas entregas al pago del precio de los inmuebles habidos en virtud del mandato sin representación, por cuanto este contrato no resulta demostrado en los elementos aportados al juicio.

Y en la valoración de los medios de juicio allegados por el demandado, refiriéndose a la inspección ocular pedida por él, dice: "El hecho de aparecer en el libro de caja y constatado por el Juzgado y los peritos en inspección ocular (artículos 724, 730 del Código Judicial) un débito en la cuenta de la señora María Hercilia de Leal, por $ 25.000.00 entregados a Delfín Alvarez, por compra de E. Balcón y unos abonos en entregas de café lavado que montan en total a ciento veinte (120) cargas por un valor de trece mil cuatrocientos noventa pesos ($ 13.490.00) moneda

legal no queda probada la existencia y validez del contrato de promesa de venta que dice el demandante celebró con el actor".

Como la inspección había sido solicitada por el demandado para demostrar la promesa verbal de venta que, según él, había pactado con Leal, la apreciación de ella debía hacerla el juzgador en relación con dicha promesa, la cual no podía comprobarse con las constancias que hubiera en los libros de Morelli, como bien lo dice el Tribunal. El asiento de la partida de veinticinco mil pesos, valor de la compra "Los Balcones", cargada en la cuenta abierta a la esposa de Leal y los abonos de café, se compaginan perfectamente, mientras no se prueba el mandato sin representación, con el convenio de que habla Morelli, de venderle o prometerle los dos lotes a la esposa de Leal en el término de dos años, y una vez que le hubieran pagado en café los veinticinco mil pesos que pagó por todo el predio "Los Balcones". En cambio, sin la prueba del mandato, no pueden guardar ninguna relación con él. No hay por tanto, apreciación errónea o falta de apreciación de esta prueba por el fallador de segunda instancia.

El Tribunal estimó debidamente el testimonio dado por Sixto Sánchez y Jesús Leal, cuando expone: "De las declaraciones rendidas por los señores Sixto Sánchez y Jesús Leal no se establece plena prueba de que el demandante hubiera entregado al demandado las ciento treinta cargas de café lavado de primera calidad por cuenta del contrato o negocio que dice la demanda celebraron las partes en este juicio". Este aserto lo sustenta en que cada testigo no puede deponer sino acerca del número de cargas de café que dice entregó, Sánchez ochenta y Jesús Leal cincuenta, por tanto su declaración tendría el valor de prueba semiplena; en que el testigo Sánchez dice que no puede precisar el número de cargas que entregó; y, finalmente en que no se les interrogó si este café lo entregaron "por cuenta o en cumplimiento del contrato o negocio cuyo incumplimiento se alega en el libelo como fundamento de la acción".

No se ve de dónde podía el Tribunal relacionar estos testimonios con el contrato de mandato no probado por el actor.

El fallador de segunda instancia, sobre las deposiciones de los testigos Oscar Osorio, Romero Peñaranda y Francisco Piffano, en la parte del fallo destinada al análisis de las pruebas presentadas por el demandado, dice: "Con las declaraciones de los otros testigos comprobó el actor su filiación política y el estado de orden público que había en Salazar en el año de 1949, solamente estas finalidades perseguían estas declaraciones".

Los tres declarantes se limitan, repitiendo el cuestionario formulado, a informar acerca de la filiación política del actor y de que en octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, tuvo que salir intempestivamente de Salazar para Cúcuta y luégo para el Corregimiento de Sucre, municipio de Arboledas, donde se estableció. El Tribunal no dijo nada sobre la salida intempestiva de Leal, con la cual se quiso comprobar la fuerza mayor que no le permitió cumplir las obligaciones que contrajo sobre la entrega del café. Con todo, el no haber tenido en cuenta las afirmaciones de los testigos al respecto, no constituye un error, porque ellas no están respaldadas en los hechos concretos constitutivos de una fuerza mayor, ni era el caso de tenerla en cuenta, en razón de no estar acreditados los contratos en que se funda la demanda.

Es cierto que el Tribunal enunció y no valoró las declaraciones tomadas a Emeterio Gutiérrez, Hermógenes Ramírez Vera, Santiago Rubio, Jerónimo Bautista y Luis Helio Bautista, con los cuales pretendió acreditar el demandado que en los primeros meses de 1952, en el puente de Yáñez los dos litigantes y la señora de Leal llegaron a un arreglo en relación con la promesa de venta o permuta que Morelli tenía hecha para la esposa del demandante, que merced, a este acuerdo las dos partes en el juicio y la esposa de Leal, desistieron de la promesa de venta o permuta, se les entregaron a Morelli los inmuebles, objeto de ésta, y se declaraban a paz y salvo, como consecuencia de la liquidación que hicieron de todas las cuentas pendiente entre ellos.

Pretendiendo el demandado con estos testimonios probar una excepción de transacción, respecto de la promesa verbal pendiente con el demandante, no había ningún objeto en la consideración de esta prueba, toda vez que la promesa, fuente de las obligaciones a cargo de Morelli, no se había acreditado, y ninguna relación guardaba tal defensa con el contrato de mandato alegado y no probado por el demandante.

Se tiene así que no hubo error del Tribunal al no ver la confesión del demandado sobre el contrato de mandato, contenida en la contestación del libelo y en las preguntas del pliego de posiciones que el mismo pidió absolviera el actor. Y tampoco cometió error en la apreciación

de las dos diligencias de inspección ocular y de la prueba testimonial a que se refiere el cargo, que, por lo mismo, no prospera.

TERCER CARGO

Acusa la sentencia en este cargo, fundado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial por violación directa, proveniente de errada interpretación de los artículos 1.506 y 1.507 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887, "disposiciones que no siendo pertinentes al caso del pleito, fueron aplicadas, y violación directa de los artículos 2.142, 2.149, 2.177 del Código Civil, que no fueron aplicados, debiendo serlo".

"Los fundamentos de esta acusación se deducen de los razonamientos atrás expresados, y en especial, el de que en nuestro derecho civil existe el mandato verbal y es jurídico el mandato sin representación".

Se considera:

En el estudio del primer cargo, se vio cómo el Tribunal se equivocó al considerar que la acción incoada era la de resolución de un contrato de promesa de venta o de permuta, por incumplimiento de éste, y no la acción de entrega de ciento treinta cargas de café o su precio y el pago de perjuicios por incumplimiento del contrato de mandato celebrado entre Leal y Morelli.

En realidad, puede decirse que el fallador en la interpretación de la demanda, se equivocó considerando que ella estaba amparada por el artículo 1.546 del Código Civil que estatuye la acción resolutoria por el evento de la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales y en favor del contratante que ha cumplido sus obligaciones o ha estado listo a cumplirlas, y en el 89 de la Ley 153 de 1887, en cuanto estimó que el contrato sub lite era una promesa de venta. E hizo una aplicación indebida de tales normas, negando las peticiones de la demanda, por consecuencia de no haberse acreditado el primer presupuesto de la acción, que es el contrato, fuente de las obligaciones que se dice fueron incumplidas.

La cuestión planteada debía haberse considerado a la luz de los preceptos encerrados en los artículos 2.142, 2.149 y 2.177 del Código Civil, en los cuales se consagra el mandato oculto o sin representación, por virtud del cual el procurador puede contratar a nombre propio y por cuenta y riesgo del mandante, quien, en este caso, adquiere directamente los derechos que surgen de la tradición.

Pero el yerro del Tribunal en la parte motiva del fallo no incide sobre la resolutiva del mismo, puesto que, de haber apreciado debidamente la acción, o sea, en relación con las normas sobre mandato sin representación, la resolución hubiera sido la misma, es decir, la negación de las súplicas de la demanda, respaldada en que por el actor no se presentó prueba siquiera semiplena que demuestre la existencia del contrato a que se refiere el libelo.

Tampoco prospera el cargo.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Pamplona el treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, en el juicio ordinario de Víctor Manuel Leal contra Tito Livio Morelli.

Condénase en las costas del recurso al actor.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O AQUILIANA ES INDEPENDIENTE DE UN VINCULO CONTRACTUAL.—ORGANIZACION ROMANA DE ESTA INSTITUCION. — INCONGRUENCIA DENTRO DEL TEXTO DE LA SENTENCIA

1.—En concepto de la Corte la culpa extracontractual o aquiliana, haya o nó contrato, es absolutamente independiente de éste, o sea que puede haber culpa aquiliana sin que haya preexistido contrato y aun fuera de toda manifestación o relación contractual. Este fue el pensamiento del creador de esa acción.

2.—La Ley Aquilia no trataba directamente de daños causados a personas libres, pero la interpretación le ha dado aplicación al plebiscito romano también en estos casos, lo que es razonable y justo.

Tampoco se refiere la citada Ley a los daños causados por animales, pues ello había sido ya regulado por la misma Ley de las XII Tablas que estableció las acciones noxales y posteriormente los ediles curules introdujeron de Pauperies que es distinta de la emanada de la Ley Aquilia, cuyos límites quedaron bien definidos en el plebiscito. Sin embargo en los tiempos modernos se cuenta como aquiliana la acción por culpa del daño de un animal que descuidada por su dueño causa daño. Lo mismo hay que decir de la responsabilidad de los padres, patrones y empresarios etc., por los actos de sus hijos, dependientes o criados, que tampoco emana de la Ley Aquilia directamente sino de la Ley de las XII Tablas (acciones noxales) la Ley Aquilia (Damni injuriae) y el Edicto del Pretor. (Op. Cit. Parte IV, Título VIII), aunque en estos tiempos entra también en la denominación de culpa aquiliana y se dá la acción aquiliana.

3.—Si la responsabilidad extracontractual o aquiliana es independiente de un vínculo contractual (aun cuando pueda producirse existiendo un contrato) es inexplicable que el Tribunal, habiendo reconocido en forma enfática que la acción intentada es la aquiliana, considera que es necesario probar quién celebró el contrato, que por otra parte, dá por probado, para negar dicha acción aquiliana.

En otros términos, la sentencia viene a constituir algo semejante al famoso enigma que tanto preocupó a los intelectuales de la Edad Media, contenido en el dístico latino:

AELIA LELIA CRISPIS, NEC VIR, NEC MULIER.
NEC ANDROGINUS, SED OMNIA.

En consecuencia, se habrá de casar la sentencia recurrida, no propiamente en razón de incongruencia entre lo pedido y lo demandado, sino por incongruencia en la misma sentencia, lo que le dá la calidad de inexistente; de no haberse sentenciado sobre lo suplicado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

Ante el señor Juez Cuarto Civil de este Circuito se tramitaron varios juicios por una sola cuerda, en virtud de acumulación legalmente decretada, sobre indemnización de perjuicios por las lesiones que sufre la señora Natividad Salas y que fueron ocasionadas por una quemadura proveniente de descuido de personas dependientes de la Clínica de Marly, mientras la mencionada señora estuvo hospitalizada en ese establecimiento por razón de una intervención quirúrgica que allí le fue practicada.

Las demandas fueron instauradas por distintas personas, a saber: Natividad Salas Mariño, o sea la persona lesionada, Alfonso Mariño Flórez, Guillermo Mariño Salas, Hernando Mariño Salas y Gabriel Mariño Salas.

Los quemaduras, según se expone en la demanda, fueron producidas por la aplicación de bolsas de agua caliente en los pies de la enferma, hecha en forma imprudente, por empleadas (enfermeras) dependientes de la Clínica de Marly,

aplicación que se le hizo hallándose la lesionada bajo los efectos de un narcótico que se le aplicó para someterla a una transfusión de sangre.

Los demandantes cobran perjuicios materiales y morales con base en las normas del Código Civil sobre culpa extracontractual (artículos 2.341|49 y 2.356).

El señor Juez mencionado, en sentencia de 10 de diciembre de 1957, falló los juicios acumulados en la forma siguiente:

"1. Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante.

"2. No es el caso de resolver en el fondo.

"3. Condénase en las costas del juicio a los demantes.

Apelado el fallo, el Tribunal de este Distrito Judicial, en sentencia que lleva fecha 18 de septiembre de 1957, reformó la del a quo, dejándola en lo siguiente:

"1. No es el caso de resolver en el fondo las peticiones de las demandas promovidas contra la Clínica de Marly S. A. por los señores Alfonso Mariño Flórez, Natividad Salas de Mariño, Guillermo Mariño Salas y Gabriel Mariño Salas, por faltar el presupuesto procesal de demanda en forma.

"2. No es el caso, por lo mismo, de estudiar y decidir las excepciones propuestas por la parte demandada.

"3. Con excepción de las del recurso, condénase a los demandantes en las costas del juicio."

En la misma sentencia se considera la posibilidad de un recurso extraordinario de casación, pues se ordena que "permanezca en la Secretaría el expediente para efectos del recurso de casación a que hubiere lugar", el cual fue otorgado, sin más actuación, en auto de 28 de octubre de 1957.

DEMANDA DE CASACION

Fue presentada el 18 de abril de este año, en tiempo oportuno, y contiene tres Capítulos de acusación a la sentencia, de los cuales pasa a ocuparse la Sala:

"1. De los términos en que se hallan concebidas todas y cada una de las demandas acumuladas —dice el recurrente—; de su espíritu, de las disposiciones legales que en ellas se invocan en apoyo de las acciones conexas, aparece con toda claridad que los demandantes ejercitaron la **acción extracontractual o aquiliana**, encaminada a obtener la reparación del daño causado por hechos culposos imputados a la parte demandada.

"Así lo reconoció en su fallo el Tribunal sentenciador y así también lo vio el Juez de la primera instancia. Basta leer, especialmente en su primera parte, los términos de la sentencia recurrida para convencerse de ello.

"Debo observar aquí que en mi alegato de segunda instancia, presentado al Tribunal, acepté en gracia de discusión que en los hechos de la demanda podía verse la enunciación de un contrato, aquello fue tan sólo como una hipótesis. Pero si así no se entendiere, el concepto en tal sentido es rectificable como todo humano concepto y no tengo inconveniente en rectificarlo ahora ante la evidencia de que la acción ejercitada en las demandas no es la contractual si no la extracontractual o aquiliana.

"Así las cosas, como estoy seguro de que habrá de verlas la Honorable Sala, resulta manifiesta y ostensible la incongruencia entre la decisión del Tribunal y las acciones ejercitadas, o sea lo que la ley procesal llama: "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". Incongruencia o falta de consonancia que hago consistir en lo que paso a expresar:

"Dice el Tribunal que no habiéndose expresado en las demandas quién o quiénes celebraron el contrato en la Clínica de Marly, no puede deducirse responsabilidad contractual a cargo de contratantes que no se conocen. De lo cual saca en consecuencia que no es el caso de resolver en el fondo las peticiones de las demandas por faltar el presupuesto procesal de demanda en forma.

"Es a todas luces ilógica e incongruente, en relación con las acciones ejercitadas, la conclusión del Tribunal, porque si como claramente aparece de los términos de las demandas, y si como con la misma claridad lo vieron el Juez y el Tribunal, los demandantes no ejercitaron la acción contractual, no tenía por qué exigirse como presupuesto de la acción que los demandantes expresaran quién o quiénes celebraron contratos sobre prestación de servicios quirúrgicos con la Clínica de Marly. Encausada la acción por la vía extracontractual, el contrato en referencia era completamente extraño a los presupuestos de ella, que no podían referirse sino a los tres factores siguientes: daño causado, hecho culposo y relación de causalidad entre éste y aquél.

"La decisión del Tribunal se hallaría en consonancia con una acción contractual. Pero no siendo ésta la ejercitada en la demanda, resulta

ostensible el hecho alegado de no estar las decisiones en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Porque esas pretensiones, contenidas en la relación jurídico-procesal, entrañan el ejercicio de una acción extracontractual, y el Tribunal falló para una acción contractual. No guarda el fallo relación de consonancia con los elementos integrantes de la litis contestatio. En el clásico error que señala como causal de casación el ordinal segundo del artículo 520 del Código Judicial.

"En resumen: el Tribunal falló en consonancia con la acción que, en su concepto, ha debido ser ejercitada, pero que no lo fue, según lo dice también en la sentencia. El error es manifiesto; no hay consonancia entre la acción que realmente fue ejercitada y la decisión".

Esta misma acusación, pero ya por el concepto de violación directa de ley sustantiva (artículo 2.341 y s.s. del Código Civil) constituye el segundo cargo alegado.

Entra por lo tanto la Corte a considerar conjuntamente los dos cargos en la siguiente forma:

Como se dijo al historiar este litigio, "los demandantes cobran perjuicios materiales y morales con base en las normas del Código Civil sobre culpa extracontractual (artículos 2.341|49 y 2.356 del Código Civil)" y en ello aparece está de acuerdo el Tribunal, pues dice:

"Para el Tribunal no existe la menor duda de que la acción que cada uno de los demandantes ejercitó en el caso sub lite fue la de responsabilidad extracontractual o por culpa aquiliana, por las siguientes razones:

"a) Porque en ninguna de las demandas presentadas se afirma categóricamente la existencia del contrato acordado entre alguno o algunos de los demandantes y la sociedad demandada; ni se dice cuál o cuáles de los demandantes lo celebraron; ni se expresan cuáles fueron las obligaciones contraídas por las partes, ni cuál la concreta obligación violada por la Clínica de Marly S. A.

"b) Porque en ninguna de las demandas se cita una siquiera de las normas que gobiernan la responsabilidad contractual; y en cambio, en todas se invocan precisamente las que regulan la responsabilidad extracontractual.

"c) Porque en el alegato de conclusión presentado por el personero de los demandantes en la primera instancia, sitúa nitidamente la responsabilidad de la Clínica demandada en las hipótesis de la responsabilidad por el hecho de otro y por ejercicio de actividades peligrosas, exclusivas de la responsabilidad extracontractual, sin hacer la más remota alusión a la existencia de una responsabilidad de carácter contractual, y como si lo anterior fuera poco, cita en apoyo de sus tesis la doctrina que a propósito del artículo 2.356 del Código Civil, que regula uno de los casos de responsabilidad por culpa aquiliana, sentó la Corte en sentencia de 14 de marzo de 1938.

"Todo lo cual demuestra palmariamente que nunca estuvo en la mente de los demandantes el ejercitar la acción de responsabilidad por culpa contractual".

Sentado que la acción instaurada fue la por culpa aquiliana y que así lo reconoce el Tribunal sentenciador, en lo cual está de acuerdo con las manifestaciones hechas por el demandante en casación al formular su primer cargo, de que se demandó precisamente por este concepto, lo que resulta de la simple lectura de las demandas y de las disposiciones legales invocadas en ellas, aparece objetivamente que no existe la incongruencia conceptual, aunque sí puede ocurrir que exista contradicción entre las ideas expuestas por el Tribunal y las conclusiones a que llegó en el fallo y que cristalizó en la parte resolutiva, lo que es del caso examinar.

Dice el Tribunal: "Está de acuerdo la Sala con el señor apoderado de los demandantes en que" no es dado al Juez negar la acción del demandante porque éste no dijo ejercitar la acción ex contractu o la acción aquiliana, si con los hechos y las súplicas de la demanda se configuran la una o la otra, desde luego que aquél tiene la facultad de interpretar la demanda. Pero cuando como en el caso sub lite, dados los hechos y las súplicas de la demanda, no se puede configurar claramente la existencia de una responsablilidad contractual, no le es lícito al Juez entrar a interpretar la demanda en ese sentido ya que ello equivaldría a cambiar totalmente la naturaleza de la acción instaurada, con violación manifiesta del derecho de defensa de la parte demandada.

"De los hechos afirmados en las demandas aparece ciertamente que existió un contrato de hospitalización, en virtud del cual ingresó la señora Natividad Salas de Mariño en la Clínica de Marly de esta ciudad, pero en ninguno de ellos se dice, ni del contexto de las demandas se infiere, cuál o cuáles de los demandantes fueron los que celebraron ese contrato con la Clínica. En su alegato de conclusión presentado en la segunda instancia es donde por primera vez, en todo el proceso, afirma el señor abogado de los demandantes que ese contrato se celebró entre la Clí-

nica de Marly S. A. y los señores Alfonso Mariño Flórez y Natividad Salas de Mariño; pero lo cierto es que si se examinan detenidamente todos y cada uno de los hechos fundamentales afirmados en las distintas demandas, se llega a la conclusión cierta de que ninguno de ellos se dice o insinúa que el contrato en cuestión hubiera sido acordado entre la Clínica y los demandantes Alfonso Mariño Flórez y Natividad Salas de Mariño. Y es sabido que por mandato del Art. 553 del Código Judicial **el Juez sólo puede fundar su decisión en los hechos afirmados en la demanda y que se hallen debidamente demostrados. Como en el caso de autos ni se afirmó en la demanda ni se demostró en manera alguna** que el contrato de hospitalización de la señora **Natividad Salas** de Mariño hubiera sido celebrado entre ella y su marido, por una parte, y la Clínica de Marly por la otra, el fallador no puede fundar la decisión de la controversia en ese hecho.

"Ahora bien: siendo un hecho evidente que la señora Natividad entró a la Clínica en virtud de un contrato de hospitalización, era indispensable saber cuál o cuáles demandantes intervinieron en el contrato para determinar con certeza cuáles de ellos pueden reclamar perjuicios de la Clínica mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, y cuáles por ser terceros, mediante la acción de responsabilidad extracontractual.

"La circunstancia de no haberse expresado en la demanda quienes fueron los contratantes, para deducir de allí quiénes son partes y quiénes terceros en relación con el contrato de hospitalización, constituye una falla de la demanda de tal naturaleza que impide al Juez pronunciarse sobre el fondo de la controversia, como lo sería el hecho de que en una acción reivindicatoria no se especificara claramente el bien materia de la demanda. No puede el sentenciador determinar en el presente caso si la acción de responsabilidad por culpa aquiliana instaurada por los demandantes está bien o mal promovida, desde luego que está imposibilitado para precisar si son o no terceros en relación con el contrato de hospitalización a que se ha hecho referencia. Esa imposibilidad en que se encuentra el Tribunal para determinar si están bien o mal entabladas las demandas por adolecer todas del defecto anotado, vale decir, por no haberse expresado en ellas cuál o cuáles de los demandantes son los contratantes, lo inhibe para proferir sentencia estimatoria de la demanda por faltar el presupuesto procesal de demanda en forma.

"A lo anterior cabe agregar que no obstante que los demandados Mariño Salas invocaron calidad de hijos legítimos de la señora Natividad para reclamar perjuicios de la Clínica de Marly por las quemaduras o lesiones sufridas por dicha señora durante su permanencia en ese establecimiento, no probaron tener esa calidad, desde luego que la única manera de demostrar la filiación respecto de la madre consiste en aportar las partidas de nacimiento respectivas o alguna de las pruebas supletorias a falta de tales partidas. Y en el proceso no existe ninguna de las partidas de nacimiento de los señores Mariño Salas, ni pruebas supletorias de ninguna índole, lo que por sí sólo constituía motivo suficiente para denegar las peticiones por ellos formuladas dado que no existiera la falla procesal anotada anteriormente y que, por ende pudiera entrarse al estudio de fondo de las acciones instauradas".

De las anteriores consideraciones deduce el Tribunal que debe reformarse la sentencia y en efecto reforma la del **a quo** en la manera que se dejó expresada al historiar el litigio.

En concepto de la Corte la culpa extracontractual o aquiliana, haya o no contrato, es absolutamente independiente de éste, o sea que puede haber culpa aquiliana sin que haya precedido contrato y aun fuera de toda manifestación o relación contractual. Este fue el pensamiento del creador de esa acción y para que no quede duda se transcribe a continuación lo relacionado con la materia tomándolo de lo Instituto de Justiniano: Dice así:

LIBRO CUARTO, III—DE LA LEY AQUILIANA (Cayo 3, 210-D. 9, 2; C, 3, 35). "La acción damni injuriae (daño causado injustamente) fue instituída por la Ley Aquilia cuyo primer Capítulo estableció que, si alguno diere muerte contra derecho a un esclavo o a un cuadrúpedo, ajeno de los que se guardan en rebaños, sea condenado a dar al propietario el valor más alto que esa cosa hubiere alcanzado durante el año.

"La ley no habla precisamente de un cuadrúpedo cualquiera sino de aquellos que pacen en rebaños; así no se aplica, ni a las bestias feroces, ni a los perros; sino solamente a aquellos animales de los cuales se dice que propiamente pacen, tales como los caballos, las mulas, los asnos, los bueyes, la ovejas y las cabras. Lo mismo se estableció respecto de los cerdos, pues ellos están también contenidos en la designación de animales de rebaño; así finalmente lo dice Homero en la "Odisea" y lo refiere Elio Marciano en su "Instituta":

"Tú encontrarás a ese hombre sentado cerca de sus cerdos y a ellos paciendo cerca de la roca del Cuervo, en la ribera de la fuente Arethusa" ("Odisea" XIII, 407 y siguientes. Cayo 3.210 D. 32, 65, 4).

2. "Entiéndese que mata injustamente el que mata sin derecho; así quien mató a un ladrón, sino pudo ciertamente escapar del peligro por otro medio, mató con derecho.

3. "Igualmente no es obligado por esta ley quien mató por casualidad, con tal que ocurra sin ninguna culpa de su parte; porque si fuera de otro modo, castiga esta ley la culpa no menos que el dolo.

4. "Así, si alguien ejercitándose en lanzar flechas, atraviesa a tu esclavo que pasa, hay que distinguir: pues si esto se verifica por un soldado en el Campo de Marte o donde suele ejercitarse, está admitido que se entiende hecho sin culpa. Lo mismo se aplica respecto del soldado, si en otro lugar distinto del que está destinado para los ejercicios militares ejecuta esto.

5. "Además, si un podador al cortar una rama del árbol diere muerte al esclavo que pasa, si cerca de la vía pública o vecinal hace esto y no lo avisa para que pueda ser evitado el peligro, es reo de culpa; y, si avisado, sin embargo aquél no procuró precaverse, el podador está exento de culpa. Se entiende también exento de culpa si trabaja muy aparte del camino y en mitad del fundo, aun cuando no hubiera anunciado, porque en aquel lugar ningún extraño tiene derecho a estar.

6. "Igualmente si el médico que operó a tu esclavo abandona la curación y por esto muere el esclavo, es reo de culpa.

7. "La impericia se enumera entre las culpas; como si un médico mata a tu esclavo por haberlo operado mal, o por haberle administrado mal un medicamento.

8. "Si el ímpetu de las mulas no ha podido ser contenido por impericia del mulatero y fuere atropellado tu esclavo, el mulatero es reo de culpa; y si por falta de fuerza no hubiere podido contenerlas, cuando otro más fuerte hubiere podido contenerlas, es también reo de culpa. Lo mismo se decidió respecto del que va a caballo y por falta de fuerza o por impericia no puede gobernarlo.

9. "Por las palabras de la Ley QUANTI EN EO ANNO PLURIMI FUERIT (el mayor valor que haya alcanzado la cosa en el año), se ha querido expresar que si algún esclavo tuyo que hoy está cojo, o tuerto o manco fuere muerto, y hubiere estado íntegro y por tanto hubiere llegado a alcanzar en ese mismo año un gran valor, el matador está obligado a pagar, nó su valor actual, sino el mayor valor que hubiere tenido durante todo ese año. Por este motivo se ha considerado que esta acción de la Ley es penal, porque no se obliga a tánto cuanto alcanza el daño, sino a mucho más; de aquí se sigue que esta acción no pasa contra los, (sic) lo que ocurriría si no se hubiere de estimar la litis en más de lo que vale el daño causado.

10. "Se aceptó, nó por razón de las palabras de la Ley, sino por interpretación, que la estimación debe comprender no sólo el valor del cuerpo destruído, sino también cualquier daño que por destrucción de dicho cuerpo haya sobrevenido; por ejemplo, si tu esclavo instituído heredero por alguno fuere muerto antes de que por tu mandato haya hecho adición de la herencia, es razonable que se compute el valor de la herencia que has perdido, en la indemnización.

"De la misma manera, si una de las mulas que forman un par, o uno de los caballos de una cuadriga, fuere muerto o si se le causare la muerte a uno de los esclavos de una compañía de comediantes, la estimación se hace, no sólo del muerto, sino que además debe computarse el deprecio de los que subsisten.

"Sin embargo, aquel cuyo esclavo ha sido muerto, queda en libertad de perseguir la reparación del daño por medio de la acción privada de la Ley Aquilia, o de acusar al matador como reo de crimen capital.

12. "El Capítulo segundo de la Ley Aquilia no está en uso.

13. "Cayo 3, 217). El Capítulo tercero trata de otro daño. Así si alguien hubiere herido a un esclavo o a un cuadrúpedo de los que pacen o a uno de los que no pacen, como si matare o hiriere a un perro, o a una bestia feroz, se constituyó por este Capítulo acción en contra suya. En esta parte se concedió también por el daño causado contra derecho sobre toda otra clase de animales y sobre todas las cosas inanimadas. En efecto, este Capítulo estableció una acción para todos los casos en que una cosa haya sido quemada, rota o destrozada, aunque la palabra ruptî (rota) bastaría para todos estos casos, porque se entiende que lo que de alguna manera ha sido deteriorado es roto; de donde no solamente las cosas quemadas o rotas, sino también las rajadas, aplastadas o derramadas o de cualquier manera destruídas o deterioradas se hallan contenidas en la mencionada palabra; de aquí que se haya

respondido que si alguien introduce en el aceite o en el vino de otro alguna cosa o sustancia que altere su natural bondad queda obligado por esta parte de la Ley.

14. "Es evidente que así como por el primer capítulo se obliga a aquel que diere muerte al esclavo o a los cuadrúpedos de otro por dolo o por culpa, de la misma manera por este Capítulo queda obligado por todo otro daño que haya causado por su dolo o por su culpa. Sin embargo, este Capítulo obliga al que causó el daño a indemnizar, no hasta el mayor valor de las cosas dañadas en el año, sino en los treinta días inmediatamente anteriores (Gayo 3, 218, 219).

15. "Y no se agrega la palabra PLURIMI (mayor valor) pero Sabino estimó rectamente que se debía hacer la estimación como si en el Capítulo se hubiera agregado la palabra Plurimi, pues los plebeyos que establecieron esta ley a moción del Tribuno Aquilio, se contentaron con emplear esta palabra en la primera parte de ella por creerlo suficiente.

"Por lo demás se estableció que la acción de esta ley se concederá cuando el daño fuere causado con el propio cuerpo del obligado, pues contra el que de otro modo causare algún daño se suelen dar acciones útiles; como si alguien encierra un esclavo o un ganado para que perezca de hambre; o carga un asno tan fuertemente que reviente; o si acosa un rebaño en forma tal que los obliga a despeñarse; o si alguien persuade al esclavo ajeno para que suba a un árbol o baje a un pozo y al bajar o subir perece o sufre lesión en alguna parte del cuerpo. En todos estos casos se da la acción útil. Pero si alguno arroja a un río, desde el puente o desde la ribera, al esclavo de otro y se ahoga, fácilmente se comprende que quien lo arrojó, puesto que le causó el daño con su propio cuerpo, queda obligado por tanto por las disposiciones de la Ley Aquilia. Más si el daño no fuere lesionado, sino que ocurra el daño de otro modo a la cosa, y no bastare la acción directa ni la acción útil de la Ley Aquilia, el delincuente quedaba obligado por la acción **in factum**; por ejemplo: si alguno quita los grillos al esclavo ajeno, por compasión o por otra causa, para que se fugue, se aplica esta acción".

(Instituciones de Justiniano vertidas directamente del latín al español por Alfredo Cock Arango, siguiendo el texto tomado de los manuscritos originales por Paulus Krueger y Th. Mommsen)".

La Ley Aquilia no trataba directamente de daños causados a personas libres, pero la interpretación le ha dado aplicación al plebiscito romano también en estos casos, lo que es razonable y justo.

Tampoco se refiere la citada Ley a los daños causados por animales, pues ello había sido ya regulado por la misma Ley de las XII Tablas que estableció las acciones noxales y posteriormente los ediles curules introdujeron la acción de Pauperies que es distinta de la emanada de la Ley Aquilia, cuyos límites quedaron bien definidos en el plebiscito. Sin embargo en los tiempos modernos se cuenta como aquiliana la acción por culpa del dueño de un animal que descuidado por su dueño causa un daño. Lo mismo hay que decir de la responsabilidad de los padres, patronos y empresarios, etc. por los actos de sus hijos, dependientes o criados, que tampoco emana de la Ley Aquilia directamente sino de la Ley de las XII Tablas (acciones noxales) la Ley Aquilia (Damni injuriae) y el Edicto del Pretor. (Op. cit. Parte IV, Título VIII). aunque en estos tiempos entra también en la denominación de culpa aquiliana y se dá la acción aquiliana.

Si, pues, la responsabilidad extracontractual o aquiliana, como se deduce de lo anterior, es independiente de un vínculo contractual (aun cuando pueda producirse existiendo un contrato) es inexplicable que el Tribunal, habiendo reconocido en forma enfática que la acción intentada es la aquiliana, considera que es necesario probar quién celebró el contrato, que, por otra parte, dá por probado, para cursar dicha acción aquiliana.

En otros términos, la sentencia viene a constituír algo semejante al famoso enigma que tanto preocupó a los intelectuales de la Edad Media, contenida en el dístico latino:

AELIA LELIA CRISIPIS, NEC VIR, NEC MULIER.

NEC ANDROGINUS, SED OMNIA.

En consecuencia de las consideraciones anteriores, se habrá de casar la sentencia recurrida, no propiamente en razón de incongruencia entre lo

fallado y lo demandado, sino por incongruencia en la misma sentencia, lo que le dá la calidad de inexistente; de no haberse sentenciado sobre lo suplicado.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 18 de septiembre de 1957 en los juicios acumulados de Natividad Salas de Mariño y otros contra la Sociedad "CLINICA DE MARLY S. A." para que dicho Tribunal falle sobre las súplicas demandadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Parra Dávila—Arturo C. Posada—Ariare Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

CAUSAL PRIMERA. — TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — SOBERANIA DE LOS JUZGADORES DE INSTANCIA EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS MIENTRAS NO SEAN CONTRARIAS A LA EVIDENCIA.

Teniendo en cuenta que la causal primera del artículo 520 del Código Judicial se refiere a aspectos diversos y distintos, es preciso que en la demanda de casación fundada en esa causal se indiquen con toda claridad los textos legales que se consideran violados en la sentencia recurrida, y que, además, y como cosa fundamental, que se determine el concepto de esa pretendida violación. Cuando en la demanda faltan esos requisitos, los cargos formulados no pueden prosperar.

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

(Magistrado ponente: Dr. Julio Pardo Dávila).

María Alvarez viuda de Alvarez, en su calidad de representante legal de sus menores hijos Fernando, Francisco de Jesús, Francisco Emilio y Horacio Alvarez, inició, por medio de apoderado, juicio ordinario de reivindicación contra Roberto, José María y Francisco Saldarriaga, David Posada y Alfredo Arango, para obtener las siguientes declaraciones, que se sintetizan: que pertenecen a los menores Fernando, Francisco de Jesús, Fracisco Emilio y Héctor Alvarez Alvarez, dos lotes de terreno, ubicados en el paraje de "El Tapado", Municipio de Andes, Departamento de Antioquia, globos de terreno determinados en el hecho noveno de la demanda, junto con sus mejoras y anexidades, ya que los demandantes ".....son titulares en dominio de dichos inmuebles"; como consecuencia pide la parte actora que los demandados están obligados a restituir a los menores citados, los lotes de terreno señalados, con todas sus mejoras, y que, además, deben pagarles los frutos naturales y civiles de los terrenos determinados, y no sólo los percibidos, sino los que hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, desde la contestación de la demanda hasta la entrega de los fundos. Pide condenación en costas.

Los demandados contestaron la demanda, por separado, y propusieron excepciones, previa la manifestación de que se oponían a que se hicieran las declaraciones pedidas, aceptando algunos hechos negando otros y desconociendo el derecho alegado por la parte actora.

El Juez del conocimiento ,que fue el del Circuito de Andes, falló el negocio en primer grado y en sentencia de treinta y uno de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, dijo: "Declárase probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y en consecuencia, absuélvese a los demandados de los cargos de la demanda. Ordenó la cancelación de la inscripción de la demanda y condenó en costas a los demandantes.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín conoció en segunda instancia, de este negocio por haber interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia del Juez de Andes, la parte actora, y en sentencia de fecha catorce de junio de mil novecientos cincuenta y seis el Tribunal dijo: ".....Revoca la providencia de fecha y procedencia ya indicadas en su lugar (sic) Resuelve: 1º. Se declaran no probadas las excepciones propuestas por los demandados José María, Roberto y Francisco Saldarriaga, David Posada y Alfredo Arango, en sus libelos de respuesta a la demanda principal. 2º. Declárase que los señores: Fernando, Francisco de Jesús, Francisco Emilio y Horacio Alvarez Alvarez, son dueños de los dos lotes de terreno descritos en el hecho noveno (9º) de la parte expositiva de la demanda, predios ubicados en el paraje de "El Tapado", del Municipio de Andes y alinderados así: Primero lote "De un altico que está cerca al antiguo camino de Taparto, en linderos de los herederos de José Manuel Alvarez y de Jesús Mª Saldarriaga en linea recta hacia el occidente, y hasto encontrar el nacimiento de una cuchilla que va a morir muy cerca de un amagamiento que hay a mano derecha subiendo por la quebrada "Chaparralito" y que desemboca en esta misma quebrada; cuchilla abajo hasta su terminación; de aquí a la quebrada "Chaparralito"; éste arri-

ha hasta encontrar el punto de partida". Segundo lote: "Del desembogue de un amagamiento en la banda izquierda subiendo de la quebrada "Chaparralito"; amagamiento arriba hasta su nacimiento de aquí línea recta al morro del "Callao" o del "Silencio"; de este morro en línea recta, a otro amagamiento que queda más arriba del primero y sobre la misma banda izquierda, al otro lado de una colina; amagamiento abajo hasta su desembogue en la "Chaparralito"; ésta abajo hasta el punto de partida". 3º Los demandados: José María Francisco y Roberto Saldarriaga, David Posada y Alfredo Arango, como poseedores de buena fé, están obligados a restituir los frutos naturales y civiles que los predios descritos hayan producido, y no solamente los percibidos sino los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado si los hubieran tenido en su poder, pero solamente los percibidos después de la contestación de la demanda. (Artículo 964 del Código Civil). 4º Los demandantes están obligados a abonarle a los demandados las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda. (Artículo 966 ibídem). 5º. El pago de frutos y mejoras se regulará conforme al artículo 553 del Código Judicial, advirtiéndose que los demandados tienen derecho a retener los predios descritos hasta tanto se verifique el pago de los que les corresponde, o se les asegure a su satisfacción. 6º. Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda..... 7º. Regístrase la presente providencia en el Libro de Registro número primero... 8º. Costas en ambas instancias en favor de la parte actora y en contra de los demandados".

Contra esta sentencia interpuso la parte demandada el recurso de casación que la Corte pasa a resolver, por estar cumplidas las ritualidades propias del recurso.

* * *

LA DEMANDA DE CASACION

En el capítulo primero de la demanda hace el recurrente resumen de los hechos, hasta llegar a la sentencia del Tribunal, y en el capítulo segundo dice: "Fundamento la solicitud de casación..... de la sentencia pronunciada en el juicio ordinario de reivindicación por la señora (sic).....del H. Tribunal Superior de Medellín, de fecha catorce de junio de mil novecientos cincuenta y seis, en los siguientes motivos: En que la mencionada sentencia contraría la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida, e interpretación errónea, por falta de apreciación de las pruebas y apreciación errónea de éstas y de los elementos fundamentales del juicio, habiendo incurrido el fallador en error de hecho y de derecho, dando así lugar al recurso al tenor del artículo 520 del Código Judicial, causal primera y por haber incurrido en algunas de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del mismo Código Judicial. Parágrafo 1º. Principio por señalar como violados por la sentencia recurrida los artículos 946, 947, 952, 961 y siguientes del Código Civil, 934 y siguientes del Código Judicial y los artículos 722 y 723 del Código Judicial".

Como puede observarse, a primera vista, el cargo adolece de grave error de técnica en casación, pues el recurrente se apoya en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, es decir alega violación de la ley, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, y cita como infringidos los artículos del Código Civil y del Código Judicial que enumera en su demanda, pero no precisa cuál es el concepto de la violación de cada una de las citadas disposiciones legales, cosa que es necesaria para poder sistematizar el cargo, toda vez que no es posible que se puedan violar todos los textos que él cita y por todos los conceptos enunciados, y de manera simultánea. Tampoco se sabe cuáles son los artículos que el recurrente denomina "y siguientes" y que considera violados por el sentenciador.

Es preciso, teniendo en cuenta que la causal primera del artículo 520 del Código Judicial se refiere a aspectos diversos y distintos, que en la demanda de casación fundada en esa causal se indiquen con toda claridad los textos legales que se consideran violados en la sentencia recurrida, y que además, y como cosa fundamental, que se determine el concepto de esa pretendida violación. Cuando en la demanda faltan esos requisitos, los cargos formulados no pueden prosperar.

Pero pasando por alto ese defecto de la demanda de casación y entrando en el estudio del cargo, según los términos de la demanda, se encuentra que la acusación contra la sentencia del Tribunal se basa en que el sentenciador incurrió en error de hecho al considerar que la prueba que tuvo en cuenta para fallar y que consiste en el dictamen pericial que obra en autos, es una prueba que no ha debido tenerse en cuenta por adolecer de error de hecho y que no obstante el Tribunal aceptó para concluir que los predios cuya reivindicación se pide quedaron debidamente determinados en virtud del aceptado concepto de los peritos.

Pero si se considera, que ese concepto pericial

no fue objetado durante el juicio, que los peritos rindieron su experticio en forma unánime, lo fundamentaron en hechos que ellos apreciaron objetivamente y que fue fruto de un detenido estudio y que no se ha demostrado el error evidente que alega el recurrente, debe concluírse que el sentenciador no cometió ningún error de hecho en la apreciación de esa prueba.

Además, y es cosa de la mayor importancia, el Tribunal al aceptar que los predios por reivindicar quedaron claramente determinados en el juicio, no sólo tuvo en cuenta el dictamen de los peritos, sino que llegó a ese convencimiento por virtud de la inspección ocular que el mismo Tribunal practicó sobre el terreno, en asocio de los peritos y de las partes. Este convencimiento del sentenciador adquirido a través de una inspección ocular que él mismo practicó, es intocable en casación, porque está dentro de la órbita de autonomía del juzgador y que la Corte no puede desconocer.

Si, pues, el recurrente no ha demostrado el error de hecho que le imputa al sentenciador, el cargo formulado desvirtuado y por consiguiente no puede prosperar.

En el parágrafo II de la demanda dice el recurrente "violación de los ordinales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial" y pretende fundamentar el cargo razonando así: "Como una consecuencia lógica de lo expuesto en el parágrafo anterior en donde se vio que no estuvo jurídicamente establecida la identidad de los lotes reivindicables por error en el dictamen pericial, hay que concluír que tampoco pudo aparecer señalado con exactitud el sujeto o sujetos que ejercen los actos posesorios. En tales condiciones, las notificaciones de la demanda y los demás incidentes en el juicio se han tramitado en balde por defecto de la personería jurídica de los demandados".

Se considera: Como no se ha demostrado que el Tribunal incurriera en error de hecho al aceptar que estuvieron debidamente determinados los lotes de terreno cuya reivindicación se ha demandado, y como aparece claramente establecido que esos mismos lotes se encuentran en poder de los demandados, como poseedores, es claro que se demostró la legitimación en causa de la parte demandada. Esto es suficiente para concluír que el cargo no prospera.

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 Medellín, pronunciada en el juicio ordinario de María Alvarez viuda de Alvarez y otros contra José María Saldarriaga y otros, y que lleva fecha catorce de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

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

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL; y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

CONDICIONES REQUERIDAS PARA QUE LA FALTA DE APRECIACION DE UNA PRUEBA, CORRECTAMENTE ELEVADA AL PROCESO, INCIDA EN CASACION, SEGUN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTANTE DE LA CORTE

De acuerdo con la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, son casables las sentencias que provengan de falta de apreciación de determinada prueba, cuando incidan en la violación de determinados textos de la ley sustantiva.

Para que la falta de apreciación de una prueba, correctamente llevada al proceso, incida en casación se requiere, según la doctrina y según la jurisprudencia constante de esta Corte, que reúna tres condiciones: 1ª Que el error de hecho en la falta de apreciación de una prueba aparezca de modo manifiesto en los autos; 2ª Que dicho error incida en el desconocimiento de algún medio legal; 3ª Que haya incidido en la parte resolutiva del fallo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

La señora MARIA SOLARTE viuda DE CASTRO y la señorita Balbina Solarte España a su nombre y para las herencias de Ramón Solarte y de Herminia España, c para la sociedad conyugal de éstos, demandaron ante el Juez Segundo del Circuito de Pasto a los señores Ramón María Delgado y Modesto, Segundo Antonio y Marco Tulio Zambrano, para que fueran hechas las siguientes declaraciones judiciales.

1ª.—Que las herencias de los esposos Ramón Solarte y Herminia España son dueñas del fundo "Parapetos", ubicado en el Municipio de Imues y por los linderos descritos en esta petición.

En subsidio, que este dominio corresponde a la sociedad conyugal de Ramón Solarte y Herminia España.

2ª.— Que los demandados son poseedores de mala fé de un lote de terreno denominado "Parapetos" y por los linderos expresados al enunciar esta petición.

3ª.—Que los demandados están obligados a restituir el lote de terreno que poseen de mala fé y que es parte integrante del fundo "Parapetos" con sus frutos naturales y civiles desde 1954 hasta el día de la restitución.

Se afirmaron los siguientes hechos:

a) El fundo "Parapetos" pertenece a los esposos Ramón Solarte y Herminia España;

b) Este fundo se deslindó de acuerdo con la escritura 29 de mayo de 1875 de la Notaría del Circuito de Túquerres;

c) Desde 1929 hasta 1951, Modesto Zambrano fue socio aparcero del terreno que se reivindica, lo cuidaba, lo sembraba y recogía las sementeras, cuyos productos se repartían entre él y los herederos de Ramón Solarte y Herminia España;

d) Desde 1954 Modesto Zambrano y sus hijos Segundo Antonio y Marco Tullo Zambrano se dieron por dueños del terreno que se reivindica;

e) El terreno objeto de reivindicación fue vendido por Modesto Zambrano a Marco Tulio Zambrano y éste a Ramón María Delgado;

f) Todos los poseedores del terreno aludido, lo son de mala fe.

c c c

El Juez Segundo del Circuito de Pasto falló el negocio absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda. Fundó su sentencia en que los linderos del fundo "Parapetos", a que hace referencia la escritura pública del año de 1875, son diferentes a los linderos indicados en la demanda; y también en que en el certificado expedido por la Oficina de Registro de Túquerres existe la constancia de haberse registrado la escritura pública de transacción número 120 de febrero de 1955, por la cual los herederos del doctor Rubén Solarte España y, a la vez, herederos de Ramón Solarte y Herminia España, transmitieron a Sergio Antonio España la totalidad de

acciones y derechos que en esa condición de herederos tienen en el fundo "Parapetos".

Subió esta sentencia en apelación al Tribunal Superior de Pasto, quien por sentencia de marzo 13 de 1957 revocó la del Juez y condenó a los demandados a restituir a las sucesiones de los cónyuges Ramón Solarte y Herminia España, representadas por las actoras María Solarte de Castro y Balbina Solarte España, la parcela del predio "Parapetos", ubicada en el Municipio de Imués, por los linderos afirmados en la demanda.

* * *

II—DEMANDA DE CASACION

Contra la sentencia del Tribunal de Pasto interpusieron los demandados recurso de casación. Se le fromularon tres cargos de los cuales sólo se estudia el primero.

Este cargo se formula en los siguientes términos:

"Primer cargo.—Violación indirecta de los artículos 1.377 y 953 del Código Civil por causa de error de hecho evidente por la falta de apreciación de un documento.

"El Tribunal examinando la legitimación en causa de las actoras enumera las partidas de estado civil en que respaldan su título de herederas de Ramón Solarte y Herminia España, y con base en ellas les acepta su personería, a mérito de la cual "tienen derecho para deducir la acción de reivindicación en favor de las dos sucesiones ilíquidas, porque el inmueble "Parapetos" como pasa a verse, formaba parte del haber de la sociedad conyugal Solarte-España.

"Luego estudiando el sentenciador el punto relativo a la propiedad del inmueble hace relación de los títulos aducidos por las actoras consistentes en la actuación original de los peritos partidores de los bienes dejados por Juan Agustín España (Folios 17 a 29, cuaderno número 1); en la escritura pública número 3 del 21 de enero de 1872 otorgada en la Notaría de Túquerres (folios 25 a 26 ibídem); en la escritura 112 del 18 de mayo de 1875 otorgada en la misma notaría (folios 27 a 29 ibídem); y en la escritura 121 de 29 de mayo de 1875 de la misma Notaría (folio 21 ibídem).

"Según estas escrituras, dice el Tribunal, está probado hasta aquí que el predio "Parapetos" ingresó al patrimonio de la sociedad conyugal de Ramón Solarte y Herminia España, a quienes representan sus herederas, las demandantes, de acuerdo con las partidas antes examinadas.

"Y como el sentenciador de Pasto halló acreditada la identidad del fundo perseguido accedió al decreto de reivindicación, no sin haber desestimado la oposición de los demandados alegando que los títulos de las demandantes prevalecen sobre los exhibidos por éstos.

"Empero, el Tribunal no paró mientes en el motivo de absolución invocado por el Juez, de importancia decisiva en el proceso, relacionado con la personería de las demandantes en función del ejercicio de la acción en beneficio de la herencia Solarte-España; las actoras según el certificado del Registrador mencionado en el punto tercero del capítulo anterior le habían cedido a Sergio Antonio España antes de intentar la demanda la totalidad de sus derechos y acciones que tenían a título de herederas sobre el fundo de "Parapetos".

"Este hecho debidamente comprobado despoja a las actoras de todo interés jurídico para demandar. Ellas dejaron voluntariamente de ser comuneras como herederas en el fundo objeto de la acción al ceder a sus respectivos derechos a Sergio Antonio España.

"El artículo 1.377 del Código Civil está indicando claramente el efecto necesario que se produce por la venta de un derecho hereditario. Aunque aquel cedente conserva la calidad de heredero —artículo 1.967 ibídem—, los derechos activos y pasivos correspondientes a esa calidad se desplazan al patrimonio del cesionario.....".

"Al cesionario de un derecho de herencia —dice la Corte— competen los mismos derechos y tiene las mismas obligaciones que el cedente de ella, supuesto que la venta no hace sino cambiar la persona del heredero, aunque no se transmitan el título y la calidad de tal, por ser éstos inherentes a la persona" (Gaceta Judicial. Tomo XXVII, página 101 y Tomo L. Pág. 91).

"Perdiendo el heredero, según el artículo 1.377 citado su derecho de intervenir en la partición por virtud de la cesión de su cuota hereditaria, es porque deja de ser copropietario del patrimonio hereditario, convirtiéndose el cesionario en dueño.

"Todos estos principios que son elementales en el derecho los ignoró el Tribunal, por no tomar en cuenta el certificado del Registrador, que le estaba diciendo que aunque el fundo reclamado sea de propiedad de la sucesión demandante, las actoras carecen por completo del derecho de accionar por ella, merced a la enajena-

ción a título de transacción de sus derechos de herederas sobre el fundo de "Parapetos".

"La falta de toda apreciación del mencionado certificado, en lo pertinente, es un error de hecho evidente, tan notorio como la propia existencia en el juicio de dicho certificado, ante el cual cerró los ojos el juzador de segundo grado.

"Por consiguiente la sentencia viola indirectamente, por causa del error apuntado, el preindicado artículo 1.377, que está enseñando claramente cuál es el efecto de la cesión de un derecho de herencia; y el artículo 950 del mismo estatuto, por reconocer la acción reivindicatoria en un caso que manifiestamente repudiaba la aplicación del precepto.

"Yo acuso pues el fallo por el concepto expresado.

"La Sala de Casación Civil de la Corte en sentencia de fecha 1º de septiembre de 1954, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, página 545|46, casó un fallo por el mismo error aquí apuntado, de no haber advertido el Tribunal un certificado del Registrador acompañado con la demanda que mencionaba la venta que el demandante había hecho de sus derechos a un tercero.

"De consiguiente el cargo formulado no tiene réplica, de modo que por sí solo le abre la puerta a la Honorable Sala para romper la sentencia del Tribunal, casándola y en su lugar, confirmar la sentencia absolutoria del Juez".

III—REPLICA DEL OPOSITOR

El apoderado del opositor se refiere al anterior cargo, advirtiendo que las demandantes no han enajenado los derechos sobre el predio que es objeto de reivindicación.

Que según la inspección ocular realizada por el Tribunal Superior de Pasto se determinó plenamente el hecho de que el fundo "Parapetos" se encuentra dividido en dos sectores, separados por el antiguo camino de Pasto, cuyos linderos generales coinciden con la totalidad del predio adquirido por la sociedad conyugal Solarte-España. Uno de tales sectores es el transferido a Sergio Antonio España y poseído por éste, en razón de la citada escritura número 120 de 1925, y el otro, propiedad de las demandantes, es el que ocupan los Zambranos y Delgado, materia de la reivindicación.

Se comprobó, pues, agrega el opositor, la identidad del fundo que se reivindica y que es una parte del predio "Parapetos", distinto del cedido a Sergio Antonio España en la transacción mencionada.

IV—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º.—El predio "Parapetos" fue identificado por linderos por la escritura número 3 de 21 de enero de 1872 de Túquerres. Posteriormente, en el año de 1875 y por la escritura 121 registrada el 30 de mayo de aquel año, se aclaran los linderos del fundo "Parapetos", en la siguiente forma: "Por la cabecera con terrenos de Juan Domínguez y Dolores Tovar, zanja por medio, hasta un zanjón; sigue dicho zanjón deslindando terrenos de la misma Tovar, hasta la zanja que divide con los de Juan Domínguez y sigue dicha zanja hasta dar al camino que conduce a Pasto; por el pie de una zanja que divide los de los herederos de José Antonio Benavides y sigue ésta zanja abajo formando punta de reja a dar a la zanja que divide terrenos de Salvador Obando, de allí en recto a dar a la zanja que divide terrenos de Ramón Solarte siguiendo para arriba y formando el otro costado hasta dar al camino que conduce a Imues, el cual hace división con la zanja que separa los de Antonio Tello y de allí recto al camino que conduce a Pasto en donde viene el primer lindero".

Posteriormente, por la escritura 120 de febrero de 1955, se deslinda el mismo predio "Parapetos" en la siguiente forma: "Por el pie con terrenos de Telésforo López heredero de Aparicio Domínguez y Concepción Mesa de López, zanja antigua al medio; costado derecho, con los herederos de Ramón Solarte y Herminia España, el camino que conduce a la tienda de Chuarchid por medio; por la cabecera con terrenos de los herederos de Ramón Solarte y Herminia España el camino que de Imues conduce a Guaitarilla y costado izquierdo con terrenos del lote Chiristes, perteneciente a la misma sucesión, zanja al medio".

En la demanda ordinaria se identifica el predio "Parapetos" en la siguiente forma: "Por la cabecera, con terrenos de Juan Domínguez y Dolores Tovar, zanja al medio hasta dar a un zanjón; por un costado sigue dicho zanjón deslindando con terrenos de la expresada Tovar hasta dar con una zanja que divide terrenos de Juan Domínguez y sigue dicha zanja hasta dar al camino que conduce a Pasto; por el pie, toma de dicho camino una zanja que divide terrenos de los herederos de José Antonio Benavides y sigue esta zanja para abajo formando punta de

reja hasta dar a la zanja que divide con terrenos de Ramón Solarte, siguiendo ésta para arriba, formando el otro costado, hasta dar al camino que conduce a Imués, el cual hace división con la zanja que separa terrenos de Antonio Tello, y sigue esta zanja recto a dar al camino que conduce a Pasto, en donde cierra con su primer lindero".

En relación con la transcripción de las varias alinderaciones del fundo "Parapetos", es necesario presumir en primer término que los linderos del año de 1875 son equivalentes a los linderos de la demanda, por cuanto en el hecho primero de ésta se hace referencia a que el deslinde del fundo corresponde al de la escritura aclaratoria del 29 de mayo de 1875. En todo caso, debe tenerse en cuenta que las demandantes fundan su titularidad sobre el predio "Parapetos" a partir de la citada escritura de 1875.

En el fondo se trata de saber si los linderos del fundo "Parapetos" tal como fueron enunciados en la escritura 120 de febrero de 1955, corresponde o no corresponde a los linderos de 1875 y que como ya se dijo, deben mirarse como equivalentes a los de la demanda. Si lo primero, no podrá prosperar la acción reivindicatoria por cuanto los demandantes habían enajenado al señor Sergio Antonio España R., la totalidad de los derechos sobre el mencionado predio. Si lo segundo, tan sólo habrían enajenado una sección del fundo "Parapetos", habiéndose reservado otra sección y que desde luego sería la que los inviste de titularidad para ejercer la acción reivindicatoria que han ejercido y la que fatalmente tendría que coincidir con la sección que ocupan los demandados en el presente juicio.

2º.—Para resolver esta cuestión es necesario tomar posesión de una pista segura que permita aclarar éste, al parecer intrincado problema

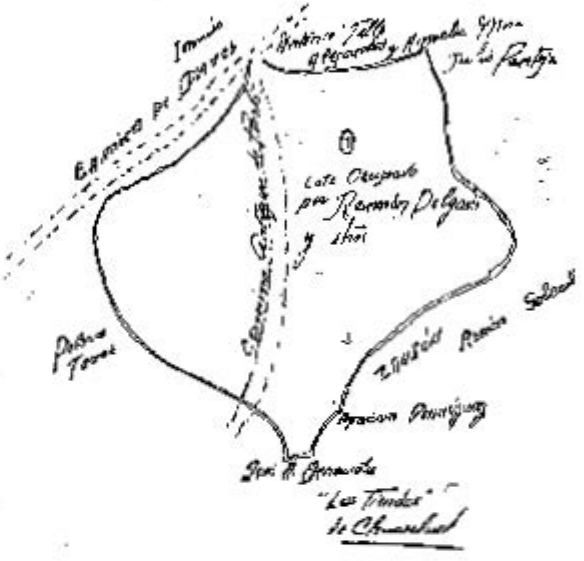
Se escoge la pista.

Esta pista que servirá de base para decidir el asunto que se controvierte, no otra será sino la identificación que se hizo de la totalidad del predio "Parapetos", como de cada una de las dos secciones de que se compone hoy día, en el croquis que forma el folio 25 del cuaderno número 2 de pruebas de la parte demandada, croquis que se copia a continuación, tal como aparece en dicho folio.

PLANO DEL FUNDO "PARAPETOS" EN EL MUNICIPIO DE IMUES

Extensión aproximada 15 HECTAREAS

LOTE OCUPADO POR RAMON SALGADO, AREA APROXIMADA 8 HECTAREAS



Esta pista es buena, por cuanto el dicho croquis fue elaborado por los peritos en la diligencia de inspección ocular al fundo "Parapetos" practicada el 29 de febrero de 1946, dictamen pericial que no fue objetado por ninguna de las partes.

Los mencionados peritos identifican el predio "Parapetos" en la siguiente forma: Costado norte y partiendo del punto en donde el predio tiene la forma de punta de reja y que queda inclinado hacia el norte, y siguiendo en una extensión de norte a occidente, linda con terrenos de Aparicio Domínguez y Ramón Solarte: luego volviendo hacia el sur, linda por el occidente, con terrenos de Ramón y Angel Lagos, y Julio Panoja; luégo volviendo hacia el este, linda en una parte con terrenos de Antonio Tello, Alejandro y Amalia Mora, hasta encontrar el camino de Imués; este camino se encuentra en la parte sur del fundo. En toda la extensión del camino de Imués linda con terrenos de Juan Domínguez; comienza luégo un costado en forma de curva e inclinándose hacia el norte, hasta encontrar la punta de reja; por el este, y lindando con terrenos de Dolores Tovar.

A este fundo total le dan los peritos una extensión aproximada de quince hectáreas.

El fundo alinderado en la forma dicha por los peritos en el croquis de que se habló, se halla dividido en dos secciones separadas por el camino antiguo de Pasto, y que comienza en el camino de Imués y sigue en forma aproximadamente recta hasta un sitio inclinado hacia la parte este de la punta de reja, de que se habló.

La sección ocupada por los demandados queda inclinada íntegramente sobre la parte occidental y es la que es objeto de reivindicación y que en el croquis se limita con el número 1 (lote ocupado por Ramón Delgado y otros).

La otra sección queda inclinada totalmente a la parte Este del predio.

En todo caso y de acuerdo con el croquis, la parte Este del antiguo camino de Pasto, que es ocupada por los demandados y que es objeto de reivindicación, linda en casi toda la parte Este y parte apreciable de la parte Sur, con el camino antiguo de Pasto; dentro de tal sección se encuentra la punta de reja de que se habló; y el costado Norte corresponde al mismo lindero de todo el predio "Parapetos", como igualmente la parte Oeste.

La segunda sección limita en toda la parte Oeste con el antiguo camino de Pasto; en toda la parte inclinada hacia el Sur con el camino de Imués y terrenos de Juan Domínguez y en la restante parte que queda al Este, con terrenos de Dolores Tovar, hasta encontrar el camino antiguo de Pasto.

3º.—Si se acepta la interpretación que propone al apoderado del opositor, tendríamos que por la escritura de 1955, los demandantes sólo enajenaron la segunda sección, o sea, la inclinada al Este del camino antiguo de Pasto, habiéndose reservado por tal escritura la sección primera, o sea, el lote actualmente ocupado por Ramón Delgado y otros y contra quienes se dirige la demanda de reivindicación.

Con estas aclaraciones es necesario ahora volver a examinar los linderos del predio "Parapetos" que las demandantes transmitieron al señor Sergio Antonio España B., por la escritura 120 de febrero de 1955. Estos linderos dicen: "Por el pie con terrenos de Telésforo López, herederos de Aparicio Domínguez y Concepción Mesa de López, reja de zanja antigua al medio y quincha; costado derecho, con los herederos de Ramón Solarte y Herminia España, el camino que conduce a las tiendas de Chuarchud por medio; por la cabecera con terreros de los herederos de Ramón Solarte y Herminia España, el camino que de Imués conduce a Guaitirilla por medio; y costado izquierdo, con terrenos del lote Chiristes, perteneciente a la misma sucesión, zanja al medio".

De la descripción mencionada de los linderos se deduce la imposibilidad de aceptar la tesis del señor apoderado del opositor. a) De ser exacta esa tesis, sería imposible no haber deslindado la sección transmitida como la reservada por uno de los principales linderos que divide tales secciones o sea, el camino antiguo de Pasto; b) La parte enajenada en 1955, se hace deslindar con el camino de Imués, y justamente la sección primera o lote ocupado por Ramón Delgado, no linda por un costado con el camino de Imués, pues en el croquis se observa que apenas el costado Este toca el mencionado camino.

c) En tercer lugar, la punta de reja, o sea, el pie de todo el lote "Parapetos", se encuentra íntegramente dentro del lote ocupado por Ramón Delgado, y lo enajenado en la citada escritura de 1955, señala ese pie como haciendo parte del lote primero, es decir, del que es objeto de reivindicación; sobre lo cual no aparece duda de ninguna clase, porque como se dijo, la parte Norte linda con terrenos de Aparicio Domínguez y con tierras de Ramón Solarte, y ciertamente, por lo menos, todo ese costado del predio "Parapetos" aparece enajenado en la referida escritura de 1955.

4º.—Esta revisión de linderos tal como aparece en el croquis que ha servido de pista, como en la escritura de 1955, revela muy a las claras, que lo que las demandantes enajenaron correspondió a todo el fundo "Parapetos", dada la circunstancia ya anotada, de que en la enajenación se incluyó todo el lindero Sur, o sea, el camino de Imués y todo el lindero Norte, o sea, la parte que limita con herederos de Aparicio Domínguez y Ramón Solarte.

5º.—Las observaciones hechas y que se ajustan a la realidad procesal, acreditan que tuvo razón el Juez de primera instancia al negar las peticiones de las demandantes por haber encontrado que el lote que se pretendía reivindicar se encontraba dentro de lo enajenado en 1955 al señor Sergio Antonio España.

En aquella sentencia de septiembre 11 de 1956, dice el Juez segundo Civil del Circuito de Pasto: "Aparece también en el certificado expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Túquerres, la constancia de haberse registrado la escritura de transacción número 120 de fe-

brero de 1955, por la cual los herederos del doctor Rubén Solarte España, transmitieron a Sergio Antonio España la totalidad de las acciones y derechos que en esa condición de herederos tienen en el fundo "Parapetos". Por este motivo, el Juzgado despachó desfavorablemente las peticiones de las demandantes.

El Tribunal de Pasto en su sentencia de marzo 13 de 1957, y al referirse a la titularidad de los demandantes, hace un examen de la partición del 4 de agosto de 1871, de la escritura número 3 del 21 de enero de 1872, de la escritura 112 del 18 de mayo de 1875, de la escritura del 29 de mayo de 1875. Y sin más análisis de título, termina el examen de la titularidad con las siguientes palabras: "Está probado hasta aquí, que el predio "Parapetos", ingresó al patrimonio de la sociedad conyugal de Ramón Solarte y Hermenegilda España, a quienes representan sus herederas, las demandantes, de acuerdo con las partidas antes examinadas".

Pero nada, ni una sola palabra sobre el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados que obra a los folios 5 vuelto, 6, 7 y 8 del cuaderno número 1º y, en forma especial, de la parte final del certificado que da noticia de la transmisión que hicieron las demandantes del predio 'Parapetos".

Concluyese así que al no estudiar el Tribunal dicha prueba, o sea al pasarla por alto, cometió un error manifiesto. De acuerdo con la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, son casables las sentencias que provengan de falta de apreciación de determinada prueba, cuando inciden en la violación de determinados textos de la ley sustantiva.

Para que la falta de apreciación de una incida en casación se requiere, según la doctrina y según jurisprudencia constante de esta Corte, que reúna tres condiciones: 1ª. Que el error de hecho en la falta de apreciación de una prueba aparezca de modo manifiesto en los autos; 2º. Que dicho error incida en el desconocimiento de algún texto legal; 3ª. Que haya incidido en la parte resolutiva del fallo.

Justamente y en forma diáfana, la falta de apreciación por parte del sentenciador de segundo grado del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Túquerres, engendra un error de esa clase y que produjo como resultado que se reconociera a las demandantes una titularidad sobre el predio "Parapetos" de la cual se habían despojado en el año de 1955. Este error implica clara violación de los artículos 1.377 y 950 del Código Civil.

Y este error del Tribunal es tanto más notorio y falto de justificación, si se tiene en cuenta que el sentenciador de primer grado al examinar el certificado de que se habla, encontró que las demandantes carecían de titularidad para demandar la reivindicación. Y por tal circunstancia negó las súplicas de la demanda y absolvió a los demandados.

FALLO

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 proferida el día trece de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, y confirmando la de primer grado,

DECLARA:

Las demandantes señoras MARIA SOLARTE DE CASTRO y BALBINA SOLARTE ESPAÑA, por carecer de titularidad de dominio sobre el predio "TARAPETOS" carecen de interés jurídico para reivindicar ese inmueble o parte del mismo, de los demandados en este juicio, a quienes se absuelve de todos los cargos de la demanda.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

AUSENCIA DE CAUSA EN UNA PERMUTA CUANDO UNA DE LAS PARTES ESTA FORMADA POR VARIAS PERSONAS. — INOPONIBILIDAD Y NULIDAD DEL NEGOCIO JURIDICO. — RATIFICACION DE ACTO A QUE FALTAN SOLEMNIDADES AD-SUSTANTIAM. — CASACION POR ERRONEA INTERPRETACION DE CLAUSU-CONTRACTUALES. — ERROR MANIFIESTO DE HECHO

1.—No siempre la censura de la interpretación contractual encuentra base plausible en el error de hecho. Cuando no es susceptible de reparo la apreciación del sentenciador acerca del significado natural y obvio de los vocablos que las partes emplearon, puede sin embargo equivocarse en la calificación de los elementos que configuran determinado negocio, pero en este evento el yerro no es de hecho sino directamente jurídico en sentido estricto, esto es con abstracción de la prueba.

2.—Cuando la evidencia debe resplandecer con toda la luz que le pertenece, no cabe en la materia ninguna posición dubitativa ni se debe admitir que la casación llegara a ser medio adecuado al perfeccionamiento de la convicción judicial del sentenciador, porque se ensayara acaso una mejor crítica probatoria, de recibo en alegaciones de instancia pero extraña al recurso extraordinario ante la Corte.

El error manifiesto de hecho, como límite de los poderes de apreciación en el segundo grado del juicio, supone ignorancia en el proceso de medios que ostensiblemente demuestran lo contrario de lo que fue visto en el fallo como determinante de la resolución jurisdiccional violadora de normas sustantivas. Y lo habría también si el juzgamiento pugnara con leyes elementales de la naturaleza o con los dictados mínimos del sentido común.

3.—Si en el caso litigioso el contexto del documento admite varias interpretaciones razonables, allí lo único ostensible es el equívoco. La opinión de los intérpretes puede ser divergente y acaso alguna mejor o más acertada, pero ninguna hasta el punto de excluir a las otras por evidentemente erróneas. Si en circunstancias tales el sentenciador adopta una determinada solución, la censura por error manifiesto de hecho es intrascendente al recurso extraordinario. La simple opinión y la evidencia son incompatibles.

4.—La ratificación expresa no sólo debe ser clara, precisa, lisa y llana, sino que su validez exige las solemnidades a que por ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica (1753).—De donde por corolario se desprende que si se quiere ratificar contrato al que le faltaron solemnidades ad-sustantiam, la ratificación es imposible por sustración de materia.

5.—La inoponibilidad por falta de concurrencia se funda en el efecto relativo de los contratos que liga a las partes o a quienes ocupen su lugar jurídico mas no a terceros, y supone la validez del negocio. En tanto que por la nulidad se predica la incidencia de vicios que afectan la vida del contrato, por modo absoluto o relativo según los casos.

6.—Que la ausencia de causa sea difícil de encontrar de manifiesto en los contratos no equivale a entender que esa hipótesis se haga imposible. Porque si la figura jurídica que las estipulaciones de las partes describen es bilateral, onerosa y conmutativa, no hay duda de que si el testimonio literal del pacto evidencia por sí mismo que uno de los sedicentes permutantes a nada se obliga con quien le da o le promete dar alguna cosa, el contrato manifiestamente se encuentra privado de causa y carece de mérito para subsistir.

Ni se modifica la situación por colegir o suponer de algún modo que si uno de los partes permutantes está compuesta por varias personas, el hecho de que cualquiera de ellas obtenga algo sirva para llenar el vacío, puesto que el pretendido convenio entre quienes forman tal parte no se presume y menos aún la donación que semejante criterio pudiese implicar. De modo,

pues, que en tales condiciones sólo resalta la ausencia de causa para quien onda reporta de un negocio jurídico bilateral, oneroso y conmutativo.

Por lo demás, ningún principio de derecho es idóneo para sustentar la validez del contrato en que uno de los condóminos actúa junto con tercera persona que no acredita facultad otorgada por el otro condómino, y pretende dar el bien común en cambio de objeto que habrá de recibir en su totalidad el comunero presente sin participación alguna para el comunero ausente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiocho (28) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Al folio 2 del primer cuaderno y como pieza acompañada a la demanda inicial del juicio obra este documento:

"Contrato de permuta: Por $ 10.000.00 moneda legal.

"Permutante: don Arturo Henao López.

"Permutante: doña María del Carmen Ríos vda. de P.

"Yo, Arturo Henao López, mayor de edad y vecino, identificado con cédula de ciudadanía..... .....expedida en Puerto Berrío, de una parte, y de la otra, doña María del Carmen Ríos viuda de Pino, y su hijo, Jesús María Pino Ríos, mayores de edad y también vecinos, la primera identificada con cédula ..... expedida en este mismo Puerto, y el hijo con la cédula de ciudadanía ..... expedida en ..... y representado en este acto, por don Rodolfo Orrego mayor de edad y vecino, identificado con la cédula de ciudadanía ..... expedida en Puerto Berrío, por medio del presente contrato declaramos: PRIMERO.— Arturo Henao López, de las condiciones civiles ya anotadas, propietario de UNA CASA situada en el área urbana local, de adobes, teja de barro, pisos de cemento y mosaicos, comprendida dentro de los linderos siguientes ..... Esta casa tiene además instalaciones de agua, de luz, alcantarillado, y varias piezas y servicios de baño, W. C. y todo está en perfecto estado. Libre también de todo gravamen, censo o condiciones resolutorias.—SEGUNDO.—Doña María del Carmen Ríos viuda de Pino, y su hijo, Jesús María Pino R. de las condiciones civiles ya expresadas, en la sucesión intestada de don EMILIO A. PINO, han sido declarados herederos de los bienes relictos y entre éstos, unas mejoras en baldíos de la Nación, en el sitio llamado Puerto Chepe del Distrito de Vélez de Santander del Sur, y de la fracción de Puerto Olaya, mejoras que son: casa o rancho de habitación, pastos, rastrojeras, reservas de monte, una adyacencia de sembrados de plátanos, y el todo está encerrado dentro de los linderos siguientes: Por un costado el río Magdalena; por otro costado con don Arturo Henao López; por otro costado con Alejandrino Jaramillo, y por el otro costado con Arturo Henao López. La sucesión está llevándose en el Juzgado del Circuito de Puerto Berrío, y al dar la hijuela correspondiente, y registrada que ella sea, se entenderá terminado el juicio de sucesión. TERCERO.—Las partes aquí tratantes en común de acuerdo han resuelto en forma voluntaria, PERMUTAR las propiedades aquí descritas en los apartes primero y segundo, QUEDANDO por TANTO y pasando a ser de propiedad de don Arturo Henao López, la FINCA o MEJORAS de PUERTO CHEPE, en la forma y términos descritos, y la SEÑORA doña Carmen RIOS viuda de PINO, la casa de esta ciudad, ENCIMANDO ésta al señor HENAO LOPEZ, la suma de TRES MIL pesos moneda legal.—CUARTO.— Los tres mil pesos de encima de una a otra propiedad serán pagados a don Arturo Henao López, en contados de a ciento sesenta pesos mensuales, empezando a percibir esta suma desde el mes de MAYO próximo hasta la total solución de la deuda. A ciento sesenta pesos está arrendada la casa y don Arturo Henao López acepta que la suma valor de la encima le sea pagada en la forma antes descrita, y sin derecho a percibir ningún valor por intereses y mientras dura el pago de la suma indicada.—QUINTO.—Para la legalización de este acto, lo aplazamos hasta por un año, para las escrituras públicas correspondientes, puede ser éste el plazo, o UNO menor, pero en todo caso y por ningún motivo el plazo podrá exceder del ya indicado.—SEXTO.—Como el permutante señor Jesús PINO RIOS, está ausente, y autorizó en forma verbal, a don Rodolfo Orrego para cualquier negociación, éste a su nombre habrá de suscribir la presente negociación. Y estando conformes (sic) las partes contratantes, con las condiciones que regulan este negocio, lo firmamos en Puerto Berrío, hoy CATORCE de marzo de mil novecientos cincuenta y dos y ante los tres testigos que la ley indica, y habremos de RE-

CONOCER las firmas que autorizan este documento, en el JUZGADO del Circuito o en la NOTARIA del mismo. Y para efectos civiles de anotación y registro, le ponemos a este contrato un valor de DIEZ MIL PESOS moneda legal. Don Arturo Henao López, entrará desde mañana en posesión real y material de las mejoras de "Cantimplora" (El subrayado es del documento).

El reconocimiento notarial del contenido y firmas de María del Carmen Ríos viuda de Pino, Arturo Henao López y Rodolfo Orrego L. aparece efectuado el 18 de marzo de 1952.

* * *

Las súplicas del libelo inicial introducido por Jesús Emilio Pino Ríos se encaminan esencialmente a obtener declaración de nulidad absoluta del contrato por falta de las formalidades prescritas por la ley, a que el dominio sobre los bienes inmuebles en mención radique en cabeza de sus respectivos propietarios, a que Henao López restituya la finca de Puerto Chepe, junto con frutos, y a que el mismo Henao López, María del Carmen viuda de Pino y Rodolfo Orrego indemnicen al actor los perjuicios sufridos a consecuencia del documento de 14 de marzo de 1953.

El litigio, a que fueron citados los dichos Arturo Henao López, María del Carmen Ríos viuda de Pino y Rodolfo Orrego L., quedó resuelto el 8 de febrero de 1955 por el Juez del Circuito de Puerto Berrío, quien declaró absolutamente nulo "el contrato de permuta celebrado por los señores Henao López, de una parte y doña María del Carmen Ríos viuda de Pino y Rodolfo Orrego L. de la otra....., dispuso que las cosas volviesen a su estado anterior, condenó a Henao López a entregar la finca de Puerto Chepe a María del Carmen Ríos viuda de Pino y Jesús E. Pino Ríos tres días después de la ejecutoria, y al pago de los frutos con deducción de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) invertidos por Henao López", el cual oportunamente recurrió en alzada.

La resolvió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 26 de septiembre de 1956 en fallo que "confirma la sentencia apelada, de procedencia y fecha antedichas, con la modificación de que en lugar de la deducción de tres mil quinientos pesos que allí se reconocen al demandado Arturo Henao López, por inversiones en la finca, tiene derecho a que se le paguen o deduzcan las mejoras puestas por él en ese inmueble y que existan al tiempo de la restitución; gozando del derecho de retención, hasta que le sean satisfechas; y que el valor de los frutos que debe restituir Henao L. y el de las mejoras a que tiene derecho, se determinarán mediante los trámites del artículo 553 del Código Judicial".

* * *

Cuatro motivos se aducen ante la Corte para sustentar la causal 1ª de casación:

I

No dice el sentenciador si se trata de un contrato de permuta o de una simple promesa de contrato. Si encontró que se trata de un contrato de permuta y no de una simple promesa de contrato, incurrió en sentir del recurrente "en un manifiesto error de hecho en la apreciación del documento a que se ha hecho referencia. En efecto: en dicho documento consta: 'QUINTO—Para la legalización de este acto, lo aplazamos hasta por un año, para las escrituras públicas correspondientes; puede ser este plazo, o uno menor, pero en todo caso y por ningún motivo el plazo podrá exceder (de un año) del ya indicado'. Error de hecho de donde la acusación desprende que declarar nulo el contrato de promesa por falta de formalidades como si se tratara de permuta, viola los artículos 1.618 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887 por falta de aplicación, y 1.740, 1.741, 195 y 1.953 del Código citado, por aplicación indebida. Dice además: "Por otra parte, aun en aquellos países en donde a la Corte de Casación no le está permitido examinar las cuestiones de hecho, se admite que la errónea calificación de un contrato implica cuestión de derecho y constituye por tanto motivo de casación; así la Corte debe intervenir cuando el Tribunal ha colocado equivocadamente el contrato en una categoría que no le corresponde".

Se considera:

No siempre la censura de la interpretación contractual encuentra base plausible en el error de hecho. Cuando no es susceptible de reparo la apreciación del sentenciador acerca del significado natural y obvio de los vocablos que las partes emplearon, puede sin embargo equivocarse en la calificación de los elementos que configuran determinado negocio, pero en este evento el yerro no es de hecho sino directamente jurídico en sentido estricto, esto es con abstracción de la prueba.

No sucede así en el caso al estudio cuando todo estriba en la cuestión de hecho y en forma clara

el cargo viene formulado por error manifiesto de hecho, pues si se alude al aspecto jurídico en otros países, lo es para esforzar la impugnación y su incidencia en el recurso.

Importa entonces saber: No el valor probatorio del documento del 14 de marzo de 1952 según la tarifa legal, puesto que el error de derecho queda al margen; ni cuáles son los elementos de la esencia de la permuta o de la promesa de tal contratación, por lo que respecta a yerro directamente jurídico. Se juzga en concreto si el documento contiene estipulaciones que con evidencia demuestren una u otra figura a través de sus elementos esenciales, no discutidos en derecho.

Cuando la evidencia debe resplandecer con toda la luz que le pertenece, no cabe en la materia ninguna posición dubitativa ni es dable admitir que la casación llegara a ser medio adecuado al perfeccionamiento de la convicción judicial del sentenciador, aunque se ensayara acaso una mejor crítica pero extraña al recurso extraordinario ante la Corte.

El error manifiesto de hecho, como límite de los poderes de apreciación en el segundo grado del juicio, supone ignorancia en el proceso de medios que ostensiblemente demuestren lo contrario de lo que fue visto en el fallo como determinante de la resolución jurisdiccional violadora de normas sustantivas. Y lo habría también si el juzgamiento pugnara con leyes elementales de la naturaleza o con los dictados mínimos del sentido común.

Si en el caso litigioso el contexto del documento admite varias interpretaciones razonables, allí lo único ostensible es el equívoco. La opinión de los intérpretes puede ser divergente y acaso alguna mejor o más acertada, pero nunca hasta el punto de excluir a las otras por evidentemente erróneas. Si en circunstancias tales el sentenciador adopta una determinada solución, la censura por error manifiesto de hecho es intrascendente al recurso extraordinario. La simple opinión y la evidencia son incompatibles.

Ahora bien: Con la lectura del documento del 14 de marzo de 1952 salta a la vista que su contexto es del todo equívoco e incapaz por lo mismo de demostrar con evidencia la promesa de permuta que se alega. Así debe prevalecer la convicción del juzgador en la instancia.

II

Se refiere el recurrente a que si la venta de cosa ajena es válida, con mayor razón ha de serlo la simple promesa de venta de cosa ajena, y por ello censura este paso de la sentencia:

"A más de esto, adolece (el documento) de otras irregularidades y aun de nulidades, a saber:

"Allí se expresa que la casa es de propiedad del señor Henao López; y sin embargo del certificado de Registro acompañado aparece que para esa fecha y al correr la etapa probatoria era de propiedad de la señora esposa de dicho demandado, doña Rosa Helena Calderón de Henao. Más todavía: allí mismo se dice que se permuta y transmite en propiedad por la señora Ríos viuda de Pino y su hijo el demandante la finca de Puerto Chepe, siendo así que para esa fecha sólo tenía unos derechos de gananciales o hereditarios en la sucesión ilíquida de don Emilio Pino. Por donde se ve lo anómalo de esas estipulaciones".

El cargo trae en su apoyo una doctrina de la Corte en materia de promesa de contrato, y concluye así:

"En consecuencia el fallo viola los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 1.871 y 1.958 del Código Civil por falta de aplicación, lo mismo que los artículos 1.740 y 1.741 del mismo Código por aplicación indebida".

Se considera:

La eficacia del reparo supone la base necesaria de que el documento del 14 de marzo demostrara por modo evidente la configuración de promesa de permuta, para determinar en seguida si ante el derecho es posible prometer el cambio de cosa ajena.

Así, por falta de esa evidente demostración el cargo carece de fuerza.

III

Sobre el pasaje en que el sentenciador encuentra no acreditado adecuadamente el mandato que el demandante Jesús Emilio Pino hubiera conferido a Rodolfo Orrego, se endereza la acusación a sostener que como la promesa por otro está admitida según el artículo 1.507 del Código Civil y la ratificación del tercero allí prevista puede ser expresa o tácita (1.752 ibidem), Jesús Emilio Pino ratificó la negociación del 14 de marzo "como consta —dice la demanda— en la propia carta de fecha agosto 18 de 1952, citada en el fallo recurrido".

Y desdobla el motivo en tres aspectos: a) En error manifiesto de hecho al no tomarse las cartas de 18 de agosto y 11 de diciembre de 1952 como ratificación expresa de Pino a lo hecho por Orrego; o bien error de derecho por no dar a las mismas cartas el valor de confesión de la ratificación "conforme a los artículos 603, 604 y 645 del Código Judicial"; b) En no encontrar el Tribunal ratificación tácita en el "cumplimiento a las obligaciones surgidas del contrato ya que a Henao le fueron entregadas las mejoras a que se refiere el contrato, según lo declara el demandante en el hecho sexto de la demanda y según lo reconoce el propio Tribunal en el fallo", con lo que se estiman violados el artículo 1.507 del Código Civil por falta de aplicación y los artículos 1.740, 1.741 y 1.742 del mismo Código por aplicación indebida; y c) En que de acuerdo con el artículo 1.507 el contrato con promesa del hecho ajeno es válido, pero inoponible al tercero que no ha tomado a su cargo la respectiva obligación.

Cuanto a este último aspecto cita la sentencia de la Corte que señala las diferencias entre la nulidad y la inoponibilidad (Gaceta Judicial, 68, páginas 673 y 674), y concluye:

"De tal manera que en el supuesto de que no existiera poder ni ratificación por parte de Pino Ríos, el contrato de promesa no sería nulo sino simplemente inoponible a éste. Por consiguiente, al declararlo nulo el fallo viola el artículo 1.507 de Código Civil por indebida aplicación, lo mismo que los artículos 1.740 y 1.741 de dicho Código".

Se considera:

1.—Ninguna de las dos cartas de 18 de agosto y 11 de diciembre de 1952 puede mostrarse como prueba evidente de la conformidad de Jesús Emilio Pino con el acto que en su nombre dijo celebrar Rodolfo Orrego. No es entonces censurable el sentenciador por haber visto en la primera que "la aceptación del convenio por parte de Pino fue condicional, es decir, siempre que se le entregase una casa en buen estado y sin los inconvenientes de que adolece la de Puerto Berrío....." y que "no habiéndose demostrado el cumplimiento de lo antedicho, queda sin efecto la confesión o aceptación condicionada del convenio" Lo que se corrobora con la de fecha 11 de diciembre, explícita en el sentido de que Pino no ha estado de acuerdo con Henao "por muchas razones que entran a exponer obstáculo" —dice la carta.

Si, en consecuencia, sobre esos medios puede ensayarse interpretación diferente de la adoptada por el Tribunal, ello, como atrás queda visto, no brinda apoyo en el recurso para decretar la quiebra del fallo controvertido. Y si la ratificación no surge de allí, mal podía el sentenciador encontrarla confesada, con lo que desaparece el reparo por error de derecho.

La ratificación expresa no sólo debe ser clara, precisa, lisa y llana, sino que su validez exige las solemnidades a que por ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica (1.753). De donde por corolario se desprende que si se quiere ratificar contrato al que le faltaron solemnidades *ad sustantiam*, la ratificación es imposible por sustracción de materia.

2.— En lo que hace a la ratificación tácita, consistente en "la ejecución voluntaria de la obligación contratada" (1.754), no puede remitirse a duda que para hallarla sería preciso que Jesús Emilio Pino por escritura pública registrada hubiese transferido a Henao sus derechos sobre la finca de Puerto Chepe, lo cual brilla por su ausencia en el proceso.

La simple relación de disfrute en que María del Carmen Ríos viuda de Pino y Rodolfo Orrego colocaron a Henao al día siguiente del convenio, no es el cumplimiento de la obligación fundamental asumida, así se tratara de permuta o de simple promesa de cambio. Y aunque lo fuese está en claro que Jesús Emilio Pino no tuvo ingerencia en el hecho de la entrega material a Henao López.

3.—No aparece en modo alguno que el sentenciador confundiera doctrinalmente las nociones de nulidad y de inoponibilidad contempladas por la Corte en sentencia del 26 de agosto de 1947 (LXII, página 674).

Es sólo que la inoponibilidad por falta de concurrencia se funda en el efecto relativo de los contratos que liga a las partes o a quienes ocupen su lugar jurídico más no a terceros, y supone la validez del negocio. En tanto que por la nulidad se predica la incidencia de vicios que afectan la vida del contrato, por modo absoluto o relativo según los casos.

De manera que si el sentenciador encontró absolutamente inválido el contrato del 14 de marzo de 1952, procedía la declaración de nulidad, pero no la de validez con inoponibilidad para Jesús Emilio Pino Ríos por no haber figurado como parte.

IV

El recurrente ataca el fallo en cuanto declara de oficio la nulidad del contrato por falta de cau-

sa o de objeto con respecto al actor Pino Ríos. Estima, con cita de Alessandri, que difícilmente la falta de causa puede aparecer de manifiesto en los actos y contratos, puesto que no es necesario expresarla. Y en relación con la falta de objeto dice: "Es obvio que la obligación del demandante Pino tiene un objeto: la parte que pudiera corresponderle en las mejoras de que habla el contrato. La obligación de Henao también tiene un objeto: la casa de Puerto Berrío".

Añade que la circunsancia de que la escritura de este último inmueble hubiera de hacerse a la madre de Pino según el documento, no significa ni falta de causa ni de objeto, en razón de que la parte contratante integrada por esas dos personas pudo convenir entre sí lo que a bien tuviera.

De todo lo cual desprende violación de los artículos 2º, Ley 50 de 1936, 1.517 y 1.524 del Código Civil por errónea interpretación e indebida aplicación en el litigio

Se considera:

a) Que la ausencia de causa sea difícil de encontrar de manifiesto en los contratos no equivale a entender que esa hipótesis se haga imposible. Porque si la figura jurídica que las estipulaciones de las partes describen es bilateral, onerosa y conmutativa, no hay duda de que si el testimonio literal del pacto evidencia por sí mismo que uno de los sedicentes permutantes a nada se obliga con quien le da o le promete dar alguna cosa, el contrato manifiestamente se encuentra privado de causa y carece de mérito para subsistir.

Ni se modifica la situación por colegir o suponer de algún modo que si una de las partes permutantes está compuesta por varias personas, el hecho de que cualquiera de ellas obtenga algo sirva para llenar el vacío, puesto que el pretendido convenio entre quienes forman tal parte no se presume y menos aún la donación que semejante criterio pudiese implicar. De modo, pues, que en tales condiciones sólo resalta la ausencia de causa para quien nada reporta de un negocio jurídico bilateral, oneroso y conmutativo.

Por lo demás, ningún principio de derecho es idóneo para sustentar la validez del contrato en que uno de los condóminos actúa junto con tercera persona que no acredita facultad otorgada por el otro condómino, y pretende dar el bien común en cambio de objeto que habrá de recibir en su totalidad el comunero presente sin participación alguna para el comunero ausente.

b) Que existiera una casa en Puerto Berrío y una finca en Puerto Chepe como bienes en el comercio no significa dentro de la dinámica contractual que tuviese objeto frente a Jesús Emilio Pino Ríos la pretensa obligación de Arturo Henao López. Ningún hecho resulta prometido por Henao a Pino, y por consiguiente surge a plena luz la falta de objeto y, por necesidad, la ausencia de obligación.

Así la nulidad absoluta se revela a plenitud sin otro examen que la lectura del documento de 14 de marzo de 1952.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 26 de septiembre de 1956 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

LIQUIDACION DEL DERECHO DE SUPERFICIE. — HIPOTESIS DIFERENTES QUE GOBIERNAN EL ARTICULO 739 DEL CODIGO CIVIL Y SU INCISO. — LA GOBERNADA POR EL ARTICULO OTORGA INDUDABLEMENTE AL DUEÑO DEL TERRENO UNA OPCION CLARAMENTE DELIMITADA EN EL MISMO, Y CONSISTE EN QUE EL DUEÑO DEL TERRENO PUEDE, CONSERVANDO SU PROPIEDAD, HACER SUYAS LAS MEJORAS, O CONSTREÑIR AL DUEÑO DE ESTAS A PAGARLE EL TERRENO. — LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD DE MEJORAS NO ES SOLEMNE. — LA HIPOTESIS DEL INCISO ALUDIDO, SUPONE NECESARIAMENTE UN CONTRATO EXPRESO O TACITO, ENTRE EL DUEÑO DEL TERRENO Y EL DUEÑO DE LAS MEJORAS. — EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE SUPONE NECESARIAMENTE DOS DERECHOS REALES DE PROPIEDAD EN CABEZA DE TITULARES DIFERENTES, PERO LA LEGISLACION POSITIVA COLOMBIANA NO LO HA REGLAMENTADO COMO DERECHO REAL DEFINITIVO Y ESTABLE. — DERECHO DE RETENCION. — CARACTERISTICAS DE ESTE. — COMPETENCIA DE LOS JUECES ORDINARIOS PARA DECIDIR LAS CONTROVERSIAS QUE PUEDAN SUSCITARSE AL APLICAR EL ARTICULO 739 DEL C. C. — LA COMISION DE ARBITRAJE AGRARIO OBLIGATORIO CREADA POR EL DECRETO 893 DE 1955, SOLO TIENE FACULTAD PARA DECIDIR ASUNTOS DE MEJORAS QUE TENGAN COMO CONSECUENCIA UN CONTRATO LABORAL

I.—No hay duda de que los dos párrafos de que se compone el artículo 739 del Código Civil, gobiernan hipótesis diferentes, por cuanto, si se refieren a una sola hipótesis, sobraría uno de los dos párrafos.

El primer párrafo, se refiere a los casos en que alguien edifica, planta o siembra en terreno ajeno, sin conocimiento del dueño de aquel terreno. El segundo párrafo, se refiere a los casos en que alguien edifica, siembra o planta en terreno ajeno con conocimiento del dueño del terreno, es decir, con autorización del mismo, o como lo dice el Código "la ciencia y paciencia del dueño del terreno".

La hipótesis gobernada por el primer párrafo del artículo 739 otorga indudablemente al dueño del terreno una opción claramente delimitada en tal párrafo:

a)—El dueño del terreno puede acogerse a las reglas de la accesión, caso en el cual pasa a ser dueño automáticamente de las mejoras, con la obligación de pagar su valor al dueño de las mismas, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa;

b)—Puede rechazar las reglas de la accesión y obligar entonces al que edificó o plantó, a pagarle al correspondiente precio del terreno con los intereses legales, por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder.

Así, pues, la opción del primer párrafo del artículo 739 consiste en que el dueño del terreno puede, conservando la propiedad del terreno, hacer suyas las mejoras; o constreñir al dueño de las mejoras a pagarle el terreno.

Si el dueño del terreno opta por lo primero, no necesita sino una declaración de voluntad sin sujeción a forma alguna para adquirir la propiedad de las mejoras, con la consiguiente obligación de indemnizar su valor al vendedor, plantador o edificador.

Si opta por la segunda solución, debe emitir una declaración solemne de voluntad por cuanto debe ser por escritura pública que le transmita la propiedad del terreno al dueño de las mejoras.

Esto de acuerdo con una jurisprudencia que ha establecido que la transmisión de la propiedad de mejoras no es solemne.

La segunda hipótesis del artículo 739, es desde luego diferente por cuanto supone necesariamente un contrato expreso o tácito, entre el dueño del terreno y el dueño de las mejoras.

Aquí, cabe entonces preguntar ¿qué situación jurídica se sigue antes de que el dueño del terreno resuelva recobrar la tenencia del suelo y la propiedad de las mejoras?

No otra sino la de que, en relación con

el inmueble mejorado una persona es dueña del terreno, o sea de la superficie del inmueble mejorado; y otra distinta, es la propietaria de las mejoras sembradas o plantadas sobre la superficie. Constituye esta situación jurídica un derecho real de superficie?

El derecho real de superficie supone necesariamente dos derechos reales de propiedad en cabeza de titulares diferentes. Pero la legislación positiva colombiana no ha reglamentado el derecho real de superficie, como derecho real definitivo y estable, como sucede en otras legislaciones de que son ejemplo la alemana y la suiza. El párrafo segundo del 739 contempla simplemente una situación jurídica provisional que es necesario liquidar en algún momento.

Se observa que el segundo párrafo del artículo 739 le otorga un derecho de preferencia al dueño del terreno para liquidar a su favor la situación jurídica de que se acaba de hablar.

En efecto, no otra cosa se deduce de los principios del glosado párrafo segundo del artículo 739, que dice que el dueño del terreno será obligado a pagar el valor del edificio, plantación o sementera, si quiere reobrarlo. De manera que en tratándose de liquidación de tal situación jurídica, debe previamente pagar el valor de las mejoras al dueño de las mismas. En resumen: el mejorador no puede ser desposeído hasta que medie la liquidación de que se habla mediante el pago de las mejoras.

2.—El artículo 970 del Código Civil organiza un derecho de retención a favor del dueño de mejoras plantadas o semboradas en terreno ajeno.

En virtud de tal derecho de retención, el retinente tiene la facultad para retener la cosa que está obligado a entregar a otro, hasta que no se le pague lo que se le deba en razón de un crédito vinculado con la misma obligación de restituir debitum cum re junctum).

Este derecho de retención se mira en la doctrina moderna como un derecho de garantía.

a)—Es un derecho sobre la cosa mejorada que autoriza al retinente para hacerlo valer no sólo frente al deudor sino también frente a terceros. El retinente desde el momento que ejerce la retención es un poseedor en nombre ajeno y puede ejercer las acciones posesorias que pueden ejercer esta clase de poseedores, especialmente la de despojo del artículo 984 del Código Civil.

b)—Es la retención derecho accesorio a la existencia de un crédito, de la misma manera que la prenda y la hipoteca. En efecto, estos derechos deben su existencia al nacimiento de un crédito y se extinguen cuando el crédito se cancela. No existe retención sin crédito idóneo para la retención.

c)—Finalmente la retención es derecho de garantía y únicamente de garantía. Es verdad que desde este punto de vista la retención no tiene el mismo alcance que la prenda y la hipoteca, pues el retinente no tiene facultad de vender la cosa en pública subasta como la tienen los acreedores prendarios e hipotecarios.

Sólo desde este punto de vista puede decirse que la retención es inferior frente a los demás derechos de garantía; podría verse en él un derecho real imperfecto, por no poder satisfacerse el retinente con la realización del valor de la cosa. De manera que el único efecto que produce la retención es el asegurar el cumplimiento de la obligación del acreedor.

En razón de lo expuesto, se deduce otra característica del derecho de retención: no es un derecho estable y definitivo, sino provisional, es decir, que está destinado a extinguirse. Y se extingue, por alguna de estas causas: por el pago del crédito que origina la retención; por el aseguramiento del crédito mediante una de las garantías que sirven para este fin (fianza, prenda, hipoteca, etc.); y, finalmente, porque el retinente renuncia a seguir reteniendo.

3.—La resolución de todos los problemas que atañen con mejoras hechas en suelo ajeno, a tenor del artículo 739 del Código Civil, lo referente a existencia o no existencia del derecho de retención y otras cuestiones análogas, son de carácter privativamente civil y, por tanto, de competencia de los jueces civiles.

Es verdad que el Decreto 2.417 Bis de 1952 creó el Departamento de Asuntos Campesinos con facultad para decidir por vía de conciliación "el establecimiento y solución de los conflictos rurales que se susciten entre patronos, arrendatarios, aparceros, colonos y similares que tengan carácter ecc-

mérico-social, o que sean producidos por virtud de las relaciones, modalidades, naturaleza, efectos y ejecución del contrato de trabajo".

Obviamente este primer Decreto en manera alguna restringió la competencia de los Jueces ordinarios para continuar decidiendo los problemas relativos a mejoras.

Además, debe tenerse en cuenta que el mencionado Decreto sólo por vía de conciliación, es decir, mediante mutuo consentimiento de ambas partes, otorgó facultad del Departamento de Asuntos Campesinos para conocer de tales problemas de mejoras. Y por otra parte, los conflictos sobre mejoras que podían decidirse por vía de conciliación eran los que tenían su origen en contratos de trabajo.

Posteriormente el Decreto 0212 de 1953, reglamentario del número 2417 Bis de 1952, aclaró que el Departamento Nacional de Asuntos Campesinos tendría a su cuidado la solución de los problemas relacionados con salarios, prestaciones y condiciones de trabajo rural. Tampoco, pues, este Decreto modificó en lo más mínimo la competencia de los jueces ordinarios para conocer de los problemas civiles sobre mejoras.

Más tarde por el Decreto Ejecutivo 893 de 1955 se dió al Departamento Nacional de Asuntos Campesinos competencia para decidir sobre reconocimiento de pago de mejoras en predios rurales, mediante conciliación. Este Decreto creó por el artículo 3º una Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, que tenía a su cargo el conocimiento y decisión en derecho de las diferencias que no hayan sido solucionadas por medio de la conciliación.

Y finalmente, el Decreto 1.600 de 1955, reglamentario del 893 de 1955, señala el procedimiento para dar aplicación al Decreto reglamentado.

Pero debe tenerse en cuenta que la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio sólo tiene facultad para decidir asuntos de mejoras que tengan como consecuencia un contrato laboral.

En síntesis, ninguno de estos decretos ha modificado la competencia de los Jueces ordinarios para decidir las controversias que puedan suscitarse al aplicar el artículo 738 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

El señor RAFAEL ARISTIZABAL demandó ante el Juez Civil del Circuito de Pereira la sucesión del señor Antonio María Aristizábal, representada por la cónyuge sobreviviente Margarita Ospina y por los herederos Ana María, Bernardo Antonio, María Soledad, María Carmen, María Mercedes, María Purificación y María Jesús Aristizábal Aguirre, y por María Rosa, María Rubiela, María Ligia, María Olga, Flor Alba, María Lisbet, Gustavo y Blanca Gladys Aristizábal Ospina, representada Ana María por sus hijos Jesús María, Antonio, Juan de la Rosa y Rosalía Valencia, para que se hiciesen las siguientes declaratorias judiciales:

1ª.—Quedan excluídas del inventario de los bienes de la sucesión del señor Antonio María Aristizábal las mejoras consistentes en casa de habitación, bolva para el beneficio del café, cercas y corral para animales, café, plátano y pastos, plantadas dentro de la finca denominada "Puerto Rico", situadas en jurisdicción del Municipio de Pereira y por los linderos allí indicados.

2ª.—La sucesión del señor Antonio María Aristizábal, representada por las personas antes citadas, está en la obligación de restituír al señor Rafael Aristizábal la posesión material de las mejoras alinderadas en la cláusula anterior.

3ª.—La sucesión del señor Antonio María Aristizábal está obligada a pagar al señor Rafael Aristizábal los frutos naturales y civiles producidos por las mejoras plantadas por él en la finca de "Puerto Rico", de propiedad de la mencionada sucesión, desde el día 14 de agosto de 1950 hasta la fecha en que se le haga la restitución de las citadas mejoras.

4ª. La sucesión del señor Antonio María Aristizábal debe indemnizar al señor Rafael Aristizábal los perjuicios que recibió con la inclusión de las mejoras de su propiedad en el inventario de los bienes, consistentes dichos perjuicios en el daño emergente y lucro cesante.

Subsidiariamente y para el caso de que no puedan hacerse las anteriores declaratorias, se pidieron las siguientes:

a) Que la sucesión del señor Antonio María

Aristizábal, representada por las personas ya mencionadas, está en la obligación de pagar al señor Rafael Aristizábal la suma de $ 20.000.00, valor de las mejoras antes referidas;

b) El demandante tiene derecho a retener las mencionadas mejoras mientras no le sea cubierto su valor o se asegure con hipoteca.

Fundó las anteriores peticiones en los siguientes hechos:

1o.— Los señores Antonio María Aristizábal y María Paz Aguirre fueron casados entre sí y durante su matrimonio procrearon varios hijos. La señora María Paz Aguirre murió habiéndose disuelto y liquidado la sociedad conyugal que llevó con el señor Antonio María Aristizábal.

El señor Antonio María Aristizábal contrajo segundas nupcias con la señora Margarita Ospina, en cuyo matrimonio se procrearon varios hijos legítimos.

Finalmente, el señor Antonio María Aristizábal murió habiendo otorgado testamento en el cual instituyó como sus herederos universales a los hijos legítimos habidos en el matrimonio con las señoras María Paz Aguirre y Margarita Ospina.

* * *

2o.—En el Juzgado Civil del Circuito de Pereira se adelanta el juicio de sucesión de Antonio María Aristizábal y en el inventario correspondiente se incluyeron entre otros bienes, una finca denominada "Puerto Rico", situada en jurisdicción del Municipio de Pereira con sus mejoras correspondientes, fincas que la forman dos lotes, los que se especifican por sus linderos.

Dentro de los linderos de la finca de "Puerto Rico" el señor Rafael Aristizábal plantó unas mejoras consistentes en casa de habitación, sementeras de café, plátanos y pastos, una helva para el beneficio del café, cercas de alambre, una bomba de agua, corralejas para animales, etc., etc.

Tales mejoras las plantó el señor Rafael Aristizábal hace más de veinte años y durante ese tiempo estuvo en posesión material de las mismas con ánimo de señor y dueño.

Las mejoras allí plantadas las hizo con consentimiento del señor Antonio María Aristizábal, y a ciencia y paciencia de éste, pues el causante le regaló a su hijo Rafael el terreno para que lo mejorara por su cuenta prometiéndole hacer escritura de él más tarde, lo que no sucedió.

3o.—El señor Jesús Antonio Orozco plantó también en la finca de "Puerto Rico" unas mejoras de café, plátano y caña y las poseyó por mucho tiempo.

Por medio de escritura pública número 528 pasada en la Notaría Tercera de Pereira el 11 de octubre de 1947, el señor Jesús Antonio Orozco le vendió a Rafael, Purificación y Soledad Aristizábal y Jesús María Valencia, las mejoras de que se acaba de hablar, pero por un error se incluyeron como vendidas por Orozco las mejoras que Rafael Aristizábal había plantado a sus expensas hacía más de veinte años en la finca de "Puerto Rico".

4o.— La señora Margarita Ospina denunció en el inventario la finca denominada "Puerto Rico", donde dichas mejoras están enclavadas, pretendiendo apropiárselas para la sucesión. La misma señora solicitó y obtuvo el secuestro de los bienes, el cual se llevó a efecto le 29 de octubre de 1947, habiéndose opuesto el demandante y el señor Jesús María Valencia, a quienes se dejó en posesión de las mejoras por haber demostrado que le pertenecían.

5o.— Pero posteriormente la señora Margarita Ospina, en su carácter de albacea, propuso juicio de lanzamiento contra varios ocupantes de la finca "Puerto Rico", entre ellos el demandante, el que fue arrojado de la finca como consta de la diligencia de fecha 14 de agosto de 1950, por la mala dirección con que fueron defendidos sus intereses, pues se hizo valer en pro de éstos la escritura pública número 528 de 11 de octubre de 1950, por la cual Jesús Antonio Orozco le vendió unas mejoras que no le pertenecían y eran de propiedad de Aristizábal, quien las había plantado a sus expensas y poseído materialmente por más de veinte años.

* * *

El Juez Segundo Civil del Circuito de Pereira, mediante sentencia de julio 4 de 1955, falló las peticiones del demandante inhibiéndose de su estudio, pero dejando la acción incólume.

El Tribunal Superior de Pereira por sentencia de julio 27 de 1956, decidió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, denegando las peticiones principales de la demanda e inhibiéndose de las subsidiarias. Ordenó pasar el negocio al Jefe del Departamento Nacional de Asuntos Campesinos del Ministerio del Trabajo, para los fines del Decreto-Ley 0135 de 1956, o sea para que decida de las peticiones subsidiarias de la demanda, relativas al reconocimiento y pago de mejoras que a su favor solicita el demandante.

II—DEMANDA DE CASACION

(Primer grupo de cargos).

El señor Rafael Aristizábal, representado por apoderado, interpone demanda de casación contra la mencionada providencia del Tribunal Superior de Pereira.

Dos grupos de cargos formula a la sentencia recurrida: el primer grupo por la causal 1ª y el segundo, por las causales 2ª y 7ª de casación.

Cargos acogidos por la causal 1ª de casación.

a)—Dice el recurrente que la sentencia del Tribunal Superior de Pereira infringió el párrafo 2º del artículo 739 del Código Civil.

Tal párrafo habla directamente del recobro del terreno cuando las mejoras han sido puestas "a ciencia y paciencia del dueño". En tal caso, el dueño del terreno no puede aspirar a su devolución sin el pago previo o simultánea del edificio, plantación o mejora. Y sólo una vez que se hayan pagado tales mejoras adquiere la propiedad de las mismas.

El párrafo segundo del artículo 739 no puede gobernarse con las reglas de la accesión en forma que tuviera que afirmarse que el dueño del terreno es dueño de las mejoras, con cargo de pagar su valor a quien las plantó.

Siendo esto así, continúa el recurrente, el dueño del terreno no es aun dueño de las mejoras y por tanto, éstas fueron inventariadas indebidamente dentro del juicio de sucesión del causante, señor Antonio María Aristizábal.

En síntesis, el párrafo segundo del citado artículo 739, se refiere a una hipótesis diferente a la gobernada por el párrafo 1º del mismo texto legal.

b) Agrega el recurrente, que la sentencia del Tribunal de Pereira infringió también el artículo 970 del Código Civil en relación con el ya mencionado artículo 739. El artículo 970 se refiere al derecho de retención a quien ha hecho mejoras en terreno ajeno. La sentencia del Tribunal Superior de Pereira, citando jurisprudencia de la Corte, sostiene que el derecho de retención es un derecho real imperfecto.

"A primera vista quizás pueda aceptarse que, con respecto a terceros, si los bienes que constituyen el objeto del derecho de retención ya no están en poder de quien ha tenido ese derecho, y según la noción que del derecho real trae el artículo 665 del código mencionado, en realidad el susodicho derecho real pueda ofrecer la fisonomía de un derecho real imperfecto, y según la calificación de la H. Corte.

"Empero no se trata de este caso en el presente negocio, puesto que la parte demandada no es un tercero en relación con el derecho de retención. Frente a esta parte demandada subsiste el derecho real de retención, sin calificativo de imperfecto, derecho a cuya restitución puede jurídicamente aspirar, y conseguir, la parte demandante en el presente juicio, máxime si se tiene en cuenta que dejó ella de conservar las mejoras en su poder, nó por un acto voluntario de la misma de abandonar en poder de la parte aquí demandada tales mejoras, lo que podría implicar una renuncia del derecho de retención, sino merced a acto obligatorio emanado de autoridad pública jurisdiccional en virtud de un juicio de lanzamiento, y según aparece de autos en este asunto".

De acuerdo con lo expuesto, dice el recurrente, que la sentencia del Tribunal de Pereira no configuró la retención como un derecho.

c) La sentencia implica también violación del párrafo segundo del artículo 739 y 1.542 del Código Civil. El Tribunal sostiene que la parte demandante merced a la ejecución de la sentencia de lanzamiento hubo de perder su derecho de retención, de carácter real, perdiendo así también la correspondiente acción restitutoria. Tal acción restitutoria es similar a la que establece el artículo 1.746 del Código Civil con respecto al caso de la declaratoria de nulidad, observación que puede aplicarse igualmente a la restitución de la cosa por el incumplimiento de una condición resolutoria y según el artículo 1.543 del Código Civil. No se confunde la acción restitutoria con la reivindicatoria, existente también contra terceros, en el mismo caso de declaratoria de nulidad.

Debe tenerse en cuenta que la acción restitutoria está dirigida en el presente caso contra quien, habiendo estado en relaciones jurídicas con la parte demandante en el presente juicio, y según lo que en el proceso consta, tiene las mejoras en su poder, sin previo pago de las mismas. Y mientras no las haya pagado, lógica y jurídicamente debe devolverlas, es decir, restituírlas al titular de ellas. En todo caso, la adquisición de las mejoras por parte del dueño del terreno en el evento del inciso 2º del artículo 739 del Código Civil "está sujeto a la condición suspensiva de que el valor de ellas sea previa, o al menos simultáneamente pagado por el dueño del terreno".

Si tal entrega se hace con anterioridad al pago, por obra de una orden de autoridad, no estando aún cumplida la condición suspensiva del pago, tal pago de lo no debido por falta de cumplimiento de la condición respectiva y pago consistente en la entrega de las mejoras y con ellas del terreno en donde las mismas se encuentran, da lugar a la restitución, devolución o repetición de lo pagado, al tenor de lo que dispone el párrafo 2º del artículo 1.542 del Código Civil.

III—Consideraciones de la Corte sobre este primer grupo de cargos.

A)— Liquidación del derecho de superficie.

1º.— El primer punto de derecho que plantea el recurrente, consiste en la afirmación de que el segundo párrafo del artículo 739 gobierna una hipótesis diferente a la gobernada por el párrafo 1º de tal texto legal. Los dos párrafos dicen:

Párrafo 1º. "El dueño del terreno en que otra persona sin su consentimiento hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fé en el título De la reivindicación, o se obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios".

Párrafo 2º.— "Si se ha plantado, edificado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

No hay duda que los párrafos transcritos gobiernan hipótesis diferentes, por cuanto, si se refieren a una sola hipótesis, sobraría uno de los dos párrafos.

El primer párrafo, se refiere a los casos en que alguien edifica, planta o siembra en terreno ajeno, sin conocimiento del dueño de aquel terreno. El segundo párrafo, se refiere a los casos en que alguien edifica, siembra o planta en terreno ajeno con conocimiento del dueño del terreno, es decir, con autorización del mismo, o como lo dice el código "a ciencia y paciencia del dueño del terreno".

La hipótesis gobernada por el primer párrafo del artículo 739 otorga indudablemente al dueño del terreno una opción claramente delimitada en tal párrafo:

a)—El dueño del terreno puede acogerse a las reglas de la accesión, caso en el cual pasa a ser dueño automáticamente de las mejoras, con la obligación de pagar su valor al dueño de las mismas, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa;

b)—Puede rechazar las reglas de la accesión y obligar entonces al que edificó o plantó, a pagarle el correspondiente precio del terreno con los intereses legales, por todo el tiempo que le haya tenido en su poder.

Así, pues, la opción del primer párrafo del artículo 739 consiste en que el dueño del terreno puede, conservando la propiedad del terreno, hacer suyas las mejoras; o constreñir al dueño de las mejoras a pagarle el terreno.

Si el dueño del terreno opta por lo primero, no necesita sino una declaración de voluntad sin sujeción a forma alguna para adquirir la propiedad de las mejoras, con la consiguiente obligación de indemnizar su valor al vendedor, plantador o edificador.

Si opta por la segunda solución, debe emitir una declaración solemne de voluntad por cuanto debe ser por escritura pública que le transmita la propiedad del terreno al dueño de las mejoras.

Esto de acuerdo con una jurisprudencia que ha establecido que la transmisión de la propiedad de mejoras no es solemne.

* * *

La segunda hipótesis del artículo 739, es desde luego diferente, por cuanto supone necesariamente un contrato expreso o tácito, entre el dueño del terreno y el dueño de las mejoras.

Aquí, cabe entonces preguntar ¿qué situación jurídica se sigue antes de que el dueño del terreno resuelva recobrar la tenencia del suelo y la propiedad de las mejoras?

No otra sino la de que, en relación con el inmueble mejorado una persona es dueña del terreno, o sea de la superficie del inmueble mejorado; y otra distinta, es la propietaria de las mejoras sembradas o plantadas sobre la superficie. ¿Constituye esta situación jurídica un derecho real de superficie?

El derecho real de superficie supone necesariamente dos derechos reales de propiedad en cabeza de titulares diferentes. Pero la legislación positiva colombiana no ha reglamentado el derecho real de superficie, como derecho real definitivo y estable, como sucede en otras legislaciones de que son ejemplo la alemana y la suiza. El párrafo segundo del 739 contempla simple-

mente una situación jurídica provisional que es necesario liquidar en algún momento.

Se observa que el segundo párrafo del artículo 739 le otorga un derecho de preferencia al dueño del terreno para liquidar a su favor la situación jurídica de que se acaba de hablar.

En efecto, no otra cosa se deduce de los principios del glosado párrafo segundo del artículo 739, que dice que el dueño del terreno será obligado a pagar el valor del edificio, plantación o sementera, si quiere recobrarlo. De manera que en tratándose de liquidación de tal situación jurídica, debe previamente pagar el valor de las mejoras al dueño de las mismas. En resumen: el mejorador no puede ser desposeído hasta que medie la liquidación de que se habla mediante el pago de las mejoras.

2º—Aplicando ahora al caso de autos la doctrina que se acaba de esbozar, débese examinar si el demandante señor Rafael Aristizábal, fue desposeído ilegalmente del terreno en el cual hizo mejoras a ciencia y paciencia del dueño, o si por el contrario, se desposeyó del mismo renunciando tácitamente al cobro anticipado del valor de las mejoras.

El señor Aristizábal fue desposeído mediante sentencia judicial de lanzamiento. En relación con esta sentencia de lanzamiento, tanto en la demanda inicial como en la de casación, se afirma que el señor Aristizábal no estuvo correctamente asistido para hacer valer sus derechos en forma oportuna.

En efecto, en el punto noveno de la demanda se dice que por la escritura 598 de octubre de 1947, el señor Jesús Antonio Orozco le vendió a Rafael Aristizábal y otros, unas mejoras "pero al hacer la alinderación correspondiente, por malos consejos de cualquier leguleyo de esta ciudad, se incluyeron como vendidas por Orozco las mejoras que Rafael Aristizábal había plantado a sus expensas hacía más de veinte años, en la finca de "Puerto Rico", porque así dizque quedaba éste con un título escriturario de todas las mejoras y en mejores condiciones para hacer el reclamo de ellas a los herederos".

Sin duda esta escritura pública fue la que tuvo en cuenta el Juez que dictó sentencia de lanzamiento contra Rafael Aristizábal.

Por tanto, es necesario concluir: que la relación jurídica fundada en el párrafo segundo del artículo 739 fue liquidada al perder Rafael Aristizbábal la posesión de las mejoras y la tenencia del terreno. Pero naturalmente, le queda un legítimo derecho para reclamar de los herederos de Antonio María Aristizábal, el valor de tales mejoras.

Por este motivo, estimó el Tribunal que el demandante carecía de la acción reivindicatoria de las mejoras de que se ha hablado, punto de vista que no merece censura por esta Corte.

B)—El derecho de retención.

3º—El segundo cargo hecho a la sentencia consiste en que ésta no configuró la situación jurídica de Aristizábal en relación con las mejoras, como un derecho real de retención, sino como un crédito a reclamar el valor de las mejoras.

Es cierto, como lo dice el recurrente, que el artículo 970 del Código Civil organiza un derecho de retención a favor del dueño de mejoras plantadas o sembradas en terreno ajeno.

En virtud de tal derecho de retención, el retinente tiene la facultad para retener la cosa que está obligado a entregar a otro, hasta que no se le pague lo que se le deba en razón de un crédito vinculado con la misma obligación de restituir (**debitum cum re junctum**).

Este derecho de retención se mira en la doctrina moderna como un derecho de garantía.

a) Es un derecho sobre la cosa mejorada que autoriza al retinente para hacerlo valer no sólo frente al deudor sino también frente a terceros. El retinente desde el momento que ejerce la retención es un poseedor en nombre ajeno y puede ejercer las acciones posesorias que pueden ejercer esta clase de poseedores, especialmente la de despojo del artículo 984 del Código Civil.

b) Es la retención derecho accesorio a la existencia de un crédito, de la misma manera que la prenda y la hipoteca. En efecto, estos derechos deben su existencia al nacimiento de un crédito y se extinguen cuando el crédito se cancela. No existe retención sin crédito idóneo para la retención.

c) Finalmente la retención es derecho de garantía y únicamente de garantía. Es verdad que desde este punto de vista la retención no tiene el mismo alcance que la prenda y la hipoteca, pues el retinente no tiene facultad de vender la cosa en pública subasta como la tienen los acreedores prendarios e hipotecarios.

Sólo desde este punto de vista puede decirse que la retención es inferior frente a los demás derechos de garantía; podría verse en él un derecho real imperfecto, por no poder satisfacerse el retinente con la realización del valor de la

cosa. De manera que el único efecto que produce la retención es el asegurar el cumplimiento de la obligación del acreedor.

En razón de lo expuesto, se deduce otra característica del derecho de retención: no es un derecho estable y definitivo, sino provisional, es decir, que está destinado a extinguirse. Y se extingue, por alguna de estas causas: por el pago del crédito que origina la retención; por el aseguramiento del crédito mediante una de las garantías que sirven para este fin (fianza, prenda, hipoteca, etc.); y, finalmente, porque el retinente renuncia a seguir reteniendo.

4º.—El señor Arisizábal fue desposeído del inmueble mejorado, en virtud de sentencia de lanzamiento. Como ya se dijo atrás, ya sea que haya sido desposeído por haber otorgado por equivocación una determinada escritura pública, en la que fue engañado, ya sea por no haber estado asistido eficazmente por un abogado, pero en todo caso, fue desposeído y por cierto que no en forma arbitraria, sino mediante sentencia de lanzamiento.

Por la razón expuesta no puede decirse que haya cometido un error de derecho el Tribunal, al decir que el demandante carecía hoy día del derecho de retención, pues tal derecho se había extinguido, por el motivo varias veces anotado.

5º.—Finalmente, en cuanto al último cargo de los que forman parte del primer grupo que se examina, tampoco está destinado a prosperar, en cuanto también se funda dicho cargo en violación del artículo 739, párrafo 2º.

IV—Demanda de casación en relación con el segundo grupo de cargos.

En virtud de este segundo grupo de cargos se ataca la sentencia por las causales segunda y séptima del artículo 520 del Código Judicial. Consisten ellos en la afirmación de que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y subsidiariamente, en que el Tribunal se abstuvo de fallar un asunto de su competencia, habiéndolo declarado así en el fallo.

Dice el recurrente que el Tribunal en su sentencia se abstuvo de decidir acerca de las peticiones subsidiarias de la demanda, y dispuso en cambio, pasar el negocio al Jefe del Departamento Nacional de Asuntos Campesinos del Ministerio del Trabajo, para los fines del Decreto-Ley 0106 de 1956, para el efecto de que allí se resuelva acerca de las peticiones subsidiarias. Agrega que en la parte motiva del fallo recurrido se encuentran las siguientes consideraciones:

"**Peticiones subsidiarias.** — Respecto de éstas aparece nitidamente que se trata del reconocimiento y pago de mejoras puestas sobre terrenos rurales, excepto de la letra b) que no es sino una repetición de la acción restitutoria de que habla la misma letra b) de las peticiones principales: reconocimiento y pago de mejoras sobre los cuales compete decidir a los funcionarios de que hablan los Decretos 2.147 bis de 1952, 0893 de 1955 y 0186 del presente año, que es a quienes también compete decidir sobre la excepción de cosa juzgada alegada respecto al pago de las mismas mejoras.

"En efecto el artículo 1º del Decreto 2.147 bis de 1952, creó el Departamento de Asuntos Campesinos, dependiente del Ministerio del Trabajo, encargándolo, por vía de conciliación "del estudio y solución de los conflictos rurales que se susciten entre patronos, arrendatarios, aparceros, colonos y similares que tengan carácter económico-social o que sean producidos por virtud de las relaciones, modalidades, naturaleza, efectos y ejecución del contrato de trabajo".

"Luégo el Decreto 0893 de 1955, en su artículo primero, dispuso que el Jefe del Departamento Nacional de Asuntos Campesinos del Ministerio del Trabajo, los Inspectores Nacionales del mismo ramo, los Inspectores Seccionales, y los Auxiliares de Asuntos Campesinos del mismo Ministerio "continuarán desempeñando las funciones de conciliadores de las diferencias que se susciten respecto del reconocimiento y pago de mejoras entre los propietarios de predios rurales y sus ocupantes, arrendatarios, aparceros, colonos y similares.

"Por último el Decreto 0186 del 1º de febrero del presente año, dispuso que "las diferencias que se susciten sobre reconocimiento y pago de mejoras en predios rurales de que trata el Decreto 0893 de 24 de marzo de 1955", se tramitarán de acuerdo con el procedimiento indicado en el Decreto 0186, es decir, que el Inspector Nacional de Asuntos Campesinos verificará las diligencias de conciliación y si ésta fracasa practicará las pruebas conducentes que soliciten los interesados y luégo enviará el proceso al Inspector de la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, para que ésta decida. También por medio del artículo séptimo dispone el citado decreto que cuando en los juicios que se ventilen ante los jueces ordinarios surjan diferencias por reconocimiento y pago de mejoras en predios rurales, dichos funcionarios se abstendrán de conocer de tales controversias de

acuerdo con lo establecido por el Decreto 0893 de 1955 y enviarán copia de lo conducente al Jefe del Departamento Nacional de Asuntos Campesinos del Ministerio del Trabajo, a fin de que se decida previamente sobre el particular".

Glosando el recurrente estos apartes de la sentencia advierte que el Tribunal dejó de fallar sobre extremos que fueron objeto de las peticiones de la demanda, incurriendo así en la causal de casación alegada.

Agrega que las razones del Tribunal son inadmisibles por las razones que en seguida se expresan:

"No se trata en este juicio de una controversia rural-laboral. Según aparece de lo expuesto bajo los hechos 6º, 7º, 9º y 14º, principalmente, de la referida demanda de instancia; el planteamiento se hizo a base de las normas comunes del derecho civil, y con fundamento jurídico, desde luego, en el artículo 739, inciso 2º del Código Civil, el cual establece que si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o mejora.

"De los referidos hechos de la demanda resulta que el demandante plantó, sembró y edificó en suelo señalado como de propiedad de su padre, con el consentimiento de éste y a base de las correspondientes relaciones familiares que son del dominio del derecho civil y a la consideración de tal situación jurídica se enderezan las pruebas del proceso, especialmente las presentadas por la parte demandante, así como las alegaciones del señor apoderado de dicha parte demandante en las instancias del juicio....".

"Si se estudian las disposiciones de carácter general citadas por el Tribunal en su fallo para abstenerse de resolver sobre las peticiones subsidiarias de la demanda de instancia, se comprende claramente que esas normas tienen un carácter ajeno al caso que en este juicio se contempla; son normas de carácter especial cuya expedición tuvo en miras, sin duda alguna, la solución de problemas sui generis, el de los colonos, arrendatarios, aparceros etc., con implicaciones de orden social en el país, de carácter económica-social, como lo dice el Decreto 2.417 bis, y aún, si se quiere, de interés público y general, en relación con los cuales problemas bien puede justificarse la institución de procedimientos de decisión también de carácter especial y de una jurisdicción de esta misma naturaleza".

V—Consideraciones de la Corte sobre el segundo grupo de cargos.

Para resolver los cargos que tocan con las peticiones subsidiarias de la demanda, la Corte tiene en cuenta:

1º.—La resolución de todos los problemas que atañen con mejoras hechas en suelo ajeno, al tenor del artículo 739 del Código Civil, lo referente a existencia o no existencia del derecho de retención y otras cuestiones análogas, son de carácter privativamente civil y, por tanto, de competencia de los jueces civiles.

Es verdad que el Decreto 2.417 bis de 1952 creó el Departamento de Asuntos Campesinos con facultad para decidir por vía de conciliación "el establecimiento y solución de los conflictos rurales que se susciten entre patronos, arrendatarios, aparceros, colonos y similares que tengan carácter económico-social, o que sean producidos por virtud de las relaciones, modalidades, naturaleza, efectos y ejecución del contrato de trabajo".

Obviamente este primer Decreto en manera alguna restringió la competencia de los Jueces ordinarios para continuar decidiendo los problemas relativos a mejoras.

Además, debe tenerse en cuenta que el mencionado Decreto sólo por vía de conciliación, es decir, mediante mutuo consentimiento de ambas partes, otorgó facultad del Departamento de Asuntos Campesinos para conocer de tales problemas de mejoras. Y por otra parte, los conflictos sobre mejoras que podían decidirse por vía de conciliación eran los que tenían su origen en contratos de trabajo.

Desde este punto de vista el mencionado Decreto no tiene nada que ver en la resolución del caso sometido por el demandante señor Rafael Aristizábal a los jueces ordinarios, pues el pago de mejoras que subsidiariamente pide no se realizó como consecuencia de un contrato de trabajo.

Posteriormente del Decreto 0212 de 1953, reglamentario del número 2.417 bis de 1952, aclaró que el Departamento Nacional de Asuntos Campesinos tendría a su cuidado la solución de los problemas relacionados con salarios, prestaciones y condiciones de trabajo rural. Tampoco, pues, este Decreto modificó en lo más mínimo la competencia de los Jueces ordinarios para conocer de los problemas civiles sobre mejoras.

Más tarde por el Decreto Ejecutivo 893 de 1955 se dio al Departamento Nacional de Asuntos Campesinos competencia para decidir sobre re-

conocimiento de pago de mejoras en predios rurales, mediante conciliación Este Decreto creó por el artículo tercero una Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, que tenía a su cargo el conocimiento y decisión en derecho de las diferencias que no hayan sido solucionadas por medio de la conciliación.

Y finalmente, el Decreto 106 de 1956, reglamentario del 803 de 1955, señala el procedimiento para dar aplicación al Decreto reglamentario.

Pero debe tenerse en cuenta que la comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio sólo tiene facultad para decidir asuntos de mejoras que tengan como consecuencia un contrato laboral.

En síntesis: ninguno de estos decretos ha modificado la competencia de los Jueces ordinarios para decidir las controversias que puedan suscitarse al aplicar el artículo 739 del Código Civil.

En esto cometió un error la sentencia del Tribunal, al creer que carecía de competencia para decidir lo relativo a las peticiones subsidiarias de la demanda.

El recurrente en los cargos referentes a las citadas peticiones subsidiarias, alega las causales 2ª y 7ª. En el caso de autos, la casación de la sentencia recurrida debe hacerse por la causal 7ª, pues el Tribunal se abstuvo de conocer de un asunto de su competencia, cuando sí era competente para ello.

FALLO

En mérito de las observaciones hechas, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de al Ley, CASA la sentencia recurrida y

DECLARA:

Devuélvase este expediente al Tribunal Superior de Pereira para que se falle el presente negocio en lo relativo a las peticiones subsidiarias invocadas por el señor Rafael Aristizábal.

Este negocio va en estado de entrar al Despacho del Magistrado ponente para fallo.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Rafael Ruiz Manrique, Conjuez.—Jorge Soto Soto Soto, Secretario.

LA CORTE REAFIRMA SU DOCTRINA SUSTENTADA YA EN INNUMERABLES FALLOS A PARTIR DE OCTUBRE DE 1945, Y CONFORME A LA CUAL LA ACCION SOBRE FILIACION NATURAL PUEDE PROMOVERSE AUN DESPUES DE MUERTO EL PRESUNTO PADRE, CONTRA LOS HEREDEROS DE ESTE. — EFECTO DE ESTAS SENTENCIAS. — AMBITO DE ACCION DE LOS ARTICULOS 401 A 403 DEL C. C. EN LA LEY 45 DE 1936

La Corte, en fallos de 26 de abril de 1940 y en otros posteriores hasta el día 1º de octubre de 1945, expuso la tesis jurisprudencial de que muerto el padre natural no pueden los hijos naturales investigar judicialmente su filiación natural paterna; de este modo el artículo 2º de la Ley 45 de 1936 sólo tendría aplicación en dos oportunidades: a) Cuando tales acciones se inician y terminan en vida del padre; b) Cuando habiéndose iniciado en vida del padre, éste muere una vez que fue notificado de la demanda; sólo aquí puede proseguirse el juicio con los herederos.

Pero llegado el año de 1945, la Corte dio una nueva interpretación a los textos legales que reglamentan la noción de legítimo contradictor (artículos 401 a 403 del Código Civil y 7º de la Ley 45 de 1936). En fallos posteriores hasta el momento actual ha sido conservada esa interpretación, e importa resumirla a continuación, con algunas aclaraciones y precisiones:

I.—El artículo 17 del Código Civil señala el efecto de las sentencias judiciales y prescribe que éstas sólo tienen fuerza obligatoria en las causas en que fueron pronunciadas. Esto es lo que en derecho procesal civil se conoce con el nombre de cosa juzgada.

Los artículos 401, 402 y 403 constituyen una excepción a la regla general del artículo 17 del Código. Los mencionados artículos se refieren a las sentencias judiciales cuyo objeto principal sea la controversia sobre la legitimidad o ilegitimidad de una persona. Comprenden las siguientes clases de fallos judiciales:

a)—Las proferidas con ocasión del ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad legítima. A este respecto los padres que se encuentren cobijados con una presunción de paternidad legítima según los artículos 213, 214 y 237 del Código y del artículo 6º de la Ley 95 de 1890, pueden impugnar tal paternidad presunta, conforme lo prescriben los artículos 214 (párrafo 2º), 215 y 239 del Código en armonía con los artículos 5º y 6º de la Ley 95 de 1890, ello dentro del plazo y condiciones señalados por los artículos 216 a 224 del mismo Código.

b)—Los dictados en ejercicio de una acción de impugnación de la maternidad legítima y que reglamentan los artículos 335 a 336 del Código.

c)—Todos los fallos que son consecuencia del ejercicio de una acción de reclamación de estado o investigación judicial de paternidad o maternidad legítima; investigación de una filiación igualmente legítima. A estas acciones de reclamación de estado se refiere el artículo 406 del Código.

Estas tres clases de fallos pueden agruparse en dos categorías: 1. Fallos que son consecuencia del ejercicio de una acción de impugnación de legitimidad (categorías A y B); 2. Fallos que son consecuencia del ejercicio de una acción de reclamación de estado (categoría C).

Debemos ahora dilucidar si todos estos fallos se gobiernan por la regla general del artículo 401 del Código, es decir, si todos han de producir efectos absolutos en razón de exigirse la presencia de los contradictores legítimos, o si el lado de ellos existen otros no susceptibles de regirse por la citada regla especial del artículo 401 sino por la general del artículo 17 de la misma obra.

II.—Los fallos judiciales sobre filiación legítima que han de producir efectos absolutos son únicamente los que reunen las condiciones señaladas por el artículo 402, es decir, los que se hayan pronunciado en-

tre legítimos contradictores. Son legítimos contradictores: en la cuestión de paternidad el padre contra el hijo o el hija contra el padre; y en la cuestión de maternidad, la madre contra el hijo o el hijo contra la madre. Las condiciones señaladas en los párrafos 1º y 2º del artículo 402 son comunes a todo fallo judicial.

III.—Pero al lado de estos fallos existen aquellos otros que se pronuncian con legítimo contradictor por haber muerto; esos fallos se rigen por la regla general del artículo 17 del Código Civil.

El Código Civil claramente contempla fallos judiciales de una y otra clase. En efecto, según el artículo 216 del Código "mientras viva el marido nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo". Este artículo no puede interpretarse aisladamente sino en estrecha conexión con los citados artículos 401, 402 y 403. La impugnación de la legitimidad paterna debe hacerla personalmente el marido mientras viva y en tal evento el fallo judicial respectivo produce los efectos absolutos de que habla el artículo 401 en relación con el 402 y 403. Pero debe recordarse que también los herederos del marido "que muere antes de vencido el término" que tenía para impugnar la legitimidad del hijo, "podrán hacerlo en los mismos términos" que tenía el marido, según enseña el artículo 218. En consecuencia, cuando los herederos impugnan una paternidad legítima y que sólo pueden hacer cuando el padre haya muerto, el fallo no puede producir los efectos absolutos del artículo 401 por no haberse proferido entre contradictores legítimos; tendrá entonces que producir otros efectos y que son precisamente los señalados por el artículo 17 del Código, y los artículos 473 y 474 del C. J.

Y con carácter más amplio el artículo 406 del Código, al referirse al ejercicio de las acciones de reclamación de legitimidad advierte que "ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presenta como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce".

IV.—De acuerdo con lo expuesto se deduce claramente que en la legislación civil positiva rige esta regla general. Viviendo los contradictores legítimos (el padre contra el hijo o éste contra aquél, la madre contra el hijo o éste contra aquélla), toda controversia judicial que pueda comprometer ya la paternidad legítima, ya la maternidad legítima, debe llevarse a efecto entre los mencionados contradictores so pena de nulidad, como lo dice claramente el párrafo final del artículo 403.

Pero si uno de los contradictores legítimos ha muerto (generalmente el padre o la madre), se pueden, entonces, ejercer las acciones de legitimidad contra los sucesores del contradictor legítimo.

V.— La anterior interpretación propuesta en la sentencia del 1º de octubre de 1945 (Gaceta Judicial, Tomo 59, página 682 siguiente), sostenida y aclarada por ésta, lejos de ir en contra de la ley, ensaya interpretarla según su espíritu y orientación general.

Es verdad que los artículos 401 a 404 se encuentran redactados en términos tan generales que dan la impresión de que todo fallo sobre legitimidad ha de pronunciarse entre legítimos contradictores y ha de producir siempre efectos absolutos.

Sin embargo un examen más a fondo nos revela que dichos textos legales deben tener aplicación cuando ambos contradictores legítimos viven actualmente, no cuando uno de ellos ha fallecido. Dedúcese ello de la regla del artículo 216 del Código que reglamenta la más importante de las acciones de legitimidad cual es la impugnación del estado civil de hijo legítimo. Tal texto legal reserva el ejercicio de tal acción de impugnación al marido mientras viva; pero a la muerte de aquél la otorgó a a los herederos (artículo 219) dentro del plazo señalado específicamente para dicha acción. Este artículo 216 da lugar a un fallo sobre legitimidad y es, por tanto, uno de aquellos a que se refieren los comentados artículos 401 a 404.

De manera que no se violenta, ni se desvirtúa el espíritu propio de las disposiciones legales sobre legítimo contradictor al entenderlas en el sentido de que mientras aquel viva, el ejercicio de cualquier acción de legitimidad sólo puede llevarse a efecto

con audiencia del mismo; pero una vez muerto, entonces, debe la acción instaurarse contra los herederos.

VI.—La doctrina atacada de expresarse se aplica a los juicios sobre filiación natural por mandato expreso del artículo 7º de la Ley 45 de 1936.

En cuanto a la observación que pueda hacerse de que según la sentencia de la Corte de 15 de octubre de 1945 "no es aplicable la tesis de que cuando el juicio se sigue contra el supuesto padre natural el fallo respectivo tiene valor erga omnes, y sólo contra los que hayan intervenido en el juicio cuando se sigue contra los herederos de aquél", en razón de ser el estado civil de las personas de orden público y única, se hacen ahora estas consideraciones:

Ciertamente el estado civil de las personas es de orden público y único; en consecuencia se tiene un estado civil frente a todos o frente a nadie. Pero una cosa es el estado civil en sí de una persona y otra diferente los efectos que ha de producir tal estado civil, especialmente cuando trata de hacerse valer para reclamar derechos hereditarios en una sucesión mortis causa. El hijo natural que investiga su paternidad contra los sucesores de su padre, lo hace precisamente para reclamar derechos hereditarios en la sucesión del mismo. Es natural que sólo pueda reclamar tales derechos de los sucesores que fueron demandados y no de quienes no participaron en el juicio. Es, pues, en este sentido que debe interpretarse la frase expresada de que los fallos judiciales que se pronuncien contra los sucesores del reconocido legítimo, se guiarán por la regla del artículo 17 del Código.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

La señora Emilia Arango de Gil solicitó ante el Juez Civil del Circuito de Yarumal con fecha 15 de diciembre de 1953, que se declarase que tenía la calidad de hija natural del causante señor Himesio Posada Restrepo. La demanda fue instaurada contra la sucesión ilíquida del señor Himesio Posada Restrepo, representada por su cónyuge sobreviviente señora Cecilia Madrigal viuda de Posada y los señores Belisario, María Sinforosa, Trinidad, Víctor Manuel, Rafael, María Leonisa, María Ilduara, Sergio y Hermelina Restrepo Posada, hermanos legítimos del causante. En razón de haber fallecido la señora Hermelina Restrepo Posada, fue representada por sus hijos Iván, Darío de Jesús, Marina, Aurelio y Rita o María Restrepo Posada.

Como hechos fundamentales de la demanda se alegaron los siguientes: a) Que la demandante señora Emilia Arango es hija de la señora Mercedes Arango; que nació el 5 de abril de 1909 según acta eclesiástica expedida por el señor Cura Párroco de Campamento; b) Que Mercedes Arango vivió con el señor Himesio Posada por espacio de varios años en el Municipio de Campamento; que tuvieron relaciones sexuales, las que fueron públicas, notorias y estables; y que el señor Himesio Posada costeó de su peculio los gastos ocasionados por el nacimiento de su presunta hija natural; c) Que el señor Posada dio casa de habitación a Mercedes Arango para que viviera en ella con su hija y le suministró lo necesario para vivir; d) Que Posada dio a la demandante trato de verdadera hija natural, no sólo proveyendo a su educación sino también presentándola ante sus deudos, amigos y vecindario en general, como tal; e) Que cuando la demandante contrajo matrimonio en Campamento con el señor Luis Carlos Gil, su presunto padre natural Himesio Posada le sirvió de testigo en el acta respectiva y también le regaló el ajuar matrimonial; f) Que cuando el señor Posada iba de Yarumal a Campamento, hacia su finca "El Lucero", acostumbraba pernoctar en la casa de su presunta hija natural; g) Que por todas estas circunstancias y otras, se deduce que el señor Posada trató siempre a la demandante como su hija.

El Juez del Circuito de Yarumal, mediante providencia del 13 de febrero de 1956, absolvió a los demandados de las peticiones de la demandante.

Fue apelada la anterior sentencia y el Tribunal Superior de Medellín, mediante proveído del 18 de octubre de 1956, la revocó y en su lugar declaró que la señora Emilia Arango de Gil es hija natural del señor Himesio Posada y como tal tiene mejor derecho a heredar en la sucesión del señor Himesio Posada Restrepo que los hermanos legítimos del causante.

II—LA DEMANDA DE CASACION

Los demandados en el juicio de filiación natural interponen demanda de casación contra la sentencia del 18 de octubre de 1956, del Tribunal Superior de Medellín. En extenso y documentado alegato el apoderado de los recurrentes formula varios cargos contra la sentencia, unos como principales y otros como subsidiarios.

El primer cargo.

Dice el recurrente que la sentencia del Tribunal de Medellín infringe los artículos 7º de la Ley 45 de 1936, 401, 402, 403, y 404 del Código Civil y consecuencialmente los ordinales 4º y 5º de la Ley 45 de 1936. Fundamenta este cargo el apoderado del recurrente en los siguientes términos:

"Se trata aquí del **legítimo contradictor** en relación con juicios sobre paternidad natural. El presente juicio fue iniciado y seguido sin intervención del supuesto padre natural, y lo fue, en cambio, con quienes fueron señalados como herederos del mismo y alegando el fallecimiento de aquél, ocurrido con anterioridad a la iniciación de tal juicio" Añade el mismo recurrente:

"Estatuye el artículo 403 citado del Código Civil, que el legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre.... y establece el inciso segundo de la misma disposición legal que "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad". "Por lo demás, el artículo 404 también citado es del siguiente tenor: "Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron".

De la cita de estas disposiciones, como de la de los artículos 402 del Código y 7º de la Ley 45 de 1936 deduce el recurrente que es necesaria la intervención del padre en persona en el juicio sobre paternidad del supuesto hijo natural. Y agrega:

"Cierto es que de conformidad con el artículo 404, antes copiado del Código Civil, los herederos representan al contradictor legítimo, que ha fallecido antes de la sentencia, es decir, **no antes de la iniciación del juicio**; mas es imposible llegar a la conclusión contraria, por vía de extensión interpretativa de la norma...".

Como esta Corte, por sentencia de 1º de octubre de 1945, sostuvo tesis opuestas a la del recurrente, solicita éste estudiar de nuevo el problema, pues, sobre el particular, dice, no se ha llegado a conclusiones definitivas.

Segundo cargo.

Violación de los artículos 401 a 404 y 347 del Código Civil, 5º y 19 de la Ley 92 de 1938 y consecuencialmente de los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

A este respecto dice el recurrente que no se halla acreditada la muerte del señor Himesio Posada merced a la correspondiente acta de defunción. El Tribunal tuvo por acreditada la muerte del causante mediante copias de providencias judiciales sobre declaratoria de herederos, partición de la sucesión y aprobación de la misma. Pero estos documentos, dice el recurrente no son idóneos para acreditar la muerte del causante. Por tanto, el Tribunal, "al estimar como suficientes los referidos documentos, sin demostración alguna de la falta de la partida de defunción, incurrió en error de derecho, o de no, en error de hecho manifiesto, si al sentenciar creyó que la respectiva acta de defunción figuraba en el juicio, y por consiguiente infringió las normas legales contenidas en los artículos 347, 404, en relación éste con los artículos 401, 402 y 403 del Código Civil, 5º y 19 de la Ley 92 de 1938.

Tercer cargo.

Infracción del artículo 4º, en sus ordinales 4º y 5º de la Ley 45 de 1936, del artículo 6º de la misma ley y del 29 de ella, infracción que se alega como subsidiaria de las dos anteriores.

Se fundamenta este cargo en los siguientes pasajes de la sentencia del Tribunal:

"Las pruebas de las relaciones carnales entre Himesio Posada y Mercedes vienen a corroborar lo que se deja dicho de la posesión notoria, pues aunque independientes estas dos pruebas sí pueden formar **un conjunto que sirva para declarar una de ellas, cuando es poderoso el medio probatorio para inclinar la certeza del juzgador"**. Agrega el Tribunal: "Es mejor hacer una moderada y serena valuación de los diversos aspectos, como el de las relaciones sexuales y la posesión notoria del estado civil, que en vez de disociarse **forman un todo** armónico en el presente juicio".

Dice el recurrente que las causales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 constituyen categorías separadas que no pueden arrimarse las unas a las otras, "para que mutuamente se apoyen y sustenten".

Cuarto cargo.

Subsidiariamente a los anteriores cargos se alega infracción por parte del Tribunal del artículo 6º de la Ley 45 de 1936, así como del ordinal 5º ibidem. Se fundamenta este cargo en que el Tribunal apreció mal las pruebas sobre posesión notoria de hija natural de la demandante en relación con su presunto padre.

Quinto cargo.

Infracción del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por indebida aplicación al caso del litigio. Parte esta infracción, según el recurrente, de un error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación de las pruebas que le sirvieron de base para tener por establecidas relaciones sexuales notorias entre la señora Mercedes Arango y el señor Posada.

III—Examen del primer cargo.

Noción de legítimo contradictor; su valor y alcance en la legislación civil positiva y su aplicación a las acciones de investigación de paternidad natural.

El primer cargo hecho a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín consiste en que se declaró el estado civil de hija natural de la demandante habiendo ya muerto su padre presunto, el señor Himesio Posada. El recurrente, pues defiende la antigua tesis jurisprudencial de que muerto el padre natural no pueden los hijos naturales investigar judicialmente su filiación natural paterna; de este modo el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 sólo tendría aplicación en dos oportunidades: a) Cuando tales acciones se inician y terminan en vida del padre; b) Cuando habiéndose iniciado en vida del padre, éste muere una vez que fue notificado de la demanda; sólo aquí puede proseguirse el juicio con los herederos.

Esta tesis fue expuesta por la Corte Suprema en fallo del 26 de abril de 1940 y en otros posteriores hasta el día 1º de octubre de 1945. Llegado este año la Corte dio una nueva interpretación a los textos legales que reglamentan la noción de legítimo contradictor (artículos 401 a 405 del Código Civil y 7º de la Ley 45 de 1936). En fallos posteriores hasta el momento actual ha sido conservada tal interpretación, e importa resumirla a continuación, con algunas aclaraciones y precisiones:

1º—El artículo 17 del Código Civil señala el efecto de las sentencias judiciales y prescribe que éstas sólo tienen fuerza obligatoria en las causas en que fueron pronunciadas. Esto es lo que en derecho procesal civil se conoce con el nombre de cosa juzgada.

Los artículos 401, 403 y 403 constituyen una excepción a la regla general del artículo 17 del Código. Los mencionados artículos se refieren a las sentencias judiciales cuyo objeto principal sea la controversia sobre la legitimidad o ilegitimidad de una persona. Comprenden las siguientes clases de fallos judiciales:

a)—Los proferidos con ocasión del ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad legítima. A este respecto los padres que se encuentren cobijados con una presunción de paternidad legítima según los artículos 213, 214 y 237 del Código y del artículo 6º de la Ley 95 de 1890, pueden impugnar tal paternidad presunta conforme lo prescriben los artículos 214 (párrafo 2º), 215 y 237 del Código en armonía con los artículos 5º y 6º de la Ley 95 de 1890, ello dentro del plazo y condiciones indicados por los artículos 216 a 224 del mismo Código.

b)—Los dictados en ejercicio de una acción de impugnación de la maternidad legítima y que reglamentan los artículos 335 a 338 del Código;

c)—Todos los fallos que son consecuencia del ejercicio de una acción de reclamación de estado investigación judicial de paternidad o maternidad legítima; investigación de una filiación igualmente legítima. A estas acciones de reclamación de estado se refiere el artículo 406 del Código.

Estas tres clases de fallos pueden agruparse en dos categorías: 1. Fallos que son consecuencia del ejercicio de una acción de impugnación de legitimidad (categorías A y B); 2. Fallos que son consecuencia del ejercicio de una acción de reclamación de estado (categoría C).

Debemos ahora dilucidar si todos estos fallos se gobiernan por la regla general del artículo 401 del Código, es decir, si todos han de producir efectos absolutos en razón de exigirse la presencia de los contradictores legítimos, o si al lado de ellos existen otros no susceptibles de regirse

por la citada regla especial del artículo 401 sino por la general del artículo 17 de la misma obra.

2º.—Los fallos judiciales sobre filiación legítima que han de producir efectos absolutos son únicamente los que reúnen las condiciones señaladas por el artículo 402, es decir, los que se hayan pronunciado entre legítimos contradictores. Son legítimos contradictores: en la cuestión de paternidad, el padre contra el hijo o el hijo contra el padre; y en la cuestión de maternidad, la madre contra el hijo o el hijo contra la madre. Las condiciones señaladas en los párrafos 1º y 3º del artículo 402 son comunes a todo fallo judicial.

3º.—Pero al lado de estos fallos existen aquellos otros que se pronuncian sin legítimo contradictor por haber muerto; esos fallos se rigen por la regla general del artículo 17 del Código Civil.

El Código Civil claramente contempla fallos judiciales de una y otra clase. En efecto, según el artículo 216 del Código "mientras viva el marido nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo". Este artículo no puede interpretarse aisladamente sino en estrecha conexión con los citados artículos 401, 402 y 403. La impugnación de la legitimidad paterna debe hacerla personalmente el marido **mientras viva** y en tal evento el fallo judicial respectivo produce los efectos absolutos de que habla el artículo 401 en relación con el 402 y 403. Pero debe recordarse que también los herederos del marido "que muere antes de vencido el término" que tenía para impugnar la legitimidad del hijo, "podrán hacerlo en los mismos términos" que tenía el marido", según enseña el artículo 219. En consecuencia, cuando los herederos impugnan una paternidad legítima y que sólo pueden hacer cuando el padre haya muerto, el fallo no puede producir los efectos absolutos del artículo 401 por no haberse proferido entre contradictores legítimos; tendrá entonces que producir otros efectos y que son precisamente los señalados por el artículo 17 del Código, y los artículos 473 y 474 del Código Judicial.

Y con carácter más amplio el artículo 406 del Código, al referirse al ejercicio de las acciones de reclamación de legitimidad advierte que "ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presenta como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce".

4º—De acuerdo con lo expuesto se deduce claramente que en la legislación civil positiva rige esta regla general. Viviendo los contradictores legítimos (el padre contra el hijo o éste contra aquél, la madre contra el hijo o éste contra aquélla), toda controversia judicial que pueda comprometer ya la paternidad legítima, ya la maternidad legítima, debe llevarse a efecto entre los mencionados contradictores so pena de nulidad, como lo dice claramente el párrafo final del artículo 403.

Pero si uno de los contradictores legítimos ha muerto (generalmente el padre o la madre), se pueden, entonces, ejercer las acciones de legitimidad contra los sucesores del contradictor legítimo.

5º.— La anterior interpretación propuesta en la sentencia del 1º de octubre de 1945 (GACETA JUDICIAL, Tomo 59, página 682 siguiente), sostenida y aclarada por ésta, lejos de ir en **contra de la ley, ensaya interpretarla según su espíritu y orientación general.**

Es verdad que los artículos 401 a 404 se encuentran redactados en términos tan generales que dan la impresión de que todo fallo sobre legitimidad ha de pronunciarse entre legítimos contradictores y ha de producir siempre efectos absolutos.

Sin embargo un examen más a fondo nos revela que dichos textos legales deben tener aplicación cuando ambos contradictores legítimos viven actualmente, no cuando uno de ellos ha fallecido. Dedúcese ello de la regla del artículo 216 del Código que reglamenta la más importante de las acciones de legitimidad cual es la impugnación del estado civil de hijo legítimo. Tal texto legal reserva el ejercicio de tal acción de impugnación al marido **mientras viva**; pero a la muerte de aquél la otorgó a los herederos (artículo 219) dentro del plazo señalado específicamente para dicha acción. Este artículo 216 da lugar a un fallo sobre legitimidad y es, por tanto, uno de aquellos a que se refieren los comentados artículos **401 y 404.**

De manera que no se violenta, ni se desvirtúa el espíritu propio de las disposiciones legales sobre legítimo contradictor al entenderlas en el sentido de que **mientras aquel viva**, el ejercicio de cualquier acción de legitimidad sólo pueden llevarse a efecto con audiencia del mismo; pero una vez muerto, entonces, debe la acción instaurarse contra los herederos.

6º.—La doctrina acabada de exponer se aplica

a los juicios sobre filiación natural por mandato expreso del artículo 7º de la Ley 45 de 1936.

En cuanto a la observación que hace el recurrente de que según la sentencia de la Corte del 1º de octubre de 1945 "no es aplicable la tesis de que cuando el juicio se sigue contra el supuesto padre natural el fallo respectivo tiene valor erga omnes, y sólo contra los que hayan intervenido en el juicio cuando se sigue contra los herederos de aquél", en razón de ser el estado civil de las personas de orden público y único, se hacen ahora estas consideraciones:

Ciertamente el estado civil de las personas es de orden público y único; en consecuencia se tiene un estado civil frente a todos frente o nadie. Pero una cosa es el estado civil en sí de una persona y otra diferente los efectos que ha de producir tal estado civil, especialmente cuando trata de hacerse valer para reclamar derechos hereditarios en una sucesión mortis causa. El hijo natural que investiga su paternidad contra los sucesores de su padre, lo hace precisamente para reclamar derechos hereditarios en la sucesión del mismo. Es natural que sólo pueda reclamar tales derechos de los sucesores que fueron demandados y no de quienes no participaron en el juicio. Es, pues, en este sentido que debe interpretarse la tesis expuesta de que los fallos judiciales que se pronuncien contra los sucesores del contradictor legítimo, se gobiernan por la regla del artículo 17 del Código.

7º—Finalmente, aplicando la tesis glosada al presente negocio, resulta: la demandante señora Emilia Arango de Gil inició la acción de investigación de paternidad natural una vez muerto su presunto padre; no podía hacerlo intervenir forzosamente en el juicio en razón de esa causa; pero demandó a los sucesores del señor Himesio Posad y con ellos se surtió la litis.

Por tanto, este fallo en su efecto principal, o sea, en el de reclamar derechos herenciales de la mencionada sucesión, sólo ha de producir efectos contra los demandados. En resumen: es sentencia que se regirá por la doctrina del artículo 17 del Código.

Por las razones anotadas se rechaza el primer cargo formulado contra la sentencia recurrida en casación.

IV—Examen del segundo cargo.

El segundo cargo se refiere a que no se presentó el acta de defunción del causante, sino la copia de actuaciones judiciales extraídas del juicio de sucesión del señor Himesio Posada. En efecto, obran en el expediente copia de los autos judiciales en que se declaró abierto en el Juzgado Civil del Circuito de Yarumal el juicio de sucesión del causante, señor Himesio Posada y en que se reconocieron como herederos del mismo a los señores Víctor Manuel, Belisario, Trinidad, Rafael, María Leoniza, Ilduara y Sergio Posada Restrepo en su condición de hermanos legítimos del causante y a la señora Cecilia Madrigal viuda de Posada, como cónyuge sobreviviente. Se acompañaron también copias del acta de inventarios y avalúos, de la sentencia de partición y de su aprobación.

Con estos documentos se acredita en forma incontrovertible que los demandados en la presente acción de investigación natural tienen la calidad de herederos del causante. Debe tenerse en cuenta que la demandante tenía interés en probar la calidad de herederos de los demandados, antes que la muerte del causante. Sin duda la declaratoria de herederos no hubiera podido hacerse sin acreditar la muerte del señor Himesio Posada Restrepo ante el Juez que conoció del juicio de sucesión por causa de muerte; pero en forma inmediata y próxima la demandante debía acreditar ante todo quienes se encontraban legitimados pasivamente para recibir la demanda de investigación de paternidad natural; y tal legitimación quedó correctamente acreditada con los documentos mencionados.

No incide, pues, en forma esencial en el presente negocio la ausencia de la partida de defunción del causante señor Himesio Posada. Por dicho motivo se rechaza el segundo cargo.

V—Examen de los cargos 3º, 4º y 5º.

En cuanto a estos cargos se advierte. En primer término, no es cierto que el Tribunal haya sumado dos de las causales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 para declarar probada la paternidad natural del causante en relación con la demandante. Simplemente encontró probadas conjuntamente dos causales y las advertencias que hace se refieren más a la consideración de que produce una mayor convicción la simultánea prueba de dos causales que cualquiera de ellas considerada aisladamente.

La primera causal que encontró probada el Tribunal fue la de las relaciones sexuales entre el causante y la madre de la demandante. Los testigos ROSA EMILIA QUINTANA, MANUEL SALVADOR LONDOÑO PEREZ, JOSE PEREZ,

ROBERTO VARGAS, SAMUEL ARISTIZABAL, SAMUEL GIL, MILTON HERRERA CASTRILLON, EMILIO DE J. PEREZ, TERESA EMILIA SANCHEZ, ANA FELISA CASTRILLON DE H., ROSANA HERRERA DE RIVERA, ANA TERESA HERRERA DE SANCHEZ MESA, LUIS SANCHEZ MESA, declaran haber conocido las relaciones sexuales entre el señor Himesio Posada y la señora Mercedes Arango; conocieron también el nacimiento de la actual demandante, como el bautizo de la misma por orden del señor Himesio Posada.

Al respecto, dice textualmente el Tribunal: "Es un hecho comprobado el de las relaciones entre Himesio Posada y Mercedes Arango. Los testigos no informan cuándo empezaron pero sí dicen que ellas terminaron una vez que ambos se casaron". Y luégo agrega: "De lo ya examinado saca en conclusión el Tribunal que, por la prueba aportada al juicio para acreditar las relaciones sexuales estables y notorias entre Himesio Posada y Mercedes Arango es posible llegar al convenimiento de lo indudable de la paternidad solicitada. Pero como la prueba sobre posesión notoria del estado civil de hija natural de la demandante, respecto de Himesio Posada es aún más clara, esta Sala entra en el estudio respectivo para sacar la misma convicción sobre la paternidad".

En este párrafo se encierra el verdadero pensamiento del Tribunal De las dos causales probadas —relaciones sexuales y posesión notoria— le mereció mayor certeza la segunda. Esta última se encuentra configurada por las siguientes pruebas:

a) En primer término la confesión de la cónyuge supérstite, señora Cecilia Madrigal de Posada. Dice dicha señora al ser preguntada en posiciones que "es cierto que estuvo en mi casa la señora Emilia Arango viviendo y al tiempo entró al Colegio de María y yo le hacía los gastos de dinero que mi esposo me proporcionaba, pero él tenía en duda que fuera su hija"; más adelante dice que el ajuar para el matrimonio se lo regaló el señor Himesio Posada precisamente a solicitud de la deponente.

b) A esta prueba se agregan las de los testigos Mario Villegas, Pedro Pablo Medina, Neftalí Ceballos, Sinforoso Ceballos, Manuel Salvador Londoño, José Manuel Aristizábal, Samuel Gil, Emilio de Jesús Pérez, Félix Restrepo, Pedro Pablo Restrepo, Teresa Emilia Sánchez, Ana Felisa Castrillón, Rosana Herrera a quienes consta que la demandante Emilia Arango vivió en casa del señor Himesio Posada y Cecilia Madrigal y durante el tiempo que cursó sus estudios en el Colegio de María de Yarumal.

c) Anterior al hecho de la educación se encuentra el del nacimiento y crianza de la demandante por su padre el señor Himesio Posada. Declaran los testigos que el señor Himesio Posada costeó el parto de la demandante, la mandó bautizar y proveyó a su subsistencia mientras permaneció soltera.

d) Finalmente, por propia confesión de la viuda de Posada el señor Himesio Posada regaló a la demandante el ajuar para su matrimonio.

Los anteriores hechos son configurativos del estado de posesión notoria del respectivo estado civil. La posesión de un estado civil se integra, ante todo, por hechos y no por meras apreciaciones conceptuales.

En el presente caso se acreditan tres hechos importantes: el nacimiento y bautizo de la demandante en el año de 1909; y la circunstancia de que el señor Himesio Posada haya mandado bautizar a su hija y haya atendido a su madre en los gastos del parto; el hecho de que el señor Posada haya costeado la educación de la demandante en el Colegio de María en Yarumal con el consentimiento de su esposa, la señora Cecilia Madrigal vda. de Posada; y finalmente, que el señor Posada haya regalado el ajuar del matrimonio de la demandante. Tal matrimonio, según la atestación del cura párroco de Yarumal, se realizó el día 17 de noviembre de 1930, en el Municipio de Campamento.

En cuanto al tiempo de duración de la posesión del estado civil sólo es suficiente tener en cuenta la fecha del nacimiento y la del matrimonio de la demandante, hechos ocurridos, el primero en 1909 y el segundo en 1930.

Por lo expuesto se rechazan los cargos 3º, 4º y 5º de la demanda de casación.

FALLO

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 Medellín con fecha diez y ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Ignacio Escallón —José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Con salvamento de voto, **José J. Gómez**, Conjuez.—**Jorge Soto Soto**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ DOCTOR JOSE J. GOMEZ R.

Me he visto precisado —en mi calidad de Conjuez de la H. Sala— a no votar la sentencia que desata el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en juicio de investigación de la paternidad natural, seguido por Emilia Arango de Gil contra los herederos de Himesio Posada Restrepo.

Y ello porque sigo creyendo que en nuestra doctrina jurisprudencial actual han sido interpretados erróneamente los textos del Código Civil sobre legítimo contradictor, doctrina que, por lo demás ha contribuido a la desnaturalización del instrumento de que dotó la Ley 45 de 1936 a los hijos naturales no reconocidos extrajudicialmente. Pero, no haré un recuento pormenorizado de las razones que sustentan la tesis que primeramente sostuvo la H. Sala, aplicada desde el 26 de abril de 1940 (XLIX, 1955 y 1956, 250), hasta el 1º de octubre de 1945 (LIX, 2025, 2026 y 2027, 670), fecha en la cual cambió de doctrina. Me limitaré a una síntesis, lo más apretada posible, de esos motivos y unas pocas consideraciones acerca del resultado negativo que en relación con los fines que se propuso la Ley 45 de 1936, ha producido la doctrina actual de la H. Corte.

II

1.—El artículo 401 del Código Civil no reconoce fallos que declaren verdadera o falsa una paternidad o una maternidad legítima, sino en juicio seguido contra legítimo contradictor; y como este precepto se aplica a la paternidad o maternidad natural, por mandato del artículo 7º de la Ley 45, se concluye que tampoco reconoce nuestra legislación civil sentencias sobre esta última materia sino cuando en el juicio ha figurado el legítimo contradictor.

2.— "Legítimo contradictor", reza el artículo 403, es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre, si se trata de la paternidad, y el hijo contra la madre o la madre contra el hijo, si se trata de maternidad, sea que se trate de la investigación de la paternidad o maternidad legítima, o bien de la natural, por aplicación del artículo 403 del Código Civil al caso de la paternidad o maternidad natural.

3.— El artículo 401 citado dice que el fallo en que se declara verdadera o falsa una paternidad o una maternidad legítima —o natural— vale no sólo respecto de las personas que hayan figurado en el juicio "sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad o naturalidad— acarrea". Dados estos términos, siempre tal fallo está llamado a producir efectos erga omnes. El precepto no contempla el caso en que no los produzca erga omnes. Se trata de una norma absoluta, casi de un principio: aquellos fallos en que se declare que una persona tiene o no tiene la calidad de padre legítimo o de madre legítima —o padre o madre natural— en relación con otra persona, generan efectos no sólo en cuanto a las partes, sino también respecto de quienes no hayan intervenido en el juicio, esto es, erga omnes. No contempla el precepto el caso de que el fallo circunscriba sus efectos a los litigantes, siguiendo la norma general del artículo 17 del Código Civil. Ni hay para dicho texto posibilidad de que tales efectos puedan proyectarse sólo entre las partes; ni tampoco lugar a discriminación entre los efectos absolutos y los relativos de las sentencias sobre el estado civil de las personas. En ello el artículo no hace más que recoger la doctrina universal, según la cual las sentencias sobre el estado civil producen siempre efectos erga omnes, pues el padre o la madre y el hijo no pueden estar ligados en forma legítima para unas personas —las partes en el juicio— y en otra, para las que no intervinieron en él. No se puede ser a la vez padre legítimo o madre legítima para unos, y padre o madre natural para los otros.

4.—La naturaleza del estado civil exige que los fallos que lo definan, tengan consecuencias universales. El estado civil es uno e indivisible, enseña la doctrina, lo cual quiere decir que no puede fraccionarse o desmembrarse, es decir que, no puede valer para unos y no valer para otros; o sea que una calidad —v. gr. la de padre o la de hijo— tiene un sentido para ciertas personas y otro para las demás. Por otra parte, si el estado civil, en general, es, según el artículo 346 del Có-

digo Civil, "la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones", esa calidad no se divide, al usarla su titular, según se trate de hacerle producir consecuencias en relación con algunos o con otros individuos, de modo que al paso que respecto de unos estaría habilitado para ejercer los derechos y contraer las obligaciones correspondientes, no lo estaría respecto de los otros. El hijo legítimo tiene este carácter no sólo respecto del padre, sino en relación con todos los demás parientes del padre, en línea recta o colateral, consanguínea o afín, no obstante que sólo el padre haya concurrido al juicio como actor o demandado. El hijo natural no podrá tener esta condición únicamente respecto del padre con cuya intervención se le haya reconocido en juicio, sino también en cuanto a los demás parientes en quienes pueda refluir ese carácter, v. gr. los hermanos legítimos o naturales, aunquando no hayan sido partes en la controversia sobre el estado civil.

5.—Por ser indivisible el estado civil y por la importancia que tiene en el ejercicio de la personalidad, el artículo 401 dispone que la sentencia que lo declare produce efectos "respecto de todos", apartándose de la norma del artículo 17 del Código Civil y de los demás preceptos legales que consagran la cosa juzgada, y por ello mismo no prevé que pueda proferirse una sentencia de las que menciona que dé origen a consecuencias que afecten a las partes que intervinieren en el juicio únicamente.

La norma es única, absoluta, categórica. Si el artículo hubiese querido consagrar una excepción, o distinguir entre los efectos absolutos y los relativos del fallo, lo habría hecho. Y es más: no hay —en mi opinión— un texto legal en nuestra legislación que instituya esa diferenciación en cuanto a los efectos de la sentencia sobre el estado civil, y no lo hay porque sería contrario a la naturaleza de éste —que es uno e indivisible; contrario también a la personalidad humana, cuyo asiento en el desarrollo biológico de la humanidad requiere la firmeza que sólo le ofrece un estado civil único y opuesto al ejercicio de esa personalidad en la comunidad civil y política.

6.—El artículo 402 comienza diciendo: "Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan, es necesario", y señala en seguida tres condiciones: que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada; que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor y que no haya habido colusión en el juicio.

Estas condiciones son las requeridas para las sentencias de estado de que trata el artículo 401, o sean las que, por serlo, producen efectos erga omnes. Pero, por exigir la segunda, no quiere decir que puedan dictarse sentencias sin legítimo contradictor, sobre la materia mencionada en el artículo 401, con la única consecuencia de que sus efectos, en vez de ser absolutos, se reducirían tan sólo al campo de los litigantes.

Aceptar esto es tanto como admitir que la primera y la tercera condiciones sólo se exigen en caso de que el juicio se adelante contra legítimo contradictor; mas no si se sigue contra otras personas, lo cual llevaría al absurdo de que los requisitos de haber pasado el fallo en autoridad de cosa juzgada y de no haber habido colusión en la litis, no se demandan en los juicios que sobre estado civil se adelanten sin legítimo contradictor, **por expresa autorización de la ley.** Los tres requisitos son esenciales para que el fallo produzca efectos **erga omnes,** que son, según el artículo 401, aquellos en que se declare verdadera o falsa la legitimidad paterna o materna o la naturalidad paterna o materna, sin distingo alguno respecto de sus efectos.

7.—Si de acuerdo con el artículo 403, el legítimo contradictor no es sino el padre o la madre contra el hijo y el hijo contra el padre o la madre, significa que el artículo 402, al exigir la condición de que la controversia se siga contra legítimo contradictor, no contempla el caso de que pueda pronunciarse un fallo de esta especie sin que concurra al juicio el legítimo contradictor, que en los casos que ha planteado la ley 45, es el padre, pues se trata de la investigación de la paternidad natural.

Así, pues, el artículo 401 consagra los efectos **erga omnes** de las sentencias que declaran la legitimidad de una paternidad o de una maternidad; el 402 enseña que para ello se requiere que figure en el juicio el legítimo contradictor, y el artículo 403 dice qué se entiende por legítimo contradictor, de modo que no queda la menor duda de que no hay sino tres legítimos contradictorios, los mismos que componen el eslabón biológico: el padre, la madre y el hijo, si bien no figuran en el proceso, por regla general, sino dos de ellos, el padre o la madre y el hijo, y en los casos a que se contrae la ley 45, especialmente: el hijo contra el padre.

8.—Sólo en un caso representan los herederos al legítimo contradictor, según el artículo 404:

cuando éste fallece antes de que se dicte la sentencia; y entonces el fallo producirá efectos respecto de todos. De consiguiente, si muere antes de iniciarse el juicio, no la pueden representar; ya que el legítimo contradictor, y de consiguiente no puede ser ejercida la acción de estado. Si en tal caso únicamente los sucesores tienen personería para representar al legítimo contradictor, significa que fuera de este caso y otros expresamente exceptuados —a que luégo me referiré— los herederos no pueden constituir el extremo pasivo de la acción de investigación de paternidad natural.

9.—Cuando la ley ha querido admitir que una sentencia sobre estado pueda pronunciarse sin la intervención de legítimo contradictor, lo ha dicho expresamente, como aparece en las situaciones contempladas en los artículos 219, 220, 221, 222 y 223 del Código Civil. Entre ellas no figura la del hijo que pretende un fallo de paternidad natural, demandando a los herederos del varón fallecido, a quien juzga su padre. El artículo 219 del Código Civil admite a los herederos del marido que fallece, a ejercer la acción de impugnación de un hijo que pasa por legítimo; el artículo 220 permite que cualquier interesado impugne la legitimidad del hijo que nace después de expirados los trescientos días siguientes a la disolución o declaratoria de nulidad del matrimonio; y el 222 prescribe que los ascendientes legítimos del marido tienen derecho a provocar el juicio de ilegitimidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión. Y estos mismos preceptos, más el artículo 223, disponen que las acciones deben incoarse dentro de los plazos allí previstos. Las sentencias que se profieran en estos casos no producen efectos relativos sino absoluto, no obstante que no se siguen con legítimo contradictor, porque la ley autoriza a los herederos del marido, según el artículo 219, a cualquiera persona interesada, de acuerdo con el artículo 220, a los ascendientes legítimos del marido, con arreglo al artículo 222, y no hay precepto que dé pie para negarles efectos erga omnes. Si los ascendientes y en general los herederos del marido pueden provocar el juicio de ilegitimidad, no ha de ser para que según la sentencia se tenga al hijo por ilegítimo, en relación con los participantes en la controversia, y siga considerándosele legítimo por los demás, máxime que el artículo 222 admite que los ascendiente ejerzan la acción de ilegitimidad "aunque no tenga parte alguna en la sucesión", lo que quiera decir que el interés en tal caso, puede no ser patrimonial sino simplemente familiar, de parentesco o de sangre. Si a los herederos del marido los autoriza el artículo 219 para promover el juicio de legitimidad, sería absurdo sostener que los efectos del fallo que la declara no producen efectos sino entre el heredero o herederos que comparecieron en el proceso, pero no respecto del hijo o los hijos del mismo padre y la misma madre, que no figuraron en él.

El Código Civil no reconoció la acción de investigación de la paternidad natural; se explica que ningún precepto autorizara al hijo natural para demandar a los herederos del padre. Pero la Ley 45 que sí la estatuye, carece de un texto que autorice para dirigirla contra los sucesores, en caso de fallecer el padre. Y debió decirlo ya que hacía suyos los artículos del Código Civil sobre legítimo contradictor, de la misma manera que este cuerpo legal, en disposiciones expresas, permite que se debata el estado civil, en ciertos casos, sin **legítimo contradictor.**

10.- El artículo 408 del Código Civil consagra la imprescriptibilidad de la acción de estado civil. La Ley 45 no quiso incorporarlo a su texto. Sin embargo, no por ello es inaplicable a la acción de investigación de la paternidad o maternidad natural. Pero, una cosa es la prescripción y otra la caducidad. Mientras el hijo viva, así sea cien años, esta acción subsiste, no prescribe, al paso que las acciones de más larga duración hayan podido prescribir por lo menos cuatro veces. Pero si el padre muere, no es que prescriba por ello la acción para investigar la paternidad natural, sino que caduca, no obstante no haber prescrito hasta ese día la acción del hijo.

II

Sabido es que el legislador de 1936 trató de mejorar el estatuto consagrado en Francia por medio de la ley de 16 de noviembre de 1912. La situación de los hijos naturales en dicho país, en el tiempo corrido entre la codificación napoleónica y la expresada ley, era muy semejante a la nuestra, entre el año de 1887 y la Ley 45 de 1936, especialmente en cuanto ninguna de las dos legislaciones permitía investigar la paternidad natural. Pero, es sabido, igualmente, que esta ley no sólo no perfeccionó la ley francesa, sino que la desmejoró en forma notable.

Así por ejemplo:

a) Al paso que la ley francesa consagra la excepción "plurium concumbentium" para todos los cinco casos en que puede investigarse la pa-

ternidad natural (artículo 340 del Código Civil), de modo que el demandado puede oponer el hecho de la mala conducta notoria de la mujer o la imposibilidad en que se hallaba el pretendido padre de tener acceso a ella, nuestra Ley 45 (artículo 4º, inciso final), la reserva sólo para el caso 4º., o sea, el de las relaciones sexuales estables y notorias de los padres durante la época de la concepción, lo cual no es aceptable si los mismos hechos pueden acaecer en los demás casos. Nuestra ley rechaza en éstos aquellos hechos exceptivos, lo cual constituye una exclusión contraria a la equidad, a la moral y a la organización del proceso como camino hacia la verdad, con propósito demagógico de ofrecer con excesiva generosidad el nuevo instrumento.

b) Mientras el estatuto francés, al consagrar tal excepción, prevé tanto el hecho de que la mujer haya tenido relaciones sexuales con otro hombre, como la conducta notoriamente disipada de aquélla, durante la época de la concepción, nuestra ley (artículo 4º, inciso final), no comprende sino el primer caso, de modo que circunscrita la excepción al ordinal 4º, no se admite sino por imposibilidad de acceso a la mujer, pero no por mala conducta de la misma, lo cual también está reñido con la equidad y la moral.

c) En tanto que la ley francesa autoriza al varón a probar, en cualquiera de los cinco casos en que permite la investigación de la paternidad natural, la imposibilidad física "de ser el padre" ya a causa de alejamiento o de cualquier accidente, nuestra ley no prevé esta excepción sino en relación con el caso cuarto del artículo 4o., o sea el de las relaciones sexuales, como si tal imposibilidad material no pudiera presentarse también en los demás casos.

Con la Ley 45 se trató de reparar la injusticia que se venía cometiendo para con los hijos naturales. Pero, se inspiró sólo en ese móvil y por ello el ancho camino que se le ofrece a la acción de los hijos y el muy estrecho que tienen para su defensa quienes sean llamados a responder en juicio de investigación de la paternidad natural.

d) La ley francesa señaló términos dentro de los cuales se puede ejercer la acción de investigación contra el padre: dos años a partir del nacimiento, y si no se ejerce dentro de dicho lapso, un año más, a contar de la mayor edad del hijo. Nuestra ley suprime dichos términos, lo cual quiere decir que representa amplitud innegable a su favor. Pero, la doctrina, no contenta con esto, la admite también después de la muerte del padre.

La sola vida del hijo como término dentro del cual puede ser incoada la acción, es bastante, sobre todo si se tiene en cuenta la finalidad de la misma. La causa real de esta acción es el hecho de la concepción, que comparten padre y madre. El hijo tiene el derecho de saber quiénes son sus progenitores. Es un derecho mínimo, elemental, de orden natural. Pero, esto que es simple cuando el hijo procede de una unión autorizada por la ley, se complica casi siempre entre nosotros respecto del padre, y en ocasiones también en cuanto a la madre, cuando el hijo procede de unión extralegal. En relación con el padre, se simplifica, si reconoce espontáneamente al hijo; pero, si no lo reconoce, habrá de ser el Estado, por conducto de sus jueces, quien imponga el reconocimiento, si se demuestra en juicio que quien pretende el título de hijo natural en relación con determinado varón, se halla en una de las situaciones contempladas en el artículo 4º. de la Ley 45.

El Estado, al admitir la investigación de la paternidad natural, cumple para con los asociados, un deber igualmente elemental. Algunos países han elevado a la categoría de servicio público, la investigación administrativa de la paternidad natural, dentro de un plazo corto —un año generalmente— a contar del día del nacimiento. Entonces ello es posible sin peligro de error y sobre todo con la mira básica de definir el estado civil de la criatura, sujeto a ese hecho trascendental de su inmediato eslabón paterno. Con este sistema, principalmente, y con el francés, orientado también hacia el mismo fin, por medio del cual se compele a la madre natural a definir el estado de su hijo, dentro de los dos años siguientes al alumbramiento, y al hijo, dentro del año, al llegar a la mayor edad, si su madre o su tutor no lo hizo, se impide el hecho monstruoso de que un porcentaje altísimo de seres humanos ignore quiénes son sus padres, y lo que es más grave, que no tenga interés en saberlo. En Colombia el treinta por ciento de la población procede de uniones extraconyugales; en algunos departamentos sube hasta al setenta por ciento; en otros baja al 14, al 20; pero, en promedio, es del 30 en toda la Nación.

El sistema del servicio administrativo de investigación, en algunos países, y el de los plazos cortos para efectuarla, en Francia, frenan a los hombres en su ímpetu de engendrar hijos a la topa tolondra, encubiertos por la impunidad que generalmente los protege; y sobre todo, y aun cuando no sirvieran de freno, reducen notablemente el porcentaje de hijos sin padre. A las

madres esos sistemas las obligan a colaborar en la labor del Estado o a ejercer la acción en un lapso breve, y también compelen a buscar la verdad de su estado civil, en llegando a la mayor edad sin antes haberlo hecho su representante legal.

Pero, un sistema como el colombiano, con el cual el legislador de 1933 creyó mejorar la ley francesa de 1912, logra necesariamente lo contrario, porque teniendo el hijo toda su vida para ejercer la acción, y según la jurisprudencia, no sólo la del padre en persona, sino también la de sus sucesores, a la muerte de aquél, a los hijos naturales no les preocupa el esclarecimiento de la situación, sino al faltar el progenitor, si deja fortuna; si no, no tiene objeto. Lo cual acusa en la muchedumbre de hijos extramatrimoniales no reconocidos espontaneamente, un criterio desviado, revelador de un estado moral contrario a la naturaleza, a la justicia, a la armonía social, todo lo cual se finca en el derecho natural a buscar al padre y en el deber del Estado de facilitar al hijo esa tarea.

Por esto creo que la doctrina implantada por la H. Corte en 1945 ha retardado la formación de una nueva mentalidad en el pueblo colombiano, que despierte en el hijo natural la necesidad de tener legalmente un padre y en el padre la voluntad de cumplir para con el hijo sus obligaciones de tal; que evite la deformación de los hechos, propia de las cosas que se dejan al tiempo, muy propicia al aprovechamiento doloso, y aparte la tentación, victoriosa en tantas ocasiones, de simular hijos que recojan herencia, contra los fines que se trazó la justa, cristiana y humanitaria reforma y en descrédito del estatuto de 1936. La doctrina primera de la H. Corte tendía a evitarlo, porque muerto el progenitor la acción fenecía y entonces era menester apresurarse a asegurar el estado civil antes de su fallecimiento. ¿Cuál es el porcentaje de hijos naturales, de 1936 a hoy, que ha ejercido la acción de investigación de la paternidad? Un porcentaje irrisorio en relación con los tres millones de hijos naturales existentes en el país. ¿Y cuál el de aquellos que las han ejercido en vida de los padres? Más irrisorio aún, porque con muy raras excepciones, esperan para ello la muerte de los padres, si dejan patrimonio.

José J. Gómez R., Conjuez.

Fecha ut supra.

EN ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR OCUPACION PERMANENTE DE PROPIEDAD PRIVADA CON TRABAJOS PUBLICOS, ES INDISPENSABLE QUE POR EL ACTOR SE DEMUESTRE SU DERECHO DE DOMINIO SOBRE LA ZONA OCUPADA

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

Con fecha 24 de junio de 1955 el señor Joaquín Restrepo demandó al Municipio de Medellín, en juicio ordinario para obtener:

"a) Que la entidad demandada está en la obligación de pagarme, en el término que para el efecto se le señale en la sentencia, el valor de la faja de terreno que en la misma sentencia se fije, que el Municipio de Medellín ocupa con la construcción de una carretera en la parte superior u oriental del inmueble de mi propiedad descrito en el punto primero de este libelo; y la indemnización correspondiente por este concepto; y

"b) Que el Municipio de Medellín, está en la obligación de pagarme, en el término que para el efecto se le señale, la suma que se fije en la sentencia por concepto de indemnización de perjuicios que representan para el inmueble de mi propiedad descrito en el hecho primero de la presente demanda los deslizamientos y desmoronos producidos en él como consecuencia de la carretera construida en la parte superior y oriental del inmueble descrito en el hecho primero de esta demanda.

Los hechos básicos de la demanda se pueden resumir en lo siguiente:

El demandado es propietario de un inmueble, en la situación indicada en la parte petitoria, que adquirió por adjudicación en la sucesión de sus padres, inmueble en cuya parte superior u oriental construyó la Segunda Sección de Empresas Públicas del Municipio de Medellín, una carretera y ocupó la faja necesaria del inmueble citado sin tener título para establecer servidumbre ni adquirir la propiedad de la faja. El Municipio no empleó en la obra el cuidado y diligencia requeridos y por tal razón han ocurrido deslizamientos y desmoronos que perjudican al resto de la finca.

El Municipio demandado contestó la demanda de Restrepo manifestando que se atiene a lo que se pruebe en cuanto a los hechos 1 a 4 y niega los hechos 5 y 6 y con base en esto se opone a que se hagan las declaraciones suplicadas. Propone las excepciones de "Inexistencia de la obligación", Inepta demanda y la "genérica".

El Juez de instancia (5º. Civil del Circuito de Medellín), en sentencia de 21 de mayo de 1957 no accedió a las peticiones demandadas y nada dijo en relación con costas.

Por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en fallo que lleva fecha 1º de octubre de 1957 CONFIRMÓ el de primera instancia y condenó en costas a Restrepo, que interpuso recurso de casación. El Tribunal otorgó el recurso en auto de 21 de noviembre pasado.

Tramitado en la Corte se pasa a resolver acerca de él.

LA DEMANDA DE CASACION: ..

El recurrente dice: "Apoyo esta demanda en el motivo primero del artículo 520 del Código Judicial", causal que desarrolla en tres capítulos.

En el Capítulo I dice el recurrente: "Violación directa del artículo 263 del Código Civil. A). Por haberlo aplicado a la acción indemnizatoria judicial cuando esa norma no rige sino para las indemnizaciones que se ventilan por vía administrativa, y violación del artículo 2.513 del Código Civil que es el que debe aplicarse para alegar la extinción del derecho en casos como el ocurrente, lo mismo que violó el artículo 343 del Código Judicial que no tuvo en cuenta y que es disposición sustantiva en cuanto a la prescripción se refiere.

"La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia —continúa el recurrente— en pronunciamiento de 20 de junio de 1955, declaró inexequibles los artículos 261 a 269 inclusive del C. C. A., pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada, por la administración pública.

"Cuando la ocupación es transitoria o cuando

los daños causados por la administración se han causado sin ocupación si son aplicables los artículos anteriormente mencionados, y la competencia continúa radicada en la jurisdicción Contencioso Administrativa. Con respecto a las acciones que se estaban surtiendo ante los Tribunales Administrativos, cuando se pronunció el fallo de inexequibilidad, se expidió el Decreto Legislativo número 0293 de 1957 que es del tenor siguiente: "Artículo primero.—Las actuaciones y trámites surtidos ante los Tribunales Administrativos, como ante el Consejo de Estado y las sentencias proferidas por esas Corporaciones durante la vigencia del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, tienen plena validez y efecto.

"Artículo segundo.—Los juicios sobre pago de indemnizaciones por ocupación permanente de propiedad privada inmueble con ocasión de trabajos públicos, que se hubieran iniciado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con anterioridad al 1º de septiembre de 1955, pasarán a la justicia ordinaria en el estado en que encuentran.

"Artículo tercero.—Con el exclusivo objeto de finalizar la tramitación de los juicios a que se refiere el artículo anterior y de dictar las sentencias a que hubiere lugar, la justicia ordinaria aplicará para tales procesos los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941 que a continuación se reproducen".

"De lo anterior se colige —continúe el recurrente— que las acciones indemizatorias para daños causados por ocupación permanente, salvo el caso a que se refiere el Decreto precitado, no se rigen por las normas que parcialmente fueron declaradas inexequibles.

"Cuando se trata de daños causados por ocupación transitoria o sin ocupación, con motivo de trabajos públicos conoce la justicia especializada administrativa.

"Refiriéndose a la ocupación permanente ha dicho la Corte: "Mas cuando la ocupación y los daños son conexos, o son cuando con motivo de aquélla se causan éstos entonces las dos indemnizaciones por los dos actos son acumulables, y de ellos conoce la justicia ordinaria".

"Cuando el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo establece un término de dos años para poder iniciar la acción indemnizatoria ante la justicia administrativa no consagra una excepción sino una ducidad, figuras jurídicamente diferentes, aunque tienen contactos de similitud. Con toda razón dijo la Corte Suprema de Justicia en fallo de primero de octubre de 1948: "Aunque excepción de naturaleza peretoria, la prescripción debe ser propuesta o alegada por quien quiera aprovecharse de ella, pues no es susceptible de ser declarada de oficio (artículos 2.513 del Código Civil y 343 del Código Judicial). Es, por demanda, lo que quiere decir que no puede operar sino cuando se ha conformado la relación procesal, o sea una vez que se promueve la acción y el adversario se propone extinguirla por tal vía. De ahí que la prescripción extintiva no tiene cabida sino ope excepcionis (sic). Por el contrario, la caducidad puede ser declarada de oficio por el Juez, pues sería inadmisible que vencido el plazo señalado por la ley para el ejercicio de la acción o del recurso, sin embargo se oyera al promotor de la una o del otro".

Continúa el recurrente: "Quiero decir que la caducidad se contrae a la acción indemnizatoria por trabajos públicos, cuando se trata de un aacción administrativa de competencia de la justicia de esta clase. Empero, cuando la indemnización, que en ambos casos es de naturaleza objetiva sin necesidad de vincularse a la teoría civilistas y subjetivista de la culpa, incumbe a la justicia ordinaria, ya no opera la caducidad sino la prescripción ope excepcionis.

"Me parece, señores Magistrados, que para definir la órbita de la petición B). de la demanda es conveniente delimitar el campo en que se desenvuelve la tesis de la indemnización por trabajos públicos. Al respecto, teniendo en cuenta las modalidades convergentes del fallo de inexequibilidad antes mencionado, voy a citar lo que dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de septiembre de 1947". Completa la regla general expuesta la circunstancias de que la acción contencioso administrativa que mueve la atención de la Corte sólo opera en relación con los hechos de ocupación o daño de la misma en cuanto ocurran en el transcurso de los trabajos públicos, entendiéndose por éstos al conjunto de operaciones materiales realizadas por los agentes administrativos para la construcción, reparación o conservación de una obra pública o de interés social. De donde se desprende que los daños causados por una obra pública —o sea el resultado del trabajo público concluído— son cuestiones ajenas a la jurisdicción administrativa; y, por consiguiente, del resorte de la jurisdicción común. Un ejemplo aclarará mejor la diferencia: Si en el transcurso de las labores de construcción de un ferrocarril nacional o de las que se ejecutan para conservar o reparar la vía, se ocupa de hecho una propiedad ajena, o si la misma en alguna forma se daña,

el perjudicado tiene la acción indemnizatoria abierta ante la justicia administrativa, la cual conserva la competencia privativa de la querella, porque se trata de un contencioso de trabajos públicos; en cambio, si una locomotora del mismo ferrocarril ya construído produce un incendio en la zona privada que atraviesa, o por defecto de construcción en la vía acaece cualquier daño, siendo indiferente que recaiga sobre las personas o las cosas, la controversia para la indemnización de los perjuicios sólo puede suscitarse ante las autoridades judiciales comunes, las cuale tienen privadamente la competencia para dirimir el contencioso de la culpa extracontractual provocada por las obras públicas de toda clase.

"Con lo anterior dejo fundamentado el cargo por violación de las disposiciones sustantivas citadas al principio de este Capítulo".

El apoderado del Municipio de Medellín en su memorial recibido el 8 de junio pasado dice, con respecto a la materia tratada en este cargo, lo siguiente:

"La segunda indemnización que pretende el actor es por los perjuicios ocasionados por "los deslizamientos y desmoronos producidos en él como consecuencia de la carretera construída".

"Esta parte de la demanda la rechaza el H. Tribunal por estas circunstancias debidamente establecidas en el expediente, y a las cuales tampoco para mientras el demandante en casación:

"a) Que no se estableció la época de construcción de las obras municipales;

"b) Que con el dicho contexto de los peritos, Daniel Molina Correa y Eusebio Córdoba se probó que con la construcción aludida no hubo deslizamientos ni desmoronos;

"c) Que por percepción directa de los sentidos la Sala del H. Tribunal se convenció, durante la inspección ocular, que no existieron deslizamientos o desmoronos;

"d) Porque se comprobó que el Municipio no había construido carretera alguna en el lindero oriental del señor Restrepo y mal podía ocasionar desmoronos una carretera que no se construyó;

"f) Porque el Municipio con una escritura regularmente presentada (numeral 2, artículo 597 del Código Judicial) y debidamente registrada, acreditó que contractualmente el antecesor en el dominio del demandante renunció a cobrar perjuicio por razón de las obras del acueducto.

SE CONSIDERA:

Las súplicas de la demanda presentada por don Joaquín Restrepo contra el Municipio de Medellín dicen textualmente:

"a) Que la entidad demandada está en la obligación de pagarme, en el término que para el efecto se le señale en la sentencia, el valor de la faja de terreno que en la misma sentencia fijo, que el Municipio de Medellín ocupó con la construcción de una carretera en la parte superior u oriente del inmueble de mi propiedad descrito en el punto primero de este libelo; y la indemnización correspondiente por este concepto.

"b) Que el Municipio de Medellín está en la obligación de pagarme en el término que para el efecto se le señale, la suma que se fije en la sentencia por concepto de indemnización de los perjuicios que representan para el inmueble de mi propiedad descrito en el hecho primero de la presente demanda los deslizamientos y desmoronos producidos en él como consecuencia de la carretera construída en la parte superior y oriental del inmueble descrito en el hecho primero de esta demanda. (Subraya la Sala).

Conforme a esta última expresión, no hay la menor duda de que la acción incoada bajo el ordinal b) toca con el pago de indemnizaciones por ocupación permanente de propiedad privada inmueble, con ocasión de trabajos públicos, y que está vinculada a la contemplada en el ordinal a) en que se pide el pago de la faja de terreno que ocupa el acueducto que conduce las aguas a Medellín, que el demandante dice pertenecerle.

El Decreto 0293 de 1957 estableció en su artículo 3º que el artículo 263 del Código de lo Contencioso Administrativo se aplica a los juicios pendientes sobre pago de indemnizaciones por ocupación permanente de propiedad privada inmueble con ocasión de trabajos públicos, luego el Tribunal sentenciador no cometió error al decir esto mismo que se acaba de indicar, en el fallo acusado, y no lo habría cometido si efectivamente hubiera aplicado esa disposición.

Pero ocurre que la sentencia demandada desató el litigio con base en la inexistencia de ocupación permanente de propiedad privada, puesto que los trabajos se hicieron en una propiedad del mismo Municipio. La referencia al artículo legal citado es pues de comentario pero no es la base del fallo, ni factor decisivo del mismo.

La verdad es que el demandante trata de que se le pague el valor de un bien de que se había desprendido su antecesor, señor D. Vicente Res-

trepo y de quien no lo hubo aquél por adjudicación como heredero legítimo del mismo, según pretende, porque nemo dat quod non habet y mal podía adjudicársele a D. Joaquín el terreno que su padre vendió al Municipio de Medellín, por medio de la escritura número 1.124 de 15 de junio de 1915, que debidamente registrada se hizo venir a los autos en una de las oportunidades señaladas por el artículo 597 del Código Judicial cual fue durante la inspección ocular practicada por el mismo Tribunal.

Aún más, en la hijuela de adjudicación que se hizo a don Joaquín en la sucesión de su padre don Vicente Restrepo, se señaló como lindero por la parte oriental o superior ese mismo lote de terreno que transmitió el Municipio, el cual fue debidamente identificado en diferentes oportunidades y especialmente en las inspecciones oculares practicadas en ambas instancias.

El recurrente parece dar a entender que el terreno materia del litigio es distinto del lote o faja vendida por don Vicente, por medio de la escritura 1.124 citada, faja que adquirió la entidad municipal para un acueducto o acequia; y, que la que ahora se litiga la ocupó para una carretera, pero está más que suficientemente demostrado que es la misma zona, en la cual se sustituyó el acueducto descubierto por una tubería de concreto enterrada, de modo que a la vez sirve de acueducto y de carretera sin afectar terrenos contiguos, por cuanto la anchura de la faja vendida por el antecesor de don Joaquín al Municipio de Medellín es de veinte metros, como consta en el instrumento, extensión muy suficiente, no sólo para una carretera común, sino para una calle urbana.

Pero ocurre, además, que en la escritura 1.124 citada se trata igualmente del nuevo acueducto, es decir de la construcción en concreto que se había proyectado pero que no se ejecutó entonces sino tiempo después, ya que entre las obligaciones del vendedor están las siguientes:

"2. Se obliga: A no cobrar al Municipio de Medellín los perjuicios sufridos hasta hoy por la finca (la de Restrepo), con las obras ejecutadas para el sostenimiento de la acequia que hoy existe, ni las que sufra con la construcción y sostenimiento del nuevo acueducto".

Fue pues por estas razones, de valor absoluto, por las que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la sentencia acusada, negó el derecho de don Joaquín Restrepo a reclamar el pago de la faja de que se trata, y nó por la circunstancia alegada, de que aplicó el artículo 263 de la Ley 167 de 1941, aunque incidentalmente el fallador se haya referido a la posibilidad de que, en caso de existir el derecho, la acción debe considerarse extinguida o prescrita merced a lo dispuesto por la disposición mencionada que, como ya se dijo, sí es aplicable en virtud de lo que dispone el Decreto 0393 en su artículo 3º copiado arriba.

Antes de terminar lo relacionado con este cargo y por cuanto tiene mérito en lo tocante a todos los motivos de acusación, es del caso advertir que el señor Restrepo demandante carece de derecho para cobrar perjuicios por deslizamientos o desmoronos con la construcción del nuevo acueducto, sobre cuya estructura que está enterrada se transita, en virtud de la renuncia hecha por su causante a cobrar al Municipio de Medellín los perjuicios que sufra su finca con la construcción y sostenimiento de este nuevo acueducto; y, naturalmente entre estos perjuicios se cuentan los provenientes de deslizamientos y desmoronos en el caso de que verdaderamente hayan existido o existan en el futuro.

El cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Dice el recurrente en casación:

"Al contestar el hecho tercero de la demanda dijo el señor Personero Municipal de Medellín: "Es cierto que el Municipio de Medellín, empresa de acueducto y alcantarillado, construyó una carretera de acceso a la represa de Piedras Blancas; pero no me consta quiénes son los propietarios afectados por dicha obra". Es verdad que las confesiones de los agentes del Ministerio Público no pueden perjudicar a la parte que representan; pero pése a ello, cito esa contestación para que se vea cómo es de veraz lo que afirman los testigos Antonio Naranjo, Francisco Osorio y Carlos Meza que declararon de modo contexte en la primera instancia, que la expresada carretera fue construída por el Municipio de Medellín, para el acueducto; que pasa por la parte superior del predio del actor y que se dirige a la represa de Piedras Blancas.

"En la inspección ocular practicada en la misma instancia, se lee: "El Juzgado procedió a recorrer en asocio de los peritos, del actor señor Joaquín Restrepo y del señor doctor Mario Uribe Uribe, como apoderado del Municipio, el trayecto en una extensión más o menos de doscientos ochenta y cinco metros, donde se pudo observar que se trata de una brecha por donde se ha construído una tubería de cemento para la conducción del

acueducto a la ciudad de Medellín, faja en la cual se verificó el respectivo movimiento de tierra con sus respectivos rodaderos hacia la parte baja, del sobrante de la tierra y balasto o piedra".

"Los peritos —continúa el recurrente— de la aludida inspección, señores Daniel Molina Correa y Pedro P. Montoya están acordes en aseverar que la faja en el predio del actor es una zona donde se colocó la tubería de cemento y en la cual hay una vía para el personal de sostenimiento.

"Y con todo eso, el fallo del TRIBUNAL se dedujo que por haberse dicho en la demanda que el terreno que se adjudicó al actor está limitado por el Oriente, con la carretera del acueducto de Medellín el terreno que ocupa la carretera no está incluído dentro de los linderos del lote del demandante.

"En la inspección ocular practicada por el Tribunal se hizo constar: "En el trayecto de la carretera y hacia el Occidente, está situado el predio del demandante como que aquella vía es su límite por la parte oriental. Se estableció también que el antiguo acueducto de Medellín, que según parece se construyó hace más de treinta años, es paralelo y contiguo a la nueva tubería o acueducto, que se encuentra debajo de la aludida carretera y nó a un lado de ésta y cubierto por el piso de ella, carretera que tiene en toda su extensión una anchura aproximada de siete metros". Nada consta allí en relación con la carretera o vía para el personal de sostenimiento. Con todo el Tribunal, sin referirse a ella, considera que es suficiente aludir al nuevo acueducto, para considerar que la vía para el personal de sostenimiento no está en el predio del actor.

"Ha incurrido el Tribunal en los siguientes errores de hecho.

Primero.—Error de hecho por no haber apreciado los testimonios de los señores Antonio Naranjo, Francisco Osorio y Carlos Meza.

"Segundo.—Error de hecho por no haber apreciado en la inspección ocular de la primera instancia el dictamen de los peritos respecto de la vía;

"Tercero.—Error de hecho en la errónea apreciación de la inspección que el mismo Tribunal practicó por haber omitido establecer si la vía o brecha de que hablan los peritos de la primera instancia está o no dentro del predio del actor;

"Cuarto.—Error de hecho en la apreciación de la escritura número 1.124 de 15 de junio de 1915 de la Notaría Primera del Circuito de Medellín, por cuanto sin prueba alguna se estimó que ese contrato comprendía no sólo lo referente al acueducto construído hace treinta años, sino también a las redes de nueva construcción y la vía para el personal; y

"Quinto.—Error de hecho por no haber apreciado el dictamen de los expertos señores Gonzalo González y doctor Alberto Naranjo López, quienes en la primera instancia (cuaderno de pruebas del Municipio de Medellín) expresaron que: "No es posible decir si la faja a que se refiere la escritura número 1.124 sea la misma que relaciona la demanda, toda vez que el vendedor Restrepo era dueño de varios terrenos aledaños al ocupado con la tubería del acueducto".

"Por los errores anotados —continúa el recurrente— llevaron al Tribunal a violar los artículos 697 del Código Judicial al no tener en cuenta como plena prueba las declaraciones que he citado; el 722 de la misma obra, al no tener en cuenta como plena prueba, en relación con la vía, el dicho de los peritos, y el 1.757 del Código Civil disposiciones que el Tribunal ha debido aplicar. Y, en consecuencia de estos errores en la apreciación de las pruebas y de la violación de las disposiciones citadas, el Tribunal violó el artículo 30 de la Constitución por no tenerlo en cuenta, precepto que consagra la obligación de pagar el precio y los perjuicios en caso de expropiación, bien sea regular, o indirecta, llamada por algunos expropiación de hecho.

"Y violó también por no haberlos aplicado los artículos 2.341, 2.342 y 2.343 del Código Civil".

En relación con estos cargos y con el siguiente dice el opositor lo que se copia en seguida:

"El recurso extraordinario de casación no es una nueva instancia sino el enjuiciamiento de la sentencia del Tribunal frente a la ley; entre nosotros, a diferencia de lo establecido en Francia, se amplía para estudiar también cuestiones de hecho.

"Si no se comprueba que el Tribunal violó la ley directamente o indirectamente a través de las pruebas, la sentencia no puede ser casada. Y esto fue el esfuerzo que no hizo el demandante en casación; no intentó probar que el Tribunal hubiera aplicado indebidamente la ley o mal entendido las pruebas.

"El Tribunal de Antioquia rechaza la primera petición de la demanda, referente a la indemnización por ocupación de una zona de terreno, basado en la circunstancia de que el demandante no acreditó dominio sobre la zona que pretende; antes bien, positivamente probó que su propiedad apenas colindaba, pero nó se superponía con la zona de obras del municipio.

"Como la ley está técnicamente aplicada a este

caso, el actor en casación tenía que establecer una de estas circunstancias:

"a) O que el H. Tribunal no estimó alguna prueba fehaciente y legalmente admisible que estableciera este dominio, b). O que las pruebas que llevaron al HH. Tribunal a la convicción de que la zona de obras del Municipio no era de propiedad de Restrepo sino colindante con éste, hubiera estado mal interpretadas. Como ni lo uno ni lo otro logra el recurrente, ni siquiera lo intenta, la sentencia no puede caer por este aspecto".

SE CONSIDERA:

Los cinco errores de hecho que anota el recurrente en casación en este Capítulo de su demanda, y de los cuales deduce en la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, violación de las disposiciones de los artículos 697, del Código Judicial, 772 de la misma obra, 1.757 del Código Civil, por no haberlas aplicado debiendo hacerlo, 30 de la Constitución Nacional por no haberlo tenido en cuenta y violación, no manifiesta si directa o indirecta, de los artículos 2341, 2.342 y 2.343 del citado Código Civil, o sea los que contienen las normas sobre responsabilidad por culpa aquiliana o extracontractual, no existen en la realidad procesal ni mucho menos aparecen de manera manifiesta en los autos.

En efecto: Las declaraciones citadas por el recurrente, al fundar este cargo, quedaron desvirtuadas por las constancias de la inspección ocular dejadas por la Sala del Tribunal fallador que la practicó; por las exposiciones razonadas de los peritos que concurrieron a la misma y muy especialmente por la escritura pública número 1.124, tantas veces citada en el cuerpo de esta providencia, y que en copia debidamente registrada fue traída a los autos en el curso de la mencionada diligencia de inspección ocular.

De estas pruebas aparece que don Joaquín Restrepo no es actualmente dueño de la faja de terreno que compró el Municipio de Medellín a don Vicente del mismo apellido, padre del demandante, no obstante la afirmación hecha bajo juramento y en sentido contrario de los mencionados testigos; aparece igualmente por el dictamen de los peritos la ausencia de desmoronos o deslizamientos, lo que vio por vista de ojos el mismo Tribunal en desacuerdo con las dichas declaraciones, y que el señor Restrepo no demostró que se tratara de otro terreno que el Municipio estuviera ocupando de hecho; de donde resulta que no solamente no erró el Tribunal al apreciar las pruebas citadas (declaraciones, escritura, inspecciones) sino que se atuvo a la verdad procesal.

Por tanto, no prospera el cargo.

TERCER CARGO

La petición b) de la demanda se apoya en el artículo 1.494 del Código Civil y en el título 34 de la misma obra y como hechos básicos se relaciona el siguiente: "Además, en la construcción de la expresada obra, el Municipio de Medellín, no empleó el cuidado y diligencia requeridos en obras de tal naturaleza; de allí que se haya venido produciendo deslizamientos y desmoronos que han causado perjuicios en el inmueble de mi propiedad, descrito en el punto primero de esta demanda".

"El Tribunal para oponerse a esta acción provenientes de culpa extracontractual y nó de trabajos públicos, hizo la afirmación de que no se había acreditado la existencia de aquellos deslizamientos y desmoronos y al efecto cita a los peritos Daniel Molina Correa y Eusebio Córdoba. Dijo primero: "No hay deslizamientos ni desmoronos sino que al ampliar el surco para colocar la construcción de concreto que hoy se ve (sustitutiva de la otra metálica) el material extraído del predio del Municipio y de otros, estentando el primero una parte alta del barranco sobre el nivel de la banca, fue arrojado al lado de ésta y sobre el terreno que dicen ser del señor Joaquín Restrepo, material que consiste en tierras y piedra de desperdicios y que no está colocado en todo el trayecto, más si en tramos. En esta región el terreno es firme".

"Eusebio Córdoba expresó: "Considero que durante la construcción de la banca o posteriormente no se produjeron deslizamientos o desmoronos, pues no hay muestras en el terreno de tal cosa; los terrenos donde ocurren deslizamientos o desmoronos, que generalmente son por causa de fuertes lluvias, dejan canales por donde han corrido la tierra y piedras deslizadas. Pero allí no hay tal cosa".

"Se ve claramente que es un terreno firme, sembrado de piedras que, al construir la banca, fueron tiradas a esos terrenos bajos pues no había más dónde arrojarlas.

"El Tribunal, continúa el recurrente, no tuvo en cuenta las declaraciones de los testigos Antonio Naranjo, Francisco A. Osorio y Carlos Meza, quienes contextamente aseguran que por percep-

ción directa, en la parte inferior del inmueble del actor se han producido desmoronos o deslizamientos con posterioridad a la construcción de la carretera y como consecuencia de ésta.

"El Municipio de Medellín ha sabido prever y prevenir las consecuencias perjudiciales que de la obra que iba a construir se podían derivar, porque cuando de obras públicas se trata, los daños producidos por ellas se deben presumir causados por una falta o culpa de la que debe ser responsable la entidad por cuya cuenta obró el constructor.

"El Municipio de Medellín, obró con descuido al construir la nueva obra y ni siquiera levantó planos la empresa de acueducto para la construcción de la banca o de la nueva o segunda conducción de Piedras Blancas, como consta del informe de las Empresas Públicas de Medellín, que obra a folios 13 del cuaderno de pruebas del Municipio en la primera instancia, informe que no tuvo en cuenta el Tribunal, con lo cual cometió un evidente error de hecho motivo por el cual acuso la sentencia.

"Los juristas han sentado principios para justificar la certeza de la equidad de la presunción de culpa, cuando de obras públicas se trata y dicen: "Que ante dos gastos presuntos de la obra: el de aumento en el costo global de ella y el de tener que indemnizar los daños sufridos por terceros, la administración opta en veces por el segundo, por creerlo posiblemente inferior que lo primero.

Hoy —continúa el recurrente— con los grandes progresos de técnica es fácil prevenir los daños que pueda causar una obra pública y en el caso de autos el Municipio no lo hizo sino que obró sin precaución alguna, como si ejecutara las obras en terreno propio y como si fuera también propio el en que arrojó una carga de desperdicios que convirtió en inservible el fundo de don Joaquín Restrepo.

"Por no haber apreciado el Tribunal los testimonios citados atrás, por no haber tenido en cuenta el informe del Municipio y por no haber tenido en cuenta, comprobado como está que el Municipio construyó la nueva conducción de redes y la vía para el personal cometió errores de hecho evidentes que lo llevaron a la violación de los artículos 607, 723 del Código Judicial que no tuvo en cuenta y 1.604, inciso 3; 2.314 a 43 y 1.494 del Código Civil. Del dictamen de los peritos sólo resultan simples inferencias, cuyo valor es inferior a lo depuesto por los testigos que dicen haber visto deslizamientos".

SE CONSIDERA

El recurrente en casación alega culpa extracontractual o aquiliana en este cargo, culpa que, dice, no fue declarada por el Tribunal, con el objeto de condenar al pago de perjuicios; en el fondo este cargo coincide con el anterior; y, aunque se citan otras disposiciones fuera de las relacionadas con la culpa aquiliana, como son el artículo 1.494 del Código Civil y el 1.604 de allí mismo, la argumentación total para sustentar el cargo incide sobre este tópico.

Podría, por lo tanto, rechazarse directamente esta acusación por cuanto no prosperó el cargo segundo, pero considera la Corte necesario agregar algo más a lo que allí se dice, por cuanto la base del cargo segundo, aunque tendiente a definir culpa aquiliana, se montó sobre supuestos errores de hecho en la apreciación de determinadas pruebas.

El recurrente afirma que hubo descuido o negligencia culpable de parte del Municipio en la construcción, lo que dio lugar a los deslizamientos o desmoronos cuya indemnización persigue, según aparece de lo manifestado en la petición b) de la demanda, pero ocurre que conforme al dictamen de peritos, calificados de conocedores en estas materias, no hubo deslizamientos ni desmoronos, luego la acción falla por su base.

Según esos mismos peritos, lo que ocurrió fue que se arrojaron piedras y tierra en terreno eriazo del señor Restrepo al construir y perfeccionar la banca del nuevo acueducto, en reemplazo del antiguo, por la misma faja de terreno, lo que es muy diferente a los desmoronos o deslizamientos que se producen por una mala construcción, luego la sentencia no desvirtúa las peticiones de la demanda, ni el Tribunal podía fallar sobre lo que no fue demandado. Esto sin contar con la renuncia que hizo el señor Vicente Restrepo, en la escritura 1.124, tantas veces citada, a cobrar perjuicios por daños que se le causaran en su finca (es decir en la parte de ella cuya propiedad conservó al vender la faja para el acueducto del Mu-

nicipio de Medellín), por los trabajos de construcción del nuevo acueducto.

No prospera el cargo.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 1º de octubre de 1957 en el juicio ordinario seguido por Joaquín Restrepo contra el Municipio de Medellín.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alfredo Cuck Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA ACCION PARA OBTENER LA DECLARACION DE NULIDAD DE LA COMPRAVENTA DE DERECHOS DE MENORES, POR FALTA DE LICENCIA JUDICIAL PARA VENDERLOS, ES PERSONAL Y EXCLUSIVA DE LOS MENORES, POR TRATARSE DE UNA NULIDAD RELATIVA ESTABLECIDA EN SU BENEFICIO.—OBJETO ILICITO EN UNA ENAJENACION

1.—Las nulidades tanto absoluta como relativa, son fenómenos jurídicos que responden ambas a conceptos distintos en el campo de las relaciones jurídico contractuales, como distintas son sus consecuencias o efectos civilmente hablando.

Porque si las primeras, consagradas como se hallan, en interés general de la moral y de la ley, pueden y deben ser declaradas de oficio por el Juez, según lo prescribe el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, pudiendo aquéllas sanearse como lo prescribe la norma citada cuando no son generadas de objeto o causa ilícitos. Las segundas en cambio, que son en el fondo una facultad temporal otorgada a favor de determinadas personas para destruir los efectos de un acto o contrato afectado de vicio subsanable, no pueden ser materia de declaración judicial, sino a petición de parte o del Ministerio Público, como lo enseña en su ordenamiento el artículo 1.743 del Código Civil, pudiendo ellas sanearse como expresamente allí se predica por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes.

La circunstancia de no haberse cumplido con la ritualidad de la autorización judicial al enajenar derechos de menores, no configura la nulidad absoluta, sino que tal omisión únicamente generaría la nulidad relativa, que como medida establecida para proteger los intereses patrimoniales de los menores, no podía ser alegada sino por éstos, pero en ningún caso correspondía tomar la iniciativa de ella al vendedor pues es principio universal que nadie puede alegar su propia culpa.

La acción para obtener la declaración de nulidad de la compraventa de derechos de menores por falta de licencia judicial para venderlos, es personal y exclusiva de los menores, por tratarse de una nulidad relativa establecida en su beneficio. Habiendo sido creadas esta clase de acciones en beneficio de determinadas personas, es obvio, que si son promovidas por quienes no tienen interés jurídico en la litis, no pueden proceder por falta de legitimación en el proceso que constituye uno de los presupuestos para el fallo de fondo.

2.—No puede hablarse de objeto ilícito en una enajenación, sino cuando ella ha versado, como taxtivamente lo prescribe el artículo 1.521 del Código Civil, sobre cosas que no están en el comercio o sobre derechos intransferibles a otra persona, o sobre cosas embargadas por decreto judicial, o sobre especies cuya propiedad se litiga, salvo que en estos dos últimos casos el Juez autorice la enajenación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Heriberto Rosero por medio de apoderado demandó a Miguel A. Rosero y Concepción Rosero E. de Arteaga para que previos los trámites del juicio civil ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

PRIMERA.—Que es absolutamente nulo el contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 247 de 8 de marzo de 1947, de la Notaría Primera del Circuito de Pasto, por medio de la cual Heriberto, María de Jesús Díaz de Rosero, Enrique Rosero, Isabel, Carlos E. y Luz Angélica Rosero vendieron a Miguel Angel Rosero la finca cuyos linderos y ubicación se hallan mencionados en el respectivo libelo.

SEGUNDA.—Que Concepción Rosero E. de Arteaga debe restituir el citado inmueble a la comunidad constituida por Heriberto, Enrique, Isa-

bel, Carlos E., Luz Angélica Rosero y María de Jesús Díaz de Rosero.

TERCERA.—Que con citación y audiencia de Francisco Achicanoy y Rutila de Achicanoy se ordene la cancelación de la escritura pública número 247 de 8 de marzo de 1947, demandada como nula, la cancelación de su registro y la cancelación del instrumento público número 1.401 de 28 de octubre de 1948, por medio del cual Miguel Angel Rosero vendió a Concepción E. Rosero de Arteaga el inmueble a que se ha hecho referencia y la cancelación del instrumento público por el cual Concepción E. Rosero de Arteaga hipotecó el inmueble indicado, a favor de los nombrados Achicanoy corresponde al número 2.042 de 2 de diciembre de 1950.

Subsidiariamente se demandó la resolución del contrato de compraventa de que trata la escritura pública número 247 de 8 de marzo de 1947, por falta de pago.

Afirmó el actor para fundar su acción varios hechos que pueden resumirse así:

a) Por escritura pública número 247 de 8 de marzo de 1947, de la Notaría Primera de Pasto, los señores Rosero ya nombrados vendieron a Miguel Angel Rosero el inmueble allí relacionado.

b) En la venta antes mencionada se pretermitió la licencia judicial para poder vender los derechos de los menores Luis Antonio y Cecilia Rosero que adquirieron por escritura número 102 de 19 de febrero de 1938 de la Notaría Segunda de Pasto.

c) Dueño Miguel Angel Rosero de la finca referida se la vendió a Concepción Rosero por escritura número 1.401 de 28 de octubre de 1948 de la Notaría Primera de Pasto y ésta a su vez la hipotecó a Francisco y Rutila S. de Achicanoy para garantizar el pago de la suma de $ 5.000.00 moneda corriente.

En derecho fundó su acción el actor en los artículos 1.741, 1.928, 1.929 y demás concordantes del Código Civil.

Admitida la demanda la contestaron los apoderados de Miguel Angel Rosero y Concepción Rosero de Arteaga, oponiéndose a las súplicas impetradas en el libelo, y propuso el representante del primero de los citados las excepciones perentorias de carencia de acción y petición indebida.

Cumplidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, por medio de sentencia de fecha 5 de diciembre de 1956, desató la litis, declarando probada la excepción de petición de un modo indebido y en consecuencia absolvió a los demandados de los cargos formulados en la demanda.

Recurrió en apelación contra la mencionada providencia el apoderado de la parte demandante y el Tribunal Superior de Pasto por medio de sentencia de fecha 22 de mayo de 1957 confirmó la sentencia de primer grado. Contra el fallo del Tribunal interpuso el recurso extraordinario de casación el procurador de la parte demandante. Procede la Corte a resolver el recurso por haberse cumplido todos los trámites señalados por la ley para estos casos.

LA DEMANDA

En la demanda de casación que consta de dos capítulos, se acusa la sentencia por tres motivos que proceden en su orden a estudiarse.

Primer motivo.

"La sentencia recurrida, dice el recurrente, quebranta o viola directamente la ley sustantiva; quebranta o infringe la misma ley por aplicación indebida y por interpretación errónea".

Para sustentar su acusación, argumenta así:

"Conforme al precepto del artículo 1.523 del Código Civil, en todo contrato que la ley prohibe, hay objeto ilícito, es así que las disposiciones transcritas, prohiben enajenar los bienes inmuebles del hijo sin autorización judicial, luego el contrato que contiene la escritura pública número 247 de 8 de marzo de 1947, otorgada en la Notaría Primera de Pasto, es nulo con nulidad absoluta, porque tal venta se hizo en contravención del artículo 303 ya transcrito".

La Corte considera:

La súplica primordial del actor se endereza a obtener una declaración de nulidad absoluta del contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 247 de fecha 8 de marzo de 1947 de la Notaría de Pasto, porque en dicho contrato, dice el recurrente, se pretermitió la formalidad de la licencia judicial para la venta de los derechos que en el inmueble a que se refiere la citada escritura de venta tenían los menores Luis Antonio y Cecilia Rosero.

Las nulidades tanto absoluta como relativa, son fenómenos jurídicos que responden ambas a conceptos distintos en el campo de las relaciones jurídico contractuales, como distintas son sus consecuencias o efectos civilmente hablando.

Porque si las primeras, consagradas como se hallan, en interés general de la moral y de la

ley, pueden y deben ser declaradas de oficio por el Juez, según lo prescribe el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, pudiendo aquéllas sanearse como lo prescribe la norma citada cuando no son generadas de objeto o causa ilícitos. Las segundas en cambio, que son en el fondo una facultad temporal otorgada a favor de determinadas personas para destruir los efectos de un acto o contrato afectado de vicio subsanable, no pueden ser materia de declaración judicial, sino a petición de parte o del Ministerio Público, como lo enseña en su ordenamiento el artículo 1.743 del Código Civil, pudiendo ellas sanearse como expresamente allí se predica por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes.

Mas en el caso de autos, confundiendo el actor del juicio las nociones de nulidad, ha demandado la absoluta que según él, afecta el contrato de compraventa recogido en la escritura número 247 de 8 de marzo de 1947 de la Notaría Primera del Circuito de Pasto, haciendo incidir dicha nulidad en el hecho de no haberse obtenido licencia judicial para enajenar los derechos de los menores Luis Antonio y Cecilia Rosero de la finca que fue materia del contrato.

La circunstancia de no haberse cumplido con la ritualidad de la autorización judicial mencionada, no configura la nulidad demandada, como lo dijeron acertadamente los jueces de fondo en las motivaciones de sus fallos, sino que tal omisión únicamente generaría la nulidad relativa, que como medida establecida para proteger los intereses patrimoniales de los menores, no podía ser alegada sino por éstos.

Pero dice el recurrente: El fallo violó el artículo 303 del Código Civil que prohibe enajenar o hipotecar bienes raíces de menores sin autorización judicial. Ciertamente tal cosa consigna el citado artículo, pero ello no quiere decir que el padre de un menor se halla absolutamente incapacitado para enajenar o gravar los inmuebles pertenecientes a sus hijos menores de edad.

Agrega el recurrente:

"Si el artículo 303 del Código Civil prohibe el vender bienes raíces del hijo menor ,y el artículo 1.523 de la misma obra, preceptúa que esos contratos prohibitivos, son ilícitos, es porque el objeto es ilícito, desde que se burla el mandato legal que está extendido no sólo en interés de una persona menor sino del de la sociedad de que forma parte, y además, protege los propios bienes del menor, que son el objeto de su derecho, y desde luego los de la sociedad, de la cual forman parte".

No puede hablarse de objeto ilícito en una enajenación, sino cuando ella ha versado, como taxativamente lo prescribe el artículo 1.521 del Código Civil, sobre cosas que no están en el comercio, o sobre derechos intransferibles a otra persona, o sobre cosas embargadas por decreto judicial, o sobre especies cuya propiedad se litiga, salvo que en estos dos últimos casos el Juez autorice la enajenación.

Tampoco encuentra la Corte aceptable la tesis del recurrente, de que el contrato está viciado de nulidad por haberse efectuado en contravención a lo que disponen las leyes, lo cual, según él, afecte el derecho público de la Nación.

Cae por su base la argumentación del recurrente, si se considera que en el contrato referido no hay cláusula alguna que vaya contra expresa prohibición de la ley. En lo relativo a los derechos de los menores, allí aparece expresamente estipulado que Heriberto Rosero, en su carácter de padre de sus menores hijos Luis Antonio y Cecilia Rosero, se obligó para con el comprador, Miguel Rosero, a que los citados menores ratificarían la venta, dejándose al propio tiempo constancia en la escritura, por parte del comprador, que los vendedores ya habían "presentado la solicitud correspondiente ante el poder judicial sobre licencia para legalizar la venta". Así las cosas, se trata, como es obvio, de un contrato que quedó subordinado a la ratificación de los menores nombrados, para la validez de la enajenación de los derechos a ellos pertenecientes. Mas, para normalizar aquella relación contractual, otro sería el medio adecuado para hacerlo, pero en ningún caso la acción de nulidad intentada es la conducente, ni menos aún, correspondía tomar la iniciativa de ella el vendedor pues es principio universal de derecho que nadie puede alegar su propia culpa.

Finalmente, dice el recurrente que el sentenciador incidió en violación de la norma sustantiva al desconocer la personería de Heriberto Rosero, quien como causahabiente de su hijo menor Luis Antonio ejerció por medio de este juicio la acción que dicho menor tenía derecho a promover. A este respecto la Corte considera:

El actor del juicio en su libelo de demanda pide que como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta se ordene restituir el inmueble a que dicho contrato se refiere a la comunidad formada por Heriberto, Enrique, Isabel, Carlos E., Luz Angélica Rosero y María de Jesús Díaz de Rosero. Como se ve, el demandante no pidió la restitución para el menor cuyos derechos dice representar, sino para una comunidad de perso-

nas cuyo interés jurídico en la litis no fue acreditado en el proceso. Al respecto dice el sentenciador en la motivación de su fallo:

"La comunidad formada por el demandante y María de Jesús Díaz de Rosero, Enrique, Isabel, Carlos, Luz Angélica Rosero no tiene acción para obtener la declaración de nulidad de la compraventa por falta de licencia judicial para vender los derechos en el inmueble pertenecientes a los menores Luis Antonio y Cecilia Rosero. La acción es personal y exclusiva de estos menores, por tratarse de una nulidad relativa establecida en su beneficio".

De acuerdo está la Corte con la consideración expuesta por el fallador en el párrafo anteriormente transcrito, porque evidentemente habiendo sido creadas esta clase de acciones en beneficio de determinadas personas, es obvio, que si son promovidas como en el caso de autos, por quienes no tienen interés jurídico en la litis, no pueden proceder por falta de legitimación en el proceso que constituye uno de los presupuestos para el fallo de fondo. En otras palabras, la nulidad alegada y la forma como aquélla fue demandada, enervaron o destruyeron perentoriamente la acción iniciada, y fue por ello que el Juez de primera instancia, cuya providencia de fondo confirmó el Tribunal, declaró probada la excepción de petición de un modo indebido, la cual, aun cuando no hubiese sido propuesta por la parte demandada al descorrer el traslado de la demanda, habría tenido que declararla probada el juzgador en cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 344 del Código Judicial. No hubo, pues, infracción de normas sustentivas citadas por el recurrente.

Por las consideraciones expuestas, es improcedente el cargo.

Segundo motivo.

Se acusa la sentencia por violación de la ley sustantiva por falta de apreciación de la prueba del proceso y apreciación errónea de la misma.

Para fundar su acusación dice así el recurrente:

"Es incuestionable el hecho de que dejó el sentenciador de apreciar, porque no tuvo tiempo, o no quiso hacerlo, la partida de defunción del menor Luis Antonio Romero, las partidas de matrimonio de sus padres, Heriberto Rosero y Jesús Díaz, la de nacimiento de Luz Angélica, Cecilia Dolores y Luis Antonio Rosero y la de defunción de Luis Antonio Rosero, expedida esta última por el Notario Primero de Pasto".

La Corte considera:

Las partidas de estado civil a que alude el recurrente, no inciden en el fallo, porque aun suponiendo que Heriberto Rosero hubiese acreditado en la forma prescrita por la ley, —cosa que no hizo—, su calidad de heredero del menor Luis Antonio Rosero, tal circunstancia no habría modificado las conclusiones a que llegaron los jueces de fondo. Ya se dijo anteriormente, que ni la acción de nulidad absoluta era la conducente en el caso de autos, ni la forma como aquélla fue enderezada daban margen para despachar favorablemente las súplicas de la demanda. No existe, en consecuencia, infracción alguna de las normas sustantivas citadas en el cargo que se examina, el cual carece de todo fundamento jurídico, y por ello se rechaza.

Tercer motivo.

Siendo este cargo una repetición del anteriormente formulado, por las razones allí expuestas, se rechaza.

En el segundo capítulo de su demanda el recurrente, por medio de una exposición que es un resumen de las alegaciones de instancia, ataca la providencia del Tribunal, por no haberse fallado favorablemente las peticiones subsidiarias del libelo.

La Corte considera:

Las súplicas subsidiarias son del siguiente tenor:

"Como remedio subsidiario, pido al señor Juez que con citación y audiencia de los mismos demandados y del señor Miguel Angel Rosero, cuyas notas civiles se indicó anteriormente, en la sentencia definitiva se declare subsidiariamente resuelto el contrato de venta de que trata la escritura 247 de 8 de marzo de 1947, otorgada en la Notaría Primera de Pasto, por falta de pago total del precio del inmueble; y además, se decrete las peticiones 'segunda' y siguientes de la demanda principal".

En el contrato cuya resolución judicial se solicita, consta que el comprador entregó el precio estipulado con la sola excepción de dos mil pesos, cuyo pago se efectuaría el día en que los citados menores hijos de Heriberto Rosero ratificasen la escritura de venta en cuestión. Siendo ello así, es obvio, que quienes podrían accionar procesalmente para obtener la resolución del contrato por falta del pago total del precio, serían los mencionados menores, siempre y cuando que éstos hubiesen ratificado la venta, pero en manera alguna una comunidad quien como se ha dicho, carece de ca-

pacidad procesal como carece de tal capacidad para pedir la nulidad de la escritura número 2.042 de 2 de diciembre de 1950 —que no se adujo a los autos— y por medio de la cual Concepción E. Rosero de Arteaga, constituyó a favor de los señores Francisco Achicanoy y Rutila de Achicanoy un gravamen hipotecario sobre la finca a la cual se ha hecho mención anteriormente.

Por lo demás, resultaría reñido con la lógica jurídica que no habiendo prosperado las peticiones principales de la demanda por falta de personería de la parte demandante, fueron a proceder las solictadas subsidiariamente subsistiendo el defecto procesal anotado.

Por las razones expuestas, se rechaza el cargo.

RESOLUCION:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de mayo de mil novecientos cincuena y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario seguido por Heriberto Rosero contra Miguel Angel Rosero y otra. No hay costas.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón —José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

SIEMPRE QUE SE INVOQUE LA CAUSAL 2ª DE CASACION, ES NECESARIO QUE EL ACTOR REALICE UN COMPLETO EXAMEN LOGICO-JURIDICO SOBRE LAS PRUEBAS QUE EL FALLO CONDENATORIO ESTIMA EFICACES PARA DEMOSTRAR LA RESPONSABILIDAD. — LA ERRADA INTERPRETACION O APRECIACION DE LOS HECHOS DEBE SURGIR CLARA DE UN EXAMEN CRITICO DE LAS PRUEBAS. — SI EL TRIBUNAL APRECIO JURIDICAMENTE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA FIGURA BASICA DEL DELITO DE ESTAFA, DEDUCIDOS DE PRUEBAS DIRECTAS E INDICIOS CONCORDANTES, LA CORTE NO PUEDE DESTRUIR SU CONVICCION ATENDIENDO A PRUEBAS EXTEMPORANEAS, QUE, POR TAL VICIO, SERIA IMPOSIBLE CONSIDERARLAS. — ESTAFA PRESUNTA

1.—Siempre que se invoque la causal segunda de casación, es necesario que el actor realice un completo examen lógico-jurídico sobre las pruebas que el fallo condenatorio estima eficaces para demostrar la responsabilidad. De manera que las afirmaciones y conceptos propios de alegatos de instancia, no se compadecen con la naturaleza de aquella causal, que se orienta a destruir la persuasión que el Tribunal se formó mediante el estudio de los elementos probatorios. La errada interpretación o apreciación de los hechos debe surgir clara de un examen crítico de las pruebas. Trátase —como lo ha dicho la Corte reiteradamente— de un juicio sobre la sentencia, para destruir sus bases probatorias; conduce a la absolución del procesado por haberse establecido que las pruebas no cumplen la eficacia exigida para dictar sentencia condenatoria. Con razón anota el expositor Jorge A. Clariá Olmedo que "la apreciación de los hechos por el Tribunal de casación, ha de ser meticulosamente practicada, sobre todo en materia penal, para no transformar la institución en una verdadera segunda instancia o en una casación impropia". Pero esta apreciación de los hechos, para negarles el valor primitivamente asignado por el Tribunal de instancia, requiere aportes técnicos: que el actor, fuera de invocar la causal segunda, demuestre que las pruebas fueron mal apreciadas en la sentencia impugnada; fijarse en considerarse aquéllas que modificaban o destruían la responsabilidad; se les atribuyó un valor del cual carecen lógica y jurídicamente. Y esto indica que el actor debe elegir, no el sistema de los comentarios o críticas, sino realizar un estudio metódico y completo de las pruebas, con este fin de dinámica jurídica: destruir la persuasión equivocada que se formó el Tribunal; en otras palabras, conseguir la invalidación de la sentencia, lo cual comporta la absolución del procesado.

2.— Si el Tribunal apreció jurídicamente los elementos que integran la figura básica del delito de estafa, deducidos de pruebas directas e indicios concordantes, la Corte no puede destruir su convicción atendiendo a pruebas extemporáneas, que, por tal vicio, sería imposible considerarlas; de otra parte, tampoco servirían para desvirtuar aquéllas que apreció la sentencia como fundamentales para declarar la responsabilidad, cuidadosamente examinadas.

3.—El artículo 411 del Código Penal consagra una estafa puramente presunta, pues, a diferencia del 408, no existen en aquella figura los artificios o engaños que generan el error en la víctima, su perjuicio por los actos de disposición y, por ende, el aprovechamiento ilícito que reporta al autor de la infracción, elementos propios de la estafa en estricto sentido. La ley presume que el consentimiento hállase viciado por el error,

producto de la debilidad mental, la inexperiencia, las graves necesidades económicas, las pasiones. De aquí que el artículo 411 hable del provecho ilícito abusando de aquellas circunstancias especiales de inferioridad, entendidas como causas que vician el consentimiento; mejor, los actos jurídicos realizados exhiben una declaración de voluntad gravemente afectada, inducida mediante el abuso de **situaciones inferiores, claramente determinadas en la disposición penal. "Si se realizare el perjuicio", elemento configurante de la figura básica de estafa, el hecho tiene la misma sanción en ambas disposiciones.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, dos de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Benjamín Iragorri Díez).

VISTOS:

Por el procedimiento especial del Decreto 0014 de 1955, correspondió al Tribunal Superior de Medellín dictar sentenciar condenatoria, referente al delito "De la estafa", contra MANUEL ANTONIO DIAZ ZAPATA. Le impone cuatro años de prisión y multa de mil pesos ($ 1.000.00). Su fecha es de 28 de agosto de 1957. Ha sido impugnada en casación por el representante del procesado, quien fundó la demanda.

Cumplidos los trámites pertinentes, recibido el concepto del señor Procurador Segundo Delegado, cumple a la Corte resolver el recurso, previa presentación de los hechos, cuyo examen se impone en atención a una de las causales alegadas, tendiente a invalidar la sentencia (2ª).

ANTECEDENTES

Manuel Antonio Díaz Zapata, conocido con el apodo de "El Brujo', condenado en 1939 a cinco meses de reclusión por hurto, después, por estafas (tres), violencia carnal, falsedad, robo, caucionado a excitación de los vecinos de Manrique (Antioquia) como elemento antisocial, en cuyo poder se encontraron curiosas oraciones, "Secretos sacados de las Ciencias Ocultas", "Para enamorar", "Atraer a un ausente", "Para ser feliz con la esposa", amén de cartas inmorales, instrucciones, etc.,etc., fue enjuiciado por estafa en perjuicio patrimonial de la señora Betsabé Valenzuela de Saldarriaga y del legitimario de ésta, que ejecutó mediante el empleo de distintos géneros de brujería. En efecto, a fines de 1952, Manuel Antonio presentóse a la casa de aquella sencilla mujer, en Medellín; prometióle, con poderes ocultos, curarla de una asma crónica mediante el pago de trescientos pesos. Primeramente le entregó cien, a cambio de un purgante; continuaron los "tratamientos" propios del brujo, y éste logró completar, con sus peligrosas artes e intervención de Margarita García, novecientos pesos. En la persistencia de sus medios para llevar a error, empleando intimidaciones muy claras (amenazas con espíritus; que el hijo de Betsabé moriría si ésta no pagaba tres mil pesos), logró realizar un perjuicio económico, que la ofendida expone así: "Fue tanto lo que insistió que entonces no tuve más remedio que hipotecar mi casita en tres mil pesos a favor de ese sujeto, con el fin de impedir que me fuera a matar a mi hijo de nombre Pedro Luis Saldarriaga. En esta forma me despojó de mi casa, pues él vive en ella con su familia..... Esa casita se la había alquilado yo a una señora Sofía Hernández y después resultó Díaz viviendo en ella sin saber yo qué negocio hizo con ella". Por último, expone los nombres de otras personas que fueron víctimas de estafas, realizadas por Díaz Zapata. Son estas: Virginia Londoño y Bernarda Herrera de Moreno, perjudicandas, respectivamente, en cuatro mil pesos y quinientos pesos.

La sentencia condenatoria hace mérito de los siguientes elementos probatorios:

a)—Maruja García señala a Díaz Zapata como la persona que en la población de San Jerónimo —Antioquia— se sustrajo el dinero proveniente de limosnas para el "Señor de los Milagros", hecho que generó la detención provisional de aquel sujeto. Luego exhíbelo en Bello, ejerciendo el oficio de curandero, mediante la invocación de espíritus y distintos medios engañosos, que, en forma clara, presentan el despliegue de recursos para llevar al error a gentes sencillas. Dice: "Con esto sí me vine a convencer del todo de los poderes mágicos de Manuel". Y a fé que así ocurrió, pues García, mediante hipoteca, entregó a Díaz seiscientos pesos, para curarla del maleficio. Con voz bronca, encerrado en una habitación, solicitóle más dinero para completar la curación. Expone muy objetivamente los ritos y funciones empleados por Díaz Zapata para "curar" a la declarante, lo mismo que a María Roldán.

b)—Con la anterior presentación de los medios engañosos y supercherías, el fallo pasa a examinar la defraudación que sufrió Betsabé Valen-

zuela de Saldarriaga, antes relatada. Gradúa las incriminaciones de la denuncia, la diligencia de careo entre aquella señora y el procesado, en donde, enfáticamente, sostiene los cargos originales expuestos en las circunstancias de tiempo ,modo y lugar; explica su vencimiento psicológico ante las distintas maniobras y coacciones de Díaz Zapata, revelando los medios empleados por éste, incluyendo el grave temor a la muerte, todo lo cual, la llevó a la entrega de su patrimonio en provecho del brujo. Especialmente se destaca esta maniobra: "Me sugestionaron de tal manera (Díaz Zapata y Margarita García, su auxiliar) que yo les cogí el miedo más horrible, hasta el extremo de darles lo que ellos me pedían.... Fue tanto lo que insistió (el procesado) que entonces no tuve más remedio que hipotecar mi casita a tres mil pesos en favor de ese sujeto, con el fin de impedir que me fuera a matar a mi hijo de nombre Pedro Luis Saldarriaga.... Como yo soy muy ignorante..... me llevó a la Notaría Cuarta en donde se hizo la escritura y yo le firmé pero no sé que le firmé ya que ni recibí ni un solo centavo ni nada".

c)—Acerca de los medios empleados por Díaz Zapata, se exponen éstos: sentar a la ofendida, con los ojos cubiertos, sobre un taburete; encender pólvora a sus piés, hacer manipulaciones sobre la cara; llamar a los espíritus para que deliberasen; diálogo con éstos; anuncio de víboras; hechos que, como lo dice Betsabé, le producían verdadero pánico.

d) Tanto la perjudicada como otras mujeres aterradas por el procesado, "tuvieron que declarar falsamente en otro negocio de que se informa en este expediente". "Yo —expresa— tenía que decir lo que Dora Restrepo dijera ante el Juez o el abogado en Bello yo no sé como se llama ese señor ... La que primero fue a declarar fue Mercedes Restrepo. Después fue Dora y con ella yo, a decir que ese señor le había comprado según cuentas una casa, pues a mí no me dijeron qué era lo que les había comprado ni Dora tampoco fue informada. Este señor me dijo que debía decir que yo había visto que él les había dado a las Meneses billetes de veinte, de diez y de cinco, que creía que por allí de unos cuatro mil a cinco mil pesos en la Notaría Cuarta, cosa que no presencié yo, pues fuí obligada por este señor y por "espíritus" para que dijera eso..... porque si no lo hacía me mataban mi muchacho". Y tras de explicar los pronósticos de muerte,dice: "Por temor y nada más que por temor declaré hechos que no me constaban y lo mismo le pasó a Dora porque ella misma me lo dijo".

e)—Sofía Aguirre, compañera de Betsabé (trabajaban en la misma casa), expone cómo ésta refiriéle detalles sobre el "tratamiento" que le seguía Díaz Zapata, quien también la intimidó advirtiéndole que una mujer la odiaba con intención de matarla o hacerle maleficio. Expone hechos muy precisos en relación con las actividades del brujo. Concretamente: presenció la permanente coacción psíquica que Díaz Zapata empleó sobre Betsabé, diciéndole que su hijo moriría. Para evitar semejante hecho, debía darle mil quinientos pesos; los espíritus le reintegrarían el dinero; la ignorante mujer accedió y, de esta suerte, engañada, hipotecó los derechos que tenía sobre una casa; la escritura se firmó el mismo día en que Díaz Zapata anunciaba moriría el hijo de Betsabé.

f)—Para el Tribunal, no existe una "confabulación delictuosa" llevada a término por la ofendida y las declarantes perjudicadas por el procesado. Lo expone —de ello hay pruebas— como un delincuente profesional en atentados contra la propiedad; habituado en buscar y encontrar testigos falsos para cohonestar sus acciones ilícitas (presenta ejemplos). A María E. Roldán la atemorizó el procesado para que declarara ser cierto que éste entregó a las señoras Meneses cinco mil pesos provenientes de un negocio; empero, después vínose a descubrir que la declarante obró en presencia de insuperable coacción, dada su ignorancia; díjole que, si no declaraba en esa forma, mataría a uno de sus hijos. Y así se explica el testimonio de la señora Roldán, quien aparece también como víctima de Díaz Zapata; le quitó, con engaños, quinientos pesos; fue portadora de pócimas para vencer el espíritu de gentes sencillas, cartas intimidantes, gravemente amenazada si no procedía conforme a instrucciones prolixas.

h)—Lo que el Tribunal designa como "capacidad moral para el delito" —capítulo especial del fallo recurrido— es la tendencia persistente y demostrada en Díaz Zapata para cometer estafas y otros atentados contra la propiedad. Aquellas ofrecen los mismos medios: manifestar a sus víctimas la capacidad para curarlas cuando están "enyerbadas" o sufren de maleficios, pues posee la "máquina de San Cipriano", y, para entrar a ésta, se necesitan quinientos pesos; en cuanto al dinero para los tratamientos médicos, no ingresa al patrimonio de Díaz Zapata, pues se destina al Cristo de Zaragoza. Así logró quitarle ochocientos pesos a Lastenia Zapata. También se presentan otros medios de intimidación, como cartas a mujeres ingenuas, anunciándoles desgracias si no

proceden a traspasarle los bienes raíces. Y estos medios delictuosos se hacían más hábiles por los consejos de mujeres que se encargaban de ponderar ante amigas los poderes ocultos del brujo, amén de la conveniencia de acceder a sus excitaciones para que le entregasen dinero. Testigos hábiles señalan los nombres de las víctimas, modo de las estafas y lugares en que fueron cometidas.

i)—Obran en el proceso cartas, obrillas y oraciones encontradas en poder de Díaz Zapata como elocuente material para considerarlo profesional en artes de brujería. De las primeras se infiere que el procesado se valía de mujeres incultas para consumar sus estafas. Tal es el caso de Maruja García.

j).—Con sindéresis anota el Tribunal: "Es imposible concebir que personas sometidas en lugares y épocas diferentes a tantos engaños y atentados contra la propiedad se confabularan para acusar con tánta vehemencia a un sér inocente. Nadie ha demostrado la relajación moral de los quejantes, ni la amistad íntima entre ellos, o la vinculación que pudiera existir para guiarlos por tortuosos y criminales caminos". Delio Sarria, indignado por las estafas que Díaz Zapata causó a su familia, y, especialmente, por haber poseído carnalmente a una de sus hermanas, no oculta este hecho: "Un día estuve buscándolo (a Díaz Zapata) para asesinarlo lo que afortunadamente no ocurrió por que él se perdió.....".

k)—A virtud de escritura pública número 1002 de 5 de febrero de 1954, María Hortensia Londoño de D., es decir, esposa del procesado, adquirió por compra a Betsabé Valenzuela, una casa de tapias y tejas, en el paraje de Aguas Frías. La escritura obra en copia a folios 115 vuelto, cuaderno 1º y los certificados de registro al folio 13. Manuel Antonio Díaz Zapata presentó ante el Notario Cuarto del Circuito de Medellín, para su protocolización, documento "que contiene un recibo por cuatro mil quinientos pesos..... valor de unos derechos comprados por María Hortensia Londoño de Díaz". Betsabé Valenzuela de Saldarriaga declara haber recibido de María Hortensia Londoño de Díaz la suma designada, que corresponde a la venta de la casa de aquélla, o sea el patrimonio materia de la estafa que juzgó el Tribunal (folios 25, cuaderno 1º), mediante las pruebas que antes se presentaron.

l).—La sentencia parte de estos presupuestos: demostración de la prueba que exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal; tiene vigencia el artículo 408 del Código Penal; la sanción allí indicada se elevó al doble, en su mínimo, por el Decreto Ley 2.184 de 1951, que equivaldría a dos años de prisión; empero, esta pena no puede aplicarse, "debido a la personalidad peligrosa..... y a la existencia de circunstancias de mayor peligrosidad, tales como haber incurrido (Díaz Zapata) en infracciones delictuosas y contravenciones de policía. Finalmente, se trata de un delito continuado, o sea de los que tienen las modalidades del artículo 32 del Código Penal, pues fuera de la casa, la Valenzuela tuvo que darle varias cantidades de dinero".

LA DEMANDA

El actor invoca las causales primera y segunda de casación; mas como ésta implicaría la absolución del reo, su presentación tiene prevalencia sobre aquélla.

Errada interpretación o apreciación de los hechos.—Considera el actor que la sentencia atribuyó a los hechos "acreditados en el informativo", un valor probatorio que no tienen, "y negando el valor probatorio a los que sí lo tienen, y por no haber tenido en cuenta pruebas que ese hallan acreditadas en el informativo....."

Los cargos pueden resumirse así:

PRIMERO.—En la escritura número 1002 de 5 de febrero, otorgada en la Notaría Cuarta de Medellín, aparece que Betsabé Valenzuela de Saldarriaga vendió a María Hortensia de Díaz una casa por valor de cinco mil pesos. Si en tal acto no figura como adquiriente comprador Manuel Díaz Zapata, es errado entenderla elemento constitutivo del cuerpo del delito de estafa. De manera que, "por una errada interpretación del hecho que consta en la escritura se procesó (a Díaz Zapata) y en sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín se le condenó como responsable del delito de estafa, aplicando el artículo 408 del Código Penal que fue indebidamente aducido y violado por el Tribunal". Y este error, débese a "la primacía y prelación que..... le dio a las afirmaciones de la denunciada (sic) y de sus compañeras de la campaña acusatoria que desarrollaron contra Díaz, de que éste las sometía a torturas psíquicas invocando los espíritus como si fueran niños que por su deficiente desarrollo intelectual son susceptibles de asustarse con estos cuentos que en este siglo carecen de eficacia intimidativa". No obstante, el Tribunal asignó mérito probatorio a las afirmaciones de aquellas mujeres que declararon contra su patrocinado; con este errado criterio, lo señaló como único beneficiado económicamente por el delito,

sin parar mientes en las personas que figuran como vendedora y compradora del inmueble. La Díaz —dice el actor— adquirió con justo título el dominio sobre la casa. El criterio de los Magistrados ha sufrido una perturbación, generada "por la profunda impresión que les produjo en su ánimo las terroríficas escenas de los espíritus que con frases patéticas relataban esas mujeres". "Se sentían atraídas a Díaz, no por sus artes de magia y brujería sino por el hilo invisible del amor...".

SEGUNDO.—La denuncia presentada por la señora Valenzuela contra Díaz Zapata, al afirmar que éste "le quitó" novecientos pesos, indica el concepto de violencia, arrebatar, robar, tomar algo contra la voluntad. Empero, la ofendida manifiesta que dicha suma la entregó en diversas partidas. "De manera que no hubo violencia para arrebatarle o despojarla, o robarle esta suma de dinero. Existe contradicción evidente entre la denuncia y la ampliación, pues en esta diligencia se habla de dos mil pesos ($ 2.000.00) (folios 93) como cuantía de la estafa.. Y como no existen otros elementos probatorios para determinar "la entrega que del dinero hiciera la señora Valenzuela a Díaz", "es falsa la aseveración formulada por esta señora de que Díaz le estafara las cantidades que aparecen en sus contradictorias declaraciones".

TERCERO.—La Valenzuela denunció a Díaz Zapata tres años después de haber firmado aquélla la escritura en favor de la mujer del procesado; por tanto, es cierto lo afirmado por éste, o sea que cuando la Valenzuela conoció el hecho de valorización del inmueble, presentó la tardía denuncia; tal es el móvil de su actuación: "no el temor a los maleficios ni a los espíritus"; además, según certificado del doctor Humberto Carrasquilla, Díaz Zapata posee un ínfimo grado de ilustración.

CUARTO.—La ofendida, al igual que otras mujeres declarantes, "de vida no muy honesta", se confabularon para acusar a Díaz Zapata; sus exposiciones "son de sospechosa identidad" en cuanto a los medios empleados por este sujeto. Primero acudieron a la casa de un sacerdote católico, después, a las oficinas del detectivismo; de esta suerte, acordaron previamente los relatos expuestos ante el Funcionario Instructor. Agrega el recurrente que las declarantes "tuvieron relaciones sexuales con Díaz e iban a su casa espontáneamente. No existe prueba de testigo idóneo acerca de las "tétricas escenas" del procesado, destinadas a estafar. Solamente los celos de las acusadoras, revelados en historietas cuando se reunían, pueden explicar el afán de perjudicar a Díaz Zapata, a quien la Valenzuela visitaba con frecuencia, en su casa y lugares de detención (cárceles de Medellín y Bello). Luégo presenta este hecho relevante: la Valenzuela (folios 197. Declaración rendida ante el Inspector de Policía de Bello, que obra en copia), buscó en 1953 a Díaz Zapata y entraron en negociaciones para que éste actuara como agente comisionista para vender la casa de aquélla, lo cual ocurrió por intervención de Mercedes Restrepo, en Bello, cerca a la Notaría. Reconoció que Díaz Zapata es hombre honorable, comisionista, quien hizo la venta de su casa. Dice el actor que, no obstante haber sido reconocida dentro del informativo aquella declaración por la Valenzuela, después manifiesta que es falsa, pues obró "coaccionada nuevamente por los espíritus", "Confiesa que dió una declaración falsa y se retracta mediante la tendenciosa sugerencia del Inspector..... de Policía en Medellín asesorada por el famoso Secretario Jorge Restrepo Ochoa que fue acusado por violación de la reserva del sumario y por coaccionar a los testigos que declararon en favor de Díaz. Pero esta retractación no es válida ante la ley porque debe hacerse en el mismo informativo en que se rindió de conformidad con el artículo 195 del Código Penal"....." La Valenzuela dijo que conoció a las Restrepo en casa de Díaz y en esta declaración afirma que..... Dora y Mercedes, fueron quienes le indicaron el nombre de Manuel Antonio Díaz como el comisionista que podía venderle su casa y que no lo conoció sino en la Notaría de Bello cuando las Restrepos le dijeron que ese señor que estaba con los billetes en la mano era Díaz. Y en la ampliación del denuncio afirma que conoció a Díaz por intermedio de una mujer cuyo apellido ignora". Concluye que la Valenzuela ha incurrido en falso testimonio; ha debido ordenarse investigar tal delito contra aquélla.

QUINTO.—El Tribunal sentenciador acogió las afirmaciones de la denunciante, sin parar mientes en las graves discrepancias y contradicciones que se observan. "Parece extraño que la sentencia dé crédito al dicho de un testigo que afirma que su declaración es falsa, es decir, que se ha configurado el delito de falso testimonio....." No tuvo en cuenta que la señora Valenzuela con el señuelo de los espíritus, se prosentó a conversar

con Díaz en la cárcel de Medellín y viajar a Bello para rendir la declaración". Un hombre inculto como éste, en la cárcel, no podía ejercer los poderes "casi sobrenaturales que le reconoce el Tribunal". La Valenzuela estaba en capacidad de eludir las influencias peligrosas del procesado; no ha debido visitarlo en la cárcel y luégo viajar a Bello'. Estima el impugnante que, "por el intenso amor" de la Valenzuela hacia Díaz, rindió la declaración favorable.

SEXTO.— La Valenzuela conocía "los trucos" empleados por Díaz Zapata (vendarla, quemar pólvora, víboras etc. etc.). Siendo esto así, no es posible que el Tribunal asigne a esos medios la capacidad de infundir grave temor en el ánimo, en una palabra, eficacia para configurar la estafa induciendo a error. Gritos, pánico, son una pura farsa de la Valenzuela para encubrir el odio que profesa a Díaz Zapata.

SEPTIMO.— El doctor Humberto Carrasquilla Restrepo, Magistrado del Tribunal de Medellín, certifica tuvo conocimiento de un negocio entre Díaz Zapata y Betsabé Valenzuela, pues se lo consultaron cuando ejercía la abogacía en Medellín. Referíase a un inmueble de aquella mujer; se anotaron deficiencias en los títulos; elaboró una minuta para la escritura correspondiente Betsabé le habló de problemas referidos a herederos de su esposo fallecido; díjole que daría por recibido el precio del contrato. Luégo el doctor Armando Uribe Arcila dice haber conocido a Díaz Zapata como comisionista, propietario de una cantina; que, con Betsabé Valenzuela, se presentó a su oficina solicitando conceptos sobre el permiso judicial para vender bienes de un hijo menor de aquélla (folios 86); el juicio se inició, pero quedó en suspenso, pues los interesados no le suministraron los nombres de testigos y determinadas pruebas que son necesarias en esta clase de juicios". Después de seis meses, Betsabé se presentó a su oficina para decirle que Díaz, mediante "embrujos y llamadas de espíritus y cosas de novela la había engañado y le había hecho hacer traspaso de una propiedad", preguntándole qué podía hacer al respecto. El abogado le respondió que si estaba segura de sus afirmaciones, denunciara a Díaz Zapata; agrególe que no era posible en este siglo creer en cuentos de esa laya, propios para intimidar a los niños. No obstante estos antecedentes, Betsabé negó ante Díaz Zapata lo sucedido en la oficina del doctor Uribe Arcila; dijo que sólo aquél había concurrido; por último, "los espíritus" le indicaron la conveniencia de su segunda entrevista con el citado profesional.

El anterior testimonio, de alta importancia, no ha sido considerado por el Tribunal, como tampoco los rendidos por Luis Carrasquilla, Gabriel Escobar, Eduardo Calderón Cárdenas, Guillermina Quirós Hernández, Juan Bautista Posada, Guillermo Carrasquilla Restrepo, quienes presentan a Díaz Zapata como hombre honorable, buen esposo, comisionista en bienes raíces. Algunos dicen que es afable, de trato delicado y poca ilustración. Posada fue su vecino, por tanto, puede afirmar que es hombre honrado y trabajador. Por último, Jaime Quintero dice que, hallándose detenido, Jorge Restrepo Ochoa, Secretario de una oficina de investigación, "le exigió rindiera una declaración contra Díaz Zapata".

"Estas declaraciones fueron recibidas en el Juzgado Tercero Penal del Circuito y allegadas al expediente ya precluído el ciclo probatorio, pero ha de tenerse en cuenta que.... no podían solicitarse dentro del informativo porque en ellas se formulan graves cargos contra el Secretario de la Inspección del Departamento, Jorge Ochoa Restrepo y que dentro del angustioso término de prueba señalado por el Decreto 0014 de 1955, y careciendo de defensor, Díaz luchando contra la enconada parcialidad del Secretario y contra las mujeres que aspiraban a "hundirlo en la cárcel", se vio en la necesidad de firmar los memoriales solicitando la práctica de pruebas, sin que hubiera una persona que activara el diligenciamiento, las probanzas llegaban tardíamente al proceso". Considera el actor que, producidas después de vencida la etapa probatoria, deben tenerse en cuenta "cuando son favorables al procesado y existen en el expediente otras pruebas que corroboran las producidas extemporáneamente, como acontece en este caso.

* * *

Con los anteriores planteamientos, preténdese impugnar la sentencia por errada interpretación de los hechos acreditados en el proceso y desconocimiento de aquellas pruebas que establecen la irresponsabilidad o inocencia de Díaz Zapata, (causal 2ª) cuyos fundamentos se imponía presentar, dada su dinámica, destinada a destruir la presunción que el Tribunal de Medellín se formó sobre la existencia de un delito continuado de estafa, para concluir que, contra aquel sujeto,

no existe la prueba exigida para dictar sentencia condenatoria (artículo 203 C. P. P.).

* * *

La causal 1ª se funda en los hechos siguientes:

"El Tribunal señaló como violada y aplicable al caso la norma que consigna el artículo 408 del C. P.".

El actor sostiene que no existen artificios o engaños por parte del procesado contra Betsabé de Valenzuela; que no se aprovechó del delito, toda vez que la escritura de marras se firmó por aquélla y Hortensia Londoño, legítima adquiriente del inmueble. Dice lo siguiente:

"En ninguno de estos instrumentos públicos aparece como contratante el procesado Manuel Antonio Díaz Zapata. De manera que es temerario afirmar que Díaz obtuvo provecho alguno ilícito de las operaciones que se afirma fueron efectuadas por medio de "artificios y engaños", como lo expresa la sentencia acusada, aplicando erróneamente el artículo 408 del Código Penal. En el supuesto caso de que se hubiera configurado el ilícito de estafa, la disposición aplicable sería otra en que se conjugue la solidaria responsabilidad de quienes puedan considerarse como partícipes en la ejecución el (sic) incriminatorio". La Londoño dice que la casa le pertenece; no figura su esposo, "porque le gusta el trago" y puede dilapidar el patrimonio; la escritura pública es prueba perfecta para demostrar aquel derecho, y, por ende, el ningún provecho de Díaz Zapata. Después de razonar sobre tesis propias para fundar la causal segunda —examen de las pruebas— (que la vendedora declaró haber recibido el precio —lo que hace plena prueba entre las personas que suscribieron la escritura, según el artículo 1.759 del Código Civil),— estima el actor que Díaz Zapata debió ser condenado conforme al artículo 411 del Código Penal, "en el caso de que hubiere ejecutado el acto delictuoso". Y no es obstáculo para casar la sentencia por este aspecto —continúa— la falta del auto de proceder, suprimido por el Decreto 0014. Después, insiste en que no obra la prueba para condenar; es decir, ataca el grado de convicción del Tribunal, antitécnico planteamiento para presentar un problema de puro derecho: que aquella Corporación aplicó erróneamente el artículo 408 del Código Penal, en lugar del 411 ibídem.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

En 33 páginas, el ponderado y jurídico estudio fiscal se orienta a desvirtuar los cargos de la demanda, examinados por su orden lógico y jurídico. De tan meritorio aporte para resolver el recurso, désea la Corte presentar una síntesis adecuada.

La denuncia presentada por Betsabé Valenzuela de Saldarriaga, comprende los detalles de modo, tiempo y lugar, que sirvieron para una rigurosa investigación; revela ésta los artificios y engaños empleados por Díaz Zapata para llevar al error a sus víctimas y obtener que le entregaran dinero o le diesen en venta algún bien, quedando afectado el contrato por vicios del consentimiento o por carencia de los requisitos al manifestarse la voluntad, como ocurrió en el caso de aquella mujer: aparece vendiendo su casa, sin ser esa la intención o voluntad de la vendedora, mediante hábiles maniobras, continuas amenazas contra la Valenzuela y su hijo. Tal la génesis del dinero que ella le entregó, de la venta que realizó en favor de la esposa del procesado, a quien se hace figurar en la escritura como adquiriente del inmueble.

Se estudian por el señor Procurador los cargos, en este orden:

a).—"La escritura número 1002 de 5 de febrero de 1954 sirvió solamente para orientar la investigación y hacer resaltar el engaño perpetrado a la vendedora presunta y a vez denunciante. En efecto: si ella firmó dicho instrumento, lo hizo coaccionada moralmente por las amenazas, artificios y engaños por parte de Díaz para obtener el provecho ilícito del traspaso de dicha casa.... a favor de la señora de Díaz, quien como cónyuge de éste figuraba como compradora, sin que en realidad correspondiera a esa situación, ni por la entrega del precio convenido, que no llegó a operarse aunque se hubiera hecho figurar así en la escritura, ni por la determinación libre de la voluntad de la vendedora, que de este modo daba su consentimiento afectado por un vicio, íntimamente ligado a las actividades de Díaz establecidas en el proceso para lograr el objetivo de un provecho ilícito con perjuicio de la señora Valenzuela, inducida a error mediante esos artificios y engaños....". En las condiciones dichas, que la sentencia estudia, la escritura no puede establecer "una prueba inobjetable de la calidad de tercero de buena fé para Díaz, como cónyuge de la compradora". Anota el señor Procurador que existe una perfecta vinculación entre las ac-

tividades del procesado y las de su esposa, en orden a tal venta, que constituye grave indicio en contra de Díaz Zapata; negarle fuerza acusatoria sería destruir la eficacia de otros hechos, también indiciarios, aptos para demostrar la responsabilidad de aquel sujeto.

b).—La sentencia recurrida hace completo análisis de los medios que empleó Díaz Zapata para estafar a la señora Valenzuela; similares desplegó contra otras víctimas que deponen acerca de las actividades delictuosas de aquél. Correctamente apreciados los hechos por el Tribunal, surge, en opinión del señor Procurador, la ineptitud del cargo que se hace contra la decisión condenatoria, con afirmaciones, sin presentar una sola prueba que destruya la eficacia de las tenidas en cuenta, directas e indirectas, que demuestran plenamente la responsabilidad del procesado, por la existencia de los elementos esenciales y configurantes del delito de estafa sobre el patrimonio de la señora Valenzuela.

c).—Díaz Zapata exhibe otros atentados contra el ajeno patrimonio, con la misma mecánica empleada en el caso de estudio; por tanto, la demanda fórmase deleznable al negar hechos demostrados, restar mérito a la denuncia, objetar la cuantía de la estafa, que se realizó por entregas parciales de dinero que la Valenzuela hizo al procesado y mediante la venta del inmueble a la mujer de ésta. Las contradicciones de la víctima encuentran plena explicación en los razonamientos del Tribunal. Nada valé la crítica sobre el hecho tardío de la denuncia, considerando el temor despertado en la Valenzuela por las amenazas del procesado. No es posible aceptar que las declaraciones tienen sospechosa identidad y fueron previamente preparadas, pues las declarantes hacen afirmaciones contra Díaz Zapata, espontáneas, sencillas, que, naturalmente, debían coincidir dada la sistematización de los medios empleados por el procesado: anuncio de espíritus, pócimas, manipulaciones, etc., que tenían idoneidad suficiente para conseguir dinero de víctimas ignorantes. Y cuando el actor afirma que aquellas mujeres tuvieron relaciones sexuales con Díaz Zapata, ello puede entenderse que entraban en el número de maquinaciones empleadas por el procesado para engañar a sus víctimas. La coincidencia en cuanto a detalles, no resta fuerza a las exposiciones rendidas bajo juramento, con cargos concretos. No se ha demostrado la ineficacia de los testimonios, ni la carencia de condiciones para rendirlos. Con afirmaciones del demandante no puede desconocerse la fuerza de la prueba de testigos. Es inaceptable el móvil de los celos en las declarantes, por la sola enunciación del demandante, pues las víctimas de Díaz Zapata dejan ver ignorancia, credulidad y estado de grave temor por las amenazas de muerte.

d).—La sentencia estudia el valor probatorio de los testimonios, las aparentes contradicciones de la denunciante, cuya causa psíquica radica en el temor ante las coacciones de Díaz Zapata. El ardid, suficientemente habilidoso, consiguió llevarla a engaño, como también a las contradicciones. "La coacción empleada..... en contra de la señora Valenzuela es uno de los puntos con mayor respaldo procesal, como lo demuestra la argumentación y los hechos y pruebas aducidos en el fallo". La demanda "se detiene simplemente en consideraciones basadas en la imposibilidad de dejarse intimidar la denunciante, ante el hecho de que Díaz estuviera en la cárcel". No obstante, la coacción obraba desde allí; además, por ese entonces ya la Valenzuela había entregado su dinero al procesado y estaba cumplido el acto de enajenación de la casa.

e).—"La retractación a que hace referencia la demanda, y su ineficacia por no haberse hecho dentro del mismo informativo, conforme el artículo 193 del Código Penal, cobra sin embargo todo su valor indiciario cuando se relaciona tal hecho con otros suficientemente establecidos en el proceso, sin que sea indispensable atribuirle exactamente el alcance que persigue en lo dispuesto en el artículo citado, máxime cuando el Tribunal no lo toma en ese sentido que le atribuye la demanda". Si la señora Valenzuela hubiese incurrido en falso testimonio, esto no le restaría alto mérito probatorio a los graves indicios que formaron la convicción del Tribunal de Medellín sobre la responsabilidad de Díaz Zapata.

f).—No es suficiente la afirmación de que la señora Valenzuela tenía conocimiento de los engaños y "trucos" del procesado; mejor, que no creía en ellos. Ninguna prueba demuestra esas afirmaciones; el juzgador debe atender a los hechos que aparecen acreditados en el proceso; así procedió el Tribunal de instancia. De manera que los medios empleados por Díaz Zapata deben entenderse claramente engañosos, capaces de engendrar error.

g).—Se detiene el señor Procurador a refutar la demanda en cuanto dice que el fallo condenatorio no estimó los testimonios que abonan los buenos antecedentes del procesado, presentan su oficio de comisionista, las consultas que hizo a dos abogados de Medellín sobre el negocio con la Va-

lenzuela, etc. El cargo tiene esta acertada réplica: "..... el mismo libelo reconoce que fueron (tales testimonios) presentados fuera del término probatorio, razón fundamental para no ser tenidos en cuenta, sin que sea dable admitir que en materia penal no tengan toda la importancia y rigidez los términos probatorios, pues, para esto los ha establecido el procedimiento, para que se cumplan, porque es una garantía para las partes, atenerse a la fijeza y cumplimiento de los mismos, con lo cual se garantizan los derechos de los los procesados y se atiende al normal desarrollo de los asuntos.—Por último, si pudiesen apreciarse, no alcanzarían a modificar el grado de convicción racional que se formó el Tribunal".

Concluye el señor Procurador que la causal segunda invocada no puede prosperar; carece de la plena demostración de los cargos y motivos para llevar a la conclusión de que los hechos y pruebas fueron erróneamente interpretados en el fallo impugnado; la interpretación que éste hace de tales hechos y pruebas, se presume jurídica mientras no se establezca lo contrario.

* * *

En cuanto a la causal primera, el distinguido colaborador de la Corte, presenta esta tesis central:

"Al examinar el cargo principal de violación de la ley penal por indebida aplicación del artículo 408 del Código Penal en cambio del artículo 411 ibidem, se obtiene ante todo una flagrante contradicción en relación con los motivos aducidos para demostrarlo, como quiera que desde que se insiste como fundamento esencial en que se celebró un acto ilícito y que Díaz es un tercero de buena fé, y, al mismo tiempo se acepta la posibilidad de haber infringido la norma contenida en la segunda de las disposiciones citadas, mal puede hablarse de acto ilícito ni de tercero que no tuviera vinculación alguna con tales actividades delictuosas, puestas de manifiesto como presupuestos de una de las especies clasificadas del delito de estafa, que, en esencia, consiste en engañar a otra persona para obtener un provecho ilícito valiéndose de medios engañosos o artificios con dicho objeto. El que el acto jurídico que ejecute la víctima sea capaz de producir efectos jurídicos que le perjudiquen, significa simplemente que se añade una modalidad no contemplada en la infracción genérica de la estafa definida en el artículo 408 del Código Penal".

Luégo pasa a examinar los elementos constitutivos de la estafa, que el proceso demuestra por hechos debidamente acreditados con pruebas directas o indicios; éstos, especialmente, son los medios con que pueden llegar a establecerse aquéllos, dadas las modalidades del delito, que generalmente escapan a la prueba directa. Por último, expone la Procuraduría las reiteradas doctrinas que ha sostenido en relación con la estafa, y otras de la Corte, armónicas con aquéllas.

EXAMEN DEL RECURSO

Siempre que se invoque la causal segunda de casación, es necesario que el actor realice un completo examen lógico-jurídico sobre las pruebas que el fallo condenatorio estima eficaces para demostrar la responsabilidad. De manera que las afirmaciones y enunciados propios de alegatos de instancia, no se compadecen con la naturaleza de aquella causal, que se orienta a destruir la persuasión que el Tribunal se formó mediante el estudio de los elementos probatorios. La errada interpretación o apreciación de los hechos debe surgir clara de un examen crítico de las pruebas. Tratáse —como lo ha dicho la Corte reiteradamente— de un juicio sobre la sentencia, para destruir sus bases probatorias; conduce a la absolución del procesado por haberse establecido que las pruebas no cumplen la eficacia exigida para dictar sentencia condenatoria. Con razón anota el expositor Jorge A. Claria Olmedo que "la apreciación de los hechos por el Tribunal de casación, ha de ser meticulosamente practicada, sobre todo en materia penal, para no transformar la institución en una verdadera segunda instancia o en una casación impropia". Pero esta apreciación de los hechos, para negarles el valor primitivamente asignado por el Tribunal de instancia, requiere aportes técnicos: que el actor, fuera de invocar la causal segunda, demuestre que las pruebas fueron mal apreciadas en la sentencia impugnada; dejaron de considerarse aquéllas que modificaban o destruían la responsabilidad; se les atribuyó un valor del cual carecen lógica y jurídicamente. Y esto indica que el actor debe elegir, no el sistema de los comentarios o críticas, sino realizar un estudio metódico y completo de las pruebas, con este fin de dinámica jurídica: destruir la persuasión equivocada que se formó el Tribunal; en otras palabras, conseguir la invalidación de la sentencia, lo cual comporta la absolución del procesado.

Se estudiará en seguida si la demanda cumple los anteriores aspectos en lo referente a la causal segunda.

Afirma el actor que la escritura pública número 1002 de 5 de febrero de 1954, mediante la cual Betsabé Valenzuela de Saldarriaga vendió a María Hortensia Londoño de Díaz —esposa del procesado— una casa, sita en Medellín, por cinco mil pesos ($ 5.000.00), ha sido interpretada como hecho en contra de Manuel Antonio Díaz Zapata, pues éste no figura en tal instrumento público para nada, o sea, no es adquirente del inmueble. Ello quiere significar que el Tribunal, por atender a las afirmaciones de la denunciante Valenzuela y de otras declarantes, entendió que los engaños, maquinaciones, invocación de espíritus, coacciones etc., relatadas al principio de esta providencia, culminaron en la estafa por medio de tal enajenación. Dice el recurrente:

"Pero el Tribunal le dio un gran valor probatorio a estas afirmaciones, que consideró como primordiales en la jerarquía probatoria, y con ese errado criterio señaló a Díaz como usufructuario ilícito del delito y el único que había obtenido beneficio de la transacción, sin detenerse en apreciar juiciosa y jurídicamente la escritura y el contrato que ella contiene, para concluir lógica y rectamente que la beneficiaria es la señora de Díaz, por haber adquirido con justo título el derecho de dominio sobre la casa, con todos los atributos que la ley señala al derecho de propiedad, entre los cuales figura como primordial el usufructo de la finca". Y agrega que los señores Magistrados sufrieron perturbación "ocasionada por la profunda impresión que les produjo en su ánimo las terroríficas escenas de los espíritus que con frases patéticas relataban esas mujeres se (sic) sentían atraídas a Díaz no por sus artes de magia y brujería, sino por el hilo invisible del amor que las ató a Díaz, según propia confesión de ellas de que tuvieron relaciones amorosas con el procesado".

Se responde:

El Tribunal apreció la existencia de un delito continuado de estafa, que perjudicó el patrimonio de Betsabé Valenzuela de Saldarriaga. Al efecto consideró: la exposición de aquella mujer, que presenta a Díaz Zapata, en distintos momentos, ofreciéndole curarla mediante órdenes de los espíritus, pócimas, despliegue de sistemas terroríficos etc.; así logró apropiarse más de novecientos pesos ($ 900.00); posteriormente, la amenazó con la muerte de su hijo, si no le daba tres mil pesos ($ 3.000.00); que los espíritus ordenaban: dispusiera de sus bienes para evitar tamaño mal. Todos estos hechos son relatados con elocuentes detalles, en modo sencillo, que excluye el ánimo torticero y revela la inferioridad mental de la Valenzuela.

Una serie de indicios, —que no provienen de Maritornes confabuladas—, todos graves, precisos y concordantes, apreció el Tribunal para establecer que Díaz Zapata es autor responsable de estafa en forma continuada. Se exponen:

Sofía Aguirre habla de que trabajaba con Betsabé Valenzuela en la misma casa; conocía "los tratamientos" que el procesado realizaba sobre su amiga; fue portadora de remedios que le enviaba aquél y del dinero dado en pago; conoció el estado mental de la víctima, dominada por el miedo permanente, producido por las amenazas, ora directas, ora indirectas, de Díaz Zapata; revela la acción persistente, clara e intimidante de este sujeto.

Y como los elementos materiales proclaman el oficio, a Díaz Zapata se le encontraron oraciones, obrillas, cartas, que dejan ver con elocuencia su labor de brujo, urdidor de cosas terroríficas para explotarlas entre gentes incultas y miedosas. Precisamente sobre estos oficios y artes de estafa declaran sus víctimas como Maruja García, Lastenia Zapata y Delio Sierra, sin que se haya podido demostrar que sus exposiciones son fruto de un acuerdo previo para perjudicar a Díaz Zapata. Su examen, hecho por el Tribunal y prohijado por la Corte, convence de las actividades inmorales, con tendencia profesionalista a la estafa, de Díaz Zapata. Y para abundar en los antecedentes, el fallo presenta un completo curriculum vitae del procesado: reo de hurto; tres estafas; violencia carnal; falsedad; canciones por antisocial.

Es inane el argumento de que Díaz Zapata no se ha beneficiado con "la compra" que su esposa hizo a Betsabé Valenzuela. En primer lugar, por una serie de artificios y engaños, suficientemente analizados en la decisión condenatoria, se consiguió un consentimiento viciado por el fraude o engaño. ¿Que los medios no eran eficaces? Basta leer la exposición de la Valenzuela; para apreciar su estado de ignorancia, el vencimiento psicológico ante las constantes amenazas de Díaz Zapata. Así firmó una escritura, sin saber si tratábase de venta o hipoteca. Dice: "Como yo soy muy ignorante, ese sujeto me llevó a al Notaría Cuarta en donde se hizo la escritura y yo le firmé pero no sé qué le firméya que ni recibí ni un centavo ni nada...".

Pero Díaz Zapata, causa eficiente de tal negocio por engaños y coacciones, está casado con Hortensia Londoño, "la compradora"; vale decir

que el inmueble, adquirido durante el matrimonio, es del haber de la sociedad conyugal que el procesado formó con esta mujer, (artículo 1.781, Código Civil, numeral 5º). Luego el ilícito provecho lo recibe el procesado Díaz Zapata, quien compareció a la Notaría para registrar el "recibo" del precio por parte de la Valenzuela. De manera que la demanda es desacertada cuando pretende eliminar la utilidad ilícita de uno de los beneficiados por la adquisición del inmueble, de cuyos frutos también se benefició.

Anota el doctor Pedro Pacheco Osorio (Derecho Penal Especial. Delitos contra la Propiedad. Obra en vía de publicidad):

"Los elementos que integran la figura básica del delito de estafa, según nuestra disposión legal, son los siguientes: 1º—El empleo de artificios o engaños; 2º—La inducción a error; 3º—El perjuicio, y 4º—El provecho ilícito. Estos elementos del delito deben guardar entre sí un riguroso orden lógico y pudiera decirse que hasta cronológico. Lo primero que debe presentarse es el empleo de los artificios o engaños; como consecuencia de ello, el sujeto pasivo debe caer en error, y a causa de este error tomar la determinación patrimonial, de la cual se derivan el provecho ilícito y el perjuicio correlativo".

Artificios, engaños, maniobras hábiles, coacciones, caracterizan la acción continuada de Díaz Zapata contra la Valenzuela; así logra inducirla a error; que ha de curarse del asma, y después, debe salvar la vida de su hijo, amenazada por espíritus malignos; por esta vía, promesas y temores, llega al error llevada con todo género de habilidades; así entrega el dinero al estafador, en varios contados; luégo firma la escritura de venta de su casa y recibe un perjuicio evidente, que, como es obvio, reporta el provecho ilícito al autor del delito.

Si el Tribunal apreció jurídicamente los elementos anteriores de la estafa, deducidos de pruebas directas o indicios concordantes, la Corte no puede destruir su convicción atendiendo a pruebas extemporáneas que, por tal vicio, sería imposible considerarlas; de otra parte, tampoco servirían para desvirtuar aquéllas que apreció la sentencia como fundamentales para declarar la responsabilidad, cuidadosamente examinadas. Mención especial merece el capítulo "Capacidad moral para el delito", que el Tribunal dedica al examen de la responsabilidad del delincuente, considerados sus antecedentes, género de vida, casi habitualidad en delitos como el que hoy ocupa la atención de la Corte, ejecutados todos mediante un igual desarrollo. Ni vale objetar que las contradicciones de la ofendida eliminan su acusación. No. Se explican, como lo entiende el Tribunal, por la coacción de que era víctima Betsabé. Precisamente, de esos medios intimidantes se valía Díaz Zapata para pretender convertir su proclividad en buena fama. Empero, quienes fueron así vencidas moralmente, pudieron explicar su comportamiento. Así, pues, toda la urdimbre de medios para los delitos, ardid, sistemas para encubrirlos con cartas, declaraciones, revelan claro sistema delictuoso; no pueden considerarse actos ocasionales sino armónicos en la vida de Díaz Zapata, quien también lograba poseer carnalmente a las ignorantes mujeres elegidas como víctimas.

La certeza legal, en este caso, fúndase en eficaces medios de prueba; por tanto, sería arbitrario destruírla sin elementos capaces. La Corte debe respetar el criterio de persuasión racional que se formó el Tribunal sobre la responsabilidad de Díaz Zapata, pues el actor no ha podido destruírlo mediante riguroso examen y crítica de las pruebas, cuya era su misión al elegir la causal segunda, que no prospera por la ineficacia del ataque, propio de un alegato de instancia, como lo anota el señor Procurador.

* * *

La causal primera se presenta como error del Tribunal sentenciador al aplicar a Díaz Zapata el artículo 408 del Código Penal, en vez del 411 ibidem; es decir, se acepta que aquél cometió una estafa consistente en inducir al enfermo, débil mental, inexperto, necesitado, víctima de las pasiones, a que realice un acto capaz de producir efectos jurídicos, aunque el actor calla lo relativo al perjuicio realizado.

SE CONSIDERA:

El artículo 411 del Código Penal consagra una estafa puramente presunta, pues, a diferencia del 408, no existen en aquella figura los artificios o engaños que generan el error en la víctima, su perjuicio por los actos de disposición, y, por ende, el aprovechamiento ilícito que reporta al autor de la infracción, elementos propios de la estafa en estricto sentido. La ley presume que el consentimiento hállase viciado por el error, producto de la debilidad mental, la inexperiencia, las graves necesidades económicas, las pasiones. De aquí que el artículo 411 hable del provecho ilí-

cito abusando de aquellas circunstancias especiales de inferioridad, entendidas como causas que vician el consentimiento; mejor, los actos jurídicos realizados exhiben una declaración de voluntad gravemente afectada, inducida mediante el abuso de situaciones inferiores, claramente determinadas en la disposición penal. "Si se realizare el perjuicio", elemento configurante de la figura básica de estafa, el hecho tiene la misma sanción en ambas disposiciones.

Pero el proceso no demuestra que la señora Valenzuela sea débil mental, víctima de las pasiones, en grave estado de necesidad económica, absolutamente inexperta; que abusando de uno de tales estados inferiores fuera inducida por Díaz Zapata a realizar actos de disposición de bienes, especialmente, al que se refiere la escritura pública número 1002 de 5 de febrero de 1954. El camino criminal se cumplió en forma muy distinta a la insinuada en la demanda. Mediante promesas de curación, artes de magia, invocación de espíritus, manipulaciones, cosas terroríficas, cartas, y luégo graves conecciones amorales —actos realizados en distintos momentos, pero todos reveladores de un mismo designio criminal— Díaz Zapata consiguió estos hechos: que la Valenzuela le entregara, en varias porciones, novecientos pesos ($ 900.00); que después firmara la escritura de enajenación de su casa, en favor de la esposa del procesado.

De manera que el Tribunal, con todo acierto, parte de los medios empleados como engañosos, en forma continua, elocuentemente objetiva, para entender un delito de estafa simple, continuado, cuya definición y castigo aparecen en el artículo 408 del Código Penal. La naturaleza del delito no puede desfigurarse por los actos de la víctima —entregar dinero y después vender la casa—; se proclama de las hábiles maniobras, insidiosas, variadas, que desplegó el procesado, a modo de ardid, para inducir a su víctima al error. La falacia en acción externa —mise en scéne de los franceses— tiene en el caso de Díaz Zapata adecuada demostración.

La demanda incurre —como lo dice el señor Procurador en flagrante contradicción, pues, de una parte, acepta la celebración de contrato lícito —compraventa de la casa— siendo Díaz Zapata un tercero de buena fé—, y de otra, declara que el procesado cometió el hecho previsto en el artículo 411 del Código Penal. Se concluye que el Tribunal no incurrió en aplicación errónea de la ley penal, pues ha considerado un delito continuado de estafa en sus demostrados elementos configurantes. Por tanto, tampoco prospera la causal primera alegada, y la sentencia armoniosa con el precepto penal que regula el justo castigo para Díaz Zapata.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, cuya fecha se indicó al principio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el proceso.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Benjamín Iragorri Díez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León, Secretario.

EXTRADICION SOLICITADA POR EL BRASIL. — LA PRESCRIPCION EN LA LEY BRASILEÑA

Cuando de la solicitud de extradición de un ciudadano, condenado a la pena principal de dos años de reclusión como responsable de apropiación indebida, no aparece que el señor Embajador del país requirente haya acreditado con el documento respectivo que la sentencia condenatoria se encuentra en firme, al que haya sido apelada sólo por el reo, no le es posible a la Corte saber si la punibilidad del delito de apropiación indebida por el cual fue condenado se encuentra o no prescrita de acuerdo con la ley del país que lo requiere, ni tampoco, como consecuencia, conceder la extradición solicitada.

Lo anterior se explica fácilmente, porque si se trata, como en el presente caso, de una solicitud formulada por el representante del Gobierno del Brasil, y se esté en presencia de una prescripción, la extradición no sería procedente, pues el tratado que regula la materia entre Colombia y los Estados Unidos del Brasil, aprobado por nuestra Ley 85 de 1938, dice en su artículo III, que no se concederá "cuando la acción penal o la pena hubieren prescrito ya, según las leyes del Estado requirente o requerido".

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, julio dos de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

El Ministerio de Justicia ha remitido a la Corte la solicitud de extradición del ciudadano portugués Bernardo Francisco Ribeiro, formulada por el señor Embajador de los Estados Unidos del Brasil, para que conceptúe si es el caso de acceder a ella.

En el expediente respectivo figuran estos documentos:

A).— Copia, traducida al castellano, de la sentencia por medio del cual el 23º Juzgado en lo Criminal del país requirente condenó a Ribeiro a la pena principal de dos años de reclusión, el 5 de octubre de 1957, como responsable de apropiación indebida, por hechos ejecutados el 28 de abril de 1954;

B).—Copias, vertidas al mismo idioma, de varias disposiciones del Código Penal brasileño, en las cuales consta: 1º.—Que dicho delito está reprimido por él con "reclusión, de uno a cuatro años" (artículo 168); 2º.—Que la punibilidad se extingue por prescripción, antes de hallarse en firme la sentencia definitiva, "salvo lo dispuesto en el párrafo único del artículo 110", en ocho años para las infracciones sancionadas con pena privativa de la libertad cuyo máximo no pase de cuatro años, y en este último término cuando no sea superior a dos años (artículo 109); 3º.—Que la prescripción, antes de estar en firme la sentencia definitiva, empieza a correr "a partir del día en que el crimen se cometió" (artículo 111) .4º.—Que la prescripción, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, "se calcula en función de la pena impuesta", en los plazos indicados en el numeral 2º.—Lo mismo que después de haberse dictado sentencia condenatoria "de que sólo el reo haya apelado" (artículo 110): 5º.—Cuando existe sentencia condenatoria en firme, la prescripción comienza a contarse desde la fecha en que ella quedó ejecutoriada (artículo 112), y

C).— Concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, según el cual, "existe el tratado de extradición celebrado entre Colombia y Brasil el 28 de diciembre de 1938, vigente en la actualidad entre los dos países", y "es por las normas en él establecidas por las que debe regirse el procedimiento extraditivo".

Para conceptuar se considera:

Como de la documentación presentada por el señor Embajador del país requirente no aparece que la aludida sentencia se encuentre en firme, ni que hubiere sido apelada sólo por el reo, no

es posible saber si la punibilidad del delito de apropiación indebida por el cual fue condenado se encuentra o no prescrita de acuerdo con la ley brasileña, pues, si sucede lo primero, es claro que este fenómeno no se ha producido, por cuanto el término correspondiente (cuatro años) debe empezar a contarse a partir de una fecha posterior al 5 de octubre de 1957, pero si ocurrió lo segundo, es también evidente que dicho plazo se encuentra vencido, por cuanto su iniciación arranca desde el 26 de abril de 1954.

Ahora bien, si se está en presencia de este último supuesto, la extradición no es procedente, pues el tratado que regula la materia entre Colombia y los Estados Unidos del Brasil, aprobado por nuestra Ley 85 de 1939, dice en su artículo III, que no se concederá "cuando la acción penal o la pena hubieren prescrito ya, según las leyes del Estado requirente o requerido".

En virtud de las breves razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, estima que no es el caso de conceder la extradición solicitada, mientras no se esclarezca si la sentencia adjunta en copia se encuentra en firme o si fue apelada sólo por el reo.

Devuélvase el expediente al Ministerio de origen.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—**Gabriel Carreño Mallarino**—**Benjamín Iragorri Díez**—**Luis Eduardo Mejía Jiménez**—Pedro Pacheco Osorio—**Pioquinto León L.**, Secretario.

TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — CAUSALES CUARTA Y PRIMERA. LA PRIMERA EXPERIENCIA CARNAL DE LA MUJER TIENE EL CARACTER DE HECHO TRASCENDENTAL DE DIFICIL O CASI IMPOSIBLE OLVIDO. — ASPECTO NEGATIVO QUE SUELEN TENER LAS DECLARACIONES SOBRE BUENA CONDUCTA DEL PROCESADO. — EL RESULTADO POSITIVO DEL EXAMEN DE GRUPOS SANGUINEOS, NO SIRVE PARA ACREDITAR, POR SI MISMO, QUIEN SEA EL PADRE DE UN NIÑO; PERO SI PERMITE CONOCER, A VECES, CON SEGURIDAD, QUIEN NO LO ES. — EXAMEN DE INDICIOS. — CONFESION. — EN QUE CASOS ES DIVISIBLE

1.—Cuando el demandante se limita a invocar la causal cuarta de casación, esbozando tan sólo los cargos de nulidad, sin que aparezca alegación o razonamiento alguno que sustenga, siquiera superficialmente, los cargos hechos, resulta meridiano, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Corte, que no es el caso de entrar a considerar a fondo los cargos aludidos.

Es uniforme la doctrina según la cual la demanda de casación no es un alegato de instancia, ni los cargos contra las sentencias recurridas se pueden desvanecer con la simple referencia que se haga a otras piezas procesales, por importantes y profundas que se consideren.

Una demanda de casación debe ajustarse a esta difícil técnica, para que imponga siquiera al fallador el deber de entrar en análisis tendiente a verificar la procedencia o improcedencia de los cargos. Mas sería excesivo consagrar un rigorismo técnico tal, que desembocara en un puro formalismo jurídico, lo cual haría excepcional el buen suceso de los recursos de casación y cedería en desmedro de la justicia objetiva. En resumen, el recurso dicho no se estableció en la ley por el recurso mismo, y el fin inmediato de unificar la jurisprudencia nacional, que de suyo tiene, debe dejar campo a la realización de otros fines trascendentes que, sin desvirtuar el primero, conduzcan a que campee la justicia en su plenitud.

2.—Aún en lugares donde existe el amor libre y no ofrecen las mujeres las trabas que la moral, el medio social, las costumbres y nuestras tradiciones imponen a las relaciones entre los sexos, la primera experiencia carnal de la mujer siempre tiene el carácter de hecho trascendental, apto para herir la atención y fijarse en la memoria con el vigor de esas vivencias que graban en el psiquismo una fecha y un momento estelar, como hoy se dice, de difícil o casi imposible olvido.

3.— Las declaraciones sobre buena conducta suelen tener un aspecto negativo: no les consta a los testigos nada malo contra la persona de cuya buen comportamiento juzgan. En cambio, las contrarias sobre mala conducta, se suelen edificar sobre hechos concretos, cuya valoración hace primero el testigo y después la justicia. Por ello, al ponerse en comparación los dos grupos de esta clase de elementos probatorios, suelen ser más convincentes los últimos, llenados, por otra parte, los demás requisitos de una buena prueba testimonial.

4.—Si bien el resultado positivo del examen de grupos sanguíneos NO EXCLUYE LA POSIBILIDAD de que una persona sea el padre de un niño, ello no puede resolverse en la tesis de que tal resultado sea prueba científica de la paternidad de aquélla.

Sin duda que lo científico de la prueba es, tan sólo, su carácter negativo o excluyente. Ella no sirve para acreditar, por sí misma, quién es padre; pero sí permite decir, a veces, con seguridad quién NO LO ES. Y, cuando el resultado es positivo frente a un varón, ello no implica que éste sea el padre; pero sí autoriza a seguir investigando, por otros medios, si el pudo ser que significa la prueba, ha de confundirse con el ser. En resumen, sólo el resultado negativo deja

resuelta la cuestión de la paternidad definitivamente.

El indicio del resultado positivo es, de consiguiente, demasiado general, por sí solo; y su deducción como fuente de certeza, a base de una cita fragmentaria y sin vincularlo adecuadamente a otros datos del proceso, equivale, en concepto de la Sala, a asignar al hecho sobre el que el indicio se sustenta, un "valor probatorio que no tiene".

5.— De acuerdo con la doctrina jurídica la división de la confesión, en materia penal, no puede hacerse sino en el caso de que las calificaciones introducidas estén perfectamente contradichas o desvirtuadas por otros elementos de prueba.

No corresponde al procesado probar las circunstancias que introduzca en su indagatoria como exculpativas de su conducta, o en que desconozca el carácter ilícito de su comportamiento.

Cuando el procesado no acepta en su indagatoria los hechos centrales o jurídicamente significantes, pero sí algunos hechos circunstanciales, no puede hablarse en sentido estricto de una confesión. No obstante si tales hechos meramente circunstanciales se interpretan en sentido amplio, como fragmentos de una confesión, al interpretar el valor de éstos se debe aplicar en su integridad lo dispuesto en el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto resulte pertinente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, once de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Con auto de sobreseimiento definitivo para el procesado Lucio Nacaza calificó este proceso el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz, Distrito Judicial de Pasto, en la oportunidad legal correspondiente. Pero no aceptó el Tribunal Superior del mismo Distrito los puntos de vista del Juez, y desató el recurso de apelación interpuesto, revocando la providencia calificadora y llamando, en su lugar, a juicio, al referido Lucio Nacaza, por el delito de estupro, consistente en haber sometido al acceso carnal a la señorita Inés Arcos Delgado, seduciéndola mediante promesa formal de matrimonio, en las circunstancias de tiempo y lugar consignadas en la misma providencia.

Ejecutoriada esta y agotados los trámites de rigor, el mismo funcionario de primera instancia puso fin a la actuación, absolviendo al procesado Nacaza del cargo de estupro y disponiendo que el fallo se consultara con el Tribunal Superior de Pasto. Este, al revisar tal decisión, mantuvo los puntos de vista sostenidos en la primera oportunidad. Revocó, pues, aquel fallo y condenó al procesado a la pena principal de un año de prisión, fuera de las accesorias correspondientes.

Recurrió en casación el defensor, recurso que esta Sala declaró admisible y que es llegada la oportunidad de resolver.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal hizo, en su vista del 17 de julio de 1956, un análisis muy completo de la demanda, para concluir, como concluye, con que el recurso de casación es improcedente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.—**La presunta nulidad.**

Invoca el recurrente la causal cuarta de casación, sobre la base de que, frente a su criterio, el fallo acusado viola la ley de procedimiento, por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad.

En síntesis las alegaciones al respecto son las siguientes: que la Ley 94 de 1938 atribuyó a los Jueces Superiores de Distrito Judicial y no a los de Circuito el conocimiento de los procesos por el delito de estupro; que el Decreto Extraordinario 3.347 de 1950 (artículo 3º) trasladó dicha competencia a los Juzgados de Circuito; y que el estado de sitio no autoriza al Gobierno para derogar leyes sustantivas en materia penal, por lo cual el Decreto debe tenerse como violador de la Constitución Nacional. Al respecto, cita varias disposiciones, en especial el artículo 22 del referido estatuto político.

Se observa que el demandante se limitó a invocar la causal aludida, esbozando tan sólo los cargos de nulidad mencionado, sin que aparezca alegación o razonamiento alguno que sostenga, siquiera superficialmente, los cargos hechos. Por lo tanto, resulta meridiano, de acuerdo con rei-

terada doctrina de esta Corte, que no es el caso de entrar a considerar a fondo los cargos aludidos.

2.—La violación de la ley penal.

Invoca asimismo el recurrente la causal primera del artículo 567 del estatuto de procedimiento penal, o sea, la que autoriza la casación de los fallos que violan la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Los cargos que pretenden sustentarse con base en la mencionada causal, no pueden acogerse, por dos razones fundamentales: la primera, porque resulta viciado el procedimiento que adopta el recurrente, de prohijar "los argumentos del Juez de instancia y de cada uno de los defensores", para que queden "incorporados en este alegato" y "sean tenidos en cuenta por la Corte, ya que son piezas jurídicas que plantean la cuestión en forma admirable y completa". Es uniforme la doctrina según la cual la demanda de casación no es un alegato de instancia, ni los cargos contra las sentencias recurridas se pueden desvanecer con la simple referencia que se haga a otras piezas procesales, por importantes y profundas que se consideren. La segunda, porque el demandante, aunque se extendió notablemente en consideraciones, análisis y razonamientos, desvió el desarrollo de los cargos hacia exámenes probatorios que no encajan dentro de la causal invocada. El demandante analiza detalladamente, en capítulos separados, los distintos elementos constitutivos del delito lacrimodo, que, según él, son: 1º.—"Acceso carnal con una mujer mayor de catorce años"; 2º.—"Emplear para el acceso carnal maniobras engañosas o supercherías"; 3º.—"Promesa formal de matrimonio"; 4º.—"Engaño suficientemente creíble en la conciencia media de las mujeres del grupo"; y 5º.—"Que la promesa tiene que tener posibilidad de ser cumplida". Todo esto puede ser o no cierto, ya que no es el caso de debatirlo. Pero la realidad es que estos cargos pretende fundamentarlos el recurrente refiriéndolos a la buena o mala calidad de las pruebas allegadas a los autos, o a la apreciación defectuosa que de ellas habría hecho el Tribunal sentenciador. Este procedimiento es ajeno al sistema consagrado por el legislador, para los efectos que se pretenden, pues lo enmarca otra causal de casación expresamente contemplada por la ley, y es la 2ª del texto procesal citado.

Con toda razón, el Ministerio Público hizo la siguiente severa crítica al procedimiento adoptado por el recurrente sobre el particular:

"Toda la argumentación sustantiva versa sobre cada uno de los elementos del cuerpo del delito, vale decir, sobre hechos y pruebas, cuya errada apreciación o interpretación constituye precisamente el objeto de la causal segunda, la cual una vez demostrada suficientemente en algunos de sus aspectos esenciales conduciría a reforzar la sustentación de la causal primera.

"Por esto casi siempre se alega con el carácter de subsidiria y preferencialmente como consecuencia lógica de la comprobación de la causal segunda.

"Planteada pues la demostración desde este punto de vista de la demanda, contiene en su fundamentación cargos y argumentos propios de la causal segunda, que han debido dejarse plenamente establecidos en la sustentación respectiva.

"Y traer en consecuencia esos cargos y motivos en la sustentación de la primera, es sencillamente incurrir en improcedencia manifiesta, sobre lo fundamental de ambas.

"Es incurrir en una especie de petición de principios. Si para demostrar la segunda se acude a una argumentación propia de la primera, se está anticipando mucho de las deducciones que se deben obtener de aquélla; y si para demostrar la primera, se toma base de lo que es propio de la segunda, se incurre en una transgresión de cargos que conduce a involucrar las dos causales".

También cita el señor Procurador, como sustento doctrinal de su concepto, en lo pertinente, el fallo a que se refieren los siguientes apartes:

"Impugnada la sentencia por determinado motivo —causal de casación— las razones en que se apoya tienen que guardar íntima relación con lo pedido. Sería ilógico —por decir lo menos— alegar una causal y fundarla en motivos pertinentes a otra. Cada error de interpretación consignado en la sentencia —expresa Calamdrei— constituye un motivo específico de impugnación. Cuando se alega un determinado vicio de la sentencia se hace valer un derecho nacido de esa condición particular, y la Corte, en casación, no puede invalidar la sentencia por causal diversa a la que se invoca o por motivos distintos a los que debieron respaldarla, porque implicaría una extralimitación de su potestad jurisdiccional dentro del recurso de casación" (Casación de Uriel Ospina. Sentencia de la Corte, de fecha 22 de octubre de 1955).

3.—El reparo subsidiario.

La causal segunda de casación (artículo 567 del del Código de Procedimiento Penal) es alegada por el recurrente, en calidad de subsidiaria. Después de invocarla en forma expresa, entra a desarrollar los cargos que, según él, proceden contra la sentencia acusada, ordenándolos en siete grupos debidamente numerados y haciendo hincapié en que el Tribunal sentenciador atribuyó a las pruebas determinado valor de que carecen, o les negó su valor real, o no las tuvo en cuenta a pesar de que los hechos correlativos se acreditaron en los autos.

De antemano, advierte la Sala que el modo como el recurrente construye las alegaciones para cada caso, no es un modelo de precisión y técnica. No se nota, en el escrito de acusación, un dominio completo del tema, ni el esfuerzo por concatenar, adecuadamente, los distintos elementos que constituyen el acervo de pruebas, de manera que al enfoque aislado de cada elemento probatorio corresponda, al final, una visión de conjunto, cual es la indicada especialmente en tratándose de indicios.

El señor Procurador tiene razón en hacer esta crítica al capítulo cuarto de la demanda. Pero no compartirá totalmente la Sala los puntos de vista de aquel distinguido colaborador, cuando conceptúa que el recurrente no logró demostrar con propiedad los cargos contra la sentencia. Evidentemente, una demanda de casación debe ajustarse a esta difícil técnica, para que imponga siquiera al fallador el deber de entrar en análisis tendientes a verificar la procedencia o improcedencia de los cargos. Mas sería excesivo consagrar un rigorismo técnico tal, que desembocara en un puro formalismo jurídico, lo cual haría excepcional el buen suceso de los recursos de casación y cedería en desmedro de la justicia objetiva. En resumen, el recurso dicho no se estableció en la ley por el recurso mismo, y el fin inmediato de unificar la jurisprudencia nacional, que de suyo tiene, debe dejar campo a la realización de otros fines trascendentes que, sin desvirtuar el primero, conduzcan a que campee la justicia en su plenitud.

Se han llenado, en el caso presente, los requisitos mínimos de la demanda de casación (causal debidamente invocada, alegación y separación metódica de los cargos en paralelismo adecuado con la causal, etc.), por más que ella adolezca de algunos vacíos, omisiones e imprecisiones. Por lo tanto, se procederá, sobre dicha base, al estudio de los cargos respectivos.

Desde ahora advierte la Sala que la sentencia acusada no es tampoco un arquetipo de buen método de exposición. Quizá este defecto haya refluido en la demanda, dificultando, a su vez, la claridad y el orden en el desarrollo de la acusación.

La sentencia parte de la base de la perfecta credibilidad de la presunta ofendida, Inés Arcos Delgado, en una de sus manifestaciones la visible al folio 74 del cuaderno 1o. Estas manifestaciones le producen al Tribunal, según sus propios términos, "impresión íntima de veracidad". Y esta impresión la fundamenta el Tribunal en lo siguiente:

1. En que se ha comprobado, pericialmente, el embarazo de la mujer.

2. En el hecho del nacimiento del hijo, fruto de las presuntas relaciones, con posterioridad a la denuncia.

3. En la existencia de promesas serias y previas de matrimonio, que se desprenden de varias cartas allegadas a los autos.

4. En la afirmación del procesado respecto a sus amoríos con Inés Arcos y a la sinceridad de sus ideales de matrimonio.

5. En que el testigo Leandro Tovar manifiesta que era público y notorio en la población de San José (lugar donde ocurrieron los hechos) que el procesado Nacaza era el autor del embarazo de la misma.

6. En que el testigo Antonio Burbano hace referencia especial a las relaciones eróticas del acusado e Inés Arcos.

7. En que está probada la honestidad anterior de aquella y son sospechosos los declarantes que tratan de ponerla en tela de juicio.

8. En que hay una perfecta relación de causalidad entre el engaño hecho a la víctima y el acto sexual "que es precisamente lo que constituye la infracción de estupro".

9. En que es artificiosa la confesión del procesado, cuando expresa que sus promesas de matrimonio fueron hechas en los comienzos de sus relaciones.

10. En que el dicho del sindicado debe aceptarse en su integridad "pero siempre que no haya en el proceso elementos que lo infirmen en sus aspectos modificativos", ya que "cuando la confesión es calificada, debe aparecer probada procesalmente la circunstancia modificativa presentada por el confesante".

11. En que el nacimiento del hijo de Inés Ar-

cos, el 2 de abril de 1952, "no desvirtúa la afirmación de que la cópula de ésta con Lucio Nacaza se realizó el 30 de julio de 1951, pues al respecto el perito médico doctor Mora España" es claro y terminante.

12. En el hecho de que el examen de los grupos sanguíneos de Lucio Nacaza y su presunto hijo dio resultados positivos, "lo cual, científicamente, constituye un indicio de paternidad".

Como acaba de verse, todo el problema probatorio que suscitan los autos, gira, dentro del método de argumentación del Tribunal, alrededor del testimonio acusador de Inés Arcos Delgado. Siguiendo el método de análisis adoptado en la sentencia, no es que los indicios comprueben el hecho imputado, las características del tipo legal y la responsabilidad del presunto reo: es que tales indicios, graves o no —pues el Tribunal no lo dice— comprueban la veracidad de la presunta ofendida. Y siendo así, ella merece crédito perfecto, quedando convertida en una especie de testigo modelo. De esta suerte, la prueba que sirve de fundamento a las imputaciones, viene a ser una prueba simple o preferentemente testimonial.

En este orden de ideas, la crítica de la prueba debía orientarse a inquirir si la declaración de Inés Arcos es tan privilegiada, que produzca, realmente, "impresión íntima de veracidad" en un campo de persuasión racional y de buen sentido crítico; o si, por el contrario, esta nota de veracidad es defectuosa y nace de una errada apreciación de los hechos circunstanciales sobre que pretende fundarse dicha veracidad.

Primeramente, advierte el demandante que las manifestaciones de la presunta ofendida se han producido en forma "dudosa", respecto al hecho central del ayuntamiento, y así aparecen, en efecto:

En su primera declaración (folios 21 y vuelto, cuaderno 1º), rendida el 24 de octubre de 1.951, Inés Arcos había manifestado:

"..... y sucede que hace cuatro meses me entregué a mi enamorado en la casa y él hizo de mí lo que quiso.... El acceso carnal fue una sola vez, pues yo no he tenido acceso carnal con ninguna otra persona, fue esta la primera vez que he tenido en toda mi vida". (Subrayas de la Sala).

En conformidad con estos datos, es evidente que el ayuntamiento se habría cumplido hacia el 24 de junio de 1951, y no en el mes siguiente, y menos al final.

Sin embargo, en nueva declaración rendida el 21 de noviembre del mismo año (folios 57 a 58, cuaderno citado), Inés Arcos expresó:

"Así pasó el tiempo hasta que un día lunes, a fines del pasado mes de julio, TAL VEZ EL 30, yo me encontraba completamente sola en esta misma casa y como a las seis de la mañana vino Lucio y primeramente me preguntó por mi hermano Luis; después ya me dijo que consintiera hacer uso de mi cuerpo, y así lo hice, movida por la esperanza del matrimonio que tántas veces me había propuesto. El acto lo verificamos en esta sala y por una sola vez....." (Mayúsculas de la Sala).

Resulta, pues, como acaba de verse, que Inés Arcos ni siquiera sabe con certeza, cuando comparece como acusadora ante la justicia, la fecha real o aproximada en que ocurrió una de las experiencias más importantes en la vida de una mujer, máxime si lo es o lo era de vida honesta anterior. Aun en lugares donde existe el amor libre y no padecen las mujeres las trabas que la moral, el medio social, las costumbres y nuestras tradiciones imponen a las relaciones entre los sexos, la primera experiencia carnal de la mujer siempre tiene el carácter de hecho trascendental, apto para herir la atención y fijarse en la memoria con el vigor de esas vivencias que graban en el psiquismo una fecha y un momento estelar, como hoy se dice, de difícil o casi imposible olvido. Por ello mismo, resultan, a primera vista, extrañas las manifestaciones de Inés Arcos, pues no sólo se declara insegura en cuanto a la fecha de su entrega, sino que, entre sus dos manifestaciones, media una diferencia notable en relación con un mismo hecho.

Observaciones semejantes caben respecto a lo dicho por Inés Arcos en la diligencia de careo (folios 74 y siguientes, cuaderno 1º); con la anotación de que, ya en esta oportunidad, sin explicar su cambio de posición temporal, los hechos no los presenta como dudosos, sino que da como segura la fecha del 30 de julio citado.

En resumen, la sola inseguridad o vacilación de Inés Arcos, en cuanto a la fecha de su aventura erótica, abre cauce a la duda de si se trata de un olvido espontáneo nacido de una falta de adecuada introspección, de sus estados afectivos, de ligereza y falta de propiedad en el lenguaje, o bien de si, deliberadamente, por algún interés particular, se abstuvo de ser totalmente verídico.

Ordenadamente, se analizarán ahora los hechos y argumentos que, según el Tribunal sentenciador, respaldan las afirmaciones de la presunta ofendida y la convierten en testigo que brinda a

la justicia serios motivos de credibilidad. Al respecto, se seguirá la misma distribución a que la Sala se refirió atrás:

1 y 2.—El embarazo y el posterior nacimiento.

Al respecto dice el recurrente:

"El hecho de estar probado el embarazo (folios 48 y 59) de Inés Arcos Delgado, y el nacimiento del hijo (folios 161, 166, 241) no da lugar a estimar probado plenamente que el acceso carnal de que habla Inés Arcos Delgado lo hubiera ejecutado LUCIO NACAZA el día y hora predichos, ni que el embarazo de la Arcos Delgado lo causara LUCIO NACAZA. Tales hechos solamente prueban que hubo coito con un hombre y que de ese coito se produjo el embarazo, lo que es aun muy discutible, no es preciso, porque ha podido producirse el embarazo por el coito de otra fecha posterior o anterior al treinta (30) de julio de 1951".

"Luego por errada interpretación y apreciación de esos hechos, el embarazo y el coito, la sentencia les ha atribuído un valor probatorio que no tienen, es decir, no prueba que Lucio Nacaza fuera quien tuvo acceso carnal con la Arcos Delgado el día 30 de julio de 1951, y que de este coito hubiera causado el embarazo de la misma, y por lo mismo que el hijo sea necesariamente de Lucio Nacaza. Erró el Tribunal en forma notoria y protuberante al apreciar este hecho y por lógica se llegó a la conclusión de que el cuerpo del delito de estupro estaba comprobado y que el autor de este estupro fue Lucio Nacaza".

"Este otro aspecto es suficiente para casar la sentencia acusada, es decir que debe prosperar la causal segunda de casación".

Sin perjuicio del enfoque de conjunto que es de exigirse en el análisis de hechos iniciales, puede anotarse:

Si existió el embarazo, confirmado con el nacimiento posterior, es claro que debieron de existir, previamente, relaciones carnales de la madre, ya que, dentro de lo común o normal, la gravidez no se produce en los seres humanos por partenogénesis, ni a causa de inseminación artificial. El embarazo y el parto establecen, por lo tanto, que no mintió Inés Arcos en sus dichos respecto a hallarse en cinta y a sus relaciones sexuales anteriores. Pero de tales hechos no se desprende que hubiera dicho verdad en el señalamiento de la persona que engendró al hijo. En este respecto, el indicio deja de ser vehemente, para tornarse en equívoco, pues da margen a la posibilidad de que haya sido otra persona la autora del embarazo. Posibilidad tanto más próxima, cuanto, como ya se anotó, resulta inexplicable la confusión relativa a la fecha del acceso carnal, y, de otra parte, los autos sugieren tratos más o menos livianos con otras personas, según habrá de verse adelante.

3.—La promesa formal de matrimonio y las cartas.

Bajo el número quinto de su alegación, copia el recurrente los apartes o comentarios del Tribunal, en esta materia de la formalidad de las promesas de matrimonio, y luégo entra a tachar de errónea la argumentación del mismo Tribunal. Para el demandante, no hubo promesa formal de matrimonio, porque ni siquiera está probado que hubiese existido contacto carnal entre Inés Arcos y Lucio Nacaza; y porque, suponiendo que el ayuntamiento hubiese acaecido, no sería fruto de promesas serias, positivas o solemnes.

Sin duda que un buen método de análisis habría separado el hecho de las relaciones carnales y el de su causa eficiente (promesa de matrimonio). Porque no se discute que puede existir acceso carnal sin promesa de matrimonio, y a su vez, promesa de matrimonio sin acceso carnal. Estos dos hechos no figuran debidamente separados en la sentencia, y de esta misma confusión se hace eco el recurrente. Parece que se hubiera tratado de probar las relaciones sexuales, por las promesas de matrimonio, y las promesas de matrimonio, por las relaciones sexuales.

El fundamento principal de la argumentación expuesta en el fallo, radica en un grupo de cartas amatorias presentadas al investigador, y que el acusado no redarguyó de falsas, sino que reconoció expresamente como escritas y enviadas por él a su novia. Sin duda que el hecho constituye un indicio de importancia; pero no debe interpretarse aisladamente, desligándolo de otras ocurrencias a que se refieren los autos. Tales son: a) La cualificación del procesado respecto a la época en que dichas cartas se enviaron; b) La carencia de fechas que se advierte en ellas; y c) La alteración de una de las mismas, expresamente advertida por el acusado y parcialmente confirmada por medio de un dictamen pericial.

El Tribunal dijo en su fallo:

".....y de otra, hay base suficiente para INFERIR la existencia de las promesas serias y previas de matrimonio, según se desprende de las constancias escritas de Nacaza, que a conti-

nuación se copian: 'Te pedí que hagas muchas oraciones por nuestra unión y que seamos felices en nuestros futuros días' (folios 8)..... 'Estimada Inesita en relación con el retrato estoy feliz, pero..... penoso con el hecho de que tú no saliste en la foto, pero pronto lo haremos el día de nuestro matrimonio' (folios 15); lo mismo que de lo expuesto por el propio protagonista en la indagatoria de folios 67: '.....Nuestros amores con Inés duraron aproximadamente unos dos años.... ¿Ud. en alguna ocasión le propuso matrimonio?—Claro que estoy hablando de eso, desde que uno entra en una casa seria, le propuse matrimonio...."

Como se aprecia, el Tribunal puso en relación el hecho de las cartas amatorias y las manifestaciones del procesado al respecto, pero partiendo de la base de la realidad de haber sido dicho procesado el autor del embarazo, o confundiendo, en un mismo examen, los dos hechos procesalmente significantes: el acceso carnal, de una parte, y de la otra, la formalidad de las promesas matrimoniales.

No interesa radicalmente este segundo hecho, si se admite que ni siquiera el primero está acreditado de manera indubitable, conclusión a la cual ha de llegar la Corte. Por eso, se hará hincapié solamente en el estudio de la fuerza probatoria que los hechos anotados por el Tribunal puedan tener en lo referente a la comprobación del acoplamiento carnal.

a) Lo primero que se observa en los razonamientos del fallo sobre el particular, es que tomó los dichos del acusado en forma incompleta y dividiendo prácticamente su confesión, ya que, en sentido lato, así pueden calificarse sus manifestaciones. De acuerdo con la doctrina jurídica, esta división no podía hacerse, sino en el caso de que las cualificaciones introducidas estuvieran perfectamente contradichas o desvirtuadas por otros elementos de prueba. Es lo que no demuestra la sentencia acusada; y, por el contrario, son otras piezas del proceso las que concurren a mantener intactas dichas cualificaciones.

b) En efecto, el procesado niega, en su indagatoria y en el careo con Inés Arcos, el hecho central del acceso carnal; pero admite sus relaciones de noviazgo y la sinceridad de sus propósitos matrimoniales, que lo llevaron a tales relaciones. Pero llama la atención, en el sentido de que esas relaciones fueron de años, de que las promesas se hicieron sólo en sus comienzos y de que lo mismo ocurre con las cartas, es decir, se enviaron al principio de aquellos amoríos. Ahora bien: es una realidad que esas cartas no tienen fecha y que fueron objeto de un dictamen pericial de resultados negativos, pues los peritos concluyeron dictaminando que era imposible determinar la época, siquiera aproximada, en que las cartas habían sido escritas(folios 258, cuaderno 1º).

c) En cuanto a la alteración de una de las cartas, la Sala se remite a la parte final de este fallo.

En conclusión, las cartas allegadas a los autos y las manifestaciones del acusado respecto a la sinceridad de sus propósitos tienen un valor indicial de suyo poderoso, frente a la lógica natural de los sucesos humanos. Pero, en las condiciones anotadas, la indudable fuerza de convicción que tendrían los hechos en cuanto a la probabilidad de ser Lucio Nacaza el autor del embarazo de Inés Arcos pierde mucho de su solidez o eficacia.

4. Queda analizado bajo los apartes anteriores.

5. y 6.—Las declaraciones de Leandro Tovar y Antonio Burbano.

El Tribunal expresa que a las pruebas anteriores, o sea, a las constituidas por las cartas de Nacaza y sus manifestaciones, "se suman" los testimonios aludidos. Por su parte, el demandante rechaza su mérito probatorio, y anota:

"Transcribo tales declaraciones íntegramente, y no parcialmente para probar el error del Tribunal al apreciar esas mismas declaraciones y darles un valor probatorio que no tienen. LEANDRO TOVAR dice al folio 61: '.....Por referencias de varios amigos he sabido que entre Lucio Nacaza e Inés Arcos han tenido amores; PERO NO SE cuánto tiempo hará de comenzados. Solamente una vez los ví conversando a los dos, en el portón de la casa de ella; DE INTIMIDADES, NADA ABSOLUTAMENTE NADA SE. Sólo ahora, por ser voz general, he oído decir que Lucio ha perjudicado a Inés; constarme, nada...'

"Declaración de oídas sobre el hecho de haber perjudicado a Inés pero no se sabe qué clase de perjuicio, pues podría ser simplemente moral por no casarse con ella, ya que de intimidades al testigo nada le consta. Pero si Nacaza no niega que hubiera tenido amores, pero sí niega haber tenido acceso carnal con INES ARCOS el día 30 de julio de 1951, y es más, en ningún momento".

"ANTONIO BURBANO al folio 60 vuelto dice: ".....Me consta de los amores de Lucio

Nacaza con Inés Arcos por concepto de ambos; de los amores le oí decir a Lucio que la quería y me recuerdo de una o dos cartas que le llevé de Lucio a Inés. Del tiempo de estos amores se terminaban y VOLVIAN A SEGUIR NUEVAMENTE. Tal vez hará POR AHI UNOS TRES AÑOS de lo que yo le llevé las cartas de que hablé con Inés y en una ocasión también me recuerdo que le envió un fiambre en vía de regalo, hará unos dos años. Muchas veces Lucio me contaba de los amores que tenían con Inés. Así directamente él no me ha hecho saber de las relaciones carnales con Inés; en forma indirecta me lo hizo saber, pero no recuerdo los términos; de esto hará unos dos años. Yo soy muy amigo de esa familia Arcos, desde niño; yo entro cada vez que tengo alguna necesidad o por conversar con alguien; pero no recuerdo haberle oído decir a Lucio, en palabras dirigidas a Inés sobre el hijo que los dos puedan tener; menos las frases "Inesita: No se preocupe, porque casándonos todo lo arreglaremos y seremos felices con el hijo que vamos a tener", estas EXPRESIONES NO LAS HE OIDO YO. A Inés la conozco como cumplidora de sus obligaciones y muy virtuosa. Inés ha tenido otros novios: FELIX MARIA SALCEDO, ELIECER ORDOÑEZ, AURELIO NARVAEZ, todos de este lugar; por ser amigos de mi confianza, cada uno me contó de los amores que había tenido con Inés. NADA ME CONSTA SOBRE QUIEN SEA EL AUTOR DEL EMBARAZO DE INES. Es cuanto puedo declarar....."

"Esta declaración nunca puede apreciarse en contra de Lucio Nacaza, en el sentido de que habla de las relaciones carnales con Inés Arcos, porque su afirmación es vaga, es imprecisa, y muy al contrario es verídica cuando al final dice: "Nada me consta sobre quién sea el autor del embarazo".

"Tiene de importancia esta declaración de que sí prueba plenamente, porque ese fue el carácter que le dio el Tribunal, de que la ARCOS DELGADO sí tuvo amores con varios hombres, o sea lo que otros testigos y el mismo Nacaza ha sostenido".

"Tiene también un punto de gran valor probatorio que es el de sostener que las relaciones entre Nacaza y la Arcos Delgado se terminaban y volvían a seguir nuevamente. Luego ¿para cuándo era la promesa a que se refieren los escritos que tuvo en cuenta el Tribunal y cuya transcripción se hizo atrás?".

"A las anteriores pruebas les dio el Tribunal una interpretación que no es, y les dio un carácter probatorio cuando en realidad tienen otro, es decir, lo que es simple sospecha lo elevó a la categoría de indicio grave...."

Observa la Sala que, evidentemente, las declaraciones a que acaba de aludirse, bien poco, por no decir nada agregan a los demás elementos probatorios. Al primer testigo nada le consta, y sólo ha tenido referencias o escuchado los rumores de la "voz general", que nada acreditan de suyo. Cuanto a Burbano, tiene razón el recurrente: es vago, y la alusión que, de paso, hace a presuntas relaciones carnales, está muy lejos de ostentar explicitud y abundancia de detalles aptos para conducir a una convicción neta y segura.

Testimonios de tan escaso contenido no pueden, por lo tanto, invocarse para afianzar la supuesta veracidad de la ofendida, y si, para ello, se toman como buenos y sucesorios, el juzgador resulta asignándoles un valor probatorio de que carecen.

7.— La honestidad anterior.

Algunos declarantes ensalzan los atributos morales de Inés Arcos, presentándola como un modelo de virtudes. En cambio, algunos otros dan cuenta de hechos suficientes para ponerla en duda.

En general, las declaraciones sobre buena conducta suelen tener un aspecto negativo: no les consta a los testigos nada malo contra la persona de cuyo buen comportamiento juzgan. En cambio, las contrarias sobre mala conducta, se suelen edificar sobre hechos concretos, cuya valoración hace primero el testigo y después la justicia. Por ello, al ponerse en comparación los dos grupos de esta clase de elementos probatorios, suelen ser más convincentes los últimos, llenados, por otra parte, los demás requisitos de una buena prueba testimonial.

Es lo que ocurre en este proceso. Los unos hablan del buen comportamiento moral de la presunta ofendida, porque nada les consta en contrario. Pero los otros presentan hechos o aluden a ocurrencias que, debidamente valoradas, inclinan el ánimo a admitir lo contrario: que su conducta no era totalmente irreprochable dentro del medio en que vivía.

De estos últimos pueden citarse, de paso, los deponentes Julio R. Rosales (folios 249 vuelto), Alfredo León del mismo apellido, primo de la ofendida (folios 250 vuelto) y Angélica Otaya (folios 252), quienes refieren hechos de que son tes-

tigos presenciales; y, de otra parte, Otoniel Burbano (folios 250), Laura Ortega (folios 251) y Mercedes Erazo (folios 252 vuelto), cuyas referencias, aunque no son de asuntos que les consten, son de importancia.

Los testimonios anteriores no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador en forma alguna; ni aparecen tachas contra su mérito probatorio. Bien es cierto que tampoco son objeto de examen en la demanda de casación. Pero se citan a mayor abundamiento. Por lo demás, los reparos del Tribunal no cobijan a los declarantes aludidos, que ni siquiera se citan globalmente.

Finalmente, la posición del Tribunal es ilógica. Tanto el auto de proceder (folios 123, cuaderno 1º) como la sentencia (folios 300, ibidem) parten de la base procesal segura de la comprobada honestidad de Inés Arcos. Luego era lógico que, al proferirse el fallo condenatorio, se hubiera deducido como causal específica de agravación de la pena la circunstancia del ordinal segundo del artículo 317 del Código Penal, en relación con lo prescrito en el artículo 320 del mismo estatuto. Esto no se hizo, ni se expresó por qué motivo se prescindía de tal agravación.

8.— Relación de causalidad entre el engaño y el acceso carnal.

Ya se advirtió que, de acuerdo con el sistema de exposición de la sentencia, parece que se hubiera tratado de probar dicho acceso por las promesas de matrimonio, y éstas por el acceso carnal, lo cual constituye un vicioso método de crítica probatoria. La Sala parte de la base, como habrá venido observándose, de la falta de una prueba plena sobre la imputabilidad del acceso carnal a Lucio Nacaza. Pero no sobra advertir también que, aun en el supuesto de que dicha prueba obrara en los autos, tampoco podría considerar perfectamente establecida la relación de causalidad a que alude la sentencia acusada. La prueba de dicha relación se presentaría asaz dudosa, frente a circunstancias como las calificaciones del procesado, la carencia de fechas en cartas y tarjetas y, en fin, los hechos a que aluden los testigos mencionados en el precedente capítulo.

9.—La confesión del imputado.

Al respecto, dice el Tribunal:

"No se diga tampoco que los dichos del sindicado relativos a futuro casamiento con la Arcos, nada implican, por relacionarse con fecha muy anterior al acceso carnal, pues esta circunstancia modificativa de la confesión peca notoriamente de artificialidad, habida cuenta de las pruebas procesales de que se ha hablado". (Fs. 301).

Ya se comentó que pueden existir promesas de matrimonio, sin acceso carnal, y acceso carnal, sin promesas de matrimonio, como es obvio. Lucio Nacaza admite sus relaciones de años con la Arcos y confiesa que sus intenciones matrimoniales eran positivas, serias. Pero cualifica en el sentido de que sus cartas se enviaron al comienzo del noviazgo y de que sus promesas se hicieron en la misma época. En esto no ve la Sala nada de artificioso, mayormente cuando es un hecho que las cartas aludidas no tienen fecha y que, según dictamen pericial, no es posible saberla.

10.—El valor de la calificación.

En el fallo acusado se lee:

"Claro que el dicho del sindicado debe aceptarse, pero siempre que no haya en el proceso elementos que lo infirmen en sus aspectos modificativos.

"Cuando la confesión es calificada, debe aparecer probada procesalmente la circunstancia modificativa presentada por el confesante" (Fs. 301).

Efectivamente, es cierto lo dicho en el primer párrafo, y corresponde, sin duda, a la recta interpretación del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal. Pero lo extraño es que, precisamente a renglón seguido, el Tribunal opte por destruir sus afirmaciones iniciales, derivando el problema del mérito probatorio de la confesión en materia penal hacia el que le asignan las disposiciones civiles. Efectivamente, el Código Judicial (Ley 105 de 1931) dice en su artículo 608:

"La confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar".

Y el artículo 1.664 del procedimiento penal derogado en 1938 expresaba:

"Si en la confesión agregare el confesante alguna circunstancia que la modifique de algún modo, tendrá que probar esa circunstancia para destruir o desvirtuar la fuerza de la confesión contra él".

Contrariamente a lo anterior, dispone el artículo 255 del C. de P. P.:

"La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el Juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito".

Supuestas las anotaciones precedentes, cabe observar dos cosas: la primera, que, como se ha venido comentando, las manifestaciones del procesado Nacaza no fueron válidamente desvirtuadas por otros elementos probatorios; y la segunda, que a él no le correspondía probar las circunstancias que introduce en su indagatoria como exculpativas de su conducta o en que desconoce el carácter ilícito de su comportamiento frente a la ofendida.

Por lo demás, bueno es hacer notar, de paso, que la indagatoria del procesado, en que admite sus tratos amatorios con Inés Arcos y la seriedad de sus ideales de matrimonio con ella, pero con la salvedad de que no la poseyó carnalmente y de que sus cartas se escribieron el primer año del noviazgo, no es, estrictamente hablando, una confesión, supuesto que él no admite el hecho central y jurídicamente significante del acoplamiento erótico, sino hechos meramente circunstanciales que, al quedar solos, pierden su significación penal como integrantes de un tipo delictivo. Sólo, pues, en sentido amplio, puede tomarse lo dicho por Nacaza como una confesión; pero interpretándola así, le es aplicable, en su integridad, lo dispuesto en el artículo 255 citado, en cuanto resulte pertinente.

11.—El nacimiento.

Está probado en los autos que Inés Arcos dio a luz un niño, el 2 de abril de 1952, hecho que, según el Tribunal, "no desvirtúa la afirmación de que la cópula de ésta con Lucio Nacaza se realizó el 30 de julio de 1951, pues al respecto el perito médico doctor Mora España" se pronunció rotundamente.

En efecto, el mencionado facultativo dictaminó oportunamente (folios 271, cuaderno 1º) que el niño correspondía, por su peso, tamaño y aspecto "al producto de embarazo completamente normal". Y concluyó manifestando que, en el caso de dicho infante, "no hay evidencia ni de que el parto fue prematuro, ni de que fue perfectamente a término, ni tardío", ya que un niño de 8 meses de gestación puede alcanzar el peso y dimensiones que tuvo el de Inés Arcos Delgado (ib.).

Lo que anota la sentencia es, por lo tanto, razonable; sin embargo, resulta incompetente. Porque si el dictamen no enerva la afirmación vacilante de la ofendida respecto a la fecha de su entrega, también es cierto que no confirma que, en tal fecha, se hubiera verificado la tal entrega. Y mucho menos ratifica que el autor del embarazo lo sea el procesado Nacaza.

12.—Los grupos sanguíneos.

El Tribunal dice textualmente:

"Con el aditamento de que el examen (sic) comparativo de los grupos sanguíneos de Lucio Nacaza y del niño Pedro Nel Arcos dio resultado positivo, lo cual, científicamente, constituye un indicio de paternidad". (Folios 267).

Se toma, pues, esta prueba como fuente de convicción contra el acusado.

El recurrente dice a este respecto, en su demanda:

"6º.—El hecho de que el Tribunal haya dicho en la sentencia "con el aditamento de que el examen comparativo de grupos, etc.', no quiere decir en manera alguna que esté plenamente probada la paternidad, máxime cuando el mismo diagnóstico, examen o dictan (sic) deja entrever la duda científicamente en el punto 4º que dice:

".....4º.—En el presente caso la investigación NO ES CONCLUYENTE, pues el estudio de los grupos sanguíneos al decir de Lattes, permite excluir la paternidad, pero naturalmente NO SE LLEGA A DEMOSTRAR DE UNA MANERA POSITIVA. Esto equivale a decir que si Pablo Lucio Nacaza hubiera resultado del grupo sanguíneo O o B., quedaba excluida la posibilidad de la paternidad que se le imputa, pero la positiva o sea el descubrimiento de un grupo compatible con la paternidad, no permite sino la siguiente conclusión: ES POSIBLE QUE SEA EL PADRE DE ACUERDO CON LOS GRUPOS SANGUINEOS, PERO NO LO ES EXCLUSIVAMENTE". (Mayúsculas del escrito de demanda).

"Extraña, continúa el demandante, que el Tribunal le haya dado a este dictamen un valor que no tiene, ¿porque acaso solamente Lucio Nacaza pertenece al grupo B.? ¿Solamente ese hombre es el único que forma el grupo B.?

"La sentencia por errada interpretación o apreciación de este hecho se le atribuyó (sic) un valor probatorio que no tiene, al decir que sí es Lucio Nacaza el padre del hijo de Inés Arcos Delgado,

cuando el dictamen anterior está diciendo que es apenas posible, pero no exclusivamente".

En lo sustancial, tiene razón el recurrente. Porque salta a la vista que, si bien el resultado del examen de grupos sanguíneos NO EXCLUYE LA POSIBILIDAD de que el procesado sea el padre del niño de Inés Arcos, ello no puede resolverse en la tesis de que tal resultado sea prueba científica de la paternidad de Lucio Nacaza.

Sin duda que lo científico de la prueba es, tan sólo, su carácter negativo o excluyente. Ella no sirve para acreditar, por sí misma, quién es padre; pero sí permite decir, a veces, con seguridad, quién NO LO ES. Y, cuando el resultado es positivo frente a un varón, ello no implica que éste sea el padre; pero sí autoriza a seguir investigando, por otros medios, si el pudo ser que significa la prueba, ha de confundirse con el ser. En resumen, sólo el resultado negativo deja resuelta la cuestión de la paternidad definitivamente.

El indicio del resultado positivo es, de consiguiente, demasiado general, por sí solo; y su deducción como fuente de certeza, a base de una cita fragmentaria y sin vincularlo adecuadamente a otros datos del proceso, equivale, en concepto de la Sala, a asignar al hecho sobre que el indicio se sustenta, un "valor probatorio que no tiene".

* * *

Como resumen de todo lo anterior, se tiene que el testimonio acusador de la propia presunta ofendida no se manifiesta en los autos como idóneo para sustentar sobre él un fallo condenatorio, como lo hizo el Tribunal sentenciador. La veracidad de Inés Arcos, en sus imputaciones directas contra Lucio Nacaza, no la establecen ni los datos sobre la fecha del acceso carnal único, que, por vacilantes o inciertos, crean dudas; ni el embarazo y posterior nacimiento del hijo, incapaces para identificar a quien lo engendró; ni las promesas o sugestiones de las cartas amatorias, insuficientes, por lo dicho. Tampoco las afirmaciones del procesado respecto a la sinceridad de sus propósitos confirman la existencia del acceso carnal con él. Y menos se desvanecen las dudas con testimonios de simples vagas y confusas referencias como los de Leandro Tovar y Antonio Burbano, o con una visión recortada del proceso respecto a los testimonios sobre la honestidad anterior de la misma mujer. Finalmente, la supuesta relación de causalidad entre la entrega sexual y el engaño, incomprobada como tal, sólo podría llegar a tener vigencia, para el caso, después de establecerse, de modo pleno, que fue Lucio Nacaza, y no otro, quien satisfizo sus instintos libidinosos con su acusadora, hecho éste en que tampoco se abonan sus afirmaciones contra Nacaza dividiendo las de éste en dos grupos: artificiosas, las unas, y veraces y sinceras, las otras. En igualdad de circunstancias de ineficacia probatoria contra el acusado se presentan hechos como el nacimiento de la criatura en determinada fecha, o el de los grupos sanguíneos, suficientemente comentado por la Sala.

A lo anterior hay que añadir lo ocurrido con la tarjeta de folios 19, cuaderno 1º, allegada a los autos con otras tarjetas y cartas que el acusado reconoció como suyas y dirigidas a la misma mujer. Afirmó aquél que la frase "y que será feliz con nuestro hijo" había sido agregada por tercera persona, y parcialmente se confirmó ello con el dictamen pericial de los grafólogos Miguel Aguilera y Luis Carlos Sáenz (folios 258).

Según lo expone el dictamen y aun se verifica a simple vista, la agregación se hizo en máquina diversa de la empleada para el resto del escrito, lo cual resulta muy diciente. La finalidad de esta interpolación es de lógica inferencia: buscaba el tener como confesados por Lucio Nacaza dos hechos sustanciales: el acceso carnal y la promesa de matrimonio, que son los dos imputados al presunto reo por su acusadora. La presentación de la tarjeta aludida se hizo o por Inés Arcos, o por la madre, que actuó como denunciante, pues ambas hablan de cartas y tarjetas que anuncian acompañar, pero no se hizo en los autos la discriminación del caso. Lo cierto es que la Arcos no puede ser extraña a tal presentación, en que intervino directamente, o, al menos, de modo indirecto. Por lo mismo, el indicio del cual proviene tampoco le resulta extraño.

Estos hechos no son secundarios en el proceso. Y contribuyen, sin duda, a hacer flaquear el mérito probatorio que el testimonio de la Arcos pueda tener como elemento identificador de quien la poseyó carnalmente, con la consecuencia del embarazo.

El Tribunal se limitó a decir al respecto:

"Por último, se apunta que en el estudio de la prueba, se ha prescindido de la tarjeta de folios 19, en vista del concepto grafológico visible al folio 258, aunque sólo se ha demostrado que dicha tarjeta fue escrita con dos máquinas distintas".

Con razón critica el demandante esta posición del fallador, por más que los reparos que hace sean demasiado generales e incompletos. No es

que se halle plenamente demostrado que Inés Arcos falsificó o alteró la aludida tarjeta. Pero el hecho es que el acusado no la admite como auténtica en su integridad; que, a simple vista, se observa el empleo de dos máquinas diversas; y que los peritos hablan de interpolación. Y si estos hechos se vinculan a los demás elementos de prueba recogidos en los autos y a la posición del sindicado y la presunta ofendida dentro de los mismos, surge una grave sospecha más contra la veracidad de la misma mujer, que tampoco, por este aspecto, da a la justicia la seguridad mínima de que sus dichos son imparciales, verídicos, con todo y su carácter de interesada en que prosperen.

En conclusión, las pruebas con que el Tribunal trató de afianzar el pretendido valor probatorio del testimonio acusador de la ofendida, no resultan, separadamente ni en conjunto, suficientes para dicho fin. Y quizá no sobre terminar los anteriores análisis con las siguientes observaciones de Framarino (LOGICA DE LAS PRUEBAS EN MATERIA CRIMINAL):

"En cuanto al testimonio del ofendido, fácilmente se comprende que la lógica criminal, por las mismas razones expuestas a propósito del testimonio del tercero, tiene que llegar a idénticas conclusiones: el testimonio del ofendido, como único que designa al delincuente, no puede prevaler contra la afirmación contraria del acusado".

"Si de un lado la palabra del acusado se considera menos creíble por ser interesado, de otro lado resulta más creíble en virtud de la presunción de inocencia que le asiste. El interés, haciendo presumir la facilidad de la mentira, rebaja la fé en el acusado: la presunción de inocencia, coincidiendo con sus palabras de disculpa, la realza: trátase de dos presunciones opuestas que se neutralizan".

"Pero prescindiendo de la presunción de inocencia, veamos el origen de esta sospecha que se quiere oponer al acusado. ¿Tiene derecho a ello la sociedad para desacreditar sus palabras? Creo que no. Se lanza contra mí una acusación, y no se quiere dár fuerzas a mi palabra defensiva porque la acusación se refiere a mí. Sospechan de mi palabra porque me favorece. ¡Pero si lo que me obliga a contestar y afirmar con verdad mi inocencia es la acusación que contra mí se ha lanzado! Se me acusa primero, y luégo se dice sospechosa mi palabra porque me defiendo. ¿Qué lógica es esta? Esta sopecha que se esgrime como arma contra mi fé de acusado, deriva del hecho de la acusación: es un verdadero círculo vicioso en rigurosa lógica y una violencia en justicia, eso de decir al acusado: Tú, ciudadano, aun cuando seas muy respetable en todos los respectos, no mereces fé tu defensa, porque te declaro sospechoso con la acusación. Mi acusación hace sospechosa tu palabra defensiva: supuesta sospechosa tu palabra, prevalece la contraria del testigo, y en consecuencia mi acusación es verdadera, y tú eres reo. ¿Quién no ve el fundamento del sofisma? Está en la falaz separación que desorienta a los juristas entre imputación y acusación de un lado, y testimonio único de otro. Pero la imputación, conviene repetirlo, en la hipótesis del testimonio único de inculpación, recibe su contenido del mismo testimonio, que es único en acusar, y cuyo valor se estudia; por lo que imputación y testimonio único, en cuanto a la fuente de su contenido, una cosa idéntica, según puede verse de un modo más breve en esta forma: La imputación hace sospechosa tu palabra, luego la imputación es verdadera; o bien: El testimonio contra tí, aunque único, hace sospechosa tu palabra luego el testimonio es verdadero.... Trátase en definitiva de probar la verdad de la imputación o del testimonio con el hecho de la imputación misma o del mismo testimonio: lo mismo por lo mismo".

".....esta sospecha que se quiere oponer contra el acusado para rebajar su crédito, no hay derecho a oponerla como derivada del mismo testimonio único, cuyo valor se quiere juzgar frente a la afirmación contraria del acusado: para probar la verdad de la imputación no se puede aducir el hecho de la misma, sin una vergonzosa petición de principio".

"Lo repetimos: el testimonio del tercero, único designador del reo, no puede sobreponerse al del acusado contrario, sin el auxilio de otras pruebas indirectas; y éstas, naturalmente, deben ser serias y valuadas con toda circunspección".

* * *

Como prospera la causal segunda invocada, corresponde a la Corte dictar el fallo que ha de reemplazar al acusado (ordinal a) del artículo 570 del C. de P. P.). Y, obviamente, debe ser absolutorio.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º.—No es el caso de invalidar la sentencia acusada, por razón de las causales 1ª y 4ª del artículo 567 del C. de P. P.

2º.—Prospera la causal 2ª, por lo cual se INVALIDA dicha sentencia, y en su lugar, SE ABSUELVE a LUCIO NACAZA del cargo de estupro que se le dedujo en el proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Benjamín Iragorri Díez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pisquinto León L., Secretario.

TERMINO DE LA PRESCRIPCION PARA LOS DELITOS DE PREVARICATO Y FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez)

Vistos:

Cumplidos como están los trámites propios de la instancia, entra la Corte a resolver sobre la consulta del fallo del 21 de noviembre de 1957, por medio del cual el Tribunal Superior de Barranquilla ordenó cesar el procedimiento seguido contra el doctor Zenón Hernández More, por los posibles delitos de prevaricato y falsedad en documentos, en razón del tiempo transcurrido (prescripción).

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita, en su concepto del 2 de julio del año en curso, confirmación de la sentencia consultada, por encontrar evidente que la acción penal prescribió, desde hace años. Y la Corte, para acoger como acoge los puntos de vista del Ministerio Público, que son los mismos del fallo consultado, tiene en cuenta:

Se trata de la investigación que ordenó adelantar dicho Tribunal, con motivo de la queja o quejas presentadas ante el mismo, por el doctor Gustavo Adolfo Solano, dentro del juicio civil de María Eugenia Pallares contra Domingo Bolívar Sanjuán, el cual terminó por sentencia del Juzgado del Circuito Civil de Sabanalarga, servido a la sazón por el acusado, doctor Hernández More.

El Tribunal, al conocer del referido juicio por concepto de la apelación interpuesta por el doctor Solano contra un proveído interlocutorio del juez, ordenó la compulsa de copias para el proceso penal correspondiente, las cuales se enviaron al Juzgado Segundo del Circuito Penal de Barranquilla, desde junio de 1946, a quien correspondió adelantar la investigación.

No obstante la actividad inicial de dicho Juzgado, parece que los cambios de empleados determinaron la parálisis del negocio, el cual durmió en los anaqueles desde el 18 de noviembre del referido año de 1946, fecha de la última actuación, hasta el 11 de enero de 1952, en que, previo informe del Secretario, se ordenó pasar las diligencias al Juzgado del Circuito Penal de Sabanalarga, por creérsele competente (fs. 27, cuaderno 1º).

No paró allí el curso accidentado o irregular del negocio, ya que el referido Juzgado avocó erróneamente conocimiento del mismo y dictó la sentencia del artículo 153 del C. de P. P. (fs. 28 a 32), sin parar mientes en la incompetencia de jurisdicción, que sirvió de base al auto del 31 de julio de 1952, por medio del cual el Tribunal Superior de Barranquilla, al resolver sobre la consulta de dicha sentencia, dispuso la anulación de lo actuado (fs. 38 v. y ss., C. 1º).

El mismo Tribunal tomó la determinación de poner fin al proceso, por medio de la aplicación del mismo artículo 153 del C. de P. P., considerando prescrita la acción penal, lo cual hizo en fallo del 21 de octubre de 1952 (fs. 47 y ss., C. 1º). Pero el negocio continuó su marcha accidentada, ya que, por causa de omisiones sustanciales, la Corte hubo de revocar la mencionada providencia y otra que, posteriormente, se dictó en igual sentido (C. 2º).

Dos son los cargos sustanciales formulados contra el acusado doctor Hernández More: el de prevaricato, pues se supone que la sentencia dictada dentro del juicio civil, fue notoriamente injusta y arbitraria; y el de falsedad en documentos, por creer el denunciante que no correspondían a la realidad los certificados de la Secretaría sobre notificación de algunos autos y de la sentencia definitiva, producidos dentro del mismo proceso civil.

Como la investigación fue tan defectuosa, no existe base firme para una decisión distinta de la tomada por el fallador de primer grado.

La realidad es que la prescripción de la acción se cumple en cinco años, que es el máximo de la pena con que incrimina el cargo de prevaricato el artículo 168 del C. P. Y, en cuanto al delito de falsedad en documentos, la prescripción requiere diez años, máximo de la pena prevista en el artículo 231 de la misma obra (artículos 104, 105 y 106 del C. P.). Y han transcurrido cerca de trece años, a partir del último acto de posible consumación.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acorde con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el fallo consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—**Gabriel Carreño Mallarino**—Luis Eduardo Mejía Jiménez—**Simón Montero Torres**—Pedro Pacheco Osorio—Pinquinio León L., Secretario.

TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — NO ES PERTINENTE ALEGAR LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO.—SISTEMA IMPERANTE PARA LA FORMACION DE LOS CUESTIONARIOS AL JURADO. — OMISION DE LAS FIRMAS DEL DEFENSOR Y DEL SECRETARIO DEL JUZGADO EN LAS ACTAS DE AUDIENCIA. — QUE CONSECUENCIAS ACARREA

1.—La Corte, durante muchos años, ha venido sosteniendo que en los juicios por jurado— el examen de los hechos y pruebas del proceso y su calificación corresponde a los jueces de conciencia y que, por consiguiente, no se puede invocar la causal segunda contra sentencias fundadas en un veredicto. Se ha inspirado esta doctrina en que el jurado es completamente libre para apreciar el mérito de las pruebas creadas en el proceso, según su íntima convicción, y en que si la Corte pudiera someterlas a nuevo examen, el resultado no sería otro que la declaración de ser la sentencia contraria a la evidencia de los hechos, y ésta no ha sido establecida por la ley como causal de casación.

2.— El sistema para la formación de los cuestionarios no es hoy el que señalaba el artículo 498 del C. de P. P., sino el que indica el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. Pero del hecho de que en la actualidad no se presenten al jurado "tantos cuestionarios cuantos correspondan a los distintos elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad", no se sigue que no pueda reconocer circunstancias diversas de las sometidas a su estudio, porque el artículo 29 de la Ley citada dispone que los cuestionarios deberán contestarse con un "sí" o un "nó", lo cual no obsta para que se reconozcan circunstancias diversas de las consignadas en la pregunta.

3.— La circunstancia de haberse omitido algunas firmas del defensor en las actas de audiencia, no anula el proceso, cuando el propio defensor manifestó por escrito que se había abstenido de firmarlas por no traducir con fidelidad sus exposiciones. Y si en una de las actas falta la firma del Secretario, esa omisión podría servir para anularla, de acuerdo con los artículos 152 y 208 del C. de P. P., pero de ninguna manera para ordenar la reposición del procedimiento. La misma observación puede hacerse respecto del incumplimiento del artículo 308 ibídem. Al respecto, no puede hablarse de omisión, cuando el herido fue internado en un establecimiento ampliamente provisto de todos los elementos necesarios para su adecuado tratamiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto primero de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas)

VISTOS:

A nueve años de presidio y las correspondientes penas accesorias ha sido condenado, por el delito de homicidio, el señor Jesús Guerra Ramos, según sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el once de abril de mil novecientos cincuenta y siete, mediante la cual se confirmó en todas sus partes la de 27 de agosto de 1956, proferida por el Juzgado 6º Superior de ese Distrito Judicial.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso extraordinario de casación el defensor del procesado.

HECHOS

Los que fueron materia del juzgamiento los relató la propia víctima al personal de la Alcaldía Municipal de Vergara el 24 de septiembre de 1954 en la siguiente forma:

"...Hoy como a eso de las cuatro de la tarde me hallaba en mi casa de habitación en el lugar que ya indiqué (vereda denominada 'Copero') y me iba a venir para la hacienda a traerle un di-

nero a la señora Elisa de González, salí de la sala al corredor de la casa y llegó el señor o sea mi cuñado y más compadre Jesús Guerra Ramos, y me dijo 'cuándo va a matar' entonces le contesté que yo no mataba ni el hambre y ahí mismo me disparó un balazo con una escopeta de fisto, causándome una herida en la región anterior del muslo derecho, parte inferior (.....). Inmediatamente me caí y luego me echó peinilla en la cabeza causándome tres heridas en la cabeza (.....). Creo que mi compadre Jesús Guerra Ramos vino directamente a matarme por la forma sorpresiva como me atacó quizá talvez ahuchado por Efraín Mora con quien somos enemigos, porque lo encontré una noche acostado con mi mujer en uno de los días del mes de julio del corriente año en la misma casa de habitación, y quien es sobrino mío, quien habita en la vereda pero no tiene residencia fija y porta siempre una escopeta número 12 de cápsula (sic) y una peinilla al cinto y cruza siempre por entre mis potreros casándome (sic) daños en las sementeras y cercas.....".

LA DEMANDA

Fue presentada oportunamente y en ella se invocan, en su orden, las causales 1ª, 2ª, 4ª y 7ª del artículo 567 del C. de P. P.

Motiva el recurrente la causal primera diciendo que tanto el Tribunal como el Juzgado del conocimiento desestimaron el primer dictamen pericial "en el cual se afirmó que las consecuencias exclusivas de las lesiones serían setenta días de incapacidad" y "nada dijeron de la relación de causa a efecto entre las lesiones y la defunción". De esta suerte se quedó sin demostración el cuerpo del delito porque "si existiendo de parte del agente la intención de matar, la muerte se produce por circunstancias ajenas a su voluntad, o sean las derivantes de un hecho subsiguiente, imputable a un tercero, se estaría entonces frente a un homicidio concausal". Sostiene que Serafín Mora falleció "a causa exclusiva de su abandono, a la falta de asistencia médica", lo cual le ocasionó una gangrena que con buen tratamiento no se habría presentado. Agrega que la lesión no era "de naturaleza mortal, ni siquiera circunstancialmente mortal". Concluye afirmando que "si no estuvo plenamente comprobado el cuerpo del delito, quiere decir que el Estado no pudo sostener la imputación en cuanto al homicidio", y que por estar de ello convencido el Juez y el Agente del Ministerio Público dispusieron que en el plenario de la causa se sometiera a la consideración de los médicos legistas un cuestionario encaminado a esclarecer la hasta entonces no probada relación de causalidad entre las lesiones y la muerte.

Sobre la causal 2ª hace extensas consideraciones —en relación con la ausencia de prueba del cuerpo del delito y con el ningún mérito probatorio de las constancias procesales sobre imputación y responsabilidad. Afirma que los testigos interpretaron erradamente los hechos; que la viuda de Mora no merece crédito porque era adúltera y "decir la verdad de lo ocurrido el día de los hechos equivaldría a tanto como manifestar su satisfacción por la muerte de su esposo que indudablemente le estorbaba en su camino de pecado y de liviandad"; que los testigos se contradicen y mienten; que la confesión cualificada tiene amplio respaldo en los autos; que el encuentro de los protagonistas fue cuerpo a cuerpo, etc., etc.

Funda la causal 4ª en la errada referencia a la época en que se cometió el delito, pues en el auto de proceder se habló de homicidio cometido en la persona de Serafín Mora "conforme a sucesos desarrollados en las horas de la tarde del veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro", cuando en realidad "la muerte tuvo lugar en esta ciudad de Bogotá, en el Hospital de San Juan de Dios, el día 15 de octubre" del mismo año. Hace igual observación sobre la pregunta formulada al jurado en la audiencia pública. Cita varias doctrinas de la Corte sobre la importancia que tiene el señalamiento preciso de la época en que se cometió el delito. En seguida hace varias observaciones con el objeto de demostrar que no solamente se violó la ley penal, sino también el artículo 26 de la Constitución. Pregunta por qué no se interrogó al jurado si el disparo tuvo o no el carácter de fortuito, o si las lesiones tuvieron carácter de culposas, o si el acusado solo pretendió causar un daño menor en su afán de defensa, o si la muerte se debió al descuidado tratamiento a que fue sometido Serafín Mora. Opina el demandante que la pregunta fue mal formulada porque no comprendió "todos los presupuestos sustanciales del delito en su aspecto específico, lo mismo que las circunstancias integrantes y modificadoras de la responsabilidad y de la sanción". Asegura que por no haberse redactado con sujeción a esas normas "no tenía sino una sola respuesta forzada", y que por tal motivo el jurado no pudo expresar en forma completa su libre convicción. También en este lugar —como a través de todo el escrito de impugnación— vuel-

ve a hablar del adulterio de la viuda de Mora, de las contradicciones de los testigos, de la ausencia de comprobación del cuerpo del delito, etc.

Al finalizar la demanda expone "otras nulidades" y las hace consistir: a) en la ausencia de algunas firmas, entre otras la del secretario, en varias actas de audiencia, y b) en no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 308 del C. de P. P.

Apoya la causal 7ª en que "el jurado estuvo física y moralmente imposibilitado para emitir su veredicto de conciencia, por lo incompleto del cuestionario único", como cree haberlo demostrado al analizar la causal 4ª.

Manifiesta el demandante que "de paso" invoca la causal 5ª "porque en la sentencia no se dijeron clara y terminantemente cuáles hechos se consideran probados". Para fundarla enumera nueve hechos que en su sentir "no están probados", y hace consistir la violación de la ley en que los falladores de primera y de segunda instancia no los mencionaron.

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, al contestar el traslado de la demanda se refiere a las causales invocadas, no en el orden en que el recurrente las expone, sino en el que les corresponde lógicamente.

Principia por la causal 4ª, manifestando que no existe ninguno de los motivos de nulidad alegados por el recurrente. No se incurrió en error sobre la época en que se cometió el delito porque en el auto de proceder, en la pregunta que se sometió a la consideración del jurado y en la sentencia, no solamente se determinó "la época", sino hasta el día y la hora en que ocurrieron los hechos. Ni existe nulidad constitucional porque la pregunta se le hizo al jurado "de conformidad con el pliego de cargos" y si en realidad no se le interrogó acerca de todos los puntos que echa de menos el demandante fue porque el cuestionario no puede contener modalidades distintas de las expresamente reconocidas en el auto de enjuiciamiento. "Por lo demás —agrega el Procurador— al jurado le quedaba la libertad de responder conforme a la ilustración de los hechos que se hizo en las audiencias, bien negando la responsabilidad, o introduciendo alguna modalidad, o cualquier circunstancia modificadora de dicha responsabilidad, conforme a las atribuciones que la ley le confiere". Tampoco puede anularse el proceso con base en las "otras nulidades enunciadas", en primer lugar porque las informalidades que se denuncian en el libelo "no producen nulidad absoluta" y la relativa que pudiera comportar quedó suficientemente saneada con la intervención posterior de las personas directamente interesadas en alegarla.

En lo tocante a la causal 2ª hace el representante del Ministerio Público varias consideraciones que pueden resumirse en las siguientes palabras suyas: "...al invocar y sustentar la causal segunda en este proceso en que hubo intervención del Jurado, el acucioso abogado no se detiene en lo más mínimo a examinar la inconducencia de ella tratándose de hechos y pruebas cuya aceptación por el jurado de conciencia, no permiten reabrir debate ni presentar argumentos propios de un alegato de instancia".

Respecto de la causal 7ª manifiesta el Procurador que el demandante no ha tenido "ni siquiera el cuidado de aclarar en qué consiste la contradicción del veredicto".

Sobre la causal 1ª observa que el recurrente no tuvo "el cuidado de mencionar siquiera las disposiciones que considera violadas" ni de indicar en qué sentido lo fueron. Además, todos los argumentos tienden a sustentar la causal 2ª con lo cual "se incurre en una lamentable confusión e involucración de causales".

Finalmente, el señor Procurador Delegado transcribe varias doctrinas de la Corte sobre la técnica del recurso de casación y sobre la improcedencia de remitirse a los alegatos de instancia, o de reproducirlos, para demostrar las causales que se invocan en la demanda.

Se considera:

a) No dice el demandante si alega la causal primera como principal o como consecuencia de las restantes, aunque del contexto del escrito se colige que la supuesta violación de la ley la atribuye a errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Tampoco señala la ley sustantiva que se hubiera violado ni expresa si a ese resultado se llegó "por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma". En esta parte de la demanda solo se mencionan, de manera incidental, dos disposiciones del código de procedimiento penal, pero ninguna de la ley sustantiva.

Sobrada razón asiste al señor Procurador Delegado en lo Penal cuando afirma, en relación con la causal primera invocada, "que tanto los cargos como la argumentación, representan simplemente

un alegato de instancia, perfectamente inadecuado e inadmisible en el exigente y complejo recurso extraordinario de casación".

Además, como las razones que alega el demandante solo podrían servir para motivar la causal segunda y en el presente caso ésta es inadmisible, como se verá en seguida, es forzoso rechazar el primer cargo contra la sentencia.

b) La acusación, por el aspecto indicado en la causal segunda, la sustenta el demandante en extensa y minuciosa crítica de las constancias procesales sobre el cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado, sin reparar en que la Corte, durante muchos años, ha venido sosteniendo que —en los juicios por jurado—el examen de los hechos y pruebas del proceso y su calificación corresponde a los jueces de conciencia y que, por consiguiente, no se puede invocar la causal segunda contra sentencias fundadas en un veredicto. Se ha inspirado esta invariable doctrina en que el jurado es completamente libre para apreciar el mérito de las pruebas creadas en el proceso, según su íntima convicción, y en que si la Corte pudiera someterlas a nuevo examen, el resultado no sería otro que la declaración de ser la sentencia contraria a la evidencia de los hechos, y ésta no ha sido establecida por la ley como causal de casación.

No prospera, pues, el segundo cargo.

c) Considera la Sala que el proceso no está viciado de nulidad por error relativo a la época en que se cometió el delito (artículo 198, ordinal 8º del C. de P. P.). El auto de llamamiento a juicio dice en la parte resolutiva que Guerra Ramos debe responder por el delito de homicidio cometido en la persona de Serafín Mora "conforme a sucesos desarrollados en las horas de la tarde del veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro..." Y en la parte motiva, después de la relación de los hechos ocurridos aquella tarde, dice que "el lesionado alcanzó a formular denuncio por los anteriores hechos ante el señor Alcalde Municipal de Vergara y por razón de su estado grave fue trasladado a esta ciudad (Bogotá) al Hospital de San Juan de Dios, en donde falleció en las horas de la tarde del quince de octubre" siguiente. Como el auto de proceder debe tomarse en conjunto, pues la parte motiva y la resolutiva se complementan para formar un todo uniforme, se concluye que en esa providencia no solamente se precisó la época, sino también el mes, el día y la hora en que se desarrollaron los hechos y en que culminaron con el deceso del ofendido.

Tampoco puede admitirse la nulidad constitucional que invoca el recurrente. La hace consistir en que al jurado no se le hicieron tantas preguntas cuantas eran las posibles modalidades del hecho y las distintas circunstancias modificadoras de la responsabilidad. Parece olvidar el demandante que el sistema para la formación de los cuestionarios no es hoy el que señalaba el artículo 498 del C. de P. P., sino el que indica el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, conforme al cual se redactó la pregunta en este proceso. Pero del hecho de que en la actualidad no se presenten al jurado "tantos cuestionarios cuantos correspondan a los distintos elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad", no se sigue que no pueda reconocer circunstancias diversas de las sometidas a su estudio, porque el artículo 29 de la ley citada dispone que los cuestionarios deberán contestarse con un "sí" o un "nó", lo cual no obsta para que se reconozcan circunstancias diversas de las consignadas en la pregunta. No es exacto, como lo afirma el demandante, que la cuestión propuesta no tenía sino una respuesta pura y simplemente afirmativa. El jurado habría podido contestar negativamente o adicionar la respuesta afirmativa con circunstancias que sirvieran para especificar el delito como homicidio concausal, preterintencional, culposo, etc. Y si no obró de esa manera fue porque consideró bien formulado el cargo de homicidio intencional o simplemente voluntario.

Carece de fundamento la impugnación en cuanto a las restantes nulidades. No es nulo el proceso por haberse omitido algunas firmas en las actas de audiencia. El propio defensor manifestó por escrito que se había abstenido de firmarlas por no traducir con fidelidad sus exposiciones. Y si en una de las cinco actas falta la firma del secretario, esa omisión podría servir para anularla, de acuerdo con los artículos 152 y 202 del C. de P. P., pero de ninguna manera para ordenar la reposición del procedimiento. La misma observación puede hacerse respecto del incumplimiento del artículo 308 ibidem, aparte de que en verdad no hubo omisión al respecto porque el herido fue internado en un establecimiento ampliamente provisto de todos los elementos necesarios para un adecuado tratamiento.

d) Tan improcedente o más que las anteriores es la causal 7ª. Al jurado se le preguntó si Jesús Guerra Ramos es responsable de haber ocasiona-

do la muerte a Serafín Mora, en las circunstancias de modo, lugar y tiempo ya conocidas. Su respuesta fue: "Sí es responsable". No señala el recurrente en dónde radica la contradicción, ni es posible encontrarla, porque no puede exigirse mayor diafanidad en el veredicto, ni más perfecta armonía entre la pregunta y la respuesta.

El demandante, al parecer arrepentido de haber hecho esa invocación a todas luces inconducente, se traslada "de paso", según sus palabras, a la causal 5ª —no haberse expresado clara y terminantemente en la sentencia cuáles son los hechos que se consideran probados—, pero al tratar de sustentar la impugnación lo hace con el argumento de haber omitido la relación de nueve hechos que "no están probados".

Lo dicho es suficiente para resolver el recurso en el sentido que solicita el representante del Ministerio Público.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio contra Jesús Guerra Ramos por el delito de homicidio en la persona de Serafín Mora.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Wallarino — Luis Eduardo Mejía Jiménez — Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León, Secretario.

CAUSAL CUARTA. — PROBLEMA QUE SE PLANTEA CON RELACION A ESTA CAUSAL, CUANDO EL RECURRENTE LA FUNDA EN EL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, EL CUAL CONTIENE UNA GARANTIA PRO REO.— INCONSONANCIA DE LA SENTENCIA CON EL VEREDICTO DEL JURI, CUANDO ESTE CALIFICO AL SINDICADO COMO COOPERADOR NADA MAS, Y LOS FALLADORES DE 1ª Y 2ª INSTANCIA LO CONDENARON PARTIENDO DE UNA ESPECIE AGRAVADA AJENA AL VEREDICTO O SEA LA COOPERACION NECESARIA

1.—Cuando el recurrente funda la causal cuarta en el artículo 26 de la Constitución, el cual contiene una garantía PRO REO, el problema que se plantea con relación a esta causal, consiste, ante todo, en averiguarse de si el conjunto de la pregunta y el veredicto afirmativo, hubiera sido MENOS O PEOR para el sindicado, especificando la cooperación como "necesaria" (artículo 18 C. P.), a sin tal especificación (artículo 20 ibidem). Hecho este planteamiento —que es el lógico— no hay duda de que la situación EMPEORA para el reo si a la "cooperación" se agrega la "necesidad" de la misma en el acto punible. De ahí que no resulta viable, en este caso, la causal cuarta de casación con el solo apoyo del artículo 26 de la Superley.

2.—Si el Tribunal Popular calificó al sindicado como cooperador nada más, y los falladores de primera y segunda instancia lo condenaron partiendo de una especie agravada ajena al veredicto, o sea la cooperación necesaria, sin la cual el acto punible no hubiera podido cometerse, no hay armonía entre el mismo fallo y el veredicto del JURI, puesto que éste se abstuvo de hacer semejante especificación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto primero de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino)

VISTOS:

Con oficio número 461 el Tribunal Superior de Ibagué el 18 de septiembre de 1957 remitió a esta Superioridad la causa contra Froilán García Mendoza y Froilán Guzmán Leal, por homicidio y lesiones.

El negocio ha venido a la Corte para que se tramite y resuelva el recurso de casación interpuesto, en tiempo, por el procesado Froilán Guzmán Leal.

Se ha cumplido el trámite de rigor.

ANTECEDENTES

Los relata la sentencia de primer grado proferida por el Juez Primero Superior de Ibagué el 7 de noviembre de 1956, así:

"1º — Por auto de fecha 29 de septiembre de 1952, el Juzgado Segundo Superior de este Distrito Judicial abrió causa criminal por los trámites en que interviene el Jurado, contra Froilán García Mendoza —como autor del delito de homicidio cometido en la persona de Buenaventura Aldana Guzmán y de las lesiones personales que sufrió Mario Aldana Guzmán—, y contra Froilán Guzmán Leal como cómplice necesario del homicidio expresado.

"2º—Sobre los hechos que constan en el expediente el H. Tribunal al revisar el enjuiciamiento se expresa de la siguiente manera:

"Entre Jesús Aldana y sus hermanos menores, llamados Mario, Buenaventura y Leoncio, había diferencias por intereses. El vecindario conocía esa enemistad y se hablaba de que podía llegar a extremos graves.

"Con estos antecedentes se produjo el incidente que relatan los autos sobre el cual hay dos versiones: la de Jesús Aldana y sus primos y amigos, Froilán y Pedro García, y la de Leoncio y Mario Aldanas y algunos otros testigos.

"Dicen los primeros que Jesús fue atacado inopinadamente por sus tres hermanos, que los Guzmanes y los García intervinieron para defenderlo, que Froilán fue herido por la espalda por Buenaventura Aldana y que en ese momento se oye-

ron dos disparos sin que ellos hubieran sabido quién los hizo.

"Los Aldanas, en cambio, aseguran que Jesús los atacó auxiliado por los Guzmanes y los Garcías, que Jesús trató de disparar su escopeta contra Mario sin lograrlo, que entonces Froilán García tomó dicha arma y le hizo un disparo a Mario que lo hirió gravemente en una pierna, que a continuación Jesús le dijo al mismo García señalándole a Buenaventura: "mátelo a él también"; que en ese momento Froilán Guzmán le pasó un revólver a su tocayo García con el cual éste le causó a Buenaventura las lesiones mortales, y que Buenaventura ya, ya herido (sic) le dio un machetazo a García.

"A favor de la primera versión están los testimonios de Alfredo Vásquez, Antonio Alturo y Félix Góngora, quienes afirman haber estado en compañía de Froilán García y sus compañeros en la escuela del lugar cuando oyeron gritos de auxilio que los obligaron a acudir para ver cómo Leoncio, Mario y Buenaventura Aldanas atacaban a planazos a su hermano Jesús, por lo cual algunos de los circunstantes, entre ellos los Froilanes, intervinieron para defender a Jesús; agregan que en medio de la trifulca se oyeron dos disparos y que se retiraron sin haber dado cuenta de quién los hizo o de qulén o quiénes resultaron heridos con ellos.

"La segunda versión está corroborada por las declaraciones de Lucio Gómez, quien dice haber llegado a la casa de Mario Aldana aquella mañana, poco rato después de ocurrido el suceso, y haber oído decir a "un poco de gente que allí había" que el causante de las heridas había sido Froilán García; Rocco Jacinto Barreto, que llegó al sitio mismo de los hechos casi inmediatamente después de ocurridos, y preguntó a los heridos quién los había lesionado, habiéndole estos contestado que Pedro García había herido a Mario y Froilán a Buenaventura; Zoila Rosa Gómez, testigo ocasional del incidente, quien dice haber oído una pelea cuando regresaba de bañarse en el río Luisa y continúa así su relato: "vi que Jesús Aldana se entró al predio de Mario Aldana, armado con una escopeta, e inmediatamente le disparó a Mario pero la escopeta no le dio fuego; visto eso Mario se le fue a la lucha y se pusieron a luchar, en esas llegó el finado Bentura (sic) Aldana y le dijo a Jesús: 'hermano no haga eso con mi hermano porque somos hermanos'; en esas llegó Leoncio Aldana y le dijo a Jesús lo mismo, 'hermano no haga eso que somos hermanos', en esas llegaron Froilán y Pedro García, Froilán y Miguel Antonio Guzmán y unos cuantos más que yo no conocí, quienes venían de la escuela de un baile y Jesús Aldana le dijo a Froilán García, 'qué hubo que no los matan', seguidamente Froilán García que también traía una escopeta le disparó a Mario triturándole las dos piernas, quien cayó en seguida: después Froilán Guzmán le dio un revólver a Froilán García, y éste cogió el revólver de Guzmán y le disparó al finado Buenaventura Aldana un tiro, pegándoselo en el abdomen pasándole de lado a lado. En vista de que el finado se sintió herido sacó la peinilla y le dio un machetazo por detrás a Froilán García, después de lo cual sí cayó a consecuencia del disparo que García le había hecho; después Miguel Angel Guzmán le dio una peinilla a Jesús Aldana, quien intentó tirarle al finado, pero en esas los otros, o sea Froilán García, Pedro García, Froilán Guzmán, Miguel Antonio Guzmán salieron corriendo y Jesús siguió entonces tras de ellos"; María Josefa Aldana, a quien Buenaventura le señaló a Froilán García, Froilán Guzmán, Jesús Aldana, Miguel Antonio Guzmán, Pedro García y Félix Góngora como sus heridores, y quien, además, dice haber visto a Froilán García en aquellos momentos con "un arma de fuego de largo calibre"; Abel Aldana, primo de los protagonistas de su apellido, a quien Mario y Buenaventura le dijeron aquella mañana, desde sus lechos de enfermos, que sus heridores habían sido Froilán y Pedro García: Luis Enrique Barreto, transeúnte ocasional que se acercó al oír los lamentos de los heridos y dice: "...y ahí entre el pastal que es de un potrero que sostiene Mario Aldana encontré un poco de gente y encontré que estaba herido Buenaventura Aldana y Mario Aldana. Bentura (sic) Aldana me dijo que mirara que Froilán García le había pegado un balazo y el otro también, Mario Aldana, me dijo también que mirara que Froilán García le había pegado un balazo en una pierna a él también"; y al final de su declaración dice que cuando iba llegando "al punto ya iban saliendo de ahí Jesús Aldana, Froilán García y Froilán Guzmán"; y Pedro Barreto, también observador ocasional, quien vio el tumulto, se detuvo a mirar y vio desprenderse del grupo a Jesús Aldana, los Garcías, los Guzmanes y dos jóvenes desconocidos para él a quienes preguntó, sin obtener respuesta, quiénes eran los heridos; agrega este testigo que los hombres que formaban el grupo mencionado llevaban dos escopetas".

Con estos antecedentes, el 29 de septiembre de 1952 el Juez Segundo Superior de Ibagué dictó auto de proceder contra Froilán Guzmán Leal "como auxiliador necesario para la comisión del delito de homicidio ya mencionado", o sea aquel que cortó la vida de Buenaventura Aldana (fl. 100 in medio, cuaderno 1).

Esta providencia fue confirmada por el Tribunal el 25 de noviembre de 1954.

Al Jurado (f. 148) compuesto por don Roberto Rubio y los doctores Jorge Guzmán Molina y Juan José Montoya, se les preguntó:

"El acusado Froilán Guzman Leal es responsable de haber cooperado con la persona que le causó la muerte a Ventura o Buenaventura Aldana Guzmán, con el propósito de matar a consecuencia de un disparo.... de arma de fuego.... (revólver o pistola).... hecho ejecutado por el acusado a eso de las nueve de la mañana del 18 de septiembre de 1949 en la fracción de Chipuelo, jurisdicción... del Guamo, de este distrito judicial?"

Los jurados don Roberto Rubio y doctor Jorge Guzmán Molina contestaron "sí es responsable".

El otro jurado o sea el doctor Juan José Montoya, apartándose del parecer de sus compañeros, respondió "No es responsable".

El juez de primera instancia, en el supradicho fallo de 7 de noviembre de 1956 (fl. 157) condenó "a Froilán Guzmán Leal..., como cómplice necesario del delito de homicidio cometido por Froilán García Mendoza, a purgar ocho años de presidio...".

El Tribunal, en sentencia de 15 de junio de 1957 (fl. 189) reformó lo resuelto por el inferior "en el sentido de fijar... en nueve y medio años de presidio" la pena "que debe purgar el acusado Froilán Guzmán Leal".

Guzmán Leal, por medio de apoderado interpuso y fundó en tiempo el recurso de casación.

Las causales invocadas fueron las cinco primeras del artículo 567 del C. de P. P.

No existe la debida separación entre los motivos que se presentan para respaldar cada una de dichas causales, como lo manda la técnica del recurso.

Siguiendo el criterio, muy acertado por cierto, del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal (fl. 34, cuaderno 3), conviene examinar ante todo la causal 4ª, o sea aquella que consiste en ser la sentencia recurrida "violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

EL CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Dice así:

"...en el auto de proceder se imputó al mentado Guzmán Leal una cooperación necesaria en la muerte violenta e injusta de Buenaventura Aldana; en la cuestión formulada al jurado no se especificó tal cooperación, pues se preguntó: "El acusado Froilán Guzmán es responsable de haber cooperado con la persona..."; en la respuesta de los jueces de hecho tampoco se hizo anotación alguna que permitiera distinguir la clase de cooperación, y sobre este fallo equívoco la sentencia colocó al acusado realizando en el delito una participación no especificada por el jurado...

"...Son dos formas de auxilio: la del coautor (artículo 19), y la del partícipe no necesario o ayudante convenido para después de consumado el ilícito: una y otra consistentes en tan protuberantes como distintas circunstancias modificadoras cuya apreciación y calificación en juicios como el presente no corresponde al Juez de derecho sino al jurado (artículo 499 del C. de P. P.), ante quien el cuestionario debe ser cabal compendio del hecho o hechos materia del enjuiciamiento, con la determinación categórica de aquellas circunstancias, de tal manera expresadas que no haya lugar a la menor incertidumbre, a ninguna confusión como la que se ha suscitado al redactar la cuestión preinserta en forma que lo mismo puede presentar al codelincuente, que al cómplice secundario o al encubridor...

"...Como el hecho generador de la nulidad aludida, o sea el defecto en el cuestionario relativo a Froilán Guzmán, atañe tan solo a éste, no hay razón para que tal nulidad y la consiguiente reposición de lo actuado se extienda al procesado —no recurrente— Froilán García Mendoza, respecto de quien la sentencia debe quedar en firme.

"Se encuentra sí fundada la causal cuarta y por tanto no hay lugar al análisis de las otras que el demandante propone".

LA TESIS DEL RECURRENTE

"El cuestionario —dice— fue elaborado bajo la influencia decisiva del auto de proceder"... Al Tribunal popular "se le colocó en condiciones angustiosas, en razón de las cuales debía contestar de una manera determinada ese cuestionario".

En seguida (fl. 25, cuaderno 3) el mismo recurrente transcribe lo dicho por la Corte en senten-

cia de 6 de octubre de 1953. en la cual la Corporación acogió la tesis del Ministerio Público, expuesta así: "Y para ello es necesario que la pregunta que se hace a los jueces de conciencia comprenda, en forma concisa y ceñida al auto de proceder, todos los presupuestos sustanciales del delito, en su aspecto genérico y específico, lo mismo que las circunstancias integrantes y modificadoras de la responsabilidad y la sanción". (Cfr. G. J. T. LXXVI, octubre 1953, número 2135, pág. 662 in fine).

El recurrente funda la causal cuarta en el artículo 26 de la Constitución, el cual contiene una garantía **pro reo**. Así pues, el problema que se plantea con relación a esta causal, consiste, ante todo, en cerciorarse de si el conjunto de la pregunta y el veredicto afirmativo, hubiera sido **mejor** o **peor** para el sindicado, especificando la cooperación como "necesaria" (artículo 19 C. P.), o sin tal especificación (artículo 20 ibidem). Hecho este planteamiento —que es el lógico— no hay duda de que la situación empeora para el reo si a la "cooperación" se agrega la "necesidad" de la misma en el acto punible. De ahí que no resulte viable, en este caso, la causal cuarta de casación con el solo apoyo del artículo 26 de la Superley.

CAUSAL TERCERA

La funda muy lacónicamente el apoderado del reo, en estos términos: "Aprecio que, como es sabido, el proceso penal tiene sus incidencias directas con el auto de proceder, con el veredicto del jurado y con el fallo final. Y es el caso que encuentro que estos actos procesales no guardan la debida consonancia entre sí... Afirmo que lo anterior es suficiente y definitivo para que prospere la causal precitada". (Fls. 6 y 7, cuaderno 3).

El numeral tercero del artículo 567 del C. de P. P. dice que es casable lo resuelto por el Tribunal "cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder" o se encuentre **"en desacuerdo con el veredicto del jurado"**.

En el presente caso, la sentencia recurrida, evidentemente se conformó con el auto de proceder, el cual, en sus considerandos especificó la cooperación como **necesaria**.

En cambio, no hay armonía entre el mismo fallo y el veredicto del **inri**, puesto que éste se abstuvo de hacer semejante especificación.

En otras palabras, el Tribunal popular calificó al sindicado como cooperador nada más; y los falladores de primera y segunda instancia lo condenaron partiendo de una sepecie agravada ajena al veredicto, o sea la cooperación necesaria, sin la cual el acto punible no hubiera podido cometerse.

Prospera, pues, por este aspecto la causal tercera de casación y no es el caso de examinar las otras.

Solo por tratarse de materia tan clara que ha podido resolverse mediante razonamiento simplísimo, la Sala habrá de invalidar la sentencia recurrida para sustituirla por otra, no sin advertir que la demanda de casación deja mucho que desear desde el punto de vista de la técnica del recurso y que son incompletas las explicaciones en que apoya el recurrente la discordancia entre el veredicto y el fallo acusado.

El veredicto, que no fue declarado contraevidente, obligaba a los sentenciadores de instancia fijándoles un marco dentro del cual no quedó incluída la cooperación necesaria sino la simple. La conducta agravada (artículo 19 del C. P.) está, pues en desacuerdo con el veredicto.

Para dictar la sentencia que haya de reemplazar la recurrida hay que atender a lo dispuesto en el artículo 20 del C. P. que dice:

"El que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho... incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuida de una sexta parte a la mitad".

Así pues, la pena de ocho años (artículo 362 del C. P.) rebajada en la mitad (artículo 20 ibidem) debe quedar reducida a cuatro años de presidio.

No es el caso de aplicar al procesado el numeral 4º del artículo 37 ibidem.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal —oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida en cuanto condenó al procesado Froilán Guzmán Leal, a nueve y medio años de presidio como cómplice o cooperador necesario

del homicidio perpetrado por Froilán García Mendoza en Buenaventura Aldana; y, en su lugar, CONDENA al mismo Froilán Guzmán Leal a cuatro años de presidio como cómplice no necesario en la ejecución del referido delito.

Respecto de las penas accesorias se estará a lo resuelto para el mismo procesado Guzmán Leal en el numeral 3º de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, fallo que quedará vigente en cuanto no pugne con la presente sentencia y con lo resuelto por el Tribunal acerca de Froilán García Mendoza en la decisión materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía Jiménez — Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

COMPETENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PARA CONOCER DE LAS CAUSAS QUE POR MOTIVOS DE RESPONSABILIDAD, POR INFRACCION DE LA CONSTITUCION O LEYES, O POR MAL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES, SE PROMUEVAN CONTRA LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES

Las denuncias deben formularse de acuerdo con la ley; los cargos tienen que ser concretos y precisos; el denunciante debe indicar en forma clara y sucinta los hechos respectivos y la época exacta o siquiera aproximada y el lugar donde ocurrieron. Si la denuncia se refiere a delitos de responsabilidad por razón de funciones públicas, es necesario, además, que el denunciante señale con nitidez estas circunstancias atendiendo a lo dispuesto en el artículo 14 y concordantes del Código Penal.

Según los artículos 151 (ord. 2º) de la Constitución y 42 (ord. 8º) del C. de P. P. es la Corte Suprema (Sala Penal) la competente para conocer "de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia...".

Sobre el particular es pertinente reproducir lo que dijo la Corte en auto de 8 de julio de 1946, LXII, 131, a saber: "...Solo para aquellos casos en los cuales se impute a un Magistrado la comisión de un delito realizado por razón de su cargo o en ejercicio de funciones judiciales, debe conocer la Corte, pero en ningún caso, de las infracciones que cometa sin tener en cuenta para nada esa calidad...".

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino)

VISTOS:

El abogado Manuel Erazo Pardo cedulado bajo el número 1173716 en Cali, denunció en escrito de 21 de junio último, al doctor Alfonso Cardoza Ortiz (actual Magistrado del Tribunal Superior de la misma ciudad), por "cargos" que, según el denunciante, le "aparecen" en otra denuncia del mismo origen contra el señor Ramón Becerra Domínguez, Inspector Once de Policía.

Con relación a lo anterior, la Sala, en auto de 2 de julio de 1958, dispuso:

-"...Dígase al denunciante o sea al abogado Manuel Erazo y Pardo, que no basta atribuírle al denunciado los delitos de prevaricato y abuso de autoridad en forma vaga aunque rotunda, sino que es necesario que precise en qué consistieron exactamente esas infracciones de la ley penal. Los cargos hay que concretarlos para que se puedan investigar expedita y eficazmente; y con mayor razón tratándose de cargos tan graves como los ya dichos. (Artículo 12 del C. de P. P.)). Los hechos que hayan de servir de base indispensable de tales cargos, debe relatarlos el denunciante en forma sucinta y con entera claridad tanto en lo sustancial como en los pormenores (artículo 14 ibidem). Como la denuncia no está ratificada, comisiónase al Juez 1º del Circuito Penal de Cali para que cite al denunciante a su despacho, y obtenga de él la ratificación de la denuncia bajo juramento, no sin ponerle de presente las observaciones que arriba se contienen.

"Fíjase el término de cinco días más las distancias para el cumplimiento de esta comisión.

"Cumplida ésta, vuelva el asunto al despacho del magistrado sustanciador para resolver lo que sea legal".

En la diligencia de ratificación de la denuncia contra el doctor Cardoza Ortiz el denunciante (fl. 7 y vuelto) se limitó a insistir en lo que había manifestado al denunciar al señor Becerra Do-

mínguez; no cumplió, pues, lo resuelto por la Corte en el auto recién transcrito.

Las denuncias deben formularse de acuerdo con la ley; los cargos tienen que ser concretos y precisos; el denunciante debe indicar en forma clara y sucinta los hechos respectivos y la época exacta o siquiera aproximada y el lugar donde ocurrieron. Si la denuncia se refiere a delitos de responsabilidad por razón de funciones públicas, es necesario, además, que el denunciante señale con nitidez estas circunstancias atendiendo a lo dispuesto en el artículo 14 y concordantes del Código Penal.

Nada de eso hizo el abogado Erazo y Pardo, el cual, como ya se ha dicho, se contrajo a aludir a otra denuncia.

Según los artículos 151 (ord. 2) de la Constitución y 42 (ord. 6) del C. de P. P. es la Corte Suprema (Sala Penal) la competente para conocer "de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra... los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia...".

Sobre el particular es pertinente reproducir lo que dijo la Corte en auto de 8 de julio de 1946, LXI, 131, a saber: "...Solo para aquellos casos en los cuales se imputa a un magistrado la comisión de un delito realizado por razón de su cargo o en ejercicio de funciones judiciales, debe conocer la Corte, pero en ningún caso, de las infracciones que cometa sin tener en cuenta para nada esa calidad...".

El denunciante Erazo y Pardo no dice si los cargos que le imputa al doctor Cardoza Ortiz tienen relación con el desempeño por parte de éste, de las funciones de magistrado del Tribunal de Cali. Y en la copia de la denuncia que presentó contra el señor Becerra Domínguez se limita a aseverar que éste tuvo el respaldo del doctor Cardoza Ortiz y de otro magistrado desde antes de tener el doctor Cardoza tal investidura. De aquí no resulta ningún cargo serio contra el doctor Cardoza, porque no se sabe a punto fijo en qué consistió ese respaldo.

Habla luego Erazo y Pardo de una acusación que le hizo el doctor Vicente Vernaza Gómez, quien era "amigo y compañero de los magistrados Zúñiga y Cardoza Ortiz"; luego dice muchas otras cosas que no tienen que ver nada con el denunciado y; por último agrega imputaciones (numerales 11 y 12 de la copia, folios 2 y 3) que según manifiesta el propio Erazo y Pardo no se refieren a la época en que el doctor Cardoza Ortiz ya era magistrado.

Basta lo expuesto para llegar a la conclusión de que la denuncia no puede prosperar, y a la certidumbre de que la Corte no es competente para conocer en única instancia de los confusos y problemáticos hechos denunciados.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONSIDERA que no es el caso de abrir investigación contra el magistrado Cardoza Ortiz.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía Jiménez — Simón Ricardo Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pisquinto León L., Secretario.

DISTINCIONES INDISPENSABLES PARA DETERMINAR LA AUTORIDAD QUE DEBE RESOLVER LA RECUSACION PROPUESTA EN MATERIA PENAL CONTRA UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR. — PRUEBAS. — CUANDO DEBEN PRESENTARSE. — MOTIVOS PARA NO RECONOCER LA EXISTENCIA EN EL FALLO DE UNA CAUSAL NO ALEGADA CUANDO SE PROPUSO EL INCIDENTE DE RECUSACION

1.—Para determinar la autoridad que debe resolver la recusación propuesta en materia penal contra un Magistrado de Tribunal Superior, es preciso distinguir: si los hechos en que ella se funda se aceptan como ciertos por el recusado, corresponde a los restantes Magistrados de la misma Sala declararla fundada, si están de acuerdo con éste, o enviar el negocio a la Corte, en la hipótesis contraria, para que decida el incidente, en virtud de lo dispuesto por los artículos 77 y 74 del C. de P. P., pues en tal supuesto la recusación no es más que un impedimento manifestado a instancia de parte interesada, y porque como dicho estatuto no indica quién ha de dirimir el asunto, es necesario aplicar el artículo 442 del C. J., con base en lo establecido por el artículo 2º de aquella obra: mas si el recusado rechaza el fundamento que se invoca, no puede recurrirse a estas dos disposiciones, contra lo que se desprende de la anterior jurisprudencia de la Corte, por cuanto el artículo 77 del C. de P. P. ordena expresamente que si aquel "no los aceptare (los hechos en que la recusación se funda), enviará el proceso al superior, quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado y probado".

No cabe argüir contra lo expuesto que esta última norma no regula la recusación de los Magistrados de Tribunal, porque ella solo habla de "el Juez", pues es intuitivo que esta palabra está empleada en su acepción jurídica, traída por Escriche, de "el que está revestido de la potestad de administrar justicia a los particulares", la cual "es genérica y comprensiva de todos los que administran justicia". En el mismo sentido usa el C. de P. P. el expresado término en los artículos 72, 73 (numerales 8º, 9º, 10º y 11º) y 74 (primera parte). Si así no fuere, habría que aceptar el absurdo de que únicamente "los JUECES deben declararse impedidos para conocer de procesos criminales, cuando existan respecto de ellos causales de recusación" y no los Magistrados, ya que el transcrito artículo 72 ibidem no menciona a estos en forma específica.

2.—Según lo estatuído por el inciso 2º del artículo 76 del C. de P. P., al escrito de recusación es indispensable acompañar las pruebas en que ella se funde, a lo cual equivale indicar las que ya figuran en el proceso. Y no pueden estimarse al resolver el incidente las presentadas después de haber manifestado el recusado no aceptar como ciertos los hechos fundamentales de la causal que se invoca, pues con ello se privaría a éste de la oportunidad de explicarlas o redargüirlas. Por lo demás, aunque es presumible que los funcionarios judiciales dicen siempre la verdad, no es menos cierto que si alguno se inclina a conocer de un asunto a pesar de concurrir en él motivo de impedimento, se sentirá más eficazmente constreñido a aceptar éste en presencia de las piezas de convicción que lo acrediten, que ante las simples aseveraciones del recusante.

3.—Si durante el trámite de un incidente de recusación surge una nueva causal, no alegada cuando éste se propuso, no es posible reconocer su existencia en el fallo, ya que de lo contrario se le negaría al recusado la facultad, reconocida a su favor por el artículo 77 del C. de P. P., de admitir o negar los hechos en que ella se funda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio)

VISTOS:

El señor Ciro Seni, parte civil en el proceso penal que se adelanta contra la señora Ana María Polo de Seni por bigamia, en memorial de ocho de abril pasado, dirigido a los "honorables Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior" de Barranquilla, recusó al Sustanciador doctor Félix Suárez Barrios, con base en los siguientes hechos:

A)—En los libros de contabilidad del padre de la acusada, ya fallecido y del cual ésta es heredera única, "figuran varias partidas por un total de $ 1.785.97 m. l. que el doctor Félix Suárez Barrios recibió a título de préstamos o donaciones", por lo cual considera que, si tales sumas fueron entregadas a título de mutuo, el Magistrado es deudor de aquella, y si a título gratuito, tiene él con su familia "vínculos de gratitud y amistad en grado de intimidad, pues, al extraño o desconocido no se le dispensa esta clase de ayudas".

B)—El recusado presta especial protección a la procesada, como lo demuestra "el hecho de que por recomendaciones del doctor Suárez se encuentra empleada en uno de los Juzgados Municipales de la ciudad la señorita María de Jesús Polo, quien es hermana de la sindicada Ana María Polo de Seni y prima hermana del H. Magistrado doctor Suárez".

C)—Entre éste y el apoderado de la acusada, doctor Juan Polo Lara, "existen relaciones de amistad íntima, no solo en el campo estrictamente personal, sino en el político, por cuanto ambos pertenecen a la corriente conservadora que en el Departamento del Atlántico sigue al doctor Alzate Avendaño".

Invoca el recusante las causales 2ª y 5ª del artículo 73 del C. de P. P., y termina solicitando la práctica de una inspección ocular "en la contabilidad y demás documentos del señor Marcial Polo Caballero para establecer la realidad de las deudas a cargo del H. Magistrado doctor Suárez Barrios".

Al escrito de recusación no se acompañó ninguna prueba, pues solo fue presentado con una "relación de los préstamos y letras a cargo de Félix Suárez B., y familia", que no tiene firma responsable alguna, ni expresa siquiera de dónde fue tomada.

La Secretaría del Tribunal, de acuerdo con lo que claramente se colige del artículo 78 del C. de P. P. y con lo establecido por la nutrida y uniforme jurisprudencia de la Corte sobre el particular, tramitó correctamente el asunto, pasando el escrito respectivo al funcionario recusado quien, en auto de diez y ocho del mismo mes, negó los hechos aducidos como fundamento y de las causales invocadas, dio al respecto varias explicaciones, y ordenó pasar el negocio "al Magistrado Julio Marenco Romero, a quien le corresponde conocer del incidente de recusación", lo cual se cumplió en la misma fecha.

Cuatro días después, el doctor Julio Salgado Vásquez, en su carácter de apoderado de la parte civil, presentó los siguientes documentos: 1º Copia de una diligencia de inspección ocular practicada extrajuicio en libros de contabilidad de los cuales se dice "son los mismos que usaba el señor Polo Caballero", en la que se estableció que en estos aparecen varios asientos de sumas entregadas en préstamo a Félix Suárez, otra "para un pasaje de regreso a Bogotá", y una "para ayuda en Malambo en las elecciones"; 2º—Copia de la partida de bautismo de Ana María Polo Lara, y 3º—Un memorial en el cual afirma, entre otras cosas, que de lo encontrado en los libros de contabilidad del señor Marcial Polo Caballero y de las aseveraciones del Magistrado doctor Suárez Barrios surgen dos versiones distintas; que éste "sostiene que el doctor Ciro Seni lo ha calumniado al solicitarle que se declare impedido o, mejor, al plantear el incidente de recusación"; que "como la calumnia es un delito y el H. Magistrado doctor Suárez ha llamado calumniador al doctor Seni, es forzoso concluir: a) Si es cierto que el doctor Ciro Seni ha calúmniado al doctor Suárez, como el H. Magistrado lo ha tildado de calumniador para deshonrarlo u ofenderlo, quiere ello decir que el doctor Suárez ha injuriado a la parte civil; b) Si lo aseverado por la contabilidad del señor Polo Caballero resulta a la postre veraz, entonces el doctor Seni no sería calumniador, pero como se le ha llamado tal, estaría siendo objeto, por lo menos de una ofensa injuriosa", y que estima "que el clima de tensión creado por la providencia del H. Magistrado doctor Suárez no es propicio para la correcta administración de justicia, pues, es de suponer que entre los doctores Suárez y Seni haya surgido enemistad grave, precisamente por las ofensas proferidas por el H. Magistrado doctor Suárez contra el doctor Seni".

Los restantes Magistrados de la Sala declararon infundada la recusación en providencia de

doce de junio pasado, que no es del caso examinar, pues no habiendo admitido como ciertos el doctor Suárez Barrios los hechos en que aquella se funda, es a su inmediato superior (la Corte) a quien compete decidir el incidente, por las razones que se expondrán en seguida.

Se considera:

1º—Para determinar la autoridad que debe resolver la recusación propuesta en materia penal contra un magistrado de Tribunal Superior, es preciso distinguir: si los hechos en que ella se funda se aceptan como ciertos por el recusado, corresponde a los restantes magistrados de la misma Sala declararla fundada, si están de acuerdo con éste, o enviar el negocio a la Corte, en la hipótesis contraria, para que decida el incidente, en virtud de lo dispuesto por los artículos 77 y 74 del C. de P. P., pues en tal supuesto la recusación no es más que un impedimento manifestado a instancia de parte interesada, y porque como dicho estatuto no indica quién ha de dirimir el asunto, es necesario aplicar el artículo 442 del C. J., con base en lo establecido por el artículo 7º de aquella obra; mas si el recusado rechaza el fundamento que se invoca, no puede recurrirse a estas dos disposiciones, contra lo que se desprende de la anterior jurisprudencia de la Corte, por cuanto el artículo 77 del C. de P. P. ordena expresamente que si aquel "no los aceptare (los hechos en que la recusación se funda), enviará el proceso al superior, quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado y probado".

No cabe argüir contra lo expuesto que esta última norma no regula la recusación de los magistrados de tribunal, porque ella solo habla de "el juez", pues es intuitivo que esta palabra está empleada en su acepción jurídica, traída por Escriche, de "el que está revestido de la potestad de administrar justicia a los particulares", la cual "es genérica y comprensiva de todos los que administran justicia". En el mismo sentido usa el C. de P. P. el expresado término en los artículos 72, 73 (numerales 8º, 9º, 10 y 11) y 74 (primera parte). Si así no fuere, habría que aceptar el absurdo de que únicamente "los Jueces deben declararse impedidos para conocer de procesos criminales, cuando existan respecto de ellos causales de recusación", y no los Magistrados, ya que el transcrito artículo 72 ibidem no menciona a estos en forma específica.

2º—Según lo estatuido por el inciso 2º del artículo 76 del C. de P. P., al escrito de recusación es indispensable acompañar las pruebas en que ella se funde, a lo cual equivale indicar las que ya figuran en el proceso. Y no pueden estimarse al resolver el incidente las presentadas después de haber manifestado el recusado no aceptar como ciertos los hechos fundamentales de la causal que se invoca, pues con ello se privaría a éste de la oportunidad de explicarlos o redargüirlos. Por lo demás, aunque es presumible que los funcionarios judiciales dicen siempre la verdad, no es menos cierto que si alguno se inclina a conocer de un asunto a pesar de concurrir en él motivo de impedimento, se sentirá más eficazmente constreñido a aceptar éste en presencia de las piezas de convicción que lo acrediten, que ante las simples aseveraciones del recusante.

Y como en el caso de autos las pruebas relativas a los hechos en que se funda la primera de las causales alegadas no se adujeron sino después de negarlos el recusado, aquellas deben desecharse por extemporáneas. La otra causal ni siquiera se intentó demostrar.

3º—Si durante el trámite de un incidente de recusación surge una nueva causal, no alegada cuando éste se propuso, no es posible reconocer su existencia en el fallo, ya que de lo contrario se le negaría al recusado la facultad, reconocida a su favor por el artículo 77 del C. de P. P., de admitir o negar los hechos en que ella se funda.

Por tal razón, no es el caso de pronunciarse sobre la causal aducida por el apoderado del recusante.

* * *

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema—Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara infundada la recusación propuesta contra el Magistrado doctor Félix Suárez Barrios. Y como el proceso no se envió al superior, como debió hacerse, ordena a los restantes Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla devolverlo al recusado, para que siga conociendo de él.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía Jiménez — Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER, POR APELACION, DE LO RESUELTO POR EL TRIBUNAL MILITAR ACERCA DE AMNISTIA. — EL HURTO DE SEMOVIENTES, CON EVIDENTES PROPOSITOS DE LUCRO, NO PUEDE CALIFICARSE DE DELITO POLITICO

Para la Sala constituye un grueso dispara te calificar de delito político el hurto de semovientes, llevado a cabo con evidentes propósitos de lucro.

Dentro de la definición que sobre delito político contiene el artículo 1o del Decreto 1.823 de 1954, no está incluído el hurto de semovientes entre los delitos políticos. Lo que constituye esencialmente esta clase de hechos punibles es el peligro para la seguridad del Estado y de sus instituciones. Y a nadie se le ha ocurrido que el hurto y aun el robo de semovientes, en pequeña o en grande escala, represente amenaza de ninguna especie para las autoridades en sí mismas o en su normal funcionamiento.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, agosto cinco de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

Según el artículo 616 del Decreto extraordinario 0250 de 11 de julio de 1958, las amnistías e indultos a que se refieren los Decretos 1.823 y 2.062 de 1954 son de la competencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

En tal virtud corresponde decidir a esta Sala acerca de la apelación interpuesta por el Fiscal del Tribunal Superior Militar el 12 de marzo de 1956, contra la providencia dictada por aquella entidad el mismo día en el informativo tocante al hurto de un macho de color algarrobo, hurto perpetrado según parece por el sargento de la Policía de Antioquia, señor Luis Guillermo Isaza en los primeros días de junio de 1953, en el corregimiento de Guintar del Municipio de Anzá de dicho departamento.

El asunto fue remitido, pues, a la Sala Penal de la Corte en cumplimiento del referido artículo 616 y del 618 del Decreto 0250 de 1958.

La apelación la concedió el Tribunal Militar el 6 de abril de 1956.

Este recurso debe resolverse de plano (artículo 39, Decreto 2.062 de 1954).

La atribución cuarta del artículo 320 ibídem refiere la competencia para la Corte para conocer, por apelación, de lo resuelto por el Tribunal Militar acerca de amnistía.

Dicho Tribunal en el caso de Luis Guillermo Isaza se limitó a decir que Enrique Blandón le compró al sargento Isaza un semoviente; que luégo Blandón lo vendió a José Pablo Román; que las autoridades le decomisaron a Román el semoviente con base en la prueba de que había sido hurtado a su verdadero dueño, o sea a un señor Ortiz; que el sargento "no tenía por qué sacar esos animales pues no estaban en la zona afectada por los bandoleros, pues (sic) es más acá de la Cejita"; que de todo lo anterior "se concluye que el móvil del hurto..... fue la política partidista ya que la víctima pertenecía a un partido político distinto del del sindicado y ello parece ser el único móvil que se tuviera para el hurto en mención".

Para terminar la parte motiva de su providencia el Tribunal agrega: "Siendo el ilícito de carácter político y no existiendo en el mismo atrocidad ninguna, es el caso de (sic) declarar al procesado acreedor al beneficio de la amnistía".

En la parte resolutiva el Tribunal "ordena la cesación del procedimiento" contra Isaza y le concede la amnistía.

Con relación al proceso, sumario, informativo o como quiera llamársele, la Sala observa: al ser-

gento no se le tomó indagatoria; los testigos llamados a declarar sobre el negocio del macho dijeron no haber presenciado la compraventa; el Tribunal no analiza las disposiciones legales en que dice fundarse.

Para la Sala constituye un grueso disparate calificar de delito político el hurto de semovientes, llevado a cabo, como consta en el informativo, con evidentes propósitos de lucro.

Para conceder la amnistía al sargento Isaza sin haberle tomado indagatoria, y sin petición de nadie, el Tribunal se apoyó en "los artículos 5º y 11 de los Decretos 1.823 y 2.062 de 1954, respectivamente".

Estos artículos no tienen que ver nada con el caso del sargento Isaza.

¿Qué se entiende por delito político?

Hay varias definiciones; pero por lo pronto la que interesa es la contenida en el artículo 1º del mismo Decreto 1.823 de 1954 que dice:

"Concédese amnistía para los delitos políticos cometidos con anterioridad al 1º de enero del presente año (1954).

"Para los efectos del presente decreto se entiende por delitos políticos todos aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o aversión a éste, por aversión o sectarismo políticos".

Esta curiosa definición está muy lejos de incluir el hurto de semovientes entre los delitos políticos. Además, lo que constituye esencialmente esta clase de hechos punibles es el peligro para la seguridad del Estado y de sus instituciones. Y a nadie se le ha ocurrido que el hurto y aun el robo de semovientes, en pequeña o en grande escala represente amenaza de ninguna especie para las autoridades en sí mismas o en su normal funcionamiento.

Basta lo anterior para revocar la providencia apelada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el auto recurrido del Tribunal Superior Militar, y en su lugar dispone que por conducto de dicha entidad o de quien corresponda, se adelante y concluya el sumario contra el sargento de Policía Departamental de Antioquia señor Luis Guillermo Isaza en averiguación del delito de hurto en que haya podido incurrir.

En dicho sumario debe indagatoriarse al sindicado, y han de cumplirse las demás diligencias que prescribe la ley para el esclarecimiento de los hechos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez— Simón Montero Torres— Pedro Pacheco Osorio.—Pioquinto León L., Secretario.

COMO LA SOCIEDAD CONSTITUIDA ENTRE VARIAS PERSONAS FORMA UNA PERSONA JURIDICA DISTINTA DE LOS SOCIOS INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS, NO CONSTITUYE FALTA CONTRA LA ETICA PROFESIONAL, LA CIRCUNSTANCIA DE DEMANDARLA EJECUTIVAMENTE, POR EL SOLO HECHO DE HABER SIDO EL ACTOR APODERADO DE UNO DE LOS SOCIOS EN UN JUICIO DE SUCESION

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, agosto seis de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Pamplona la sentencia fechada el 13 de diciembre de 1957, por medio de la cual absuelve al doctor Jorge Soto Olarte de los cargos que contra la ética profesional se le formularon y ordena sacar las copias de que trata el segundo inciso del artículo 12 de la Ley 69 de 1945.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que se debe revocar dicha sentencia y en su lugar imponerle al acusado las sanciones señaladas en el artículo 8º de la ley citada para las faltas leves contra la ética profesional.

Del doctor Soto Olarte dijo, en síntesis, lo siguiente la señora Mennath Zogbi de Sus, en memorial dirigido el 11 de mayo de 1955 al señor Procurador General de la Nación y en posteriores ampliaciones:

a)—Que el doctor Soto Olarte, de acuerdo con Chibly Sus, uno de los gestores de la sociedad de comercio denominada "Carlos Sus y Compañía Limitada", intervino para que, durante cuatro meses y medio, se mantuviera cerrado el Almacén Rafael, perteneciente a la nombrada compañía, ocasionándole con este procedimiento pérdidas considerables;

b)—Que el doctor Soto Olarte, al ver abierto el almacén por disposición judicial, pidió de nuevo su embargo. Para este efecto demandó a la sociedad, como apoderado del Banco de Colombia, no obstante serlo también de Chibly Sus en el juicio de sucesión de su padre Carlos Sus. Es decir, que actuó como apoderado del demandante (Banco de Colombia) y del demandado (Sociedad Carlos Sus y Compañía Limitada, uno de cuyos gestores era el señor Chibly Sus), y

c)—Que el Banco de Colombia, aconsejado por su abogado Soto Olarte, se negó a recibir abonos parciales para la cancelación de una deuda de $ 8.000.00 contraída por la sociedad y que por este motivo aumentó considerablemente.

El extenso escrito en que el doctor Jorge Soto Olarte presentó sus descargos puede compendiarse así:

No es verdad que por gestiones suyas se hubiera cerrado el Almacén Rafael. El secuestro preventivo lo pidió el Síndico del Impesto de Sucesiones y Donaciones y si dejó de funcionar fue sencillamente porque los dos gestores —la señora Menneh de Sus y su hijastro Chibly Sus— entraron en una pugna irreconciliable que no les permitió ponerse de acuerdo sobre la manera de administrar el establecimiento.

No es cierto que las mercancías se hubieran dañado a consecuencia del cierre del Almacén. Para demostrarlo el doctor Soto Olarte se remite a las manifestaciones hechas en contrario por los dos socios gestores.

Admite el doctor Soto que como apoderado del Banco de Colombia presentó demanda contra la sociedad Carlos Sus y Compañía Limitada para el pago de una obligación de $ 8.000.00 más los intereses y costas. Manifiesta que no pidió medidas preventivas y que se limitó a instar a los dos gestores para que cancelaran la deuda y le evitaran perjuicios a la sociedad.

Dice que verdaderamente en el juicio de sucesión de don Carlos Sus llevó la representación de Chibly Sus y de otros herederos, pero que ni en ese ni en ninguno otro ha representado a la sociedad. Agrega que los dos gestores denunciaron para el pago el Almacén Rafael, y la señora Menneh, además, la suma de ocho mil pesos que sostiene le entregó don Carlos Sus a su hijo Chibly la víspera de su muerte para la cancelación del crédito. Sigue diciendo que por no ha-

berle pagado don Chibly al Banco lo denunció criminalmente su madrastra por el delito de abuso de confianza. Refiere también que en repetidas ocasiones se presentó al Banco de Colombia la señora viuda de Sus a expresar que quien debía pagar la deuda era Chibly Sus, pues para ese fin había recibido dinero, pero que como el Banco no podía proceder judicialmente contra él por no ser el obligado, optó por demandar a la sociedad.

Los hechos demostrados son los siguientes:

1º.—El doctor Jorge Soto Olarte fue admitido como abogado titulado por Acuerdo de 22 de febrero de 1937, expedido por el Tribunal Superior de Pamplona. Veinte años más tarde, el 13 de noviembre de 1957, cuando se expidió la copia de dicho acto, estaba vigente la matrícula.

2º.—Por escritura pública número 303, otorgada el 16 de febrero de 1954, ante el Notario Primero del Circuito de Cúcuta, se constituyó la sociedad comercial denominada "Carlos Sus y Compañía Limitada", integrada por don Carlos Sus, su esposa y los hijos de su primer matrimonio, con los siguientes aportes: Carlos Sus, $ 30.000.00; señora Menneh Zogbi de Sus, $ 20.000.; Chibly Sus, $ 10.000.00; Carlos A. Sus, $ 10.000.00 y Moisés Sus $ 10.000.00. Total, $ 80.000.00. Se estipuló también que en caso de muerte de Carlos Sus la gestión exclusiva correspondería a los socios Chibly Sus y Menneh Zogbi de Sus, conjuntamente.

3º.—El 24 de julio de 1954 murió en Cúcuta don Carlos Sus. Uno o dos días antes giró un cheque por ocho mil pesos a favor de su hijo Chibly. Esta suma estaba destinada, en concepto de doña Menneh Zogbi de Sus, a cancelar la deuda que había contraído la sociedad con el Banco de Colombia, y en opinión de don Chibly era un préstamo que le hacía su padre, como otros que le había concedido en ocasiones anteriores. Doña Menneh formuló denuncia contra su hijastro por el delito de abuso de confianza pero el proceso terminó con sentencia de cesación del procedimiento. (Artículo 158 del C. de P. P.). Se ignora cuál haya sido el fallo de segunda instancia.

4º.—En memorial fechado el 30 de julio de 1954 el señor Gustavo Forero Joves, Síndico del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, solicitó el secuestro del Almacén Rafael. En la declaración rendida por este funcionario dice que solicitó el secuestro "a los dos días de muerto el señor Carlos Sus" y que "ellos (se refiere a doña Menneth y a don Chibly) resolvieron cerrar el negocio" a lo cual no se opuso porque el interés de la Nación "había terminado con el inventario de los bienes del Almacén Rafael".

5º.—El doctor Jorge Soto Olarte actuó en el juicio de sucesión de don Carlos Sus como apoderado de los herederos Chibly, Carlos Arturo y Moisés Sus.

6º.—El Tribunal Superior de Pamplona, según telegrama número 737 de 7 de diciembre de 1954 ordenó levantar el secuestro del Almacén Rafael, diligencia que se llevó a cabo el 10 del mismo mes.

7º.—El 1º de octubre de 1954 el doctor Soto Olarte, como apoderado del Banco de Colombia solicitó se librara mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra la sociedad denominada "Carlos Sus y compañía Limitada", conjuntamente representada por los socios Menneh Zogbi de Sus y Chibly Sus, por la suma de $ 8.000.00, más los intereses y costas. No pidió medidas preventivas. Los demandados denunciaron, para atender el pago, el Almacén Rafael. La señora Menneh denunció, además, los ocho mil pesos que según ella recibió don Chibly para la cancelación del crédito. El doctor Soto puso de presente al Juzgado que los bienes que deben inventarse son los de la sociedad, no los personales de Chibly Sus, como lo pretende la otra socia gestora. Solicitó el demandante el embargo y secuestro del Almacén "en virtud de haberse ordenado por el Honorable Tribunal Superior de Pamplona el levantamiento del secuestro y entrega de los bienes embargados en el juicio sucesorio". Más tarde se levantó el embargo y secuestro por haberse cancelado el capital, intereses y costas.

8º.—El 15 de abril de 1955 el doctor Jorge Soto Olarte, como apoderado de Moisés Sus presentó demanda ordinaria contra la sociedad "Carlos Sus y Compañía Limitada" a fin de obtener la disolución, liquidación y partición de esa sociedad comercial "representada legalmente en forma conjunta por los socios señores Chibly Sus y Menneh Zogbi de Sus" y la adjudicación de los bienes a sus socios Menneh Zogbi de Sus, Chibly Sus, Carlos Arturo Sus, Faride Sus de Brahin y Moisés Sus.

9º.—La señora Menneh de Sus no hizo oposición ni formuló reparo al secuestro del Almacén Rafael, decretado a solicitud del Síndico de Sucesiones y Donaciones, "por el contrario estimó aquella medida como saludable y conveniente para sus propios intereses". Así lo declara el secuestre doctor Civo Díaz Lozano.

El doctor Juan de Dios Pabón González quien actuó también como secuestre, declara que los

socios Menneh de Sus y Chibly Sus se mostraron satisfechos con su gestión y lo felicitaron y que solamente una pieza de tela "se encontraba con unas pequeñas perforaciones".

El doctor Ernesto Maldonado Villamizar quien como Juez intervino en el levantamiento del secuestro, declara que la afirmación del doctor Soto Olarte de que "tanto la señora Menneh Zegbi de Sus, como don Chibly Sus, manifestaron ante la pregunta del señor Juez Segundo Civil del Circuito, que recibían el almacén en completo buen estado, es cierta" (Subraya la Sala).

En el juicio ejecutivo del Banco de Colombia contra la sociedad actuó como secuestre el doctor Lucio Galvis, de enero a julio de 1955. El declara que cuando entró a ejercer el cargo los elementos del Almacén Rafael estaban "en perfectas condiciones, sin excepción". Hace hincapié en que durante el desempeño de sus funciones de secuestre "las mercancías y demás objetos no sufrieron el más mínimo deterioro ni la menor depreciación". Explica que permaneció seis meses al frente del Almacén Rafael porque la recaudación era muy lenta y porque el Banco de Colombia "por intermedio de su apoderado", optó por no rematar el establecimiento, sino esperar a que los frutos alcanzaran para satisfacer la totalidad de la deuda.

Se considera:

De la relación de hechos que antecede se concluye que no anduvo afortunada la señora viuda de Sus cuando afirmó que el Almacén Rafael había sido secuestrado, a raíz de la muerte de su esposo, por gestiones del doctor Soto Olarte y de Chibly Sus. En este proceso se demostró claramente que la iniciativa la tomó el Síndico de Sucesiones y Donaciones en defensa de los intereses de la Nación. También se probó, de manera satisfactoria, que las mercaderías y demás bienes del Almacén Rafael no sufrieron daños de ninguna naturaleza, salvo el pequeño deterioro de una pieza de tela. Igualmente hay base seria en el expediente para aceptar que la intención del Banco de Colombia y de su apoderado doctor Soto Olarte no era rematar un almacén de $ 80.000.00 para el pago de una deuda de $ 8.000.00, pues a pesar de que habría podido hacerlo, prefirió esperar el acreedor a que las ventas produjeran lo necesario para cancelar la obligación.

El único cargo de consideración que se formula contra el doctor Jorge Soto Olarte consiste en que no obstante haber actuado como apoderado de Chibly Sus y otros herederos en el juicio de sucesión de Carlos Sus, intervino también en el juicio ordinario de Moisés Sus contra la sociedad "Carlos Sus y Compañía Limitada" para obtener su disolución y liquidación, y en el juicio ejecutivo del Banco de Colombia contra la misma sociedad, uno de cuyos socios gestores era Chibly Sus, poderdante del doctor Soto Olarte en el juicio de sucesión.

Considera el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que la actuación del doctor Jorge Soto Olarte en los tres juicios mencionados es lesiva de la moral profesional. Hace consistir su falta en haber aceptado y ejercido el poder que le otorgó el Banco de Colombia contra la sociedad comercial Carlos Sus y Compañía Limitada, no obstante haber actuado como apoderado de varios socios en el juicio de sucesión de Carlos Sus. En su vista fiscal relaciona los cargos contra el acusado, las pruebas allegadas a la investigación y los descargos que presentó el doctor Soto Olarte. Dice el Procurador que las explicaciones de este "distinguido profesional de muy meritoria posición en el foro de la ciudad de Cúcuta", no dan a las referidas actuaciones la diafanidad de que carecen porque él, que había actuado como apoderado de Chibly y Carlos Arturo Sus en el juicio de sucesión de su padre, no podía, moralmente hablando, intervenir también como apoderado del Banco de Colombia, cuyo crédito contra la sociedad comercial Carlos Sus y Compañía Limitada "afectaba indirectamente la herencia de don Carlos Sus".

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Pamplona considera que el acusado no cometió falta grave ni leve contra la moral profesional y que, en consecuencia, se le debe absolver. Su argumentación la compendia de este modo:

"Esta Fiscalía no encuentra incompatibilidad legal ni moral en el ejercicio del mandato de los señores SUS en el sucesorio de su padre el señor CARLOS SUS, y el ejercicio del conferido por el BANCO DE COLOMBIA SUCURSAL DE CUCUTA. Porque si bien es cierto que los señores Chibly y Carlos Sus son socios de la mencionada compañía o sociedad comercial y herederos del señor CARLOS SUS cuyo interés social en ésta motivó el secuestro preventivo podido por el señor Síndico, no es menos cierto que las sociedades comerciales son personas distintas de los socios individualmente considerados, y así bien podía el abogado SOTO OLARTE iniciar y adelantar juicio ejecutivo a cargo de la requerida (sic) sociedad, como apoderado del BANCO DE COLOMBIA, e

pesar de ser mandatario en el sucesorio de su padre de los señores CHIBLY y CARLOS SUS".

Prohija la Corte el concepto del representante del Ministerio Público ante el Tribunal Superior de Pamplona. La Corte, en sentencia de 20 de agosto de 1928 dijo que "como la sociedad constituida entre varias personas forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es claro que éstos no son parte en los litigios que se sigan entre aquella entidad y terceros".

El hecho de haber actuado el doctor Soto Olarte como apoderado de Chibly Sus y otros herederos, no le impedía moralmente intervenir como demandante de una sociedad en la que ellos eran pequeños accionistas. La demanda ejecutiva del Banco de Colombia no estaba enderezada contra los socios, individualmente considerados, sino contra una persona jurídica independiente, cuyos principales gestores y accionistas eran don Carlos Sus y su esposa doña Mennch Zogbi de Sus.

Podría argumentarse que siendo los socios responsables solidariamente con la sociedad, la acción ejecutiva iniciada contra la segunda comprometía también a los primeros, concretamente al socio gestor Chibly Sus.

Sin embargo, la Corte ha dicho con mucha precisión que "la solidaridad de los socios colectivos que establece el artículo 487 del Código de Comercio, no implica que la acción intentada contra la sociedad se entienda también deducida contra los socios individualmene considerados. Así, pues, dirigida una acción ejecutiva contra la persona moral de la sociedad, no puede considerarse ejecutado individualmente ninguno de los socios ni aun el que figure como gerente de la sociedad..." (Subraya la Sala). (Auto de 31 de mayo de 1897, tomo VII, página 224).

Las partes que estuvieron enfrentadas fueron:

a)—El Banco de Colombia contra la sociedad de comercio "Carlos Sus y Compañía Limitada", y

b)—Moisés Sus contra la misma sociedad de comercio.

Los intereses defendidos por el doctor Soto Olarte no eran incompatibles. Lo serían si en algún momento hubiera sido apoderado de la sociedad comercial "Carlos Sus y compañía Limitada", pero como precisamente toda la actuación judicial suya estuvo encaminada a que fuera la compañía, y no uno de sus socios, la obligada a cancelar la deuda del Banco, no se ve la razón para que se le considere responsable de haber infringido las normas éticas que regulan la profesión de abogado.

Por lo expuesto la Corte —Sala Penal— visto el concepto de la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino— Luis Eduardo Mejía Jiménez— Simón Montero Torres— Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL PECULADO CULPOSO. — AL JUEZ ESTA ENCOMENDADA LA SEGURIDAD DE LAS CAUCIONES Y DEPOSITOS, PERO PARA DESEMPEÑAR ESTA LABOR, SIN PERJUICIO DE LA DILIGENCIA Y CUIDADO QUE LE INCUMBE, TIENE A FORTIORI QUE PROCEDER CON EL CONCURSO DE SUS EMPLEADOS SUBALTERNOS Y DEPOSITAR EN ELLOS UN MINIMUM DE CONFIANZA

Los elementos constitutivos del peculado culposo, que según el Tribunal "la factispecie contempla" y que hoy comparte la Corte, son: 1.—Que el sujeto activo de la infracción sea siempre un funcionario público, que tenga a su cargo caudales o efectos bajo su custodia; 2.— Que se perpetre abandono o negligencia inexcusables por parte del funcionario en lo referente a sus deberes de vigilancia de lo ajeno que se le ha confiado; y 3.—Que haya sustracción de aquellos caudales o efectos por parte de otra persona, "la cual al consumarla, lo haga sin acuerdo o concierto con el funcionario...".

Es verdad que es al Juez a quien está encomendada la seguridad de las cauciones y depósitos; pero no es menos cierto que su labor principal no es esa sino la de juzgar, y que para desempeñar las otras y, sin perjuicio de la diligencia y cuidado que le incumbe, tiene a fortiori que proceder con el concurso de sus empleados subalternos y depositar en ellos un mínimum de confianza. Pero contra la mala fé no hay diligencia que valga.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, agosto ocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

Con oficio número 38 de 14 de febrero último el Tribunal Superior de Pereira remitió a esta Corporación la causa por peculado contra el doctor RICARDO MONSALVE DUQUE, Juez Segundo Penal que fue del Circuito en dicha ciudad.

El negocio que consta de dos cuadernos, ha venido a la Corte para que ésta revise en grado de consulta la providencia de sobreseimiento definitivo dictada por el expresado Tribunal el 27 de enero de 1958.

ANTECEDENTES

El doctor Benjamín Baena Hoyos depositó como caución para responder por la presencia de Octavio Cardona en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira doscientos pesos. Al señor Cardona se le seguía allí una causa por lesiones personales, que terminó con sobreseimiento definitivo pronunciado por el Tribunal. El doctor Baena Hoyos pidió entonces, por medio de memorial dirigido al Juzgado, que se le devolviera la referida caución.

El Secretario del Juzgado, señor Gustavo Tobón, le dijo al doctor Baena Hoyos que quería arreglar formalmente ese reintegro; que un sujeto había asaltado su buena fé (la de Tobón), y que, por tanto, éste le ofrecía a Baena Hoyos hacer el pago por partes. El peticionario de la caución no aceptó el ofrecimiento, pero dio de largas al asunto, mientras averiguaba qué había ocurrido con los doscientos pesos. Así fue como Baena Hoyos pudo enterarse de que tal suma había sido cobrada, sin su consentimiento, por un señor Fernando Pérez Giraldo.

Como consecuencia de lo anterior, el perjudicado, o sea Baena Hoyos, presentó ante el Juzgado Primero Superior de Pereira, denuncia criminal para que se investigaran esos hechos y se identificara a la persona o personas responsables.

Interrogado el 26 de diciembre de 1955 (folio 5 vuelto y siguientes, cuaderno 1) el señor Fernando Pérez Giraldo, dijo que Tobón lo había buscado 20 o 25 días atrás y que al encontrarse con él le manifestó que quería autorizarlo para que cobrara "un título bancario" en el Banco de la República; que entonces él (Pérez) le dijo al

otro que no entendía el asunto; que Tobón manifestó que de su cuenta corría sacar el poder y los oficios para el Banco; que al día siguiente Tobón llamó a Pérez para que éste fuese al Juzgado Segundo Penal del Circuito porque ya dizque estaban listos los oficios; que Pérez le contestó que iría cuando se desocupase; que Tobón insistió en que el otro viniera pronto, antes del cierre del Banco; que Pérez fue al Juzgado y allí Tobón le "entregó un sobre cerrado y le dijo: ve para que lo lleves al Banco. Así lo hizo Pérez, a quien un empleado del Banco le recibió el sobre; a poco lo llamó el cajero y le preguntó si él era Fernando Pérez, a lo cual éste contestó afirmativamente. Acto continuo Pérez firmó al respaldo los oficios y el empleado le entregó los doscientos pesos".

Por último, el mismo Pérez agrega que se encontró con Tobón en el café "Astor" de Pereira y que Tobón le dijo: "Hombre, siquiera llegaste para llevarle la plata al interesado de esta cosa, ahí tenía anotada una dirección; Gustavo se tomó un ron y luégo salió, inmediatamente yo me dirigí a la oficina".

Indagatoriado el doctor Ricardo Monsalve, o sea el superior jerárquico de Tobón (folios 45 y siguientes ibídem), expuso: "Al finalizar el año judicial de 1955 el Secretario del Juzgado señor Gustavo Tobón M. me pasó un título cancelado, por la suma de $ 200.00, con los oficios respectivos, para su efectividad a favor de quien se decía dueño de él. Yo lo firmé inmediatamente en la firme creencia de que el verdadero beneficiario era quien lo reclamaba. Yo no conocía el personal, por la razón sencillísima de que hacía poco me había hecho cargo de ese Juzgado y estaba recién llegado de Armenia, de modo que no era conocedor del personal de esta ciudad (Pereira) y menos del que tuviera asuntos pendientes en el Juzgado. En cambio el señor Gustavo Tobón sí conocía a todo el personal porque había sido primero Secretario de ese mismo Juzgado, luego encargado de esa oficina en calidad de Juez interino y luego quedó allí mismo, al llegar yo como Juez, pues lo dejé como Secretario".

En obedecimiento a un exhorto sobre el mismo asunto, el doctor Monsalve Duque, como Juez Segundo Penal del Circuito de Pereira había presentado las siguientes explicaciones que complementan las de la preinserta indagatoria.

"Posiblemente el mencionado Tobón, aprovechándose del lapso de la visita efectuada por el doctor Sergio Zarante Rhenals, Visitador del Ministerio de Justicia, y mientras el suscrito se dedicaba a atenderlo durante el ejercicio de sus labores, retuvo el título número 11.271, ya citado, y acudió a un extraño para que lo cobrara haciéndole creer al suscrito que se trataba del interesado. El 5 de diciembre de 1955 me puso el oficio respectivo elaborado por él para el cobro y yo lo autoricé en la firme creencia de que era el propietario quien lo reclamaba, puesto que no tengo conocimiento de él y di entera credibilidad como era mi secretario; y porque además en tal carácter debía conocer plenamente al beneficiario no sólo como tal sino porque en el expediente actuó como (sic) calidad de Juez hasta el 15 de octubre de 1955, cuya interinidad de tal terminó y fue reemplazado por el suscrito que recibió el despacho en propiedad. De tal suerte que el título cobrado por la persona distinta, en connivencia con el señor GUSTAVO TOBON M., fue el número 11.271 de noviembre 28 de 1955, y según oficio 461 de 5 de diciembre de 1955 —sic— elaborado por el mismo secretario señor Tobón M. Además, el señor Tobón M. esa tarde exhibió estado de nerviosidad o intranquilidad. Y, solamente en ese instante puso en manos mías el título número 11.399 del Banco de la República consignado el 14 de diciembre de 1955; pero cuyo número cuatro —4— después del uno —1— borró y puso a continuación el número cero —0— a fin de que apareciera el título en mención con fecha primero de diciembre de 1955. Tal título es por la suma de doscientos pesos ($ 200.00), y según constancia visible en el mismo como el oficio número 2.572 enviado por el Banco de la República a solicitud mía, tal depósito fue consignado únicamente el catorce —14— de diciembre de 1955. Ese título me lo entregó personalmente, en tanto que decía, "aquí no ha pasado nada", "véame el título aquí". No aparece poder conferido al señor Fernando Pérez, puesto que como antes se dijo, al pasar el mencionado Tobón M. el oficio me dijo que era el interesado quien venía por su dinero y de ese interesado no tengo conocimiento. Por otra parte respecto a la mala fé, deslealtad y falta de honradez de una persona a quien por sus cargos anteriores y el que desempeñaba el día en que tuvo conocimiento de esta irregularidad, ninguna prevención o sospecha podría abrigar. Inmediatamente me di cuenta del atentado ocurrido, lo destituí y le exigí su renuncia inmediata, la que en efecto ocurrió al día siguiente en las primeras horas de la mañana.—Dado hoy diez de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.—El Juez, Fdo. RICARDO MONSALVE DUQUE".

EL ACTO CONCLUIDO

Según el Tribunal "la doctrina contempla" los siguientes elementos constitutivos del peculado culposo: 1—Que el sujeto activo de la infracción sea siempre un funcionario público, que tenga a su cargo caudales o efectos bajo su custodia; 2—Que se acredite abandono o negligencia inexcusables por parte del funcionario en lo referente a sus deberes de vigilancia de lo ajeno que se le ha confiado; y 3—Que haya sustracción de aquellos caudales o efectos por parte de otra persona, "la cual al consumarla, lo haga sin acuerdo o concierto con el funcionario....."

El Tribunal encuentra reunidos el primero y el tercer requisitos, pero no el segundo. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal, después de descartar el dolo que en este caso no aparece por parte alguna en la persona del doctor Monsalve Duque, estudia lo relativo a la culpa en los siguientes pasajes:

"El doctor Monsalve Duque hacía poco se había posesionado del cargo de Juez Segundo Penal del Circuito y por lo tanto era desconocedor del personal que tenía títulos bancarios para reclamar por concepto de fianzas en los negocios que allí cursaban. De allí que como el señor Tobón había desempeñado el mismo cargo, le tuvieran plena confianza, le cual le había depositado al dejarlo en calidad de Secretario. Haciendo el supuesto de que le hubiera preguntado si el señor Pérez era el directo beneficiario, lo más posible era una respuesta afirmativa, ya que la intención que tenía el tal Tobón era apropiarse de la suma de doscientos pesos. En el momento cuando le fue entregado el título para su firma se encontraba en gran manera atareado al atender un Visitador del Ministerio de Justicia. Los antecedentes del señor Tobón conocidos por el doctor Monsalve no hacían presumir la más mínima malicia de que aquél pudiera disponer de alguna suma depositada en el Juzgado, y menos aún cuando durante mucho tiempo Tobón desempeñó allí tales funciones como las de Juez sin que se hubiera presentado nunca un acto doloso, ni siquiera culposo en donde él fuera protagonista.

"El doctor Monsalve Duque guardaba todos los títulos en su escritorio, pero Tobón retuvo tal título número 11.271 y en escrito presentado por ante el señor Juez expresó que estaba autorizado el señor Fernando Pérez para reclamar tal documento, hecho reiterado en otros oficios, como es lo indicado. Dadas las condiciones de desconocimiento del personal en Pereira, como la forma habilidosa de actuar Tobón, jamás puede pensarse que el Juez no fue lo suficientemente previsivo o que hubo negligencia en su conducta al dar la firma de autorización para el cobro. Sólo se presenta una excelente maniobra dolosa del señor Tobón, quien abusó del momento preciso cuando el Juez atendía una visita del Ministerio. No se encuentra aquí ningún descuido, negligencia o imprevisión por parte del doctor Monsalve Duque, que conllevara a hacer más posible el acto delictivo de su Secretario. Tan habilidosa fue dicha maniobra que ni siquiera el oficial mayor se dio cuenta de ello, máxime cuando era la persona que tenía que vigilar la entrada y salida de tales títulos, llegando Tobón a alterar los libros de la oficina para ocultar su acto antijurídico..."

CONSIDERACION DE LA CORTE

La Sala comparte las preinsertas razones, y a mayor abundamiento agrega:

La índole de los artificios y maniobras engañosas del Secretario Tobón, excluye toda posibilidad de culpa en el Juez recién llegado a Pereira, cuyo personal desconocía y no tenía por qué conocer desde el principio mismo de sus labores de administrador de justicia.

Es verdad que es al Juez a quien está encomendada la seguridad de las cauciones y depósitos; pero no es menos cierto que su labor principal no es esa sino la de juzgar, y que para desempeñar las otras y, sin perjuicio de la diligencia y cuidado que le incumbe, tiene a forfait que proceder con el concurso de sus empleados subalternos y depositar en ellos un mínimum de confianza. Pero contra la mala fé no hay diligencia que valga. El doctor Monsalve Duque no fue culpable en manera alguna de lo hecho por Tobón, sino una de sus víctimas.

El Ministerio Público es de parecer que el sobreseimiento definitivo debe confirmarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pompilio León L., Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS. — NO PUEDEN IMPONERSE SINO A ABOGADOS TITULADOS, PREVIA DEMOSTRACION DE ESA CALIDAD. — PRUEBA ADECUADA PARA ACREDITARLA

La prueba específica necesaria para demostrar la calidad de abogado en ejercicio es la copia del acuerdo mediante el cual un tribunal superior, en cumplimiento de sus funciones legales, autoriza a un ciudadano para ser inscrito como abogado. La inscripción misma hace presumir, es verdad, la existencia de dicho acuerdo, pero no es la prueba de éste. Y mientras dicha calidad no esté en debida forma demostrada, el acusado no puede ser sometido a juzgamiento por faltas que deben haberse cometido en el ejercicio de la abogacía.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, agosto once de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

Para que se surta el recurso de apelación interpuesto por el querellante, el Tribunal Superior de San Gil ha remitido a la Corte la sentencia mediante la cual absolvió al doctor JOSE SARMIENTO MANTILLA de los cargos que le formulara el señor Martín Torres S. por faltas en el ejercicio de la abogacía.

Al contestar el traslado respectivo, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal "observa que no se encuentra comprobada la calidad de abogado titulado que concurra en el doctor Sarmiento Mantilla", pues no figura en el informativo copia del acuerdo por medio del cual se le aceptó como tal, sino una simple certificación, en la cual el señor Secretario del referido Tribunal hace constar que "el doctor José Sarmiento Mantilla se halla matriculado en este Despacho como abogado titulado bajo el número 137 del libro respectivo". Y, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte sobre esta materia, solicita revocación del fallo recurrido, para que devuelto el proceso a la oficina de origen se allegue a los autos la prueba que se echa de menos.

Realmente, como lo sostiene el señor Agente del Ministerio Público, la prueba específica necesaria para demostrar la calidad de abogado en ejercicio es la copia del acuerdo mediante el cual un Tribunal Superior, en cumplimiento de sus funciones legales, autoriza a un ciudadano para ser inscrito como abogado. La inscripción misma hace presumir, es verdad, la existencia de dicho acuerdo, pero no es la prueba de éste. Y mientras dicha calidad no esté en debida forma demostrada, el acusado no puede ser sometido a juzgamiento por faltas que deben haberse cometido en el ejercicio de la abogacía.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y acorde con su colaborador fiscal, revoca la sentencia apelada, y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen, para que lleve a los autos la prueba que se echa de menos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas— Gabriel Carreño Mallarino —Luis Eduardo Mejía Jiménez— Simón Montero Torres— Pedro Pacheco Osorio—Tioquinto León L., Secretario.

NO PUEDE HABER DELITO POLITICO, DESDE UN PUNTO DE VISTA MERAMENTE RACIONAL, SINO CUANDO CONCURRE UN MINIMUM DE CIRCUNSTANCIAS PERSONALES Y OBJETIVAS. — REQUISITOS PARA QUE EL INCENDIO Y DESTRUCCION DE CENTROS POBLADOS Y EL DESPOJO QUE RECAE SOBRE GANADOS Y ANIMALES DOMESTICOS, ASUMAN EL CARACTER DE INFRACCION POLITICA

Desde un punto de vista meramente racional, abstracción hecha de ciertas órdenes y pauta expedidas en obscuro ambiente de confusión de conceptos, es claro que no puede haber delito político sino cuando concurre un mínimum de circunstancias personales y objetivas.

El incendio y la destrucción de centros poblados puede ser delito político si se trata de lugares estratégicos convertidos en fortalezas, sin cuyo previo aniquilamiento no podrían los rebeldes alcanzar el poder. El despojo que recae sobre ganados y animales domésticos tampoco asume el carácter de infracción política si no se explica por la necesidad en que están los insurgentes de atender a su propio mantenimiento mientras dura el conflicto.

Para la Sala es claro, por lo menos que haya delito político allí donde las víctimas no son funcionarios ni personas prestantes de los partidos sino humildes campesinos inermes y poblaciones enteras cuya posición táctica o estratégica no se ha demostrado; sin duda porque no puede demostrarse.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, agosto doce de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS

El 23 de julio de 1954 el Tribunal Superior Militar concedió el beneficio de la amnistía consagrado en los Decretos 1.823 y 2.062 del mismo año, a los presos JOAQUIN ARANGO COSSIO, JUAN PEREZ ZAPATA (Juanito), EMILIO CALLEJAS RUA, GABRIEL CARVAJAL ARIAS, JULIO CARBALLO, FABIO ANTONIO DAVID o RESTREPO, SAMUEL ESTRADA o GONZALEZ y otros, por los delitos de asociación para delinquir, rebelión, robo, incendio, homicidio con caracteres de asesinato y saqueo y violaciones de domicilio, delitos que fueron cometidos en las inmediaciones de Ituango (Antioquia) en los meses de mayo a agosto de 1950. En la misma providencia se concedió amnistía a DANIEL CARBALLO por el delito de asociación para delinquir y el de rebelión, pero se le negó ese beneficio en cuanto al delito de violencia carnal.

Antes de poner en libertad a los beneficiados con la amnistía, se les hizo firmar un documento (folio 110, cuaderno 2) por medio del cual se comprometieron a observar buena conducta, a ser respetuosos de la autoridad y de los ciudadanos en general, a presentarse ante ella cada vez que se les exigiera, a no volver a cometer ningún delito "durante los tres próximos años" a partir del 20 de agosto de 1954. Este documento se firmó en Medellín.

La supradicha sentencia del Tribunal Superior Militar se le notificó el 23 de julio del mismo año al señor Fiscal de la Segunda Sala, quien en tal acto manifestó que apelaba "para ante la H. Corte Militar".

A dicha entidad llegó, pues, el expediente el 20 de octubre y permaneció en la Secretaría hasta el 22 de enero de 1955 en que se pasó al despacho del magistrado doctor Manuel Méndez Rodríguez. La Corte Militar de Casación y Revisión no alcanzó a resolver cosa alguna acerca del recurso interpuesto por el Fiscal.

Para resolver, la Corte Suprema, Sala Penal,

CONSIDERA:

La amnistía la concedió el Tribunal Militar fundándose en que los delitos imputados a los reos fueron de carácter político, con excepción del de violencia carnal cometido por Daniel Carballo, quien por tal concepto quedó excluído de aquella gracia.

Los robos que con ocasión o pretexto o por causa de las otras depredaciones se llevaron a

cabo por algunos de los miembros de la temible banda de sediciosos, los consideró el Tribunal como infracciones conexas con el delito político de rebelión; y no estimó del caso aplicar el artículo cuarto del Decreto 1.823 de 1954 que prohibe conceder amnistía respecto de hechos que por su atrocidad revelen "una extrema insensibilidad moral", porque tal vez pensó que el robo mismo no era peor que los incendios de las viviendas y de las aldeas.

Desde un punto de vista meramente racional, abstracción hecha de ciertas órdenes y pautas expedidas en obscuro ambiente de confusión de conceptos, es claro que no puede haber delito político sino cuando concurre un mínimum de circunstancias personales y objetivas.

El incendio y la destrucción de centros poblados puede ser delito político si se trata de lugares estratégicos convertidos en fortalezas, sin cuyo previo aniquilamiento no podrían los rebeldes alcanzar el poder. El despojo que recae sobre ganados y animales domésticos tampoco asume el carácter de infracción política si no se explica por la necesidad en que están los insurgentes de atender a su propio mantenimiento mientras dura el conflicto.

Para la Sala es dudoso, por lo menos que haya delito político allí donde las víctimas no son funcionarios ni personas prestantes de los partidos sino humildes campesinos inermes y poblaciones enteras cuya posición táctica o estratégica no se ha demostrado; sin duda porque no puede demostrarse.

Sin embargo, es evidente que con fundamento en los Decretos 1.823 y 2.062 de 1954, las mismas "autoridades" que los expidieron otorgaron amnistía a incendiarios y depredadores de la misma laya de aquellos cuyos expedientes han llegado ahora al estudio de la Corte Suprema.

Así las cosas, si a los unos se les concedió la amnistía, a los otros no podría negárseles sin establecer una irritante discriminación a todas luces incompatible con un equilibrado concepto de la administración de justicia.

El alcance de los Decretos 1.823 y 2.062 de 1954 fue seguramente el que en su día le atribuyeron sus autores, alcance que concuerda con el que les reconoce a dichos actos el Tribunal Superior Militar en la providencia apelada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

EXTINGUIDA LA CORTE MILITAR, ES A LA CORTE SUPREMA EN SALA PENAL A QUIEN CORRESPONDE DECIDIR DE LA APELACION INTERPUESTA CONTRA LO RESUELTO POR EL TRIBUNAL MILITAR ACERCA DE AMNISTIA

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, agosto doce de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

El 30 de marzo de 1955 (folio 167 y siguientes, cuaderno 1) el Tribunal Superior Militar concedió el beneficio de la amnistía de que tratan los Decretos 1.823 y 2.062 de 1954, a los procesados ADOLFO PADILLA, POMPILIO DUQUE MEJIA y otros por homicidio, incendio, asociación para delinquir y otras infracciones.

La solicitud de amnistía la presentó el Fiscal Tercero Superior de Medellín, por considerar que los expresados delitos examinados a la luz de sus antecedentes y de las circunstancias en que se perpetraron, fueron de carácter político.

A la verdad, en el proceso aparece probado que tales delincuentes obraron por sectarismo rabioso y no exactamente por móviles de lucro, pues sus actividades tuvieron un carácter destructor. No encontró el Tribunal en los hechos relacionados con estas infracciones de índole colectiva y tumultuaria, notas particularmente atroces que revelasen (artículo 4º, Decreto 1.823 de 1954) extremada insensibilidad moral.

A pesar de que la amnistía fue solicitada como ya se vió, por el Fiscal Tercero Superior de Medellín, el Agente del Ministerio Público del Tribunal Superior Militar, Aristides D. Rodríguez, en el acto de notificarse de la expresada providencia de 30 de marzo de 1955, interpuso el mismo día contra ella, recurso de apelación.

Demoróse el negocio un año y siete meses en dicha Corporación, la cual el 16 de octubre de 1956 resolvió por fin conceder la alzada para ante la Corte Militar de Casación y Revisión.

El apelante no fundó el recurso; se limitó a decir: apelo.

Extinguida la Corte Militar, es a la Corte Suprema en Sala Penal a quien corresponde decidirlo de plano. (Artículo 3º, Decreto 2.062 de 1954).

Ante la ausencia de alegato o explicación sobre los motivos que hubiera tenido el Fiscal del Tribunal Militar para apelar de lo resuelto por éste, la Sala no encuentra razones para revocar la providencia sub judice, cuyos fundamentos de hecho deben suponerse valederos mientras no sean redargüidos de falsos o erróneos. Por otra parte, el alcance de los Decretos 1.823 y 2.062 de 1954 expedidos por "las Fuerzas Armadas" seguramente concuerda, a lo menos en cuanto al presente proceso, con el que le ha atribuído el Tribunal Superior Militar en la providencia apelada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Félix Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

LAS AMENAZAS DEL MINISTERIO PUBLICO A LOS JURADOS, COMO VIOLACION DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES. — LA ADVERTENCIA DE QUE EL VEREDICTO PUEDA DECLARARSE CONTRAEVIDENTE, NO CONSTITUYE INTIMIDACION PARA LOS JUECES DE HECHO. — LA COACCION O FUERZA MORAL NO SE PERFECCIONA POR SI MISMA, SINO SEGUN LA CAPACIDAD DE RECEPCION DEL COACCIONADO. — LA EFICACIA DE LA COACCION COMO ELEMENTO DE SU VALOR JURIDICO. — FUNCION DE LA DEFENSA FRENTE A LAS PREVENCIONES O INTENTOS DE INTIMIDACION DEL MINISTERIO PUBLICO. — EL ASENTIMIENTO DE LOS DEMAS A LOS CONCEPTOS AJENOS, PUEDE REPUTARSE COMO UN BIEN; PERO EL DISENTIMIENTO NO ES NECESARIAMENTE UN MAL, Y MUCHO MENOS MAL GRAVE. — VEREDICTO CONTRAEVIDENTE. — PARA CONSIDERARLO COMO TAL, NO SE DEBEN COMPARAR LAS EXPRESIONES DEL JURADO CON LAS PRUEBAS, SINO QUE DEBEN PONERSE EN RELACION UNAS Y OTRAS EXPRESIONES. — SI DE ESTA COMPARACION EXCLUSIVA DE LOS TERMINOS, APARECEN INCONCILIABLES, EN RAZON DE SU SIGNIFICADO CONTRAPUESTO, EL VEREDICTO ES CONTRADICTORIO, DE LO CONTRARIO NO. EL VEREDICTO "SI, EN RIÑA IMPREVISTA", ES ABSOLUTAMENTE LOGICO Y NO ARGUYE CONTRADICCION EN SUS TERMINOS, AUNQUE AL PROCESADO SE LE DECLARE NO RESPONSABLE DE LESIONES PERSONALES CAUSADAS A PERSONA DISTINTA DEL MUERTO

1.—La advertencia que el Fiscal pueda hacer a los Jurados en el acto de la audiencia, de que en la hipótesis de un veredicto absolutorio, se empleará el "arma poderosa" de declararlo "injusto", no puede estimarse por sí sola, como constitutiva de coacción o intimidación.

Para la elaboración de las listas de Jurados, la ley colombiana ha establecido un sistema que, cumplido estrictamente, garantiza que aquéllos sean "honorables y competentes" (artículo 482 del C. de P. P.), "poseer por lo menos una cultura media y desempeñar una profesión u oficio de aquellos que exigen capacidades intelectuales" (artículo 494, ibidem).

No apareciendo tacha en contrario, hay que presumir que quienes actuaron como Jurados en un proceso, llenaban tales requisitos. Es decir, que no se trata de personas de escasa formación, sugestionables y timoratas, que fueran a llenarse de miedo porque, en el calor del debate, una de las partes le recordaba la vigencia de una norma legal conforme a la cual podría enmendarse, a posteriori, el yerro positivo o presunto del veredicto

La coacción, como fuerza moral o amenaza de un mal grave e insuperable, no tiene un valor absoluto. O sea, no existe como tal por sí misma, sino que se integra o perfecciona según sea la capacidad de recepción del coaccionado. A un espíritu selecto no se le coacciona fácilmente; a un hombre de limitada cultura y precarias condiciones psíquicas sí. Por ello, los tratadistas no dejan de advertir que, para los efectos jurídicos, la existencia de aquel fenómeno siempre hay que referirla a las circunstancias o calidades personales del sujeto contra quien se dirige la fuerza. Por lo mismo, jurídicamente hablando, coacción vale tanto o debe valer tanto como coacción eficaz.

Suponiéndose que las advertencias del Fiscal respecto al desconocimiento del veredicto absolutorio, pudieran considerarse como la amenaza de un mal grave, tampoco las modalidades de la controversia judicial permiten darle eficacia a dicha amenaza. Una audiencia con Jurados no es un debate en que el Fiscal se quede solitario, sin posibilidades de ser contradicho o rebatido. Tiene su contrario en el defensor, cuyas funciones son amplísimas. Y no dirige el debate ninguna de las partes, ni siquiera el Ministerio Público, sino una persona que

está por encima o equidistante de las partes: el Juez.

Dentro de la lógica del desenvolvimiento normal de los debates, máxime si en ellos interviene un defensor diligente, hay que suponer que éste pudo rebatir las prevenciones o argumentos "intimidativos" del Fiscal; ilustrar, afianzadamente, a los Jueces de hecho, respecto al alcance de sus atribuciones legales, a lo amplio de la zona en que éstas se ejercían, a sea, en conciencia, y en cuanto a la recta interpretación del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, que aplica al Juez de la causa, y no al Fiscal. De consiguiente, quien "amenazaba" con la mal llamada "injusticia" del veredicto o "el arma poderosa" de declararlo tal, no estaba en condiciones fácticas ni legales de hacerlo; sólo expresaba una opinión apriorística o un deseo de una de las partes, y, en manera alguna, el proveído futuro del Juez, a quien había de reputársele imparcial, recto, sereno y no precipitado en anticipar conceptos o decidir a priori.

A medida que estas explicaciones fueran fácticas, con la amplitud que tiene la defensa para hacerla, la trepidación de ánimo de los Jurados, si es que llegó a existir, tenía que ir desapareciendo; los espíritus conturbados habían de serenarse; y la real o supuesta coacción perdía toda eficacia. Y si esto no se hizo por el defensor, habría sido porque no lo estimó necesario o no creyó él mismo en la realidad o eficacia de la supuesta coacción.

Pero ¿es realmente un mal, y mal grave, que afecte la dignidad de las personas o lesione su patrimonio moral o abata su decoro o buen nombre, el rechazo del veredicto que, como Jueces de conciencia, hayan rendido?

Sin duda que el asenso de unos respecto al de otros puede reputarse como un bien, tanto en el orden objetivo como en el subjetivo. Pero lo contrario no es, necesariamente, un mal. En este segundo orden, dicha calificación estará supeditada a factores varios y muy relativos como el concepto de las propias excelencias intelectuales y morales; el temperamento, los caracteres, etc. Si tratándose de verdades que no corresponden al orden metafísico, las personas de mediana cultura —como quiere la ley que sean los jurados— saben cuán relativo es el valor del asentimiento a ellas y cómo los motivos de este asentimiento no excluyen, en absoluto, el temor de errar. Saben que la evidencia de la verdad a que se adhiere, es, para el otro o los otros, la evidencia contraria. Por ello, no se sienten disminuídas o moralmente afectadas, en la mayoría de los casos en que los demás no comparten sus opiniones o puntos de vista. Les basta con su buena fé y solicitud por acertar. Y si, a pesar de ellos, se les considera desacertados, ni olvidarán la verdad de Perogrullo de que es humano el errar, ni dejarán de pensar, tal vez, que quienes están en el error son los que, por su jerarquía, se creen sabios para abstenerse de acoger las verdades ajenas. El rechazo de sus pareceres no lo tendrán por un mal, sino por simple disparidad de opiniones, natural en el orden del conocimiento; y si, por uno u otro motivo, llegaran a creerla verdadero mal, tendrían la suficiente sindéresis para no estimarlo grave ni sentir afectada su libertad de manifestarse según la autonomía de su "personal conciencia".

No se ve, por lo expuesto, cómo pueda admitirse o tenerse por probado que hayan sufrido coacción, de parte del Fiscal, los Jueces de hecho que calificaron la responsabilidad del reo; ni se entiende de qué manera este funcionario, al prevenirlos, con el natural patetismo del debate, respecto a la existencia de un remedio legal para corregir un hipotético yerro, les hubiera infundido abusivamente un temor mayor del que, de suyo, puede suscitar, en personas responsables, el juramento del artículo 2º de la Ley 4ª de 1943; ni, en fin, se le alcanza a la Sala que dicha prevención o advertencia pueda interpretarse, sin sofisma, como una de las "demostraciones hostiles" vedadas por el artículo 530 del estatuto procesal penal, o como factor de perturbación para la imparcialidad de su conciencia (artículo 511, ib.).

2.—Según doctrina reiterada de la Corte, el juicio afirmativo de que un veredicto es contradictorio, no se obtiene comparando los términos del mismo con determinadas pruebas de los autos; a él se llega, para los efectos del recurso de casación, a través del examen exclusivo de esos términos, poniéndolos en relación unos con otros y desenvolviendo su significado, en forma tal, que

aparezcan ser lógicamente inconciliables, desde el punto de vista jurídico, una parte y otra parte, un extremo y otro extremo. Y ello, porque, de no deducirse esta incompatibilidad, se venga a admitir que una cosa puede ser y no ser, a un tiempo y por igual concepto, que es en lo que consiste lo contradictorio.

Decir que un homicidio se cometió en riña imprevista y que de tal hecho, así calificado, es responsable el agente, es encajarlo dentro de un tipo legal expresamente previsto y que en nada pega contra la lógica. Agregar, como respuesta a otra pregunta, que el mismo agente del homicidio no es responsable de una lesión personal de que, se supone, fue víctima otra persona que el muerto, tampoco arguye contradicción. Entre otras razones, porque se trata de cargos distintos y de diversos ofendidos; y, principalmente, porque lo que el Jurado negó, no fueron los hechos simplemente materiales o la mudanza física implicada en la pregunta, sino la responsabilidad, que es fenómeno específicamente complejo y no asimilable a los primeros.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal -Bogotá, doce de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Con el fallo de ocho de mayo de 1957, originario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, culminó la segunda instancia de este proceso, en cuyo auto de enjuiciamiento se imputaron al señor Samuel Molano Rincón dos delitos: el de homicidio en la persona de Miguel Monroy, y el de lesiones personales, sufridas por Marcos del mismo apellido.

Los hechos procesalmente significantes los narraron del modo siguiente los falladores de primero y segundo grado:

"....en el atardecer del 8 de agosto de 1954, se suscitó un altercado entre Marcos Monroy y Leopoldo Molano, en el que —según parece— éste fue objeto de alguna agresión de facto de escasa significación, hecho verificado en jurisdicción de Tibasosa. Ya entrada la noche del mismo día, Samuel Molano, cuñado y compadre de Leopoldo Molano, debió informarse del anterior incidente, y fue así como procedió de inmediato a tomarle cuentas a Marcos Monroy por la ofensa que infiriera a Leopoldo. Monroy recibió de Samuel un fuerte bofetón que lo lanzó a tierra, y cuando trataba de incorporarse e iba a recibir un segundo golpe, su hijo Miguel Monroy se interpuso en defensa de su padre, siendo entonces cuando, a su turno, fue objeto de una certera cuchillada por el pecho, ya que, en concordancia con las manifestaciones juradas de Marcos Monroy, éste vio cuando su hijo recibió de Samuel un golpe en esa región del cuerpo, en seguida de lo cual Miguel salió corriendo hacia la tienda que en sitio de Santa Teresita tenía Marco Aurelio Serrano, a donde penetró para protegerse bajo el mostrador, seguido por los hermanos Samuel, Edmundo y Luis Molano, quienes desarrollaron en aquel recinto algunos actos violentos contra los circunstantes que a esas horas estaban dedicados a ingestiones alcohólicas, hasta cuando intervinieron unos soldados que ocasionalmente allí se encontraban, poniendo fin a los desmanes cometidos. Miguel Monroy, contados momentos luégo, murió o fue hallado cadáver en el sitio mismo en que se refugió. Saldo trágico de la deplorable jornada fue el fallecimiento violento de Miguel Monroy a consecuencia de una herida que se le asestó con arma cortopunzante sobre el corazón, lesiones en la persona de Samuel Molano inferidas con la misma clase de arma y una lesión traumática que recibió Marcos Monroy en el rostro".

En la oportunidad procesal correspondiente, se formularon al Jurado las dos cuestiones correlativas de los cargos deducidos en el auto de proceder, que aquél desató negativamente para la tocante a las lesiones personales, y de modo afirmativo en cuanto a la del homicidio, así: "Sí es responsable en riña imprevista".

Tanto el Juez de la causa como el Tribunal aludido aceptaron el anterior veredicto, con fundamento en el cual se absolvió a Samuel Molano del cargo de lesiones personales y se le condenó, por el de homicidio, a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias de ley.

El proceso ha venido a la Corte, en razón del recurso de casación que, oportunamente, interpusieron el defensor del reo y el apoderado de la parte civil; recurso que sólo el primero formalizó con la presentación de la demanda y que, respecto a la parte representada por el segundo,

vino a quedar de hecho desierto, por no haber cumplido con dicha formalidad.

.....

Pide el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a quien le correspondió llevar la voz del Ministerio Público, que se denieguen las peticiones de la demanda, ya que, en su concepto, ninguna de las causales de casación invocadas y alegadas son procedentes en el caso.

En relación con la primeramente invocada, que lo es la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, aquel acucioso funcionario sostiene y demuestra, en resumen, que, de una parte, no implica lesión de las garantías constitucionales pre sea la circunstancia de que, en su exposición oral ante los señores Jueces de hecho, el Fiscal del Juzgado hubiese advertido a aquellos que el veredicto sería declarado contraevidente, si no se aceptaba la responsabilidad del acusado; y, de otra parte, que ha debido alegarse la causal segunda, aunque tampoco podría prosperar, "tratándose de juicios con intervención del Jurado".

Finalmente el señor Procurador resume sus argumentos así:

"Enseñan los tratadistas que para que la coacción o violencia moral sea capaz de viciar la voluntad tratándose de un acto jurídico e igualmente de una determinación con efectos jurídicos, es indispensable que sea de tal naturaleza, que ella produzca una impresión tan fuerte en una persona de juicio sano, que sin ella no se hubiera (sic) el acto o producido la determinación; y además, que en ninguna forma se justifique dicha violencia moral o coacción, lo cual quiere decir que a veces, es permitida una violencia moral justa y legítima".

"De acuerdo con tales postulados de elemental ocurrencia en el derecho, mal podría sostenerse, sin incurrir en abierta pugna con ellos, que cuando se recuerda la vigencia de un precepto procedimental y sus consecuencias —como cuando se hacen dichas advertencias ante personas de sano juicio—, que han prestado juramento de cumplir con sus deberes y que, además, están en un jurado para desempeñar una misión que consiste en decidir en conciencia un interrogatorio, sobre la base de su recto criterio, de su convencimiento, de su íntima convicción, de su recta interpretación de los hechos que se les someten, puedan desviarse únicamente porque alguna de las partes recordó con particular énfasis algún artículo del Código o porque presentó el análisis de pruebas con especial insistencia en la repercusión que pudieran tener y en la interpretación que se pudiera dar a los distintos elementos de juicio".

"Por ningún aspecto podría prosperar el cargo; y debe rechazarse al igual que la causal cuarta alegada, pues no aparece asomo de nulidad constitucional en este proceso".

En cuanto a la causal séptima, también invocada, demuestra el señor Procurador que el veredicto en forma alguna puede reputarse contradictorio; agrega que "las pretensiones de la demanda conducirían a tratar temas propios de la causal segunda"; y termina anotando que "al tomar el enfoque dado por la demanda en los motivos para demostrar que el veredicto es contradictorio, se desemboca sin lugar a duda en la contraevidencia del veredicto, lo cual no es función de la Corte, sino asunto reservado con exclusividad a los juzgadores de instancia".

Finalmente, al analizar lo relativo a la causal primera, alegada por el recurrente como subsidiaria de la causal séptima, se advierte por el mismo funcionario:

"Aunque en la motivación se indiquen como disposiciones violadas el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 384 del Código Penal; y como fuera del enunciado y explícita referencia al veredicto evidentemente contradictorio en cuanto lo toma como fundamento para demostrar la pretendida violación de la ley penal, no trae argumentación diferente; y además, como el carácter de subsidiaria indica que rechazada la causal principal no puede prosperar la otra, es claro que no encontrándose refuerzo probatorio alguno para sostener ni la errónea interpretación ni la indebida aplicación de la ley penal, el cargo debe rechazarse igualmente; y, por tanto, tampoco podrá admitirse en este negocio la causal primera de casación".

.....

LA DEMANDA DE CASACION

1—Causal 4ª.

Cree el recurrente que la sentencia se pronunció en un juicio viciado de nulidad, por cuanto "concretamente durante las audiencias públicas, fueron violadas las garantías procesales al ejercerse, como se ejerció una presión indebida sobre el Jurado para inhibirlo de toda acogida a la tesis del defensor, presión que envolvía la amenaza de declarar contraevidente cualquier absolución y el miraje engañoso de que una absolución fuera contraevidente. Estos hechos implican

nulidad, con imputación al artículo 26 de la Constitución".

Copia el mismo recurrente la parte del acta de la audiencia en que, se supone, constan los hechos alegados, y entra luégo a interpretarlos, sosteniendo, en lo sustancial:

a) Que el artículo 528 del Código de Procedimiento Penal "contiene implícita la prohibición de infundir temor en los Jurados. Y como si fuera poco, el artículo 530 prohibe expresamente que las partes, entre otros, hagan demostraciones hostiles al Jurado".

b) Que "declarar que un veredicto es contrario a la evidencia de los hechos implica necesariamente una sanción o un mal moral contra el Jurado que tuvo la temeridad de negar lo que se le presentó, no a su juicio, sino a sus ojos. Por consiguiente, anunciarle a un Jurado que si absuelve se declarará injusto su veredicto, es anunciarle ese mal moral, esa sanción judicial, lo que constituye UNA SERIA Y CLARA INTIMIDACION". (Mayúsculas de la Sala).

c) Que "la coacción moral es la amenaza para que se proceda de determinada manera, so pena de un mal concreto y seguro". Y "todos estos elementos están contenidos en las expresiones de la Fiscalía".

d) Que, de acuerdo con las normas procesales, éstas garantizan a los jueces de hecho plena libertad para su convicción, en forma tal, que "lo único que tengan que pesar sean los cargos como la defensa que haya de hacer al acusado"; y que, de otra parte, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 611 del C. de P. P., "es necesario evitar que haya en ellos cualquier motivo que perturbe la imparcialidad de su conciencia".

e) Que, en resumen, "las conminaciones del señor Fiscal" fueron un motivo perturbador para la imparcialidad de la conciencia de los Jurados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Es una realidad procesal que, en una de las sesiones de la audiencia pública celebrada en este negocio, el Fiscal del Juzgado de instancia (Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo) excitó a los señores Jueces de hecho a que rindieran un veredicto condenatorio y les puso de presente que en el caso de no hacerlo así, podría ser desconocido, ya que "la justicia tiene un arma poderosa cual es la de poder declarar injustos (sic) los veredictos, y así tendrá que suceder en este caso, si se absolviera a Samuel Molano". (Subrayó la Sala)

También se lee en el acta de la audiencia, como expresado por el Fiscal:

"La justicia solamente pide un mínimo de sanción reconociendo la modalidad planteada, única aceptada como norma en este caso. Si se obra en otra forma, por ejemplo, absolviendo al procesado, reconociendo la legítima defensa, se ultrajaría á la justicia y a la sociedad y se ampararía la impunidad..... Es tiempo de volver por los fueros de la justicia; de suturar esta arteria rota que está desangrando a la República. No es posible que se absuelva a los procesados sin fórmula de juicio y sin razón; no es posible que sigan paseándose por las calles y veredas los asesinos; no es posible excarcelar a los autores de tan gráves delitos. Para algo estamos los representantes de la sociedad a quienes no nos interesa sino el triunfo de la justicia. No perseguimos triunfos profesionales, nuestra misión es puramente servir a esa diosa ciega que se llama justicia. En nombre de esa justicia, de la sociedad que represento y de una familia, pido la condena de Molano". (Folio 154 vuelto, cuaderno 1º).

Descartando, por ahora, los apartes subrayados, la transcripción anterior, que también hace el recurrente, sólo muestra el énfasis y estilo oratorio un tanto o un mucho impresionista que suelen emplear los Fiscales ante el Jurado, cuando la firmeza de su convicción sobre la responsabilidad del presunto reo les indica como deber legal y moral el acusarlo. Nada aparece allí que pueda y deba interpretarse como amenaza para los jueces de hecho, o como propósito ilícito de tratar de obtener, por medios prohibidos en la ley, determinada solución para las cuestiones objeto del debate. Simplemente, aparece un funcionario llenando, a su leal saber y entender, una función de su cargo; y llenándola, por otra parte ,como suele hacerse en casos análogos: con la natural vehemencia o estilo afirmativo de quien no duda de su verdad.

Cuanto a la advertencia de que, en la hipótesis de un veredicto absolutorio, se emplearía el "arma poderosa" de declararlo "injusto" tampoco ve la Sala cómo tal advertencia pueda estimarse, por sí sola, como constitutiva de coacción o intimidación.

Para la elaboración de las listas de Jurados, la ley colombiana ha establecido un sistema que, cumplido estrictamente, garantiza que aquéllos son "honorables y competentes" (artículo 482 del C. de P. P.), "poseer por lo menos una cultura media y desempeñar una profesión u oficio de

aquellos que exigen capacidades intelectuales". (Artículo 494, ibidem).

Como no aparece tacha en contrario, hay que presumir que quienes actuaron en el proceso, llenaban tales requisitos. Es decir, que no se trata de personas de escasa formación, sugestionables y timoratas, que fueran a llenarse de miedo porque, en el calor del debate, una de las partes les recordase la vigencia de una norma legal conforme a la cual podría enmendarse, a posteriori, el yerro positivo o presunto del veredicto.

Estas observaciones no son improcedentes. Porque la coacción, como fuerza moral o amenaza de un mal grave e insuperable, no tiene un valor absoluto. O sea, no existe como tál por sí misma, sino que se integra o perfecciona según sea la capacidad de recepción del coaccionado. A un espíritu selecto no se le coacciona fácilmente; a un hombre de limitada cultura y precarias condiciones psíquicas sí. Por ello, los tratadistas no dejan de advertir que, para los efectos jurídicos, la existencia de aquel fenómeno siempre hay que referirla a las circunstancias o calidades personales del sujeto contra quien se dirige la fuerza. Por lo mismo, jurídicamente hablando, coacción vale tánto o debe valer tánto como conción eficaz.

Suponiéndose que las advertencias del Fiscal respecto al desconocimiento del veredicto absolutorio, pudieran considerarse como la amenaza de un mal grave que llegase a afectar el patrimonio moral de los Jurados, tampoco las modalidades de la controversia judicial permitían darle eficacia a dicha amenaza. Una audiencia con Jurados no es un debate en que el Fiscal se quede solitario, sin posibilidades de ser contradicho o rebatido. Tiene su contrario en el defensor, cuyas funciones son amplísimas. Y no dirige el debate ninguna de las partes, ni siquiera el Ministerio Público, sino una persona que está por encima o equidistante de las partes: el Juez.

Dentro de la lógica del desenvolvimiento normal de aquellos debates, máxime si en ellos intervino un defensor diligente como muestra serlo el demandante, hay que suponer que éste pudo y quiso rebatir las prevenciones o argumentos "intimidativos" del Fiscal: que ilustró, adecuadamente, a los Jueces de hecho, respecto al alcance de sus atribuciones legales, a lo amplio de la zona en que éstas se ejercitan, o sea, en conciencia, y en cuanto a la recta interpretación del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, que aplica el Juez de la causa, y no el Fiscal. De consiguiente, quien "amenazaba" con la mal llamada "injusticia" del veredicto o "el arma poderosa" de declararlo tál, no estaba en condiciones fácticas ni legales de hacerlo; sólo expresaba una opinión apriorística o un deseo de una de las partes, y, en manera alguna, el proveído futuro del Juez, a quien había de reputársele imparcial, recto, sereno y no precipitado en anticipar conceptos o decidir a priori.

A medida que estas explicaciones fueran dándose, con la amplitud que tiene la defensa para hacerlo, la trepidación de ánimo de los Jurados, si es que llegó a existir, tenía que ir desapareciendo; los espíritus conturbados habían de serenarse; y la real o supuesta coacción perdía toda eficacia. Si esto no se hizo por el defensor, habría sido porque no lo estimó necesario o no creyó él mismo en la realidad o eficacia de la supuesta conción. Pero los fragmentos de la exposición de dicha parte, sintetizada en las actas de la audiencia, muestran que sí lo hizo.

Pero ¿es realmente un mal, y mal grave, que afecte la dignidad de las personas o lesione su patrimonio moral o abata su decoro o buen nombre, el rechazo del veredicto que, como Jueces de conciencia, hayan rendido?

Sin duda que el asenso de unos respecto al de otros puede reputarse como un bien, tanto en el orden objetivo como en el subjetivo. Pero lo contrario no es, necesariamente, un mal. En este segundo orden, dicha calificación estará supeditada a factores varios y muy relativos como el concepto de las propias excelencias intelectuales y morales; el temperamento, los caracteres, etc. En tratándose de verdades que no corresponden al orden metafísico, las personas de mediana cultura —como quiere la ley que sean los Jurados— saben cuán relativo es el valor del asentimiento a ellas y cómo los motivos de este asentimiento no excluyen, en absoluto, el temor de errar. Saben que la evidencia de la verdad a que se adhiere, es, para el otro o los otros, la evidencia contraria. Por ello, no se sienten disminuídas o moralmente afectadas, en la mayoría de los casos en que los demás no compartan sus opiniones o puntos de vista. Les basta con su buena fé y solicitud por acertar. Y si, a pesar de ello, se les considera desacertados, ni olvidarán la verdad de Perogrullo de que es humano el errar, ni dejarán de pensar, tal vez, que quienes están en el error son los que, por su jerarquía, se creen sabios para abstenerse de acoger las verdades ajenas. El rechazo de sus pareceres no lo tendrán por un mal, sino por simple disparidad de opiniones, natural en el orden del conocimiento; y si, por uno u otro motivo, llegaran a creerlo ver-

dadero mal, tendrían la suficiente sindéresis para no estimarlo grave ni sentir afectada su libertad de manifestarse según la autonomía de su "personal conciencia".

No se ve, por lo expuesto, cómo pueda admitirse o tenerse por probado que hayan sufrido coacción de parte del Fiscal, los Jueces de hecho que calificaron la responsabilidad del reo; ni se entiende de qué manera este funcionario, al prevenirlos, con el natural patetismo del debate, respecto a la existencia de un remedio legal para corregir un hipotético yerro, les hubiera infundido abusivamente un temor mayor del que, de suyo, puede suscitar, en personas responsables, el juramento del artículo 27 de la Ley 4ª de 1943; ni, en fin, se le alcanza a la Sala que dicha prevención o advertencia pueda interpretarse, sin sofismas, como una de las "demostraciones hostiles" vedadas por el artículo 530 del estatuto procesal penal, o como factor de perturbación para la imparcialidad de su conciencia (artículo 511, ibidem).

No se demostró, de consiguiente, la violación de ninguna de las garantías a que alude el artículo 26 de la Constitución, por lo cual no prospera la causal invocada.

II—Causal 7ª.

Lo sustancial de los cargos queda englobado en los siguientes apartes de la demanda:

"Como ya se ha dicho, Samuel Molano fue llamado a juicio por el homicidio en Miguel Monroy y las lesiones en Marcos Monroy. A los respectivos cuestionarios el Jurado contestó:

"Sí es responsable en riña imprevista, para el homicidio".

"No es responsable por tratarse de cuentos, para las lesiones".

"Para examinar el necesario fundamento probatorio de la primera respuesta, importa destacar las notas de los hechos:"

"Según Marcos Monroy sucedió:

"a) Un diálogo entre él y Samuel Molano. De una vez anotemos que de parte de Molano sólo hubo una pregunta que no es provocación, ni ofensa, ni sugerente ademán. En todo caso ella no implica golpe, ni cambio de golpes, que es el elemento básico de una riña".

"b) En seguida de la respuesta de Marcos Monroy, Samuel Molano le dio un golpe causante de una herida en el ojo".

"Por otra parte está constatado que en seguida del anterior golpe, Miguel Monroy intervino, produciendo en Samuel tres heridas por la espalda. Como Marcos Monroy no habla de estas lesiones, es inexorable admitir que esas heridas por la espalda sólo pudieron ser inferidas en la forma en que las describe Samuel Molano: estando él caído. Quien está caído y siendo herido a cuchillo por la espalda no puede estar propinando ni cambiando golpes, como tampoco lo está quien es herido por la espalda, pues falta hasta la elemental adecuación del cuerpo para pelear. Luego atendiendo solamente a las heridas con cuchillo recibidas por Samuel estando caído —hecho que según el auto de cesación procedimental es una verdad judicial— la reacción de Molano hubiera sido legítima, y, en todo caso, no constituye riña".

"Así se tiene que el único hecho fundador de la riña sería el golpe de Samuel a Marcos Monroy, que jurídicamente le quitaría justificación a la reacción del procesado ya que éste habría provocado la acción heridora de Miguel Monroy, y lo que es más importante, ese golpe es el único que permite escenificar un cambio de agresiones, el esencial elemento material de la riña".

"Es, pues, el golpe de Samuel Molano el único elemento constitutivo de la riña de que habla la respuesta al cuestionario sobre el homicidio".

"Pero resulta que en la segunda respuesta, que versa precisamente sobre el golpe lesivo dado a Marcos Monroy, el Jurado niega su existencia, y en todo caso, su imputabilidad en Samuel Molano".

"Total: En la primera respuesta, al afirmar la riña, se afirma con ella el único hecho que la constituye, que es golpe de Samuel Molano. Y en la segunda respuesta se niega esa imputación, con gran fundamento, como que nadie vio herir ni herido a Marcos Monroy. Es decir, el golpe es y no es al mismo tiempo, que es en lo que consiste la contradicción, esencial y base para enunciar el principio: una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo:

".....si nos situamos frente a la respuesta sobre el homicidio, que afirma la riña, es necesario para que este cuadrilátero perviva que en el mismo veredicto no se niegue el único hecho constitutivo de la riña. Si se niega, se declara que el hecho existió y no existió al mismo tiempo, que el procesado estuvo y no estuvo en riña a un mismo tiempo. Se actualiza de manera evidente el principio de contradicción".

"En la situación de este proceso repugna a la equidad que el único elemento para sustentar una riña se le impute a Samuel Molano para afirmar la riña de la primera respuesta, y ese mismo elemento, o por lo menos, se autoria por

Samuel Molano, sea negado claramente en la segunda respuesta. Y negado no de cualquier manera, que es trágico que se repute como hijo de la fantasía el cargo a Samuel Molano que sirvió de única clave para acusarlo. Y sería más trágico que destruído ante la justicia ese cargo, queden vigentes la responsabilidad y la cárcel que sólo ese cargo sustenta".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la transcripción anterior, una cosa resulta clara, a primera vista: que el recurrente, en su intento de demostrar el cargo, en lugar de ceñirse al análisis de los términos del veredicto —considerado como un todo constante de dos respuestas— en sí mismos y en cuanto a la significación natural y jurídica de los mismos términos, tuvo que ocurrir al examen de algunas pruebas incriminativas, de que aparecería la supuesta contradicción. Este método crítico podría llegar a persuadir de la discordancia sustancial entre las respuestas del Jurado y las pruebas, mas no se presenta como el adecuado para establecer la oposición esencial entre unos y otros términos o unos y otros extremos del veredicto.

Esta manera de análisis no sobra en los alegatos y providencias de instancia, a título ilustrativo o aclarativo del planteamiento correspondiente; o bien, para sustentar la tesis de la contraevidencia del veredicto, cuya discusión es posible, tan sólo, dentro de las referidas instancias. Pero, frente a la técnica de casación, el sistema resulta totalmente inadecuado, como bien lo observa la Procuraduría, ya que viene a desembocar en la causal 2ª, no invocada por la acusación.

Según doctrina reiterada de la Corte, el juicio afirmativo de que un veredicto es contradictorio, no se obtiene comparando los términos del mismo con determinadas pruebas de los autos; a él se llega, para los efectos del recurso de casación, a través del examen exclusivo de esos términos, poniéndolos en relación unos con otros y desenvolviendo su significado, en forma tal, que aparezcan ser lógicamente inconciliables, desde el punto de vista jurídico, una parte y otra parte, un extremo y otro extremo. Y ello, porque, de no deducirse esta incompatibilidad, se venga a admitir que una cosa puede ser y no ser, a un tiempo y por igual concepto, que es en lo que consiste lo contradictorio.

Dejando de lado esta interferencia de las pruebas en el planteamiento de la cuestión y analizando el veredicto en la forma sugerida por el recurrente, es decir, considerándolo como un todo compuesto de dos respuestas a sendas cuestiones, no surge o no se ve contradicción alguna. Decir que un homicidio se cometió en riña imprevista y que de tal hecho, así calificado, es responsable el agente, es encajarlo dentro de un tipo legal expresamente previsto y que en nada peca contra la lógica. Agregar, como respuesta a otra pregunta, que el mismo agente del homicidio no es responsable de una lesión personal de que, se supone, fue víctima otra persona que el muerto, tampoco arguye contradicción. Entre otras razones, porque se trata de cargos distintos y de diversos ofendidos; y, principalmente, porque lo que el Jurado negó, no fueron los hechos simplemente materiales o la mudanza física implicada en la pregunta, sino la responsabilidad, que es fenómeno específicamente complejo y no asimilable a los primeros.

La realidad es, por lo visto, que el recurrente no mostró que el veredicto aplicado al reo sea "evidentemente contradictorio", como reza textualmente la norma invocada; bastaría, pues, lo dicho para rechazar el cargo. No obstante, la Sala ha de prohijar, para mayor abundamiento, las siguientes observaciones del señor Procurador sobre el asunto:

"Para que el principio de contradicción, de que una cosa es y no es al mismo tiempo, tenga operancia como demostrativo de una situación insostenible, o mejor, para que pueda considerarse aplicable en un caso concreto, es imprescindible que su demostración en ambos extremos sea plena o sea, que lo afirmado aparezca claramente y que lo negado igualmente se manifieste en relación con el mismo asunto; vale decir, que se afirme y se niegue simultáneamente algo de una misma cosa o se atribuya a alguien lo mismo que se le ha desconocido.

"En el caso concreto de un hecho, se requiere que éste se afirme y se niegue del mismo sujeto, por ejemplo, que es responsable y que no lo es de idéntico hecho.

"Ahora bien: cuando el hecho es principal y existe otro secundario o subsidiario, como una modalidad del mismo, es claro que la afirmación o la negación deba referirse al hecho principal y no al secundario o subsidiario, pues afirmado o negado aquél, éste carece de importancia.

"Y es lo que sucede en el caso de autos: cuando el Juri contestó que Samuel Molano es responsable del hecho referente al homicidio de Miguel Monroy, afirma eso como principal; y sub-

sidiariamente, afirma igualmente que lo fue con la modalidad de la riña imprevista.

"Pero cuando niega que sea responsable del hecho relacionado con las lesiones causadas a Marcos Monroy, se está refiriendo a un hecho diferente, a un sujeto pasivo del delito completamente distinto; y, en este caso, el hecho subsidiario de la modalidad de la riña imprevista, no tiene ninguna relación de causa a efecto, no interesa directamente y desaparece su importancia ante la ausencia del hecho principal, o sea la responsabilidad por el hecho de las lesiones, cualesquiera que hubiesen sido sus modalidades.

"De modo que se trata de dos hechos diversos, de dos situaciones perfectamente separables, de dos cuestiones que aunque sean resueltas por los mismos Jueces de hecho, para efectos procedimentales, no guardan armonía ni relación de ninguna clase; y bien puede afirmarse de un hecho una cosa y la contraria respecto al otro, sin que haya la más leve contradicción ni antinomia real o jurídica.

"Por tanto el principio de contradicción no puede aplicarse a la situación de autos; ni menos puede predicarse de un veredicto tan claro, que sea contradictorio, pues resuelve simplemente una situación separada, doble, que no guarda relación ni armonía y que por eso mismo constituyó interrogatorio diferente para cada uno de los hechos y sus modalidades respectivas.

"El cargo carece totalmente de consistencia, máxime cuando en la motivación del mismo, se involucran aspectos del veredicto contraevidente, como quiera que relaciona hechos y pruebas que además de estar plenamente probados, no pueden entrar a discutirse tratándose de la decisión de un Jurado de conciencia sometido además al examen de la realidad o verdad procesal".

III—Causal 1ª.

Se alega en la demanda con el carácter de correlativa o consecuencia de la anterior, pues, dice el recurrente, "admitida la presencia de un veredicto evidentemente contradictorio, con dictar sentencia se violó el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal".

"En este proceso —continúa la demanda—, se hizo uso indebido del precepto al dictar sentencia sobre una ausencia de veredicto.

"Esta circunstancia incidió en otra violación de la ley al aplicar contra Samuel Mulano la penalidad contenida en el artículo 384 del Código Penal, cuando tal precepto era inaplicable. Claro que esta violación ha sido indirecta, repercusión o consecuencia de la violación directa del artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, pero no puede dejar de destacarse para presentar así el conjunto de la situación que agravia los derechos fundamentales del procesado, y que inspira esta reclamación".

SE CONSIDERA:

La sola transcripción que acaba de hacerse, y que constituye la casi totalidad de las alegaciones sustentadoras del cargo, deja ver, a las claras, que no puede prosperar. Ellas giran alrededor de la acusación, ya rechazada, de ser contradictorio el veredicto. Y no incluyen ningún otro hecho o razón de otro orden que, por esta causa, sea preciso analizar. La causal es improcedente, por lo tanto.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Se observa que el reo ya cumplió en detención preventiva la pena impuesta en el fallo recurrido, motivo por el cual debe ser puesto en libertad, a cuyo efecto se librará orden telegráfica inmediata.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montero Torres—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

EL RECURSO DE QUEJA CONTRA UN FUNCIONARIO O ENTIDAD NO SE EJERCITA ANTE ESTOS SINO ANTE SU RESPECTIVO SUPERIOR JERARQUICO

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

Al doctor Eduardo Archila Reyes como Juez Unico Municipal de Motavita le impuso el Tribunal Superior de Tunja, en providencia de 10 de diciembre de 1953, una multa de $ 30.00, "por haber incurrido en las causales de que tratan los numerales 3º y 4º del artículo 2º del Decreto 3.665 de 1950".

No se conformó el multado, y en escrito de 11 de diciembre de 1953 pidió reposición; y en memorial de 14 del mismo mes solicitó del propio Tribunal que declarase la "nulidad de todo lo actuado", por no habérsele oído en la correspondiente investigación y por haber actuado con su firma en la providencia de la multa "el H. Magistrado doctor Ignacio Mesa" a quien se había declarado impedido para intervenir en el asunto.

El Tribunal entonces incurrió (17 de diciembre de 1953) en un error evidente: se le había pedido que declarase nulo lo actuado, y lo que hizo fue concederle al peticionario un recurso —el de queja— que él no había interpuesto. En la misma providencia el Tribunal manifestó que no tramitaba "el recurso de reposición" interpuesto por Archila Reyes, "porque según el Decreto 3.665 de 1950, artículo 12, en estos casos no habrá otro recurso que el de queja".

Pero ocurre que este recurso no lo puede conceder el funcionario o la entidad de quien se queja el querellante, sino que se ejercita ante el respectivo superior jerárquico.

Por otra parte, es de advertir que si hubiera habido queja del Juez contra los Magistrados, equivaldría, a la luz de las circunstancias expuestas, a una denuncia sujeta a ratificación bajo juramento, denuncia que habría de contener una relación sucinta de los hechos que el denunciante considerase punibles.

Sin embargo, habiéndose concedido por el Tribunal un recurso que no se interpuso y que si se hubiera interpuesto tampoco hubiera podido conceder, resulta ostensible que ni la Sala Penal ni otra alguna de la Corte tienen jurisdicción en este extraño asunto.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala Penal— así lo declara administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino— Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres— Pedro Pacheco Osorio—Picquinto León L., Secretario.

INTERVENCION EN POLITICA DE FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL. — CUANDO DOS DISPOSICIONES LEGALES REGLAMENTAN UNA MISMA MATERIA RESPECTO DE UN MISMO SUJETO, PUEDE DECIRSE QUE SON INCOMPATIBLES, VALE DECIR, CONTRARIAS, REPUGNANTES O EXCLUYENTES ENTRE SI; PERO SI LAS MATERIAS A QUE ELLAS SE REFIEREN SON SUSTANCIAL O FORMALMENTE DISTINTAS, O SI LOS SUJETOS SON DIVERSOS, NO HAY IDENTIDAD DE CONTENIDO EN LAS NORMAS, NI, POR LO MISMO, INCOMPATIBILIDAD ALGUNA, PUES AMBAS PUEDEN SUBSISTIR Y APLICARSE INDEPENDIENTEMENTE LA UNA DE LA OTRA. — PARA EL CORRECTO ENTENDIMIENTO DE LOS ARTICULOS 178 DE LA CARTA Y 180 DEL C. P., DEBE APLICARSE LA REGLA 1ª DEL ARTICULO 5º DE LA LEY 57 DE 1887. — EL HECHO DE QUE UN FUNCIONARIO JUDICIAL EXTERIORICE EL DESIGNIO DE PARTICIPAR EN UN DEBATE POLITICO, ES SIN DUDA CENSURABLE, Y PUEDE ESTAR EVENTUALMENTE SUJETO A SANCIONES DISCIPLINARIAS, PERO NO CONSTITUYE MAS QUE UN ACTO PREPARATORIO DEL DELITO EN REFERENCIA. — SI EN LA PRIMERA INSTANCIA EL MINISTERIO PUBLICO CONCEPTUO FAVORABLEMENTE SOBRE APLICACION DEL ARTICULO 153 DEL C. DE P. P., TAL REQUISITO NO ES INDISPENSABLE PARA CONFIRMAR EL FALLO EN LA SEGUNDA

1.—Importa esclarecer si el artículo 180 del Código Penal se halla vigente en su integridad o si, como se ha sostenido en la discusión de esta providencia, él fue subrogado en todo o en parte y de manera implícita por el artículo 70 del Acto Legislativo número 1 de 1945 (artículo 178 de la actual codificación constitucional), al disponer que "los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público, no podrán ser miembros activos de partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio. La desobediencia a este mandato es causal de mala conducta, que acarrea la pérdida del empleo".

Para tal fin conviene precisar ante todo si el citado artículo 180, que reprime el hecho del "funcionario o empleado público que forma parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter", es incompatible con el transcrito precepto de la Carta, pues si lo fuera, habría que dar aplicación al principio universal de hermenéutica, consagrado en el derecho positivo colombiano (artículos 215 de la C. N. y 5º de la Ley 57 de 1887), según el cual, en dicho supuesto prefiere el canon constitucional.

Ahora bien, ¿cuándo puede predicarse de dos disposiciones legales que son incompatibles, vale decir, contrarias, repugnantes o excluyentes entre sí? Claro que cuando reglamentan una misma materia respecto de un mismo sujeto. Si las materias a que ellas se refieren son sustancial o formalmente distintas, o si los sujetos son diversos, no hay identidad de contenido en las normas, ni, por lo mismo, incompatibilidad alguna, pues ambas pueden subsistir y aplicarse independientemente la una de la otra. Y esto es lo que ocurre con los mentados artículos: el del Código Penal sanciona la conducta que consiste en formar parte de directorios políticos, formalmente distinta a la de "ser miembros activos de partidos políticos", prohibida por el de la Constitución; aquél acrimina el hecho genérico de intervenir en debates de carácter político, y éste, el específico de "intervenir en debates de carácter electoral", y, por último, el agente de los actos castigados por el primero puede ser cualquier "funcionario o empleado público", mientras que los de los previstos en el segundo son únicamente "los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público". De donde es imprescindible concluir que el artículo 180 del

Código Penal no ha sido totalmente subrogada por el 178 de la Constitución Nacional.

Se afirma, sin embargo, que la primera de estas disposiciones fue sustituida por la otra respecto de "los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público", por cuanto la última es para tales empleados "ley permisiva o favorable" (artículo 26 de la Constitución Nacional), ya que reprime sólo con "la pérdida del empleo" el comportamiento genérico de "ser miembros activos de partidos políticos", dentro del cual se comprenden los específicos de formar "parte de directorios políticos" e intervenir "en debates de este carácter", para los cuales consagra el Código Penal una sanción mayor. De esta guisa, si un empleado de la rama ejecutiva (un ministro, un secretario de gobernación, el oficial mayor, escribiente o mecanógrafo de una alcaldía, un maestro de escuela pública, etc.) "forma parte de un directorio político", incurriría "en arresto de un mes a dos años y en interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término". Si del mismo hecho, en cambio, fuere responsable un Juez o Magistrado, quedaría simplemente sujeto a "la pérdida del empleo".

El súbito encuentro de esta tesis obliga, sin embargo, a desecharla, porque es regla hermenéutica que la ley debe interpretarse de manera que no conduzca al absurdo, e implicaría una enormidad jurídica inadmisible sancionar por el mismo hecho con pena tan considerable como aquélla a empleados cuya parcialidad política causa un mínimo desprestigio a la administración pública mientras que se reservase un castigo principalmente irrisorio a quienes por la naturaleza de sus funciones no pueden intervenir en menesteres políticos, sin grave daño para el buen nombre de la administración de justicia, que ha de ser la más noble, pura y sagrada de las misiones del Estado. Tal tesis violaría flagrantemente "los principios de derecho natural", "de la equidad natural" y del "espíritu general de la legislación" (artículos 4º y 5º de la Ley 153 de 1887 y 32 del Código Civil), que son los criterios esenciales que debe tener en cuenta el intérprete de los pasajes dudosos o oscuros de la Constitución y de las leyes.

Por otra parte, aquí no tiene cabida el precepto de la Carta según el cual "en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", por las razones que se anotarán en seguida.

Obsérvase, en primer término, que este principio sólo rige "en materia criminal", esto es, en la relativa a los delitos. Y, según se verá luego, el citado artículo 178 de la Constitución Nacional versa sobre materia distinta.

Para que él funcione, de otro lado, es menester que un mismo hecho o iguales aspectos de una misma conducta estén reprimidas con penas distintas, como es obvio. Y esto no ocurre en el supuesto que se examina, porque la primera parte de dicho precepto constitucional prohíbe a los empleados que enumera la manifestación mínima de parcialidad política, consistente en el hecho de "ser miembros activos de partidos políticos", en tanto que el Código Penal incrimina hechos intrínsecamente más graves, de los cuales responde no ya el que se limita a tener la referida calidad, sino el funcionario que además de ese "forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter".

Tampoco es valedero el argumento de que ha de preferirse el canon constitucional al legal, porque el primero castiga el comportamiento genérico, dentro del cual cabe el específico previsto por el segundo. "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente", dice el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, la cual no es más que un desarrollo del mencionado artículo 215 de la Carta. De donde se desprende que si ésta, dentro la técnica legislativa, prevé y sanciona un delito o una falta administrativa, la norma correspondiente no es de jerarquía privilegiada, sino que debe entenderse incorporada a la legislación criminal o a la penal disciplinaria. Porque en tal caso, el constituyente no hace otra cosa que asumir la facultad de legislar, atribuída al Congreso por el artículo 76 de la Constitución.

De lo anterior es preciso concluir que, para el correcto entendimiento de los artículos 178 de la Carta y 180 del Código Penal,

debe aplicarse la regla primera del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, según la cual "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general". Por lo tanto, si un mismo funcionario judicial realiza el acto genérico de ser miembro activo de un partido político, y además el específico de formar parte de un directorio político, debe sufrir, de preferencia, la sanción conminada por el Código para la última actividad.

En este estatuto es frecuente encontrar reprimida la conducta delictuosa mínima (o genérica) con pena inferior a la señalada para la conducta delictuosa más grave (o específica), y a esta última corresponde siempre la sanción mayor, era por mandato expreso de la ley, ya en virtud de la citada norma de hermenéutica. El abuso de autoridad por acción, verbigracia, es una forma genérica de atentar un empleado público, abusando de sus funciones contra los derechos de alguien, pero sólo le es aplicable la pena del artículo 171 "fuera de los casos especialmente previstos como delitos". La violencia privada, a su vez, es un comportamiento genérico de quien "con violencias o amenazas constriña a otro injustamente a hacer, tolerar u omitir alguna cosa", reprimido por el artículo 298 con "arresto de un mes a un año". Y actos específicos comprendidos dentro de este género, están castigados más severamente por otras disposiciones, de aplicación preferente sin que se diga de manera explícita. Así, si la especialidad consiste en que el ofendido sea "funcionario público o encargado de un servicio público", a quien se violente o amenace "para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones", la pena es de "prisión de seis meses a cuatro años", (artículo 134); si radica en que la violencia sea de tal naturaleza que "cause a otro un daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación psíquica", prefiere la sanción pertinente de los artículos 372 a 379; y si reside en que a la víctima se le obliga a entregarle al agente "una cosa mueble ajena" (artículo 402) o "a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos" (artículo 406), el castigo será de "prisión de uno a ocho años" o de "prisión de ocho meses a cinco años", según el caso. Si prosperara la tesis que se impugna, a los responsables de violencia contra funcionario público, lesiones personales, robo o extorsión, en los ejemplos propuestos, habría que imponerles sólo la escala penal del artículo 298, tanto porque éste es ley permisiva o favorable, como porque prevé una conducta genérica y comprensiva de las indicadas actividades específicas.

Cómo conciliar, entonces, las dos disposiciones que se analizan, cuando es evidente que la del Código prevé y reprime una conducta genérica —la constituida por la intervención en política de cualquier funcionario público—, a la vez que la constitucional prohibe y sanciona más benévolamente un comportamiento específico —la intervención en debates de carácter electoral, por parte de los empleados judiciales y del Ministerio Público?—.

La cuestión no es tan difícil como a primera vista parece si se repara en que el Código Penal contempla como delito el hecho consistente en formar parte de directorio político y el de intervenir en debate de este carácter, y en que la Constitución castiga como típica falta administrativa el hecho de ser el agente miembro activo de un partido político y el de intervenir en algún debate de índole electoral. Este último se infiere claramente de la categoría que de modo expreso les asigna el constituyente: "causal de mala conducta", la cual es obvio que no tiene carácter de delito. Lo que ocurre, pues, es que la intervención en política de los empleados judiciales o del Ministerio Público, cuando el agente no se limita a ser miembro activo de un partido político, sino que forma parte de un directorio, ni a participar en un debate político cualquiera, sino en uno de índole electoral, tiene un doble encuadramiento: como delito en el Código Penal, y como falta administrativa en la Carta.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que el Derecho Penal propio, llamado también Derecho Penal Criminal (el que prevé y sanciona los delitos) y el Derecho Penal Administrativo, al cual pertenece el Derecho Penal Disciplinario (el que castiga las faltas administrativas) son dos ramas independientes y autónomas del Derecho positivo, como lo sostienen la generalidad de los modernos criminalistas y expositores de De-

recho Administrativo, la Sala Penal de la Corte en providencia de 30 de agosto de 1933 (GACETA JUDICIAL, tomo XLII, página 626), y la Plena en fallo de 28 de noviembre de 1951 (GACETA JUDICIAL, tomo LXX, páginas 710 y 711), no se ve inconveniente en que ambos puedan aplicarse conjuntamente, y en que coexistan, por lo mismo, el artículo 180 del Código Penal y 178 de la Constitución. Porque el primero tiene como fin la conservación del orden jurídico y su restablecimiento cuando ha sido roto por el delito, o la defensa social, según el punto de vista doctrinario desde el cual se enfoque el problema, mientras que el objeto del segundo es procurar el mantenimiento del orden en la administración pública y la observancia de los deberes impuestos a los funcionarios; el primero sanciona el delito con una pena en sentido estricto, cuya finalidad principal es, conforme a la orientación del Código colombiano, la de separar al delincuente del seno de la sociedad y readaptarlo en forma que deje de constituir en el futuro peligro para ella, y, por lo mismo, al imponérsele toma en consideración su personalidad y los motivos determinantes de su acto, al tiempo que el segundo simplemente prescinde de los servicios del infractor, como un medio para mantener la disciplina en la marcha de la administración pública, sin reparar más que en la existencia objetiva de la falta; el primero, por último, reprime el delito por conducto de los órganos de la justicia criminal, mientras que el segundo procede por vía administrativa.

Esta solución, por lo demás, no da lugar a que se viole siquiera de manera aparente el principio non bis in idem en los casos concretos. En verdad, en la peor de las hipótesis, en la de que un mismo sujeto sea condenado disciplinariamente a la pérdida del empleo y judicialmente a arresto e incapacidad para el ejercicio de funciones públicas, no sufre dos penas, por cuanto la interdicción implica por sí sola la pérdida del empleo. Lo que en tal evento acontece es que el poder disciplinario del Estado, el cual debe manifestarse con rapidez por la naturaleza de los fines por él perseguidos, procede sin tardanza, mediante actuación sumaria, a separar al funcionario infractor de la administración pública, mientras el poder judicial, más lento, parsimonioso y cauto, le impone la verdadera pena. Mas aunque se prescindiera de la sanción disciplinaria, al ser condenado aquél por la vía judicial a la interdicción de funciones públicas necesariamente perdería el empleo.

2.—Para que se configure el delito previsto por el artículo 180 del Código Penal, fuera del caso de formar parte de un directorio político, se requiere la intervención en un debate de esta índole, vale decir, un acto que entrañe tomar parte activa en una controversia, contienda, lucha o combate entre dos o más personas sobre política, o en una pugna electoral, que es el debate político por excelencia. El hecho de que un funcionario judicial extralimite el designio de participar en un debate de tal naturaleza, es sin duda censurable, y puede estar eventualmente sujeto a sanciones disciplinarias, pero no constituye más que un acto preparatorio del delito en referencia, que por no implicar siquiera principio de ejecución queda fuera de la órbita del magisterio penal.

3.—El artículo 153 del Código de Procedimiento Penal exige el concepto fiscal favorable sólo para dictar la sentencia en que "se ordena cesar todo procedimiento contra el reo" lo cual supone que el Juez respectivo proceda a este respecto como funcionario de primer grado, esto es, que sea él quien imparta la orden expresada. Mas si ya se libró en la providencia de primera instancia, tal requisito no es indispensable para confirmarla en la segunda, pues el objeto de ésta es revisar la actuación del inferior, para ver si estuvo o no conforme a la ley, y en los trámites propios de ella no figura esa exigencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto dieciocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Popayán ordenó adelantar esta investigación contra el doctor César Ernesto Muñoz, en su carácter de Juez Segundo Civil de ese Circuito, para averiguar si por una comunicación telegráfica suya, publicada en "Dia-

rio Oficial", pudo haber incurrido en violación de las normas legales vigentes que prohiben la intervención de los miembros del Poder Judicial en debates políticos.

Practicadas varias diligencias tendientes a investigar el hecho, el Tribunal, previo concepto favorable de su colaborador fiscal, en auto de 12 de julio de 1957, declara que el inculpado "no ha cometido la infracción investigada", y de acuerdo con el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal ordena cesar todo procedimiento criminal en su contra. Aduce como fundamento que el despacho en referencia es un documento privado, protegido por la reserva de la correspondencia particular, y que "si no es pública la actuación del doctor Muñoz T. sino la explicación de su estado interior o anhelo ciudadano, no existe materia punible frente al artículo 180 del Código Penal".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, previo análisis de la situación jurídica del hecho, se pronuncia en sentido adverso a la aplicación del artículo 153, y solicita, en consecuencia, revocación de la providencia del Tribunal, que por vía de consulta corresponde revisar a la Corte.

El comunicado que dio origen al proceso dice:

"Popayán, 9 de febrero de 1957.—Ministro de Educación.—Gobernador Gómez Gómez.— Ministerio de Educación.—Bogotá.—Necesidad definirse libremente y alinearse con binomio Pueblo-Fuerzas Armadas o con Frente Cívico comandan Alberto Lleras y Laureano Gómez nosotros expresamos por dignísimo conducto ustedes nuestra franca adhesión candidatura excelentísimo señor Presidente General Jefe Supremo Gustavo Rojas Pinilla para próximo período presidencial.—Atentamente, César Ernesto Muñoz....." (F. 14).

Explicó el acusado que el mensaje estrictamente privado y con destino "a ser conocido exclusivamente por sus destinatarios y posiblemente por el señor Presidente de la República, está protegido por la inviolabilidad de la correspondencia", y que por la circunstancia de haber sido publicado por los primeros "no hay derecho para que se me haga responsable". Esta es la tesis que acepta el Tribunal, é impugna la Procuraduría afirmando que aquél "en su referido mensaje de 'adhesión política' no oculta su resolución de ocupar puesto de avanzada en las filas de un bando de cuyas huestes, para obvios menesteres electorales, se estaba haciendo gran despliegue, precisamente con la ostentosa exhibición de esas adhesiones, en especiales páginas del DIARIO OFICIAL, según se ve en el ejemplar de ese periódico traído a los autos".

CONSIDERA LA CORTE:

A)—Lo primero que importa esclarecer es si el artículo 180 del Código Penal se halla vigente en su integridad o si, como se ha sostenido en la discusión de ésta providencia, él fue subrogado en todo o en parte y de manera implícita por el artículo 70 del Acto Legislativo número 1 de 1945 (artículo 178 de la actual codificación constitucional), al disponer que "los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público, no podrán ser miembros activos de partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio. La desobediencia a este mandato es causal de mala conducta, que ocasiona la pérdida del empleo".

Para tal fin conviene precisar ante todo si el citado artículo 180, que reprime el hecho del "funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter", es **incompatible** con el trascrito precepto de la Carta, pues si lo fuere, habría que dar aplicación al principio universal de hermenéutica, consagrada en el derecho positivo colombiano (artículos 215 de la C. N. y 5º de la Ley 57 de 1887), según el cual, en dicho supuesto prefiere el canon constitucional.

Ahora bien, ¿cuándo puede predicarse de dos disposiciones legales que son incompatibles, vale decir, contrarias, repugnantes o excluyentes entre sí? Claro que cuando reglamentan una **misma materia** respecto de **un mismo sujeto.** Si las materias a que ellas se refieren son sustancial o formalmente distintas, o si los sujetos son diversos, no hay identidad de contenido en las normas, ni, por lo mismo, incompatibilidad alguna, pues ambas pueden subsistir y aplicarse independientemente la una de la otra. Y esto es lo que ocurre con los mentados artículos: el del Código Penal sanciona la conducta que consiste en **formar parte de directorios políticos,** formalmente distinta a la de "ser miembros activos de partidos políticos", prohibida por el de la Constitución; aquél acrimina el hecho genérico de **intervenir en debates de carácter político,** y éste, el específico de "intervenir en debates de carácter electoral", y, por último, el agente de los actos castigados por el primero puede ser cualquier "funcionario o empleado público", mientras

que los de los previstos en el segundo son únicamente "los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público". De donde es imprescindible concluir que el artículo 180 del Código Penal no ha sido totalmente subrogado por el 178 de la C. N.

Se afirma, sin embargo, que la primera de estas disposiciones fue sustituída por la otra respecto de "los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público", por cuanto la última es para tales empleados "ley permisiva o favorable" (artículo 26 de la Constitución Nacional), ya que reprime sólo con "la pérdida del empleo" el comportamiento genérico de "ser miembros activos de partidos políticos", dentro del cual se comprenden los específicos de formar "parte de directorios políticos" e intervenir "en debates de este carácter" ,para los cuales conmina el Código Penal, una sanción mayor. De esta guisa, si un empleado de la rama ejecutiva (un ministro, un secretario de gobernación, el oficial mayor, escribiente o mecanógrafa de una alcaldía, un maestro de escuela pública, etc.) "forma parte de un directorio político", incurriría "en arresto de un mes a dos años y en interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término". Si del mismo hecho, en cambio, fuere responsable un Juez o Magistrado, quedaría simplemente sujeto a "la pérdida del empleo".

El sólo enunciado de esta tesis obliga, sin embargo, a desecharla, porque es regla hermenéutica que la ley debe interpretarse de manera que no conduzca al absurdo, e implicaría una enormidad jurídica inadmisible sancionar por el mismo hecho con pena tan considerable como aquélla a empleados cuya parcialidad política causa un mínimo descrédito a la administración pública, mientras que se reservase un castigo prácticamente irrisorio a quienes por la naturaleza de sus funciones no pueden intervenir en menesteres políticos, sin grave daño para el buen nombre de la administración de justicia, que ha de ser la más noble, pura y sagrada de las misiones del Estado. Tal tesis violaría flagrantemente "los principios de derecho natural", "de la equidad natural" y del "espíritu general de la legislación" (artículos 4º y 5º de la Ley 153 de 1887 y 32 del Código Civil), que son los criterios esenciales que debe tener en cuenta el intérprete de los pasajes dudosos u oscuros de la Constitución y de las leyes.

Por otra parte, aquí no tiene cabida el precepto de la Carta según el cual "en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", por las razones que se anotarán en seguida.

Obsérvese, en primer término, que este principio sólo rige "en materia criminal", esto es, en la relativa a los delitos. Y, según se verá luégo, el citado artículo 178 de la C. N. versa sobre materia distinta.

Para que él funcione, de otro lado, es menester que un mismo hecho o iguales aspectos de una misma conducta estén reprimidos con penas distintas, como es obvio. Y esto no ocurre en el supuesto que se examina, porque la primera parte de dicho precepto constitucional prohibe a los empleados que enumera la manifestación mínima de parcialidad política, consistente en el hecho de "ser miembros activos de partidos políticos", en tanto que el Código Penal incrimina hechos intrínsecamente más graves, de los cuales responde no ya el que se limita a tener la referida calidad, sino el funcionario que además de eso "forme parte de directorios políticos o intervengan en debates de este carácter".

Tampoco es valedero el argumento de que ha de preferirse el canon constitucional al legal, porque el primero castiga el comportamiento genérico, dentro del cual cabe el específico previsto por el segundo. "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente", dice el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, lo cual no es más que un desarrollo del mencionado artículo 215 de la Carta. De donde se desprende que si ésta, contra la técnica legislativa, previó y sanciona un delito o una falta administrativa, la norma correspondiente no es de jerarquía privilegiada, sino que debe entenderse incorporada a la legislación criminal o a la penal disciplinaria. Porque en tal caso, el constituyente no hace otra cosa que asumir la facultad de legislar, atribuída al Congreso por el artículo 76 de la Constitución.

De lo anterior es preciso concluir que, para el correcto entendimiento de los artículos 178 de la Carta y 180 del Código Penal, debe aplicarse la regla primera del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, según la cual "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general". Por lo tanto, si un mismo funcionario judicial realiza el acto genérico de ser miembro activo de un partido político, y además el específico de formar parte de un directorio político,

debe sufrir, de preferencia, la sanción conminada por el Código Penal para la última actividad.

En este estatuto es frecuente encontrar reprimida la conducta delictuosa *menor* (o genérica) con pena inferior a la señalada para la conducta delictuosa *más grave* (o específica), y a esta última corresponde siempre la sanción mayor, ora por mandato expreso de la ley, ya en virtud de la citada norma de hermenéutica. El abuso de autoridad por acción, verbigracia, es una forma genérica de atentar un empleado público, abusando de sus funciones, contra los derechos de alguien, pero sólo le es aplicable la pena del artículo 171 "fuera de los casos especialmente previstos como delitos". La violencia privada, a su vez, es un comportamiento genérico de quien "con violencias o amenazas constriña a otro injustamente a hacer, tolerar u omitir alguna cosa", reprimido por el artículo 298 con "arresto de un mes a un año". Y actos específicos, comprendidos dentro de este género, están castigados más severamente por otras disposiciones, de aplicación preferente sin que se diga de manera explícita. Así, si la especialidad consiste en que el ofendido sea "funcionario público o encargado de un servicio público", a quien se violente o amenace "para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones", la pena es de "prisión de seis meses a cuatro años", (artículo 184); si radica en que la violencia sea de tal naturaleza que "cause a otro un daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación psíquica", prefiere la sanción pertinente de los artículos 372 a 379; y si resido en que a la víctima se le obliga a entregarle al agente "una cosa mueble ajena" (artículo 402) o "a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos" (artículo 406), el castigo será de "prisión de uno a ocho años" o de "prisión de ocho meses a cinco años", según el caso. Si prosperara la tesis que se impugna, a los responsables de violencia contra funcionario público, lesiones personales, robo o extorsión, en los ejemplos propuestos, habría que imponerles sólo la escala penal del artículo 298, tanto porque éste es ley permisiva o favorable, como porque prevé una conducta genérica y comprensiva de las indicadas actividades específicas.

¿Cómo conciliar, entonces, las dos disposiciones que se analizan, cuando es evidente que la del Código prevé y reprime una conducta genérica —la constituída por la intervención en política de cualquier funcionario público—, a la vez que la constitucional prohibe y sanciona más benévolamente un comportamiento específico —la intervención en debates de carácter electoral por parte de los empleados judiciales y del Ministerio Público?—.

La cuestión no es tan difícil como a primera vista parece si se repara en que el Código Penal contempla como **delito** el hecho consistente en formar parte de directorio político y el de intervenir en debate de este carácter, y en que la Constitución castiga como típica **falta administrativa** el hecho de ser el agente miembro activo de un partido político y el de intervenir en algún debate de índole electoral. Esto último se infiere claramente de la categoría que de modo expreso les asigna el constituyente: "causal de mala conducta", la cual es obvio que no tiene carácter de delito. Lo que ocurre, pues, es que la intervención en política de los empleados judiciales o del Ministerio Público, cuando el agente no se limita a ser miembro activo de un partido político, sino que forma parte de un directorio, ni a participar en un debate político cualquiera, sino en uno de índole electoral, tiene un doble encuadramiento: como delito en el Código Penal, y como falta administrativa en la Carta.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que el Derecho Penal propio, llamado también Derecho Penal Criminal (el que prevé y sanciona los delitos) y el Derecho Penal Administrativo, al cual pertenece el Derecho Penal Disciplinario (el que castiga las faltas administrativas) son dos ramas independientes y autónomas del Derecho positivo, como lo sostienen la generalidad de los modernos criminalistas y expositores de Derecho Administrativo, la Sala Penal de la Corte en providencia de 30 de agosto de 1933 (G. J., tomo LVII, página 626), y la Plena en fallo de 28 de noviembre de 1951 (G. J., tomo LXX, páginas 710 y 711), no se ve inconveniente en que ambos puedan aplicarse conjuntamente, y en que coexistan, por lo mismo, el artículo 180 del Código Penal y 178 de la Constitución. Porque el primero tiene como fin la conservación del orden jurídico y su restablecimiento cuando ha sido roto por el delito, o la defensa social, según el punto de vista doctrinario desde el cual se enfoque el problema, mientras que el objeto del segundo es procurar el mantenimiento del orden en la administración pública y la observancia de los deberes impuestos a los funcionarios; el primero sanciona el delito con una pena en sentido estricto, cuya finalidad principal es, conforme a la orientación del Código colombiano, la de separar al delincuente del seno de la sociedad y readaptarlo en forma que deje

de constituir en el futuro peligro para ella, y, por lo mismo, al imponérsela toma en consideración su personalidad y los motivos determinantes de su acto, al tiempo que el segundo simplemente prescinde de los servicios del infractor, como un medio para mantener la disciplina en la marcha de la administración pública, sin reparar más que en la existencia objetiva de la falta; el primero, por último, reprime el delito por conducto de los órganos de la justicia criminal, mientras que el segundo procede por vía administrativa.

Esta solución, por lo demás, no da lugar a que se viole siquiera de manera aparente el principio non bis in ídem en los casos concretos. En verdad, en la peor de las hipótesis, en la de que un mismo sujeto sea condenado disciplinariamente a la pérdida del empleo y judicialmente a arresto e interdicción para el ejercicio de funciones públicas ,no sufre dos penas, por cuanto la interdicción implica por sí sola la pérdida del empleo. Lo que en tal evento acontece es que el poder disciplinario del Estado, el cual debe manifestarse con rapidez por la naturaleza de los fines por él perseguidos, procede sin tardanza, mediante actuación sumaria, a separar al funcionario infractor de la administración pública, mientras el poder judicial, más lento, parsimonioso y cauto, le impone la verdadera pena. Mas aunque se prescindiera de la sanción disciplinaria, al ser condenado aquél por la vía judicial a la interdicción de funciones públicas necesariamente perdería el empleo.

B)— Para que se configure el delito previsto por el artículo 180 del Código Penal, fuera del caso de formar parte de un directorio político, se requiere la intervención en un debate de esta índole, vale decir, un acto que entrañe tomar parte activa en una controversia, contienda, lucha o combate entre dos o más personas sobre política, o en una pugna electoral, que es el debate político por excelencia. El hecho de que un funcionario judicial exteriorice el designio de participar en un debate de tal naturaleza, es sin duda censurable, y puede estar eventualmente sujeto a sanciones disciplinarias, pero no constituye más que un acto preparatorio del delito en referencia, que, por no implicar siquiera principio de ejecución, queda fuera de la órbita del magisterio penal. Y como lo que se atribuye al doctor Muñoz fue el no haber ocultado, como muy bien lo dice el señor Procurador, "su resolución de ocupar puesto de avanzada en las filas de un bando" de los que se hallaban empeñados en un debate político, es forzoso concluir que no es responsable del delito investigado, ni siquiera en el grado de tentativa, y que la providencia consultada debe, por lo mismo, confirmarse.

C).—Dicha determinación debe tomarse, a pesar de que el señor Agente del Ministerio Público no ha emitido dictamen favorable, y sin necesidad de dilucidar cuándo éste es imprescindible y cuándo no lo es para hacer las declaraciones de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto esta cuestión no está sub judice, con base en lo siguiente: la referida norma exige el concepto fiscal favorable sólo para dictar la sentencia en que "se ordene cesar todo procedimiento contra el reo", lo cual supone que el Juez respectivo proceda a este respecto como funcionario de primer grado, esto es, que sea él quien imparta la orden expresada. Mas si ya se libró en la providencia de primera instancia, tal requisito no es indispensable para confirmarla en la segunda, pues el objeto de ésta es revisar la actuación del inferior, para ver si estuvo o no conforme a la ley, y en los trámites propios de ella no figura esa exigencia.

o o o

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con su colaborador fiscal, confirma la providencia consultada.

Notifíquese, publíquese y vuelva el negocio a la oficina de origen.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pompilio León L., Secretario.

CUANDO LA CORTE HA DICTADO SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO EN UN PROCESO PENAL, ES EXTEMPORANEO FORMULAR NULIDADES

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, agosto diecinueve de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño-Mallarino)

VISTOS:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en escrito de 27 de mayo último concerniente a lo resuelto por la Sala el 13 del mismo mes, en la causa que se venía adelantando contra el doctor MANUEL JOSE HURTADO (ex-Juez Segundo Superior de Popayán) por la infracción prevista en el artículo 179 del Código Penal, pide que se "declare nula la referida sentencia ..... y se ordene el envío del expediente al Juez a que para que resuelva sobre la prescripción enunciada".

La nulidad de que trata el señor Procurador es la de incompetencia de jurisdicción, o sea la prevista en el numeral 1º del artículo 198 del C. de P. P.

Mas la oportunidad para plantear este punto ya pasó, pues la Corte ha dictado sentencia de segunda instancia en el presente negocio.

El artículo 201 del Código de Procedimiento Penal dice así: "Salvo disposición legal en contrario las causales de nulidad establecidas en los artículos 198 y 199 podrán alegarse en cualquier estado del proceso. Pero dictada la sentencia de segunda instancia, no se podrán alegar sino en el recurso de casación.

Ahora bien: revisado con todo esmero el expediente, resulta: a) Que el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, doctor Enrique Carrillo Tavera, emitió dictamen de fondo en la segunda instancia el 13 de mayo de 1955; b) La Sala (folio 22, cuaderno 7) Penal de la Corte ordenó fijar el negocio en lista por cinco días el 16 de mayo del mismo año; c) El 31 de los mismos mes y año, el Magistrado ponente que lo era a la sazón el doctor Luis Zafra, citó a las partes para sentencia (folio 33 ibidem); d) Los autos fueron debidamente notificados; e) En el folio 33 vuelto, del referido cuaderno, la Secretaría de la Sala hizo constar el 17 de septiembre de 1956 que estaba listo para sentencia el supradicho negocio, y que con tal fin lo pasaba al despacho del ponente.

No se omitió pues ningún trámite antes de dictar la sentencia de segunda instancia visible en los folios 40 a 45 del referido cuaderno 7. Las partes no alegaron nulidades con anterioridad a ese fallo, ni la Sala advirtió que existiese alguna que impidiera el pronunciamiento de su decisión, es decir, que constituyese obstáculo para ponerle fin legal a la segunda instancia del asunto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve que NO HA LUGAR a declarar la referida nulidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

AMNISTIA.—ES PROCEDENTE, AUNQUE SE TRATE DEL DELITO DE ROBO, EN LOS CASOS EN QUE EL MOVIL HAYA SIDO ESENCIALMENTE POLITICO.—TAL ELEMENTO PSIQUICO VIENE A PREDOMINAR EN DICHOS CASOS SOBRE EL ANIMO DE LUCRO, O A DAR A ESTE UNA CATEGORIA PARTICULAR

Si los móviles de las reuniones y la finalidad que buscaban eran esencialmente políticos, sería extraño demasiado simplista el profesar que los hurtos y robos escapan a la consideración lógica de dicho móvil, porque sea uno de sus elementos el ánimo de lucro. La reacción política tiene múltiples formas y maneras de manifestarse, y una de sus formas es la de causar perjuicio o daño a las demás, cosa que se alcanza no sólo con hechos como el incendio de propiedades, sino también con otros como el robo, el hurto, etc. El animus lucrandi, viene, en estos casos, a ser causa secundaria, ya que la apropiación de la cosa no se busca por el afán directo del lucro, sino como un medio eficaz para vengarse del contrario, ponerle de presente el odio con que se le mira, intimidarlo, despojarlo de sus condiciones mínimas de vida regular y, en fin, hacerle sentir el rencor político, en el sentido vulgar de la expresión.

No puede perderse de vista que las bandas o asociaciones criminales surgidas a raíz de los sucesos del 9 de Abril de 1948, fueron uno de los modos de manifestarse la rebelión general de grupos de personas contra el gobierno que entonces regía los destinos del país. Quienes, bajo el pretexto de rebelión, o con las finalidades concretas de ésta, se dedican a actos de pillaje y defensa correlativos de dicha finalidad, suelen ocurrir a robos y otras depredaciones, no para alcanzar en sí mismos estos fines, sino como elementos o medios de afirmación de su lucha y de subsistencia de sus huestes, necesitadas de provisiones. El móvil resulta, en tales casos, tan político como el que los ha lanzado a la asociación criminal o a la rebelión.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Los parajes o sitios de Ginebra y Pasuncha, del Municipio de Palmo, Departamento de Cundinamarca, fueron asolados con incendios, robos y otros hechos criminales, durante los meses de noviembre y diciembre de 1949 y los primeros meses del año siguiente, por una banda de sujetos que comandaban el señor CARLOS OTALORA y su concubina, de nombre Carmen Caro.

Adelantada la investigación, llamados a Consejo de Guerra Verbal los procesados y obtenido el veredicto del mismo Consejo, se dictó sentencia el 16 de febrero de 1953, en la cual fueron condenados varios de los comprometidos, y absueltos otros, por los delitos de asociación para delinquir, incendio y robo, que fueron los cargos deducidos (folios 576 y siguientes, cuaderno segundo).

Del fallo anterior conoció por consulta el Comando General de las Fuerzas Militares, el cual decidió revocarla, en providencia del 30 de abril de 1953, ya que, en su concepto, ha debido investigarse en el mismo proceso todo lo relativo a los cargos de homicidio y hurto de ganado mayor, que también se imputaron a la banda (folios 600, ibidem).

Posteriormente, hallándose en trámite el sumario para mejorar la investigación, se solicitó por el señor Carlos Otálora el beneficio de la amnistía, que fue resuelto en auto del 8 de octubre de 1954, cuya parte resolutiva dice:

"1º.—Reconocer que tienen derecho al beneficio de la amnistía los sindicados: CARLOS OTALORA RAMOS, CARMEN CARO, JESUS DIAZ, CIPRIANO MUÑOZ, ARQUIMEDES DIAZ, JOSE DEL CARMEN RINCON, ALFREDO ZUAVITA, HERNANDO MUÑOZ, ALBERTO MONTAÑO, ANTONIO CAÑON, JUAN SANCHEZ, JOSE DEL CARMEN SANCHEZ, OCTAVIO PUERTAS, GRACILIANO PUERTAS, TORIBIO ZU-

BARA, JULIO MOLINA, RODOLFO RODRIGUEZ, DAVID MARTINEZ, PASTOR AREVALO, LUIS CUAN, PASTOR MARTINEZ, MARCOS GOMEZ, JOSE PACHON, VICENTE RUIZ MUÑOZ, OTILIA DE MUÑOZ, JOSE DEL CARMEN RINCON, en razón de los cargos que se les formularon dentro de este proceso; en consecuencia, ordénase la cesación de todo el procedimiento en favor de ellos".

La decisión anterior fue apelada por el Ministerio Público (Fiscal del Tribunal Militar), "por considerar de difícil vinculación el robo a la lucha con miras políticas". Concedido el recurso, pasó el negocio a la Corte Militar desde el 23 de noviembre de 1954, y allí estuvo paralizado desde el 17 de agosto de 1955, en que entró al despacho del Magistrado Sustanciador, hasta que, por virtud de supresión de dicha Corte Militar, pasó el proceso a esta Corte Suprema.

Para resolver, SE CONSIDERA:

Está comprobado de manera inconcusa en los autos que las depredaciones y demás hechos cometidos por la banda aludida, fueron, exclusivamente, un sistema de intimidación y persecución política, ejercitada, tan sólo, contra los campesinos que se suponían contrarios en dicha materia.

No cabe duda de que los móviles de los acusados y la finalidad que buscaban eran esencialmente políticos. Por lo demás, sería criterio demasiado simplista el profesar que los hurtos y robos escapan a la consideración lógica de dicho móvil, porque sea uno de sus elementos el ánimo de lucro. La reacción política tiene mil matices o maneras de manifestarse, y una de sus formas es la de causar perjuicio o daño a los demás, cosa que se alcanza no sólo con hechos como el incendio de propiedades, sino también con otros como el robo, el hurto, etc. El animus lucrandi viene, en estos casos, a ser cosa secundaria, ya que la apropiación de la cosa no se busca por el afán directo del lucro, sino como un medio eficaz para vengarse del contrario, ponerle de presente el odio con que se le mira, intimidarlo, despojarlo de sus condiciones mínimas de vida regular y, en fin, hacerle sentir el rencor político, en el sentido vulgar de la expresión.

De otra parte, no puede perderse de vista que las bandas o asociaciones como la incriminada a los acusados, fueron uno de los modos de manifestarse la rebelión general de grupos de personas contra el Gobierno que entonces regía los destinos del país. Quienes, bajo el pretexto de rebelión, o con las finalidades concretas de ésta se dedican a actos de ataque y defensa correlativos de dicha finalidad, suelen ocurrir a robos y otras depredaciones, no para alcanzar en sí mismos estos fines, sino como elementos o medios de afirmación de su lucha y de subsistencia de sus huestes, necesitadas de provisiones. El móvil resulta, en tales casos, tan político como el que los ha lanzado a la asociación criminal o a la rebelión.

Se presentan, pues, en el caso, los requisitos para la procedencia de la amnistía, pues los hechos se cometieron por fines y motivos políticos, no aparecen como atroces y de los beneficiados con la declaración hecha por la sentencia de primer grado, ninguno es desertor de las Fuerzas Armadas (Decreto 1.823 de 1954).

* * *

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la providencia apelada, originaria del Tribunal Superior Militar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montero Torres—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Quinto León L., Secretario.

AMNISTIA E INDULTO.—NOCION LEGAL DE DELITO POLITICO. — RAZONES PARA CONSIDERARLA INDOCTRINARIA

Los beneficios de amnistía e indulto solamente pueden otorgarse cuando se trate de delitos políticos, cometidos antes del 1o de enero de 1954 por nacionales colombianos. El primero debe solicitarse durante la tramitación del proceso y el segundo cuando exista sentencia ejecutoriada.

El artículo 1o del Decreto 1.823 de 1954 da al calificativo de políticos a los delitos "cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos".

Esta noción de delito político ha sido razonablemente censurada por cuanto comprende, sin discriminación, todos los delitos comunes: homicidios, lesiones, incendios, robos, etc. cometidos "por aversión o sectarismo políticos". El calificativo de políticos solamente puede darse, doctrinariamente hablando, a los delitos que se cometan dentro del normal desarrollo de un levantamiento en armas contra el gobierno legítimo, siempre que ideológica, consecuencial u ocasionalmente tengan conexidad con el hecho político que determina su comisión.

Pero como los decretos sobre amnistía e indulto se inspiraron en el deseo de poner término a una delicada situación de orden público, se explican y aun se justifican sus disposiciones siempre que los encargados de otorgar esos beneficios se abstengan de reconocerlos a los acusados de "los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral" o cuando sean "militares desertores de las filas del ejército, a quienes se les hubiere comprobado que combatieron contra las Fuerzas Armadas".

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

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas).

VISTOS:

Corresponde conocer a la Corte, a virtud de apelación legalmente interpuesta y concedida, del auto fechado el 1o de de marzo de 1956, en que el Tribunal Superior Militar "declara que no hay lugar al beneficio de amnistía por el delito de homicidio consumado en la persona de Juan Bautista Cárcamo, por el cual se hallan sindicados Lucio Albarracín, José Flaminio Velandia, Adonai y Alberto Albarracín", hecho ocurrido en el Municipio de Chiscas el 5 de abril de 1953.

LOS HECHOS:

Los que dieron origen a la formación del proceso los relata así el señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo:

"Los hechos sucedieron en la fecha ya indicada, en la vereda de Llano de Tabaco, jurisdicción del Municipio de Chiscas. Era la época angustiosa para aquellas regiones azotadas por los atropellos de personas entregadas al pillaje y a otros delitos. Martín Cárcamo vivía con su familia en el punto de "Tachirí"; no lejos de allí había un retén de fuerzas armadas del Gobierno, a las cuales ayudaban individuos civiles con ánimo de restablecer el orden. En la mañana del día ya dicho se presentaron allí Lucio Albarracín y Flaminio Velandia, como a las diez, acompañados de otras dos personas que pertenecían a los civiles que obraban con el ejército. Preguntaron por Juan Bautista Cárcamo, tenido como sospechoso de pertenecer al bandolerismo. Este se encontraba en la cocina y fue apresado por Velandia y otro compañero, llegó luégo Albarracín y después de un corto interrogatorio disparó sobre él el revólver, causándole la muerte".

EL JUICIO:

Perfeccionada la investigación calificó su mérito el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo en auto de 29 de noviembre de 1956. En esa providencia de fondo se llamó a responder en juicio criminal, con intervención del Jurado,

a Lucio Albarracín Antolínez como autor responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Juan Bautista Cárcamo en las circunstancias ya conocidas; se sobreseyó definitivamente en favor de los sindicados Fleminio Velandia y Luis Alberto Albarracín y se dispuso enviar copias de lo pertinente al Juez de Menores de Tunja para el juzgamiento de Adonaí Albarracín.

El auto anterior fue apelado. El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo lo confirmó "integralmente" en providencia de 11 de abril de 1957.

Reunido el Jurado se sometió a su consideración el cuestionario de rigor sobre la responsabilidad del acusado, el cual fue contestado así, por unanimidad de votos:

"Sí (es responsable), excediéndose en la orden que le impuso la autoridad competente y por exceso de adhesión al gobierno y sectarismo político".

LA AMNISTIA:

Concluídas las audiencias solicitó el señor Defensor del acusado se enviara el expediente al Tribunal Superior Militar a fin de que se tramitara la apelación oportunamente interpuesta contra el auto que negó la amnistía. Fue así como dicha entidad, por auto de 10 de diciembre de 1957 concedió el recurso.

Se considera:

En virtud de lo dispuesto en los Decretos 1.823 y 2.062 de 1954 solamente pueden otorgarse los beneficios de amnistía o indulto cuando se reúnan los siguientes requisitos:

a) Que el sindicado sea nacional colombiano;

b) Que el delito que se le impute lo haya cometido antes del 1º de enero de 1954;

c) Que se trate de delitos políticos, y

d) Que la solicitud se haga cuando exista sentencia ejecutoriada, si se pide indulto, o durante la tramitación del proceso, si se trata de amnistía.

El artículo 1º del Decreto primeramente citado establece que, para los efectos en él indicados, "se entiende por delitos políticos todos aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos".

La definición que antecede ha sido razonablemente tachada de indoctrinaria por cuanto comprende, sin discriminación, los delitos comunes: homicidios, lesiones, incendios, robos, etc. cometidos "por aversión o sectarismo políticos". Ese calificativo solamente puede darse, doctrinariamente hablando, a los delitos que se consuman dentro del normal desarrollo de un levantamiento en armas contra el gobierno legítimo siempre que ideológica, consecuencial u ocasionalmente tengan conexidad con el hecho político que determina su comisión.

Sin embargo, como los decretos se inspiraron en el deseo de poner término a una delicada situación de orden público, se explican y aun se justifican sus disposiciones siempre que los encargados de otorgar esos beneficios se abstengan de reconocerlos a los acusados de "los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral" o cuando sean "militares desertores de las filas del Ejército, a quienes se les hubiere comprobado que combatieron contra las Fuerzas Armadas" (Artículos 4º y 7º del Decreto número 1.823 de 1954).

A Lucio Albarracín, José Fleminio Velandia, Adonaí y Alberto Albarracín se les negó el beneficio de amnistía porque —dijo el Tribunal Militar— "aquí se trata de un delito común cuyo móvil se ignora" Sin embargo, durante la audiencia pública el señor Defensor hizo ante el Jurado una amplia exposición encaminada a demostrar que el delito imputado a Lucio Albarracín es uno de los que están amparados legalmente por el beneficio de amnistía, pues "está demostrado que el señor Coronel Bernal le dio orden al Alcalde de organizar milicias civiles; el Alcalde obedeció la orden y organizó las milicias y entregó rifles o fusiles a varios campesinos humildes, entre ellos a Lucio Albarracín", quien cometió su delito excediéndose en la orden que le dio la autoridad competente y por exceso de adhesión al gobierno y sectarismo político.

El Jurado, con el voto unánime de sus miembros, acogió la tesis de la defensa, pues aunque aceptó la responsabilidad del acusado, dejó constancia expresa de que había procedido "excediéndose en la orden que le impuso la autoridad competente y por exceso de adhesión al gobierno y sectarismo político".

De esta suerte el delito ha quedado comprendido, sin lugar a dudas, dentro de las previsiones del Decreto 1.823 de 1954, lo cual significa que el auto apelado se debe revocar y en su lugar conceder el beneficio de amnistía, no solamente a Lucio Albarracín, sino a los demás sindicados, como lo manda el segundo inciso del artículo 6º del Decreto número 2.062 de 1954. Sólo resta advertir que el caso sub-judice no está comprendido en los de excepción de que antes se habló.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el auto recurrido y en su lugar CONCEDE el beneficio de amnistía por el delito de homicidio cometido en la persona de Juan Bautista Cáceamo el 5 de abril de 1953, en el punto de Tachirin, vecindario de Chiscas (Boyacá).

En consecuencia se ordena la CESACIÓN de todo procedimiento en contra de Lucio Albarracín y demás sindicados.

Comisiónase al señor Juez Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo para que tan pronto como se extienda la diligencia de que trata el artículo 5º del Decreto número 1.823 de 1954, libre boleta de libertad en favor de Lucio Albarracín, quien según constancia del folio 194 vuelto, se halla detenido. Para este efecto se le impartirán instrucciones telegráficamente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gerardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis Edmundo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Joaquín León L., Secretario.

ASOCIACION PARA DELINQUIR. — CAUSAL CUARTA.—SU ESTUDIO TIENE PRELACION SOBRE LAS DEMAS QUE SE INVOQUEN. — COMO DEBEN REDACTARSE LOS CUESTIONARIOS EN LOS PROCESOS EN QUE EL JUZGAMIENTO NO REQUIERE AUTO DE PROCEDER. — NULIDAD POR ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION, AL ELABORAR EL CUESTIONARIO. — CUANDO NO SE PREGUNTA SOBRE EL FACTOR "PROPOSITO PERMANENTE DE COMETER DELITOS", EN EL CUESTIONARIO RELATIVO A LA INCRIMINACION POR EL DELITO DE ASOCIACION PARA DELINQUIR, Y EN EL QUE SE CONTRAE AL SAQUEO —DENTRO DE LA HIPOTESIS DEL INCISO 2º DEL ARTICULO 185 DEL DECRETO 1125 DE 1950—, "POR EL PROPOSITO DE LUCRO", SE INCURRE EN NULIDAD SUPRALEGAL

1.—Cuando en la demanda de casación se invoca, entre otras causales, la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, ésta debe estudiarse en primer término porque si prospera resulta improcedente la revisión de las otras.

2.—Conforme al sentido obvio de las cosas y a su entendimiento racional, en los procesos en que el juzgamiento no requiere auto de proceder, como es lo propio en los que se cumplen por Consejos Verbales de Guerra, los cargos deben quedar resumidos en los cuestionarios que se propongan, los cuales, por lo tanto, deben redactarse en forma que los delitos imputados se describan y definan en todos y cada uno de sus elementos integrantes, para que de ese modo el veredicto sea posible y, de otra parte, la sentencia que se expida en derecho como derivación del mismo, pueda contar con seguras bases legales y con fundamentos de hecho absolutamente determinados y específicos.

3.—Cuando al proponer el cuestionario con respecto al cargo principal formulado al acusado, se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, por esa causa el juicio quedó viciado de nulidad a tenor de lo que dispone el ordinal 3º del artículo 198 del C. de P. P.

4.—Si no se pregunta en el cuestionario relativo a la incriminación por el delito de asociación para delinquir sobre el factor propósito permanente de cometer delitos, y en el que se contrae al saqueo por el propósito de lucro, se preterm**i**ten formas sustanciales del juicio y de ese modo se viola el artículo 26 de la Constitución, lo que también configura nulidad supralegal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el inculpado JUAN ARIAS contra la sentencia del diez y seis de julio de mil novecientos cincuenta y dos, por medio de la cual el Comando General de las Fuerzas Militares confirmó la que con fecha veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y uno dictó el Consejo Verbal de Guerra que lo juzgó en asocio de otros, condenándolo por los delitos de asociación para delinquir y robo, a la pena de cuatro años de presidio y accesorias consiguientes.

ANTECEDENTES

El siete de julio de mil novecientos cincuenta, un sujeto, de nombre no determinado en los autos, solicitó del Sargento Filemón Blanco Wilches, Comandante de la Policía acantonada en el Corregimiento de "Herrera", dentro del Municipio de Rioblanco, en el Departamento del Tolima, el respaldo de algunos agentes para traer al poblado de la fracción rural llamada "La Ilusión" a su familia, y al efecto aquél le entregó a dos de sus subalternos, el Dragoneante Manuel A. Peña y el agente Santos Bautista, los cuales emprendieron viaje hacia el lugar indicado y de

regreso, ya al desembocar al caserío, en el punto denominado "Patagonia", el nombrado Peña dio muerte al señor Arnulfo Ospina en circunstancias que no se establecieron, y como las autoridades ni siquiera se preocuparon por el levantamiento del cadáver, al día siguiente los vecinos lo recogieron y lo trasladaron a la casa del señor Angel Guarín con el fin de velarlo, acto que se cumplía con la concurrencia de numerosas personas cuando en esas irrumpió allí el mismo Peña armado de un fusil y a pretexto de decomisar armas. Esa conducta suscitó en los presentes violenta reacción y entonces el mencionado sujeto fue desarmado y atacado en forma que se le produjeron lesiones que le determinaron la muerte. Estos hechos generaron el caos dentro del Corregimiento y a la postre una acción tumultuaria que terminó por desconocer a las autoridades y ocupar el caserío desde el diez de julio hasta el diez y seis del mismo mes en que el Ejército restableció el orden, debiéndose advertir que en ese lapso fueron allanadas las oficinas públicas, destruídos sus archivos, desvalijado el estanco, invadidas unas cuantas casas de particulares y sacados de ellas, al parecer, algunos objetos que ni se precisaron ni se avaluaron, ni se estableció si el propósito fue aprovecharlos o simplemente destruirlos.

LA INVESTIGACION

La investigación fue encomendada al Comisario Primero de Investigación Criminal con residencia en Ibagué, funcionario que la abrió por medio del auto cabeza de proceso de fecha veintiséis de septiembre de mil novecientos cincuenta tomando como fundamento el informe que con fecha 9 del mismo mes rindió el Sargento Fernández, sobre los sucesos de Herrera, a su Comandante de Batallón. Aquel Instructor, no obstante que la labor investigativa tenía que ser exclusivamente suya, permitió que su colega el Inspector Segundo, el Alcalde de Ríoblanco y el de Florida, en el Valle, practicaran toda clase de diligencias y dispusieran capturas a su antojo, especialmente el último que por propia iniciativa elaboró un verdadero expediente, metió a la cárcel a numerosas personas y luégo, sin ninguna explicación, lo remitió, junto con los presos, a la Alcaldía de Ríoblanco, en donde después de agregarle lo que allí se venía haciendo, se ordenó pasarlo con todas las gentes capturadas al mencionado Instructor con sede en Ibagué. Pese a esa acuciosidad que revistió el carácter de irregular pero que a la postre dio ocasión a que el sumario contara simultáneamente con cuatro investigadores, nada se hizo para establecer las condiciones en que fue muerto el señor Arnulfo Ospina, ni para comprobar, por medio de una inspección ocular, lo que realmente pudo ocurrir en el Corregimiento. De ahí que se desconozca en concreto cuáles fueron los archivos destruídos, qué fue lo que se hizo con el Estanco del lugar y cómo se le desvalijó, cuáles las casas particulares invadidas y se ignore qué objetos pudieron ser sustraídos de ellas, lo mismo que el propósito que impulsó esas acciones, si fue el de aprovechamiento o el de destruírlos simplemente. Fue tan deficiente el diligenciamiento con respecto a comprobaciones objetivas que ni siquiera se aportó dato alguno sobre el levantamiento del cadáver del Dragoneante Peña, ni Acta de autopsia, ni partida de defunción; los enseres y efectos sobre los que pudo existir apoderamiento no se sometieron así fuera a una elemental enumeración y mucho menos a diligencia alguna que acreditara la propiedad, preexistencia y consiguiente desaparición precisamente en el desarrollo de los hechos a que se contrae el proceso. Tampoco se les trató de determinar por razón de su valor. En lo que respecta al fusil que se afirma fue arrebatado a Peña no se realizó nada que pudiera identificarlo, lo que habría sido fácil con los comprobantes de dotación a la Policía acantonada en el Corregimiento de Herrera. En estas condiciones sobra concluír en que el sumario quedó con profundos y sustanciales vacíos en relación con la materialidad de los varios delitos que pudieron consumarse en Herrera.

CALIFICACION DE LOS HECHOS

Desde el propio auto cabeza de proceso comenzó a insinuarse que los hechos acaecidos en el Corregimiento de Herrera configuraban los delitos de asociación para delinquir, homicidio en el Dragoneante Manuel A. Peña, saqueo y robo del fusil con que dicho sujeto penetró a la casa donde se velaba el cadáver de Arnulfo Ospina. Este mismo parecer se acogió en los tres autos que en el desarrollo del sumario se dictaron para decretar detenciones preventivas, recalcándose sobre el mismo en el concepto que emitió el señor Auditor Primero para pedir a la Brigada de Institutos Militares la convocatoria del Consejo Verbal de Guerra que en primera instancia juzgó a los veintiún sindicados que comparecieron en ese acto procesal, unos como presentes y otros como reos ausentes. También en la Resolución que convocó el Consejo se recogieron aquellas invariables

opiniones y fue así como la convocatoria en cuestión se dispuso para juzgar a los inculpados por los delitos que se dejan anotados. En la propia actuación del Consejo Verbal las alegaciones versaron sobre los citados delitos, y los cuestionarios propuestos se elaboraron con el anhelo de que se juzgara por los dichos ilícitos de asociación para delinquir, homicidio en el Dragoneante Peña, saqueo y, por último, robo del fusil varias veces citado. De ahí que las dos preguntas formuladas con respecto al recurrente Juan Arias se hubieran redactado en la forma siguiente:

"JUAN ARIAS es responsable, sí o nó, de haber formado parte de una asociación o banda de más de tres personas, la cual se organizó con el propósito de cometer actos delictuosos, mediante común acuerdo y ayuda recíproca de los componentes de dicha banda; hecho éste que tuvo su cumplimiento desde los días anteriores al mes de junio del año de mil novecientos cincuenta y especialmente en los meses de junio, julio y agosto del año citado, en el territorio comprendido por la jurisdicción del Corregimiento de Herrera, Municipio de Rioblanco, Departamento del Tolima?".

"JUAN ARIAS es responsable, sí o nó de haber participado en compañía de otras personas en el asalto contra las oficinas de la Corregiduría de Herrera, Municipio de Rioblanco, Departamento del Tolima, y contra las del Estanco de la misma población, contribuyendo personalmente en la sustracción y destrucción de los archivos, muebles y demás enseres de las oficinas citadas, y de haber amenazado a las personas que trataron de impedir esos actos, todos los cuales se llevaron a cabo el día diez de julio de mil novecientos cincuenta en el citado caserío de Herrera?".

Las respuestas a estas dos preguntas que se formularon con respecto al inculpado Juan Arias, fueron simplemente afirmativas y de carácter unánime. Con relación a otros acusados compañeros de Arias se interrogó sobre el homicidio en Manuel A. Peña y sobre el robo de su fusil.

Como puede apreciarse en el cuestionario propuesto en relación con Juan Arias y en lo que dice al delito de asociación para delinquir que se le imputó no se incluyó el elemento encarnado en el "propósito permanente de cometer delitos", elemento que es indispensable para la configuración legal de semejante ilicitud, de acuerdo a lo que dispone el artículo 203 del Código Penal. En la pregunta sobre el saqueo, delito que no es susceptible de consumarse por un particular, como que apenas pueden llevarlo a término los militares, no se planteó el propósito de lucro que también es indispensable para que surja esa figura delictuosa, en la hipótesis del inciso segundo del artículo 185 del Decreto 1.125 de 1950, o la de robo si es que el apoderamiento lo realiza un particular. De consiguiente el Consejo Verbal al absolver los cuestionarios relativos a Arias por medio de un simple sí, no condenó a este sujeto por los delitos de asociación para delinquir y saqueo, forma de robo consumado por militares en acción sobre sitios poblados que ocupan en misión de orden público o de cualquiera otra actividad similar. No obstante ello en la sentencia del propio Consejo Verbal de Guerra, que es la de primera instancia, y en la del Comando de las Fuerzas Militares, que corresponde a la de segunda, se sanciona a Arias por asociación para delinquir y por robo en que a la postre se resolvió transformar la imputación por saqueo, con la pena de cuatro años de presidio.

DEMANDA DE CASACION

El recurrente Juan Arias, por conducto de su apoderado, al formular la demanda de casación invocó y sustentó las causales 1ª, 3ª y 4ª definidas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Esas causales las adujo en el orden que se mencionan y en lo que toca con la cuarta sostuvo que se configuraba porque se incurrió en errónea denominación jurídica de la infracción que se imputó como asociación para delinquir y, de otra parte, se pretermitieron las formas propias del juicio, violándose con ello el mandato constitucional consagrado en el artículo 26 de la Carta.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Inspección General de las Fuerzas Armadas delegó en el Auditor del Comando General de ellas, doctor Aristides Rodríguez la facultad de llevar su representación en el recurso de casación que es materia de estudio en esta providencia. El citado Auditor prohijó y sustuvo en el concepto que rindió la causal cuarta de casación y así pidió que se anulase la sentencia recurrida.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Como quedó advertido, en la demanda de ca-

sación no se invocó como primera la causal cuarta, pero es lógico que ésta es la que debe estudiarse en primer término porque si prospera resulta improcedente revisar las otras.

El delito de que en primer término se ocupa el proceso es el de asociación para delinquir, ilícito que carece de todo asomo probatorio y que se pretende se configuró a través de los hechos desarrollados en el Corregimiento de Herrera entre los días ocho y diez y seis de julio de mil novecientos cincuenta, referidos a la muerte del Dragoneante Peña, al arrebato del fusil que portaba cuando se introdujo imprudente y provocativo a la casa donde se velaba el cadáver de Arnulfo Ospina, ultimado el siete del mes en cuestión, precisamente por el nombrado Peña, a la ocupación tumultuaria de las oficinas públicas de aquel lugar, a la destrucción en la misma forma de sus archivos, al allanamiento por la turba de casas particulares y a la sustracción de ellas de algunos objetos no determinados. Todos esos sucesos, concatenados entre sí, de suyo no predican la existencia de un delito de asociación para delinquir y por el contrario proclaman que no existió esa figura delictuosa.

En efecto, la muerte del Dragoneante, sin que pueda remitirse a la menor duda, obedeció a una reacción tumultuaria generada en el hecho de que éste había dado muerte al señor Arnulfo Ospina el día anterior y a pesar de ello se introdujo al propio recinto en que se velaba su cadáver en casa de Angel Guarín, armado de fusil y para intimidar a las gentes allí reunidas con el pretexto de decomisar armas. Esto es algo que aparece establecido a lo largo de todo el expediente que así lo destaca por todos los medios. Como es claro, lo primero que se hizo en la reacción que culminó en la muerte de Peña, fue despojarlo del fusil, y entonces ha de predicarse que tampoco este hecho configura la imputada asociación para delinquir.

Las autoridades del Corregimiento miraron con absoluta indiferencia la muerte de Arnulfo Ospina consumada por el Dragoneante Peña y por esa causa ni siquiera practicaron el levantamiento del cadáver, misión que tuvieron que ejecutar los vecinos sin ninguna formalidad para trasladarlo a la casa del señor Angel Guarín a fin de velarlo. Claro está que semejante conducta de implícita solidaridad con aquella muerte, tuvo que irritar a los vecinos contra las autoridades que de tal modo se portaban, irritación que necesariamente llegó a su clímax al observar que Peña, haciendo alarde de afrenta y desafío, se metió a la casa de la velación para intimidar a los congregados allí, todo con el pretexto de un inoportuno y retador decomiso de armas. Esa actividad ya era insoportable y entonces sobrevino la reacción tumultuaria y la ocupación consiguiente de las oficinas públicas, la destrucción de los archivos, el allanamiento de la Colecturía y de varias casas de particulares correspondientes a quienes de cualquier modo estaban de lado de esas autoridades parcializadas, casas de las que al parecer se sacaron objetos, no se sabe si para aprovecharlos o simplemente para destruírlos. En estas condiciones es perfectamente imposible sugerir siquiera que los hechos delictuosos del Corregimiento de Herrera se hubieran producido como consecuencia y actuación de una asociación para delinquir. Pero se incriminó esa supuesta ilicitud y en el Consejo Verbal se juzgó y condenó por ella, lo que también se hizo tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda que es materia del recurso en examen cuestión esta última que resulta aún más insólita que la primera en atención a que en la pregunta al Consejo no se incluyó el elemento referido al propósito permanente de cometer delitos ni en el veredicto de respuesta se afirmó semejante presupuesto sustancial de la ilicitud.

Ahora bien: Conforme al sentido obvio de las cosas y a su entendimiento racional, en los procesos en que el juzgamiento no requiere auto de proceder, como es lo propio en los que se cumplen por Consejos Verbales de Guerra, los cargos deben quedar resumidos en los cuestionarios que se propongan, los cuales, por lo tanto, deben redactarse en forma que los delitos imputados se describan y definan en todos y cada uno de sus elementos integrantes, para que de ese modo el veredicto sea posible y, de otra parte, la sentencia que se expida en derecho como derivación del mismo, pueda contar con seguras bases legales y con fundamentos de hecho absolutamente determinados y específicos. En el caso de que se trata y al proponer el cuestionario con respecto al cargo principal formulado al acusado Juan Arias, se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción y por esa causa el juicio quedó viciado de nulidad al tenor de lo que dispone el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Por este aspecto, pues, prospera la causal cuarta de casación, fijada en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y que fue invocada y sustentada contra la sentencia que es materia del recurso.

En lo tocante con el delito de saqueo que se

atribuyó también al acusado Juan Arias en las providencias de detención, en la Resolución convocatoria del Consejo Verbal de Guerra que lo juzgó en primera instancia y en el cuestionario que se propuso para esos fines, se incurrió a su turno en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, puesto que en el Corregimiento de Herrera no hubo ningún saqueo, delito que sólo puede ser consumado por militares según quedó expresado atrás, sino a lo sumo robos comunes realizados por particulares, como terminó por reconocerse en los fallos de primera y segunda instancia, en donde después de advertir ese hecho se optó por condenar al nombrado Arias, no por el saqueo imputado en el cuestionario propuesto al Consejo Verbal de Guerra, sino por el supuesto robo de que a última hora se vino a hablar. De manera que con respecto a este otro cargo también el juicio quedó viciado de nulidad, de acuerdo con lo preceptuado en el mencionado ordinal octavo del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, lo que quiere decir que por este otro lado prospera igualmente la citada causal cuarta de casación que se invoca en la demanda contra la sentencia de segunda instancia que profirió con fecha diez y seis de julio de mil novecientos cincuenta y dos el Comando General de las Fuerzas Militares. Por lo demás debe anotarse que al no preguntarse en el cuestionario relativo a la incriminación por el delito de asociación para delinquir sobre el factor **propósito permanente de cometer delitos**, y en el que se contrae al saqueo por el propósito de lucro, se pretermitieron formas sustanciales del juicio y de ese modo se violó el artículo 26 de la Constitución, lo que también configura nulidad supralegal, ya que de haber existido saqueo en el Corregimiento de Herrera, la norma aplicable habría sido la consagrada en el inciso segundo del artículo 185 del Decreto 1.125 de 1950.

OBSERVACIONES FINALES:

Conviene anotar que este expediente llegó a la Corte y se radicó el veintitrés de julio del año en curso y que pasó al Despacho para fallo, luégo de una rápida tramitación que fue indispensable, el nueve del presente mes.

Conforme a la anarquía que precedió la investigación, adelantada simultáneamente por cuatro instructores, tres de ellos espontáneos, se produjo el hecho de que en varias cárceles se retuvieron a supuestos sindicados. Ello ocurrió en la Municipal de Rioblanco, en donde, por cuenta del Alcalde señor Julio Gallo Z., fueron privados de su libertad, entre otros, Ricaurte Gutiérrez, Juan Vega y Jesús Ospina, individuo que conforme al oficio que obra al folio 124 del cuaderno principal del expediente, recibieron muerte el diez y ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta en el propio casco de la población, por acción de los agentes de Policía de nombres Zoilo Timoteo y Daniel Ducuara, según allí mismo se expresa. Esas muertes no han sido investigadas y entonces para que se proceda a ello debe tomarse copia de lo pertinente.

El Alcalde de Rioblanco, señor Julio Gallo Z., recibió el oficio en que se le comunicó la muerte violenta de aquellas personas, junto con la partida de defunción del nombrado Ospina, el diez y nueve de noviembre, día en que procedió a elaborar el auto de detención que obra a los folios 126 y siguientes del cuaderno principal y en donde adoptó esa medida para Jesús Antonio Ospina, entre otros, individuo del que tenía pleno conocimiento que había sido ultimado por agentes de la Policía en el día anterior, precisamente por razón del oficio en que se le comunicó ese suceso. Fue el día especificado en que se dictó el auto de detención o cualquier otro posterior, ya que al motivarlo se habla de la muerte de Ospina y sus compañeros y de la partida de defunción que se sentó el diez y nueve de noviembre. No obstante todo esto, el Alcalde señor Julio Gallo Z., con el respaldo de su Secretario el señor Gilberto Castaño Arcila, le colocó a la providencia detentiva la fecha diez de noviembre, al parecer con el propósito de cohonestar la idea de que Jesús Antonio Ospina, Ricaurte Gutiérrez y Juan Vega habían sido muertos por los agentes Timoteo y Ducuara al intentar la consumación de un delito de fuga de presos. Semejante alteración de la verdad, eventualmente configurativa de un delito de falsedad, debe ser investigada y a ese efecto se ordenará tomar copia de lo pertinente. Esta investigación se ordenará, ya que ella, del mismo modo que la otra de que se trata en el párrafo anterior, no se opone a las prescripciones consagradas en los Decretos 1.823 y 2.062 de 1954.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto emitido por el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida,

DECLARA NULO todo lo actuado en el proceso a partir, inclusive, de la Resolución que convocó al Consejo de Guerra Verbal que debiera conocer en primera instancia de los sucesos acaecidos en el Corregimiento de Herrera, Municipio de Ríoblanco en el Tolima, y ORDENA que se tome copia de lo pertinente para que se investiguen, por las autoridades que corresponda, los hechos a que expresamente se alude en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cumplase el expediente

Ricardo Tordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pierquinto León L., Secretario.

TODA LETRA SE PRESUME GIRADA EN CONSIDERACION A UN VALOR. — TACHA DE SIMULACION. — PREJUDICIALIDAD EN PROCESOS SOBRE FALTAS CONTRA LA ETICA PROFESIONAL

1.—Como "todo instrumento negociable se presume que ha sido expedido en consideración a un valor, y por valor se entiende, en este caso, cualquier causa suficiente para la validez de un contrato" (artículos 26 y 27 de la Ley 46 de 1923), si en el proceso no se logra establecer la simulación de una letra de cambio, ésta deberá ser aceptada.

2.—Si el girador de una letra acepta que es simulada, esta confesión sería plenamente apta para configurar la ilicitud del hecho y la responsabilidad del acusado (artículo 255 del Código de Procedimiento Penal). Pero negada la simulación, la controversia sobre ésta viene a quedar convertida en asunto de especial y previo pronunciamiento, en otros términos, en cuestión civil prejudicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

El artículo 10º de la Ley 21 de 1931 establece en sus ordinales tercero y cuarto que "Son faltas graves en el ejercicio de la profesión de abogado..... Haber intervenido en cualquier forma en la celebración de actos tendientes a sustraer fraudulentamente los bienes a la persecución de los acreedores de una persona"....., o "Haber intervenido en actos y contratos simulados".

Y se pretende por el señor Julio Thomas, en denuncia contra el doctor Luis Olmedo Quintero, abogado vecino de Pasto, que pudo él haber incurrido en dichas especies de faltas, en razón del giro de una letra de cambio por cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), verificado el 1º de marzo de 1955 contra el señor Carlos E. Chaves y que éste aceptó.

Efectivamente, como relata el Tribunal Superior de Pasto, en su fallo del 22 de mayo último (de que conoce la Corte por vía de consulta), aparece que el 22 de marzo de 1955 Julio Thomas denunció a Carlos Chaves Vargas por rapto; que ocho días después, el Juzgado Primero Municipal de Pasto, a petición del doctor Luis Olmedo Quintero y con base en una letra de cambio, por cuarenta mil pesos, girada el 1º del mes y año citados a dieciocho días de plazo, embargó los bienes del denunciado; y que con posterioridad, el 28 de abril siguiente, la autoridad a cuyo cargo se hallaba la investigación del referido delito embargó en abstracto los mismos bienes, cuando ya ello era de suyo innocuo..... Hay de por medio la circunstancia de que el propio doctor Quintero (sic) actuó como apoderado de Chaves Vargas en el proceso penal de que se ha hablado".

Los autos acreditaron:

a) Que el doctor Luis Olmedo Quintero es abogado en ejercicio, cuya inscripción como tal ordenó el Tribunal de Pasto, mediante el Acuerdo número 10, del 13 de junio de 1952.

b) Que la denuncia contra Carlos Chaves Vargas, por el delito de **rapto**, fue presentada por **Elena Thomas R.**, el 22 de marzo de 1955, o sea, varias semanas después del giro y aceptación de la letra de cambio a que se aludió, y cuando ya se había cumplido su vencimiento.

c) Que el doctor Olmedo Quintero actuó como apoderado de Carlos Chaves Vargas, dentro del proceso aludido, por el delito de **rapto**.

d) Que este hecho, según la instructiva de la presunta ofendida, se consumó el 21 de marzo de 1955, o sea, veinte días antes del giro y aceptación de la letra de cambio mencionada.

e) Que el doctor Olmedo Quintero ejercitó la acción ejecutiva correspondiente, comenzando por la cautelar (embargo de bienes, preventivamente), promovida el 30 de marzo del mismo año.

El Tribunal Superior de Pasto profirió sentencia absolutoria en favor del doctor Olmedo Quintero, en la fecha atrás anotada; y el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal es de

opinión que tal providencia debe confirmarse, como en efecto lo decidirá la Corte.

Según se advierte en el fallo dicho y en el concepto de aquel distinguido funcionario, no se logró establecer en el proceso la simulación de la letra referida, ni que el negocio jurídico correspondiente implique, sin lugar a dudas, un intento de sustraer los bienes del procesado José Antonio Chaves a la persecución de la persona o personas perjudicadas por el real o supuesto delito de rapto.

La causa o consideración de valor implicada en el giro y aceptación de la letra mencionada, la refiere el doctor Olmedo Quintero a pura y simple liberalidad del aceptante. Pese a las discusiones iniciales sobre la validez de dicho factor como "consideración de valor", la doctrina se ha ido inclinando a aceptarla, quizá porque encaja mejor con las disposiciones generales de nuestras instituciones, y, en especial, con lo dispuesto en el artículo 1.524 del Código Civil. Desde este punto de vista, negada la simulación por el acusado, queda en pie la presunción legal que cita el fallo, y que dice textualmente:

"Todo instrumento negociable se presume que ha sido expedido en consideración a un valor.... Por valor se entiende, en este caso, cualquier causa suficiente para la validez de un contrato". (Artículos 26 y 27 de la Ley 46 de 1923).

En otros términos, como bien lo comenta el Tribunal, "mientras no se demuestre la simulación de la letra aceptada por Chaves Vargas, en juicio controvertido instaurado a solicitud de parte legítima, ella tiene plena validez".

Si el doctor Olmedo Quintero hubiese aceptado que la letra es simulada, esta confesión sería plenamente apta para configurar la ilicitud del hecho y la responsabilidad del acusado (artículo 255 del Código de Procedimiento Penal). Pero negada como fue la simulación, la controversia sobre ésta viene a quedar convertida en asunto de especial y previo pronunciamiento, como lo dice el fallo; en otros términos, en cuestión civil prejudicial, que no ha sido definida en este caso.

La cadena de coincidencias a que se refiere el proceso, es, evidentemente sospechosa (liberalidad por una suma cuantiosa, ejercicio de la acción con posterioridad a la denuncia, mandato judicial del deudor para el acreedor, aceptado por éste dentro del proceso penal, etc.). Todo ello hace pensar en la posibilidad de que la letra se giró y aceptó como fruto de un convenio previo entre girador y aceptante, hecho ex-profeso para evadir la acción de perjuicios por el delito de rapto, por el cual fue llamado a juicio el procesado, según consta en las copias allegadas.

Pero ocurre que tales hechos no comprueban, por sí solos, la existencia de la falta con todos los elementos necesarios para su integración legal; y, por lo tanto, ante la carencia de la plena prueba a que alude el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, era procedente la conclusión adoptada por el Tribunal, o sea, la de que "no hay lugar a imponer al doctor Luis Olmedo Quintero la sanción prevista por la Ley 69 de 1945".

Es obvio también que el fallo del Tribunal debe adicionarse, como lo solicita el Sr. Procurador, en el sentido de que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 de la misma ley.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el fallo consultado, con la reforma de que deben expedirse las copias a que alude el artículo 12 de la Ley 69 de 1945.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montero Torres—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio.—Pioquinto León L., Secretario.

EN CASACION, EL ACTOR GOZA DE LIBERTAD PARA SELECCIONAR Y DISPONER LOS CARGOS QUE DESEA ESGRIMIR CONTRA LA SENTENCIA. — NECESIDAD DE DECLARAR NULA LA ACTUACION SUBSIGUIENTE A UN VEREDICTO TACHADO DE CONTRADICTORIO, PARA QUE PUEDA INVOCARSE LA CAUSAL 3ª EN RELACION CON EL ULTIMO FALLO DEL JURADO

1.—Si el reo o su representante alegan en casación una causal que conduce a la absolución, y luégo otra que traería como consecuencia la nulidad del procedimiento, aún sin decir que la última es subsidiaria de la primera, deben examinarse en el orden propuesto, porque así se consulta la voluntad del recurrente, la cual no puede ser otra que se decida de preferencia la cuestión que podría resultar más favorable a sus intereses. Y esto, porque en virtud de la índole misma del recurso, el actor goza de libertad para seleccionar y disponer los cargos que desea esgrimir contra la sentencia.

2.—Para que la Corte pueda, con base en la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (segunda hipótesis), casar una sentencia fundada en el veredicto proferido en una tercera vista pública por haber sido declarado contradictorio el pronunciado en la segunda, y ajustar a este último el fallo que deba reemplazar a aquélla, es necesario que antes, por la vía de la causal cuarta, se haya obtenido la declaratoria de que es nula la actuación a partir del auto que, con fundamento en la contradicción anotada, ordenó convocar nuevo jurado. Porque ninguna norma legal autoriza para considerar que no existen las diligencias cumplidas y las providencias dictadas en obedecimiento a lo dispuesto en un proveído firme del Juez competente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio)

VISTOS:

El señor Juez Segundo Superior de Pereira sometió al Jurado respectivo la siguiente cuestión: "El acusado Adalberto, Edelberto o Alberto Arbeláez Montes (a. "El Patojo") es responsable de haber dado muerte con intención de matar, con alevosía, al ciudadano Argemiro Vásquez Mercado, hecho ocurrido dentro de la tienda de la señora Mercedes Forero Díaz ubicada en la calle 15 con carrera 19 de la ciudad de Armenia en las primeras horas de la noche del seis de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro?". Los Jueces de hecho respondieron por unanimidad: "**Sí es responsable, pero sin el propósito de matar y por culpa**".

El anterior veredicto fue declarado contrario a la evidencia de los hechos, y planteada la misma cuestión al nuevo Tribunal popular, fue contestada en los siguientes términos: "Sí lo mató. Pero no es responsable, porque al tiempo de cometerse el hecho, se hallaba Arbeláez en estado de intoxicación aguda y transitoria, producida por el alcohol".

Con base en dicha respuesta el Juez del conocimiento absolvió al reo de los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder, pero al revisar el superior la sentencia respectiva, estimó que el preinserto veredicto es contradictorio, "ya que sin reconocer para el procesado Arbeláez circunstancia alguna eximente de la responsabilidad, lo declara a la vez autor del delito y no responsable del mismo, siendo que conforme a la ley todo el que comete un delito es responsable, ese fallo de conciencia carece de mérito para fundar el sentenciamiento, que tanto podría ser condenatorio si se acepta la primera proposición que reconoce la autoría del delito —como absolutorio— de aceptar la proposición segunda que declara la no responsabilidad". Y, como consecuencia de lo expuesto, declaró nulo lo actuado a partir del auto "por el cual se hizo señalamiento para el sorteo total del segundo jurado, inclusive", y ordenó reponer el procedimiento.

En la nueva vista pública se propuso a los Jueces populares la misma cuestión, y aunque el señor Fiscal, por considerar ilegal esta tercera

audiencia, se abstuvo de repetir la acusación que formuló contra el procesado en las dos ocasiones anteriores y solicitó se declarase que "no es responsable", dos de los Jurados respondieron así: "Sí es responsable", y el tercero dijo: "Me abstengo por las fórmulas presentadas por el señor Fiscal".

Con fundamento en este último veredicto, el Juez de primera instancia condenó a Arbeláez a la pena de diez y seis años de presidio, más las accesorias de rigor, en sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Pereira en fallo de dos de septiembre de 1957, contra el cual interpuso el defensor del reo recurso de casación, que, por haberse sometido a los trámites legales, la Corte debe ahora decidir.

La demanda

Invoca el recurrente, en primer término, la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, alegando que la sentencia impugnada "está en desacuerdo con el veredicto del Jurado", pues habiéndose producido en la segunda audiencia uno que, según el artículo 537 ibídem "es definitivo", el Tribunal lo consideró "contradictorio sin razón legal para ello", y "en lugar de absolver a Arbeláez lo condenó a 16 años de presidio". Arguye que en dicho veredicto se reconoce la imputabilidad material y se niega la responsabilidad del acusado, con lo cual no se viola el principio de contradicción, y agrega que "como el Tribunal carecía de facultad legal para declarar tal nulidad, el auto carece de fuerza legal y las ordenaciones contenidas en él, lo mismo que la actuación procesal llevada a cabo por virtud de ellas, deben considerarse como inexistentes".

Aduce también el demandante la causal cuarta de casación, por haberse pronunciado el fallo que acusa "en un juicio viciado de nulidad, pues se basó en un tercer veredicto el cual era legalmente inexistente, ya que el Jurado se desintegró al abstenerse" uno de sus miembros "de contestar el cuestionario propuesto por el señor Juez, con un 'sí' o con un 'no'; pues su respuesta fue la siguiente: 'Me abstengo, por las fórmulas presentadas por el señor Fiscal". Agrega que según el Decreto Extraordinario 213 de 1951 (artículo 1º) "el Jurado se compondrá de tres Jueces de hecho", y que "al desintegrarse el Jurado, con la abstención de uno de los Jueces de afirmar o negar la responsabilidad, no hubo decisión del Jurado, sino de dos de sus miembros que no componen el Jurado, sino una parte del Jurado. Esto constituye una nulidad sustancial y constitucional, de acuerdo con el artículo 26 de nuestra ley suprema".

Concluye la demanda con la solicitud de "que se invalide el fallo y que se dicte el que deba reemplazarlo, o que, se ordene devolver el proceso a quien corresponda....., para que se reponga el procedimiento".

Respuesta de la Procuraduría.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal examina las causales invocadas en orden inverso al en que fueron propuestas, y se opone a que prosperen con base en las razones que se verán en seguida.

Sobre la causal 4ª dice:

"El artículo 29 de la Ley 4ª de 1943 establece que las conclusiones del Jurado 'se tomarán' 'por mayoría de votos' ".

"Frente a esta disposición hasta ocioso resulta decir que la circunstancia de que uno de los tres Jueces de hecho disienta en cualquier forma sobre la contestación al cuestionario, en manera alguna acarrea la desintegración del Jurado. Por el contrario, se prevé allí que alguno de dichos Jueces no piense o sienta como los otros respecto al tema que se les presenta, y se dispone que la decisión es la de la mayoría".

"Huelga pues, cualquier otro argumento para demostrar que la causal en referencia no puede prosperar".

En relación con la causal tercera, advierte el señor Agente del Ministerio Público que el segundo veredicto "acepta que el acusado Arbeláez, con intención de matar y con alevosía dio muerte violenta a Vásquez, pero le declara no responsable en virtud de una causal de justificación o excusa que la ley no reconoce", y que como "el Jurado no puede hacer de legislador", "sus actuaciones como tal no tienen valor alguno". De aquí colige que no podía tenerse "como legalmente existente el veredicto en cuestión, y por tanto procedió con acierto el Tribunal al ordenar en forma que se produjera un fallo de conciencia dentro de las normas legales que lo regulan", por lo cual estima que dicha causal no tiene fundamento.

Entiende también el señor Procurador que "la actitud obstinada y rebelde" del Fiscal del Juzgado al excusarse de sostener la acusación en la última audiencia "es contraria a las funciones del Agente del Ministerio Público", por lo que "ha

podido incurrir en el tipo que contempla el artículo 172 del Código Penal, por rehusar una actividad a que legalmente estaba obligado (artículo 92 del Código de Procedimiento Penal), máxime cuando tal conducta omisiva contribuía de la manera más eficiente a una escandalosa impunidad". Y pide, en consecuencia, se ordene adelantar la investigación pertinente.

Para resolver se considera:

1º.—Si el reo o su representante alega en casación una causal que conduce a la absolución, y luégo otra que traería como consecuencia la nulidad del procedimiento, aun sin decir que la última es subsidiaria de la primera, deben examinarse en el orden propuesto, porque así se consulta la voluntad del recurrente, la cual no puede ser otra que se decida de preferencia la cuestión que podría resultar más favorable a sus intereses. Y esto, porque en virtud de la índole misma del recurso, el actor goza de libertad para seleccionar y disponer los cargos que desea esgrimir contra la sentencia.

Por tal razón, en el presente caso se estará al orden escogido por el demandante.

2º.—Para que la Corte pueda, con base en la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (segunda hipótesis), casar una sentencia fundada en el veredicto proferido en una tercera vista pública por haber sido declarado contradictorio el pronunciado en la segunda, y ajustar a este último el fallo que deba reemplazar a aquélla, es necesario que antes, por la vía de la causal cuarta, se haya obtenido la declaratoria de que es nula la actuación a partir del auto que, con fundamento en la contradicción anotada, ordenó convocar nuevo Jurado. Porque ninguna norma legal autoriza para considerar que no existen las diligencias cumplidas y las providencias dictadas en obedecimiento a lo dispuesto en un proveído firme del Juez competente.

Y como el demandante ni siquiera invoca a este respecto la causal 4ª, la 3ª no puede prosperar.

3º.—Sobre la causal 4ª, la Corte acoge y da por reproducidas las razones que en forma clara y sintética aduce la Procuraduría para oponerse a ella.

4º.—Estima la Sala que no es procedente la investigación solicitada por el señor Agente del Ministerio sobre la conducta del Fiscal doctor César Pineda Gutiérrez, por cuanto éste, al considerar ilegal la tercera audiencia por ser definitivo el veredicto de la segunda, no realizó nada incorrecto al pedir que se insistiera en el veredicto absolutorio anterior, con lo cual procuraba evitar que, en virtud de lo que en su concepto era un error del Tribunal, se condenara a quien ya había sido absuelto conforme a la ley.

* * *

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia acusada, ni accede a disponer que se adelante investigación encaminada a establecer la responsabilidad en que pudo incurrir el Fiscal del Juzgado Segundo Superior, doctor César Pineda Gutiérrez, por su actuación en la audiencia pública de 19 de julio de 1950.

Cópiese, notifíquese y publíquese y vuelva el expediente a la oficina de origen.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis E. Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. — DELITOS CONEXOS. — RAPTO Y ESTUPRO

La Corte ha resuelto en numerosas ocasiones que, en tratándose de delitos conexos, cometidos en lugares diferentes y sometidos a diversas jurisdicciones, pero de los cuales conocen en primera instancia los Jueces Penales del Circuito, la competencia se determina por la norma del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal.

Entre los numerosos proveídos que se han dictado al respecto hasta citar los de junio 17 de 1952 (G. J., tomo LXXII, números 2116-17), 23 de agosto de 1955 (G. J., tomo LXXXI números 2157-58), noviembre 15 de 1955 (G. J., números 2160-61) y marzo 9 de 1956 (G. J., tomo LXXXI, números 2165-66).

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el incidente de colisión de competencias —de carácter negativo— que se ha suscitado entre los Juzgados Primero Penal del Circuito de Cartago y Primero Penal del Circuito de Pereira, en el proceso que se adelanta a Próspero Pinzón Trejos por los delitos de rapto y estupro cometidos en la persona de Soledad Giraldo.

ANTECEDENTES:

Consta de autos que el siete de junio de mil novecientos cincuenta y tres le propuso Próspero Pinzón a Soledad Giraldo, con quien había cultivado relaciones amorosas durante tres años, que se trasladaran de Cartago, donde vivía la novia, a Pereira, con el fin de contraer matrimonio en esa ciudad. Ella aceptó la propuesta y una vez llegados al lugar de su destino le pidieron al párroco de la Iglesia de Nuestra Señora de la Balbanera que los casara. El se negó, primero por no tener autorización del párroco de Cartago, de donde era vecina Soledad Giraldo, y segundo por no estar permitida la celebración de matrimonios en horas de la noche. Ese mismo día, en un hotel de la localidad, Próspero Pinzón hizo uso carnal de Soledad Giraldo, desflorándola. Huelga decir que no cumplió la promesa matrimonial.

Cuando estos hechos ocurrieron tenía la muchacha 19 años, un mes y varios días, pues nació el 18 de abril de 1934.

Con fundamento en la denuncia presentada por Climaco Giraldo, padre de Soledad, se adelantó la correspondiente investigación por los delitos de rapto y estupro. El 28 de mayo de 1956 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago calificó el mérito del sumario con sobreseimiento definitivo por el delito de rapto y llamamiento a juicio criminal por el de estupro. De esa providencia conoció el Tribunal Superior de Buga, a virtud de apelación y en grado de consulta. En auto fechado el 1º de agosto de 1956 revocó el dictado por el Juez a quo y en su lugar sobreseyó temporalmente en favor del sindicado por los delitos de rapto y estupro. Reabierta la investigación se practicaron algunas pruebas encaminadas a perfeccionarla y el 30 de mayo del corriente año se declaró cerrada.

COLISION:

Encontrándose el proceso en estado de recibir calificación de fondo se produjo la providencia de 17 de junio pasado en la cual declaró el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago que "no es competente para conocer del presente negocio"; ordenó pasarlo a los señores Jueces Penales del Circuito de Pereira y dispuso que para el caso de no aceptar sus razones el Juez a quien correspondiera en reparto le provocaba colisión de competencias, de carácter negativo.

Consideró el señor Juez de Cartago que en el proceso solamente "parece configurarse" el delito de estupro y que, habiéndose consumado éste en Pereira, es el Juez Penal de ese Circuito el competente para conocer, de acuerdo con la nor-

ma consignada en el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal.

Por su parte el señor Juez Primero Penal del Circuito de Pereira argumentó así:

"Si se acepta que existió el engaño y la promesa formal de matrimonio para la configuración del estupro, debe aceptarse igualmente que debido a ese engaño de promesa formal de matrimonio, pudo el sindicado Próspero Pinzón Trejos, sustraer de la órbita de la patria potestad a la ofendida Soledad Giraldo para satisfacer sus deseos eróticos sexuales".

Con fundamento en esa razón rechazó las del Juzgado de Cartago y dispuso enviar el expediente a la Corte "para que se sirva dirimir la colisión de competencia negativa provocada".

Se considera:

Dos son los delitos que se imputan a Próspero Pinzón Trejos: el de rapto, consistente en haber sustraído de su hogar a la menor Soledad Giraldo, con su consentimiento y con el propósito de casarse con ella o con el de satisfacer, prevalido del engaño, deseos eróticos sexuales. Y el de estupro, por haber tenido acceso carnal con la menor, a la cual sedujo mediante promesa formal de matrimonio.

El Tribunal Superior de Buga, al revocar el auto del Juez Penal del Circuito de Cartago para sobreseer temporalmente en favor de Pinzón Trejos por los dos delitos, se expresó así respecto del rapto:

".....si a lo largo de la investigación se demuestra que en verdad, Soledad obró mediante la oferta de matrimonio, entonces necesariamente hay que concluír en que viajó de Cartago a Pereira para casarse, circunstancia que vendría a formar o producir el delito de rapto consentido....."

El problema sometido a la consideración de la Corte no es nuevo. Varias veces se le ha planteado y siempre lo ha resuelto en el sentido de que, tratándose de delitos conexos, cometidos en lugares diferentes y sometidos a diversas jurisdicciones, pero de los cuales conocen en primera instancia los Jueces Penales del Circuito, la competencia se determina por la norma del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal.

Entre los numerosos proveídos que se han dictado al respecto basta citar los de junio 17 de 1952 (G. J., tomo LXXII números 2116|17), 23 de agosto de 1955 (G. J., tomo LXXXI, números 3157,58), noviembre 15 de 1955 (G. J., números 2160|61) y marzo 9 de 1956 (G. J., tomo LXXXII, números 2165|66).

Dispone el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal que cuando se trate —entre otros casos— de delitos cometidos "en lugares distintos, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncio, o en que primero se inicie la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado".

Y como, en el presente caso, la denuncia por los delitos de rapto y estupro se formuló ante la Inspección Primera Municipal de Policía de Cartago (folio 1); en el Juzgado Primero Penal de ese Circuito se inició la investigación (folio 5 vuelto) y la Inspección Tercera Superior de Policía de Cartago decretó la detención preventiva del sindicado (folio 23) la cual se produjo en la misma ciudad (folio 33), no existe duda —siguiendo la jurisprudencia constante de la Corte— de que el competente para conocer de los delitos de rapto y estupro que se imputan a Próspero Pinzón Trejos es el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencia negativa, en el sentido de atribuír el conocimiento del negocio al Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago.

Dése cuenta de lo resuelto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pleiquinto León L., Secretario.

COMO LOS FISCALES SUPERIORES NO SON, FRENTE A LAS NORMAS PROCESALES, FUNCIONARIOS DE INSTRUCCION, SON NULAS SUS ACTUACIONES CUANDO ASUMEN TAL CARACTER AL INSTRUIR UN PROCESO POR FALTAS DE LOS ABOGADOS CONTRA LA MORAL PROFESIONAL

Cuando la función encomendada a un Fiscal no fue la de instruir un sumario que llegase perfeccionado al Tribunal competente, en términos que éste pudiera entrar a calificarlo o fallarlo, sino simplemente la labor informativa superficial, aunque suficiente, para formalizar la queja o dar traslado fundamentado al Tribunal, hecho esto, al último corresponde abrir la investigación, si estima llenados los requisitos de los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, y, en esta hipótesis, instruir él mismo el proceso o designar el funcionario con plena jurisdicción para tal fin.

Si el Fiscal se excede en la función encomendada, esto es, lo instruye sin autorización del superior, es nula su actuación por incompetencia de jurisdicción.

En esta materia, no rige el principio general que distingue entre instrucción y conocimiento por competencia, y que divide la jurisdicción correspondiente entre dos grupos de funcionarios: los instructores, de una parte (como Alcaldes, Jueces de Instrucción, etc. en delitos de homicidio), que no fallan definitivamente los negocios y sólo levantan las diligencias previas o informativas; y los Jueces y demás empleados competentes para conocer a fondo del asunto y fallarlo, en decisiones que tienen o pueden tener la fuerza de cosa juzgada.

Los Fiscales Superiores no son, frente a las normas procesales, funcionarios de instrucción. Esta función la tuvieron en un corto lapso, por ministerio del Decreto Extraordinario 1.231 de 1951, derogado por el Decreto 1.154 de 1954. Pero ella estuvo limitada, tan sólo, a los procesos por delitos cuyo conocimiento definitivo correspondía a los Jueces Superiores. Sólo, pues, a la vista que, así como sería nula la actuación de un Fiscal Superior que investigase un delito de homicidio por comisión de la Procuraduría o del mismo Juez Superior, lógicamente resulta nula la investigación que haga, de faltas de los abogados contra la moral profesional.

Podría llegarse a conclusiones distintas de la anulación de lo actuado, si el Tribunal en vez de limitarse a calificar el mérito de las diligencias, asegurado en su integridad como válida dicha investigación y sustentando sobre ella su decisión, la aprovecha tan sólo como orientadora de su actividad o fuente de información, acometiendo la empresa de investigar él mismo, ordenando ratificar pruebas, ampliar documentos, etc.

Dicha nulidad tiene por base inmediata lo dispuesto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal (numeral 1º), aplicable por analogía en tal evento.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, veintiocho de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

El señor Rafael García Cortés, vecino de Cúcuta, se dirigió, en escrito del 8 de mayo de 1955, a la Procuraduría Gral. de la Nación, quejándose de que el doctor Alfredo Verjel Cabrales le había retenido, indebidamente, una suma de pesos, con ocasión de las gestiones que el querellante le encomendó al acusado, para la efectividad del pago de una suma de pesos que el Tesoro Municipal de Cúcuta o este municipio le adeudaba al mismo querellante, por concepto de pensiones de jubilación. García Cortés finalizaba su escrito en estos términos: "Ruego a su señoría, por medio de su altísima intervención, se me reintegren los quinientos pesos más que fueron tomados arbitrariamente e injustamente".

El 6 de junio siguiente (1955), la Procuraduría, por intermedio de la Sección de Vigilancia Ad-

ministrativa, se dirigió al Fiscal del Juzgado Superior de Cúcuta (repartimiento), comisionándolo para "adelantar las diligencias que sean necesarias para establecer diáfanamente la realidad de lo sucedido y pedir al doctor Vergel Cabrales, a nombre de la Procuraduría, amplias explicaciones sobre el particular".

Agregaba el despacho comisorio:

"Si de la comprobación que usted realice se dedujere que el mencionado abogado ha incurrido en faltas contra la delicadeza o el decoro profesional, se servirá dar traslado al H. Tribunal Superior del Distrito, con el fin de que esa Corporación imponga las sanciones previstas en la Ley y ordene las demás medidas que fueren oportunas".

Se repartió el asunto a la Fiscalía Primera Superior del mencionado Distrito Judicial, el 15 de junio; y, en esa misma fecha, esta entidad dictó una especie de auto cabeza de proceso en que se ordenó la práctica de numerosas pruebas tendientes al esclarecimiento de la cuestión, "en virtud de haber correspondido a esta Fiscalía.... la averiguación sobre posibles irregularidades y faltas contra la ética profesional imputadas al doctor Alfredo Vergel Cabrales...."

Las pruebas ordenadas se practicaron casi en su totalidad por la Fiscalía, sin control alguno de ellas por el acusado, e incluyen, fuera de algunos documentos públicos y privados, declaración jurada del querellante y una importante prueba pericial, a cuyo efecto el mismo Fiscal Primero Superior nombró los peritos y les tomó el juramento de rigor.

Una vez que el funcionario dicho creyó agotada la investigación, envió las diligencias al Tribunal Superior de Pamplona, quien le había advertido, desde el 16 de junio del referido año, en despacho telegráfico, era el competente para conocer del asunto, remisión que se ordenó el 2 de septiembre.

El Tribunal Superior de Pamplona, a quien, en efecto, le correspondía conocer, en virtud de haber sido la autoridad que ordenó la inscripción y matrícula del doctor Vergel Cabrales como abogado, ordenó dar traslado de la actuación al acusado, y, una vez cumplida esta diligencia, por medio del Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta, donde residía aquél, se dio, asimismo, traslado al Ministerio Público y se procedió, de inmediato, a fallar el asunto, como, en efecto, se hizo en providencia del cinco de diciembre de 1957, cuya parte resolutiva "DECLARA que de la denuncia presentada por el señor Rafael García ante el señor Procurador General de la Nación contra el abogado ALFREDO VERJEL CABRALES, no se desprende cargo alguno contra la ética en el ejercicio profesional del mencionado abogado".

.....

Para resolver sobre la consulta de la anterior providencia, SE CONSIDERA:

1. Resulta evidente que la casi totalidad del material probatorio que sirvió de base a la decisión consultada, se allegó a los autos por obra de la actividad del Fiscal Superior de Cúcuta. Es cierto que hay en él documentos públicos y privados que conservan el valor que, de suyo, les asigna la ley como tales. Pero, aparte de otras consideraciones que podrían hacerse, también lo es que el acervo probatorio forma un todo indivisible. Y de esta indivisibilidad forman parte diligencias como la exposición jurada del acusador y el nombramiento, posesión y dictamen de los peritos, que fueron y son básicas para formar criterio sobre la sustancia del negocio.

2.—Supuesto lo anterior, vista la forma particular que ostenta el auto por medio del cual el Fiscal dispuso investigar los hechos y teniéndose en cuenta la manera como se cumplió el referido auto, hasta agotarse prácticamente la información, no arguye ligereza el afirmarse que lo intentado por la Fiscalía fue una **instrucción en forma**, con muchas de las solemnidades y requisitos característicos de la instrucción de un sumario o proceso penal.

Es laudable el celo con que el Fiscal trató de cumplir una orden de su superior en el Ministerio Público, o la diligencia con que quiso atender a cabalidad una comisión o delegación del mismo. Pero, al hacerlo, olvidó que dicha orden o comisión no podía, legalmente, convertirlo en **funcionario de instrucción** de hechos cuyo conocimiento privativo, por mandato de la ley, corresponde a los Tribunales Superiores del respectivo Distrito (artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945).

La función encomendada al Fiscal no fue ni era la de instruir un sumario que llegase perfeccionado al Tribunal competente, en términos que éste pudiera entrar a calificarlo o fallarlo. Fue, simplemente, la labor informativa superficial, aunque suficiente, para formalizar la queja o dar un traslado fundamentado al Tribunal.

Hecho esto, correspondía al mismo Tribunal abrir la investigación, si estimaba llenados los requisitos de los artículos 8º y 9º de la Ley citada, y, en esta hipótesis, instruir él mismo el

proceso o designar el funcionario con plena jurisdicción que le instruyese.

3. Como lógica consecuencia de las anotaciones precedentes y de lo dispuesto en los artículos 8º y 9º citados, aparece claro que es nula la actuación de la Fiscalía, por incompetencia de jurisdicción. Era el Tribunal de Pamplona el competente, por ministerio de la ley, para instruir el proceso o para comisionar a otra autoridad, al respecto.

En esta materia, ni rige el principio general que distingue entre instrucción y conocimiento por competencia, y que divide la jurisdicción correspondiente entre dos grupos de funcionarios: los instructores, de una parte (como Alcalde, jueces de instrucción, etc., en delitos de homicidio), que no fallan definitivamente los negocios y sólo levantan las diligencias previas e informativas; y los Jueces y demás empleados competentes para conocer a fondo del asunto y fallarlo, en decisiones que tienen o puedan tener la fuerza de cosa juzgada.

4. En el caso aludido, la nulidad ni siquiera queda limitada al hecho de no haber sido el Tribunal competente, o un delegado suyo, el instructor de la investigación. Existe, igualmente, en virtud de que los Fiscales Superiores no son, frente a las normas procesales, funcionarios de instrucción. Esta función la tuvieron en un corto lapso, por ministerio del Decreto Extraordinario 1.231 de 1951, derogado por el Decreto 1.154 de 1954. Pero ella estuvo limitada, tan sólo, a los procesos por delitos cuyo conocimiento definitivo correspondía a los Jueces Superiores. Salta, pues, a la vista que, así, como sería nula la actuación de un Fiscal Superior que investigase un delito de homicidio por comisión de la Procuraduría o del mismo Juez Superior, lógicamente resulta nula la investigación que haga, de faltas de los abogados contra la moral profesional.

5. Podría llegarse a conclusiones distintas de la anulación de lo actuado, si el Tribunal hubiese aprovechado, tan sólo, la investigación del Fiscal como orientadora de su actividad o fuente de información, acometiendo la empresa de investigar él mismo, ordenando ratificar pruebas, ampliar documentos etc. Pero ya se advirtió que no ocurrió tal; y que, por el contrario, prácticamente, el Tribunal se limitó a calificar el mérito de las diligencias, acogiendo en su integridad como válida dicha investigación y sustentando sobre ella su decisión.

6.—De acuerdo con las anotaciones precedentes, fluye la conclusión de que es nulo lo actuado por la Fiscalía Primera Superior de Cúcuta, nulidad que se extiende o debe extenderse a todo lo hecho por la mencionada Fiscalía; pero que deja sin base el fallo del Tribunal, como es obvio, aun en el supuesto de que sea válida la actuación de dicha entidad, en lo relativo a las pruebas que decretó.

Esta nulidad tiene por base inmediata lo dispuesto en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal (numeral 1º), aplicable analógicamente al caso.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, cuyo concepto se solicitó de acuerdo con la ley, ha pedido la confirmación de la providencia consultada.

DECISION

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la providencia consultada y DECLARA NULO lo actuado por la Fiscalía Superior de Cúcuta, a partir del auto del 15 de junio de 1955, visible a folios 5 y 6 del cuaderno 1º.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montes Torres—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

LA NOTIFICACION POR ESTADO AL DEFENSOR O DEFENSORES DE LA PROVIDENCIA CONFIRMATORIA DEL AUTO DE PROCEDER, AUNQUE SE ADMITA QUE HA DEBIDO HACERSE EN FORMA PERSONAL, ENTRAÑA A LO SUMO EL VICIO DE NULIDAD PREVISTO POR EL NUMERAL 3º DEL ARTICULO 198 DEL C. DE P. P. — EL AUTO QUE DECLARA EXTINGUIDA LA ACCION PENAL POR MUERTE DE UN PROCESADO, NO QUEDA AFECTADO DE NULIDAD CONSTITUCIONAL POR INOBSERVANCIA DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO. — REEMPLAZO IRREGULAR DE UN DEFENSOR. — HECHA AL JUEZ LA MANIFESTACION DE QUE EL PROCESADO SE ACOGE AL BENEFICIO DE LA AMNISTIA, NO PUEDE AQUEL, POR GRATUITO O ABSURDO QUE CONSIDERE TAL PLANTEAMIENTO, DECLARARLO ASI Y NEGARSE A ORDENAR EL TRAMITE INDICADO POR EL DECRETO 1823 1823 DE 1954

1.— Las notificaciones de las providencias judiciales, y la exigencia de que algunas de ellas se hagan personalmente a los interesados, son ritualidades comunes a todos o casi todos los juicios, y no son, por tanto "formas propias", vale decir, peculiares características o exclusivas de ninguno de ellos. El omitirlas o efectuarlas irregularmente no engendra, pues, nulidades de carácter constitucional por inobservancia de las garantías consagradas por el artículo 26 de la Carta, que se refiere a éstas y no a aquéllas. Tales anomalías tienen su sanción en las leyes procesales, como ocurre con la falta de notificación "en debida forma" del auto de enjuiciamiento (artículo 198, 3º del Código de Procedimiento Penal), que establecen cuándo constituyen nulidades y cómo se sanean.

En consecuencia, el haberse notificado al defensor o defensores por estado la providencia confirmatoria del auto de proceder, aunque se admita que ha debido hacerse en forma personal, entraña a lo sumo el vicio de nulidad previsto por el numeral 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, que "desaparece si habiendo comparecido el reo en juicio, no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le haya hecho la primera notificación personal".

2.—Sin entrar a discutir la legalidad del auto interlocutorio que declara extinguida la acción penal por muerte de un procesado sin previo concepto favorable del respectivo Agente del Ministerio Público, ni las consecuencias que emanen de su falta de revisión por el superior, resulta claro que él no queda afectado de nulidad constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio, pues lo que prohibe el artículo 26 de la Carta es el juzgamiento de alguien en estas condiciones, y lo que ordena, en sustancia, aquella providencia es que no se juzgue al reo que ha dejado de existir.

Por lo demás, la posible invalidez de dicho proveído en nada afecta los derechos y garantías consagrados por la Constitución y las leyes en favor de los demás procesados cuya responsabilidad se ventile en el mismo proceso, por lo que no puede ser invocada por ellos como causal de casación.

3.— Las irregularidades consistentes en aceptar la excusa presentada en escrito sin firma por el defensor nombrado por un reo, y en designar oficiosamente a quien deba sustituirlo sin previa noticia al acusado para que él lo haga, no desconoce ni menoscaban en forma alguna el derecho que tiene aquél a escoger libremente la persona que deba representarlo en el juicio, si el auto que tal dispuso se le notificó personalmente y fue admitido por el interesado sin reparos, pues esto equivale, por una parte, a aprobar lo hecho por el Juez, y no le limita, por otra, la facultad de que dispone para encomendar en cualquier momento su defensa a quien tenga a bien. De allí no se genera, pues, ningún vicio que afecte el procedimiento, ni, en el supuesto de que lo hubiera, podría ser alegado en casación por un tercero cuyos intereses no sufrieron ni podían sufrir por ello el menor perjuicio.

4.—Es indudable que la aplicación del Decreto 2.062 de 1954 puede dar lugar a soluciones inconvenientes, por cuanto dispone el envío indiscriminado de cualquier proceso al Tribunal Superior Militar para que resuelva sobre la procedencia de la amnistía, tan pronto como se haga por parte interesada la solicitud del caso. Por no haberse señalado siquiera una base objetiva mínima —existir, por ejemplo, un principio de prueba sobre el carácter político de la infracción pertinente—, como fundamento de dicha solicitud, el Juez está obligado a remitir, cuando ello le sea pedido por quien tiene derecho a hacerlo, aún los procesos en que se ventilen delitos absolutamente desconectados de la política, con grave perjuicio para la pronta administración de justicia y para los acusados que consideren incondicionalmente invocar el beneficio. Pero estas son razones de jure condendo, que no pueden ser tenidas en cuenta por el intérprete de los textos claros de sus disposiciones.

Dice, en efecto, el artículo 1º del referido Decreto que "corresponde privativamente al Tribunal Superior Militar resolver las solicitudes de amnistía que se formulen con base en el Decreto 1.823 del año en curso", y el artículo sexto que "las autoridades civiles o militares que conozcan de los procesos a que se refiere el Decreto número 1.823 de 1954....., los remitirán..... al Tribunal Superior Militar....., tan pronto como se les haga por parte interesada la respectiva solicitud", y que "cuando se presente una solicitud dentro de un proceso... el Tribunal entrará a decidir la situación en que con respecto a la amnistía....., se encuentre la totalidad de los procesados que figuren en ese expediente".

Desprendese de lo anterior, con absoluta nitidez, que hecha al Juez la manifestación de que un procesado se acoge al beneficio de la amnistía, no puede aquél, por gratuito o absurdo que considere tal planteamiento, declararlo así y negarse a ordenar el trámite indicado, porque ello equivale a desatar una cuestión de previo y especial pronunciamiento cuya decisión "corresponde privativamente al Tribunal Superior Militar". No importa que la resolución del Juez sea en lo sustancial la jurídica, justa y hasta provechosa para todos, porque el delito imputado no tenga en realidad ni siquiera un asomo de índole política. Lo que interesa destacar es que carece de competencia para calificar los hechos, como tampoco la tiene la Corte para decir si dicha calificación estuvo, en el fondo, bien o mal hecha, aunque lo primero resulte evidente de las pruebas que obran en el informativo.

Expresada, pues, la voluntad de un reo en el sentido de que desea acogerse al beneficio de la amnistía, al Juez del conocimiento se le suspende la jurisdicción, por ministerio de las citadas normas, en el correspondiente proceso, hasta que el Tribunal Militar Superior se lo devuelva después de haber decidido sobre la legalidad de dicha pedimento. Y si aquél, arrogándose atribuciones que le corresponden a éste, resuelve el asunto y se queda con el negocio, su actuación será nula a partir de este instante procesal, conforme a lo dispuesto por el artículo 198, 1o del Código de Procedimiento Penal. Aquí sucede lo propio que en las recusaciones: presentado un incidente de esta índole, por infundado y caprichoso que sea, al funcionario respectivo no le queda más alternativa que enviar el negocio a quien le corresponda resolver el asunto.

Contra esto no cabe argüir que el Juez no debe enviar la totalidad del proceso cuando la parte interesada le solicita que remita sólo copia de una providencia, porque la amnistía es una institución de orden público, y, de consiguiente, el procedimiento para otorgarla no puede estar sujeto a la voluntad de los particulares, sino a lo establecido por la ley. Por la misma razón, tampoco puede admitirse la tesis de que el silencio del interesado sobre la determinación del Juez subsana la nulidad de lo actuado por él sin competencia.

Las mencionadas disposiciones del Decreto 2.062, que parecen inspiradas en una desconfianza, sin justificación aparente, de las autoridades militares en la rectitud e eficacia de los Jueces ordinarios, no pueden ser entendidas de manera distinta, aunque, como lo reconoce la Sala, pueda abusarse de ellas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

El 30 de abril de 1953 el Juzgado Superior de Neiva llamó a responder en juicio criminal, por los trámites en que interviene el Jurado, a Félix María Charry, (a.) "El Obispo", José Calixto Delgado, (a') "Choncholí", Jaime Echeverry Villa o Evelio Ruiz Linares y Hernán Ramiro Poveda, por los delitos genéricos homicidio y robo, y a Jesús Cáceres Hermosa (a.) "Culo de Palo" o "Culo de Tabla" y Emma Jael Giraldo de Perdomo, por encubrimiento. La providencia respectiva fue notificada personalmente a los encausados, algunos de los cuales nombraron defensores, entre ellos José Calixto Delgado, quien designó al doctor Jaime Ucrós García, y otros pidieron que el Juez se los eligiera de oficio. Noticiados en legal forma los representantes judiciales de los reos, el auto de proceder se envió al Tribunal Superior en virtud de apelación interpuesta y concedida.

Mientras se surtía la alzada el defensor de Emma Jael Giraldo de Perdomo solicitó su libertad provisional, por estimar que había cumplido en detención preventiva el tiempo que pudiera corresponderle como pena privativa de la libertad, y el ad quem consideró que ésta no podía ser menor de dos años, término mayor que el permanecido por la acusada en calidad de detenida, y en consecuencia no accedió a tal pedimento.

La vocación a juicio fue confirmada en forma definitiva por proveído de 9 de octubre de 1953, el cual se notificó personalmente a todos los procesados (folio 54 del cuaderno número 4) y por estado "a las demás partes" (folio 56, ibidem).

A Hernán Ramiro Poveda se le hacen, entre otros, los siguientes cargos en el auto de vocación a juicio:

"..... para la época de los sucesos ocupaba el cargo de Detective de la Policía Nacional, aparece en el informativo como un mozo astuto y recorrido que servía como de inteligencia criminosa en todas las actividades que debían asumir cuando, con sus compañeros tomó la determinación de apoderarse en forma violenta de los bienes de la señorita Ana Rita Alvarez (la occisa). Es por tanto, Poveda, el guía, el maestro, el alma prevertida (sic), sagaz timonero que intelectualmente recorre el iter criminis antes de dar el golpe, en previsión de no ir a dar un paso en falso; todo ello bajo los auspicios de un carnet que el Estado le suministrara para que, en la sombra tutele la persona y bienes de todos los individuos, y así mismo persiga al que en cualquier momento pretenda atentar contra la estabilidad de la sociedad; así es muy fácil su trabajo y por demás difícil que se le descubriera; al amparo de un revólver que el Estado le depara consuma las más grandes tropelías; y en varias ocasiones, en compañía de otros sindicados, recorren los barrios de tolerancia, en los que traspasa su carnet a sus cómplices para que éstos requisen y roben a los giles (campesinos) haciéndose pasar por tiras nacionales. Ocupa en esta forma un plano de gran importancia dentro del presente negocio; es amigo de Cucha, Choncholí y el Obispo o Paisa; éstos atienden sus insinuaciones y obedecen con prontitud sus órdenes; cometen con él toda clase de atropellos a sabiendas de que, como autoridad no irá a delatar y precisamente por encontrarse en ese plano, deja que sus conmilitones ejecuten 'el trabajo', para más tarde y por su orden, repartirse el botín".

"Fue así como actuó desde la memorable mañana del 23 de septiembre; varios son los declarantes que vieron a Poveda estacionado muy cerca de la casa de la señorita Ana Rita Alvarez; entre ellos está la de Jorge Cifuentes Camacho quien vio por varias ocasiones a este acusado situado por aquellos alrededores sin oficio alguno ni tampoco en menesteres de su cargo; que al verlo el propio Poveda le dijo que estaba 'por cuadrar a una sirvienta' ".

"De otra parte, como ya se vio, una vez que Félix María Charry optó por confesar su completa participación en los delitos mencionados, se le sometió en diligencia de confrontación, y en toda aquella exposición muestra a Poveda como la persona directora de llevar a efecto el delito; es por su insinuación y a su amparo que en algún lugar se reparten el producto del delito y el propio Poveda temeroso de que Cucha los delatara resuelve entregarle un paquete de billetes de mil pesos y unas alhajas para que se las lleve a su mujer; y cuando ya trataba de esclarecerse el crimen por la circunstancia de el (sic) informe que diera Roberto Rivas al Alcalde de Pitalito, el propio Hernán Ramiro Poveda viaja hasta allá para conferenciar con Cucha y éste expresa que Poveda era "quien me daba instrucciones", llegando hasta aconsejarle que negara lo relativo a la huella que sobre la cerradura del baúl se había encontrado; y es en esos mismos careos en los que sostiene Cucha que Poveda mismo le dijo que había ido a Pitalito exclusivamente con el objeto de 'ponernos al pelo, para saber nosotros

qué era lo que debíamos decir en el Juzgado al declarar".

"Y todas estas versiones dichas por Cucha han tenido desde luego, la más clara comprobación cuando, de una parte, la meretriz Alicia Lozano que fuera predilecta de Poveda en el barrio de tolerancia, informa (folio 196) que 'a los pocos días de la muerte de la señorita de San Pedro, cuyo nombre no me acuerdo, estuvieron una noche en un carro Planchón, de color rojo, Hernán Ramiro Poveda "El Obispo", "Chorcholí", "Culo de Tabla", "Cucha" y otros cuyos apodos no supe ni los nombres tampoco y estuvieron tomando ahí como hasta las once de la noche y cuando se fueron a ir rompieron una mesa y unos asientos y dijeron que tenían con qué pagar, pero sin embargo se fueron y el cantinero los alcanzó y les cobró y pagaron no sé cuánto, pero no me acuerdo en ese tiempo quién era el cantinero'. De otra parte, tanto a Carmen Callejas como a Alicia Lozano, la primera igualmente concubina de Poveda, se les decomisaron varias joyas que en forma inequívoca fueron reconocidas como de propiedad de la señorita Ana Rita Alvarez, por los testigos María Ignacia Camacho de Cifuentes (folio 113) y Jorge Cifuentes Camacho (folio 317 vuelto), joyas que debieron ser obsequiadas por Poveda aunque aquéllas traten de negarlo.

"Y a todas estas inculpaciones habrá de agregarse las andanzas a que se dedicó Poveda días después del asesinato de doña Rita, el viaje a Caloto, Cali, Bogotá, acompañado por su amante Anselma Lara quien en su primera declaración incriminó fuertemente a Poveda como uno de los autores del asesinato de doña Rita, declaración que figuraba en el primer expediente y ahora cuando se reconstruía el sumario la deponente trató de retractarse alegando de otra parte, no recordar absolutamente nada acerca de las imputaciones hechas a Poveda".

"No obstante, este incidente, aparece, como ya se vio, esa tremenda acusación que le hace Félix María Charry, acusación que permanece en pié y que es suficiente para llamar a juicio al sindicado Poveda, toda vez que merece entera credibilidad; está por tanto, Poveda, como los anteriores, en la categoría de autor principal existiendo serios y gravísimos indicios de su responsabilidad penal, por lo que deberá ser llamado a juicio por los mentados delitos de homicidio y robo y con idénticas características".

El 2 de marzo de 1954 el Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Neiva informó al Juez que el procesado Jaime Echeverry Villa había dejado de existir el 26 del mes anterior, (folio 85 del cuaderno número 4), y como consecuencia de ello y después de haberse llevado a los autos copia de la diligencia de autopsia y del certificado de defunción, (folios 86 y 88), por auto 24 de marzo del mismo año, dictado sin concepto fiscal previo, se declaró "extinguida la acción penal seguida en este proceso contra el sindicado Jaime Echeverri Villa por estar debidamente comprobada su muerte" (folio 90). Esta providencia no fue apelada ni se ordenó consultar.

A folio 93 del cuaderno número 4 aparece un memorial escrito en papel con membrete de "Jaime Ucrós García - Abogado", dirigido al Juez del conocimiento, en el cual se lee: "JAIME UCROS CARCIA, con cédula de ciudadanía número 2412155 de Bogotá, abogado titulado e inscrito, nombrado por el señor Juez como defensor de JOSE CALIXTO DELGADO en la causa que contra él y otros deberá ventilarse próximamente, en forma respetuosa solicito se me releve de dicho cargo por estar en incapacidad física de ejercerlo según consta en certificado adjunto", y a folio 92 figura un certificado médico suscrito por el doctor Juan J. Trujillo Falla, en el que se expresa "que el doctor Jaime Ucrós García sufre de una laringitis crónica que lo incapacita para hablar en forma continua, hasta nueva prescripción médica". El Juzgado profirió auto mediante el cual "se acepta la excusa presentada por el doctor Jaime Ucrós García para seguir ejerciendo el cargo de defensor de oficio del procesado José Calixto Delgado y se nombra como defensor de oficio de dicho procesado al doctor Gustavo Salazar T. a quien se le dará posesión del cargo". Esta providencia fue notificada personalmente a todos los incriminados y defensores, inclusive a José Calixto Delgado y al doctor Jaime Ucrós García, sin que nadie le hubiera hecho observación alguna (folio 93 vuelto del cuaderno número 4). Posteriormente, en virtud de petición del doctor Gustavo Salazar T., quien no firmó el acta de su posesión, el señor Juez lo reemplazó "como defensor de oficio del procesado José Calixto Delgado" por el doctor Alvaro Sánchez Silva, en providencia que fue asimismo notificada personalmente a todas las partes, incluso a José Calixto Delgado, y como ella no fuera impugnada, aquél tomó posesión y siguió representando en la causa a su defendido.

Más tarde, la enjuiciada Emma Jael Giraldo de Perdomo dirige al Juez un memorial en el cual le dice: "Me acojo al beneficio de amnistía de que trata el Decreto 2.062 de 1954 (julio 8),

y en consecuencia solicito que se envíe al H. Tribunal Superior Militar con sede en Bogotá, copia del auto proferido por el Tribunal Superior de Neiva en que fijó la pena que me puede corresponder. Lo anterior con el fin de que no se paralice el proceso" (folio 104 del cuaderno número 4). Sobre él recayó auto de 28 de julio de 1954, cuyo contenido expresa: "Niégase el envío de las diligencias a que se refiere el anterior memorial al Honorable Tribunal Superior Militar por no tratarse de un delito político el cometido por la señora Emma Joel Giraldo de Perdomo" (folio 106 ibídem).

Celebrada la audiencia pública, el Jurado declaró no responsable a Emma Jael Giraldo Valencia de Perdomo, de encubrimiento, y a Félix María Charry y Hernán Ramiro Poveda Moreno, de homicidio, pero aceptó la responsabilidad del último en el robo "como autor intelectual". Respecto de los demás encausados admitió los cargos formulados en el cuestionario.

El Juez acogió los veredictos condenatorios, y rechazó "por contrarios a la evidencia de los hechos" los que absolvieron a Félix María Charry, Hernán Ramiro Poveda Moreno y Emma Jael Giraldo Valencia de Perdomo por los delitos que se han visto, y ordenó convocar un nuevo Jurado para "decidir de la responsabilidad de tales acusados", en providencia que fue confirmada por el superior respectivo.

Reunido el nuevo Tribunal popular, condenó a dichos reos por los cargos de que habían sido absueltos por el anterior, contestando afirmativamente, respecto a la participación de Poveda Moreno en el homicidio, la siguiente pregunta:

"El acusado Hernán Ramiro Poveda Moreno es responsable de haber cooperado necesariamente y con el propósito de que se produjera la muerte de Ana Rita Alvarez Cárdenas, por asfixia, hecho ejecutado por el acusado con premeditación, acompañada de motivos innobles y en asocio de José Calixto Delgado, Félix María Charry y Jaime Echeverry Villa, para facilitar la consumación del delito de robo ocurrido en las horas de la tarde del día veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos cincuenta (1950), en la propia casa de habitación de la víctima, situada en el costado norte de la plaza de San Pedro, de esta ciudad?".

Con base en los veredictos definitivos, el Juez condenó a todos los encausados, y a Poveda Moreno le impuso la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio, mas las accesorias de rigor, "por los delitos de homicidio y robo", en fallo que fue confirmado por sentencia del Tribunal Superior de Neiva de 4 de mayo de 1956, contra la cual interpusieron recurso de casación varios procesados. Pero no obstante que él fue concedido y declarado admisible, sólo fue sustentado por el defensor de Hernán Ramiro Poveda, cuyas solicitudes son, por consiguiente, las únicas que debe resolver la Corte.

La demanda.

El demandante, doctor Pedro P. Pérez-Sotomayor, invoca como causales aplicables, en su orden, del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, para la invalidación del fallo impugnado, la cuarta "cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad"—; la 3ª —"cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado"—, y la 1ª —"cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma"—, y con fundamento en ellas le formula los siguientes cargos:

Causal 4ª.— El juicio en que se profirió el fallo acusado es nulo por los siguientes motivos: A)—El auto de proceder no está aún en firme, por no haber sido notificado a los defensores de los reos; B)—El Juez resolvió, sin facultad para ello y teniendo suspendida la jurisdicción, la solicitud de amnistía formulada por Emma Jael Giraldo de Perdomo, en vez de enviar el proceso al Tribunal Superior Militar para que decidiera lo pertinente; C)—El Juez "ilegalmente decretó la extinción de la acción penal en relación con el procesado Echeverry Villa"; D)—Al defensor de José Calixto Delgado, doctor Jaime Ucrós García, se le reemplazó sin presentar renuncia de su cargo, y afirmando, contra la verdad, que era defensor de oficio, por el doctor Gustavo Salazar T., quien sin firmar el acta de su posesión fue sustituído por otro; E)—El veredicto que rechazó los cargos por homicidio hechos a Poveda fue declarado contraevidente sin serlo.

Causal 3ª.—La sentencia impugnada no está en consonancia con los cargos formulados al defendido del demandante en el auto de proceder.

Causal 1ª.— El fallador de segunda instancia "violó en forma indebida y por errónea interpretación, el artículo 19 del Código Penal" y el artículo 20 ibídem; B)—Infringió también los artículos 36, 37 (numerales 7º y 9º) y 38 de la misma obra; C)—En la sentencia recurrida se aplicó

indebidamente el artículo 34 del citado Código Penal.

Las causales invocadas, cuyo rechazo solicita el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se examinarán en el orden propuesto, pero el análisis de los vicios de nulidad alegados como fundamento de la cuarta ha de hacerse atendiendo a los momentos procesales en que se dicen ocurridos y siguiendo un criterio cronológico, pues así se evita el riesgo de que aceptado un motivo de nulidad, lo que obligaría a desentenderse de los restantes (artículo 538 del Código de Procedimiento Civil), e invalidado el juicio con base en él, se dejarán otros subsistentes, en los cuales se hubiera incurrido con anterioridad, que podrían aducirse y prosperar en un nuevo recurso.

CAUSAL CUARTA

A)—Nulidad por falta de notificaciones.

Sustenta esta objeción el demandante afirmando que el auto de proceder no fue notificado en forma alguna a los defensores, por lo cual respecto de él no ha corrido el término de la ejecutoria. De aquí deduce que el Juez siguió conociendo del juicio, y lo falló, sin jurisdicción, pues ésta se le suspendió al quedar en firme el proveído que concedió la alzada interpuesta contra aquella providencia, y no la ha recuperado, y que la misma incompetencia debe predicarse del Tribunal para pronunciar decisiones en la causa. La omisión anotada, concluye, entraña una nulidad constitucional, por haberse cercenado a los reos el derecho de defensa, en cuanto sus defensores no pudieron reclamar contra el enjuiciamiento, dejándose de observar una de las formas propias del juicio, con violación del artículo 26 de la Carta.

CONTESTA LA PROCURADURIA

Responde a este cargo el señor Procurador haciendo notar que la notificación echada de menos por el recurrente aparece efectuada por estado (folio 56 vuelto del cuaderno número 4), con lo cual se destruye por su base la impugnación. Agrega que los requisitos especiales que deben cumplirse para noticiar el auto de proceder se refieren sólo a la primera instancia, sin que sea necesario repetirlos en la segunda, donde se cumplieron todas las exigencias del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, y que en el caso de que se hubiera presentado causal de nulidad por tal motivo, habría desaparecido con el transcurso de treinta días siguientes a la última notificación personal recibida por los defensores, como lo dispone el artículo 198, tercero de la misma obra. Recuerda luégo "que las llamadas nulidades constitucionales, sólo se pueden presentar cuando se han preterm itido formalidades propias de cada juicio con manifiesta violación de los derechos inalienables del procesado y siempre que tales informalidades no se hallen previstas expresamente en las causales de invalidez que trae el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 198 y 199", y que "el procesado reclamante gozó de todos los derechos y prerrogativas que la ley procedimental consagra", "sin que pueda encontrarse al revisar cuidadosamente la actuación una sola falla en tal sentido que permitiera dar el más leve asidero a una nulidad de carácter constitucional".

CONSIDERA LA CORTE:

Las notificaciones de las providencias judiciales, y la exigencia de que algunas de ellas se hagan personalmente a los interesados, son ritualidades comunes a todos o casi todos los juicios, y no son, por tanto, "formas propias", vale decir, peculiares, características o exclusivas de ninguno de ellos. El omitirlas o efectuarlas irregularmente no engendra, pues, nulidades de carácter constitucional por inobservancia de las garantías consagradas por el artículo 26 de la Carta, que se refiere a éstas y no a aquéllas. Tales anomalías tienen su sanción en las leyes procesales, como ocurre con la falta de notificación "en debida forma" del auto de enjuiciamiento (artículo 198, del Código de Procedimiento Penal), que establecen cuándo constituyen nulidades y cómo se sanean.

En consecuencia, el haberse notificado al defensor o defensores por estado la providencia confirmatoria del auto de proceder, aunque se admita que ha debido hacerse en forma personal, entraña a lo sumo el vicio de nulidad previsto por el numeral tercero del artículo 198 del Código de Procedimiento P., que "deparece (sic) si habiendo comparecido el reo en juicio, no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal", como ha ocurrido en el presente caso.

No prospera, pues el cargo.

B)—Auto sobre extinción de la acción penal.

Alega el demandante que para declarar extinguida la acción penal respecto del procesado Jaime Echeverry Villa o Evelio Ruiz Linares, cuya identificación no se estableció debidamente después del deceso, el Juez tenía que dictar la sentencia de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, previo concepto del señor Agente del Ministerio Público, y consultar luégo la providencia con el superior. Y como lo hizo mediante un simple auto interlocutorio y sin cumplir ninguno de estos dos requisitos, "aparece comprobado el vicio de nulidad por violación constitucional por no haberse aplicado las formalidades propias del juicio".

RESPONDE LA PROCURADURIA

Observa el señor Procurador que los documentos que dieron pié al Juez para decretar extinción de la acción penal respecto de Echeverry Villa constituyeron base suficiente para aplicar el artículo 100 del Código Penal, "aunque en su trámite no se hubieran observado todos los requisitos que separadamente se cumplen cuando se decreta en forma exclusiva en un proceso, la cesación de procedimiento, conforme a los mandatos del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal". Afirma en seguida que si tal decreto se dictó "con la fundamentación jurídica esencial, se cumplió a cabalidad lo prescrito en la citada disposición sustantiva", y que "la consulta viene a quedar surtida en la sentencia de segundo grado recurrida, que hizo explícita referencia a esta particular situación jurídica del fenecimiento de la acción penal para Echeverry, sin que tal actuación pueda originar nulidad alguna de las previstas en el Código de Procedimiento Penal y menos invalidez de carácter constitucional, como quiera que se dejaron los derechos de las partes inalterables y se observaron las fórmulas propias del juicio para todos los sindicados", y que si alguna informalidad se presentó, fue subsanada con el silencio que guardaron las partes sobre ella durante su ulterior actuación en el proceso.

CONSIDERA LA CORTE:

Sin entrar a discutir la legalidad del auto interlocutorio que declara extinguida la acción penal por muerte de un procesado sin previo concepto favorable del respectivo agente del Ministerio Público, ni las consecuencias que emanen de su falta de revisión por el superior, resulta claro que él no queda afectado de nulidad constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio, pues lo que prohibe el artículo 26 de la Carta es el **juzgamiento** de alguien en estas condiciones, y lo que ordena, en sustancia aquella providencia es que **no se juzgue** al reo que ha dejado de existir.

Por lo demás, la posible invalidez de dicho proveído en nada afecta los derechos y garantías consagrados por la Constitución y las leyes en favor de los demás procesados cuya responsabilidad se ventile en el mismo proceso, por lo que no puede ser invocada por ellos como causal de casación.

En virtud de lo dicho, debe desecharse también este cargo.

C)—**Reemplazo irregular de un defensor.**

Fundamenta esta impugnación el recurrente aseverando que al reo José Calixto Delgado se le desconoció su derecho a nombrar defensor, pues designó inicialmente al doctor Jaime Ucrós García, quien sin excusarse de servir el cargo, por cuanto el escrito que a ello se refiere carece de firma, fue reemplazado en forma arbitraria por el Juez, mediante la afirmación, contraria a la verdad, de que sus funciones se le habían señalado de oficio. Agrega que como el doctor Gustavo Salazar T., nombrado para sustituir a aquél, no firmó la diligencia de posesión respectiva, no podía renunciar, como lo hizo, y que, en consecuencia, el defensor continuó siéndolo el primero "ya que la agencia oficiosa no es institución procedente en el derecho penal".

De lo anterior deduce que "la sentencia recurrida es además violatoria de la Constitución Nacional (artículo 26) por haberse preterm[illegible] la formalidad propias (sic) del juicio en relación con el nombramiento de defensor del procesado Delgado, incidiéndose en consecuencia en las causales determinadas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal en todo lo relacionado con los defensores en el juicio. Esta nulidad de orden constitucional afecta el juicio y favorece a todos los procesados, ya que en manera alguna, puede dividirse la continencia de causa para definir esta grave y anómala situación del proceso, y por tanto puedo alegarla como mandatario del procesado Hernán Ramiro Poveda".

OPOSICION DE LA PROCURADURIA

Sostiene el señor Procurador que este cargo

"carece de consistencia y no podrá admitirse", porque lo evidente es que al encausado José Calixto Delgado "se le designó defensor de oficio al doctor Alvaro Sánchez Silva, y en cumplimiento del auto (de nombramiento) y después de notificarse debidamente a las partes y desde luego al procesado José Calixto Delgado, el referido defensor de este procesado se posesionó del cargo como consta a folio 97 del cuaderno 4 y siguió actuando legalmente en dicha calidad, sin que los obstáculos de los antecesores puedan afectar en lo más mínimo la completa validez de dicha actuación".

CONSIDERA LA SALA:

Las irregularidades consistentes en aceptar la excusa presentada en escrito sin firma por el defensor nombrado por un reo, y en designar oficiosamente a quien deba sustituirlo sin previa noticia al acusado para que él lo haga, no desconocen ni menoscaban en forma alguna el derecho que tiene aquél a escoger libremente la persona que deba representarlo en el juicio, si el auto que tal dispuso se le notificó personalmente y fue admitido por el interesado sin reparos, pues esto equivale ,por una parte, a aprobar lo hecho por el Juez, y no le limita, por otra, la facultad de que dispone para encomendar en cual-quier momento su defensa a quien tenga a bien. De allí no se genera, pues, ningún vicio que afecte el procedimiento, ni, en el supuesto de que lo hubiera, podría ser alegado en casación por un tercero cuyos intereses no sufrieron ni podían sufrir por ello el menor perjuicio.

El cargo debe ser, consiguientemente, rechazado.

D)—Falla de una cuestión de previo y especial pronunciamiento.

Sostiene el demandante que a partir del auto por medio del cual resolvió el Juez la solicitud de amnistía formulada por Emma Jael Giraldo de Perdomo, en el sentido de negarse a enviar las diligencias al Tribunal Superior Militar, "por no tratarse de un delito político", para que decidiera sobre la procedencia de la gracia, el juicio "está afectado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción (numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal)", pues "desde el momento mismo en que un procesado se acoge al beneficio de amnistía de que trata el Decreto-Ley 2.062 de 1954 SE LE SUSPENDE LA JURISDICCION AL JUEZ DEL CONOCIMIENTO hasta tanto el Tribunal Militar decida sobre la solicitud formulada al respecto", ya que según sus artículos 12 y 6º "es de jurisdicción privativa del Tribunal resolver sobre la procedencia de la amnistía para todos los procesados que fueron encausados e indagados en este proceso", y todo "porque dicho precepto obliga al Juez remitir (sic) el proceso al Tribunal Militar presentada la solicitud de amnistía", "ya que esa entidad jurisdiccional castrense es la única autoridad jurisdiccional con competencia privativa o jurisdicción para fallar al respecto".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Opónese el colaborador fiscal de la Sala a que prospere el cargo, porque "esa petición aislada dentro del proceso, así como la negativa para concederla, del funcionario del conocimiento, mal puede influir en lo más mínimo para que éste pierda la jurisdicción y competencia que le corresponde conforme a elementales preceptos del Procedimiento Penal contenidos en el Código sobre la materia (artículos 45 y 480). Por lo demás, existen recursos legales contra las providencias, siendo de notar que no se hizo uso de ninguno de ellos contra la decisión del funcionario. Por otra parte, el procedimiento penal regula la colisión de competencia y la manera de resolver situaciones especiales de tal índole que en el curso del proceso pueden proponerse, aspectos todos estos que no aparecen perfilados en modo alguno en el presente negocio. Por añadidura, es tan palmaria la absoluta desconexión de los delitos de homicidio (asesinato) y robo que se juzgan en este proceso, con cualquiera de índole política, que ni aun forzando la interpretación podría aceptarse que se convirtiera un delito común en otro de carácter político, exclusivamente por la petición que sobre el particular formulara alguno de los sindicados. Sería sencillamente desvirtuar el espíritu, alcance y tenor de las disposiciones sobre beneficios excepcionales". Explica en seguida la noción que sobre delitos políticos suministra el artículo 1º del Decreto 1.823 de 1954 y el procedimiento señalado por el Decreto 2.062 para hacer efectiva la gracia, de donde concluye que "la obligación de remitir el expediente al Tribunal Superior Militar tan pronto se formule la petición de amnistía ante el funcionario judicial competente....., es lógico que debe interpretarse en su sentido verdadero, conforme al espíritu de las disposiciones sobre la materia, vale significar, tratándose realmente de delitos políticos por una

parte, y, por la otra, de los principales sindicados; pues de otro modo sería entorpecer el procedimiento o el curso normal de una causa con la solo improcedente petición de alguno de los sindicados en un expediente por delitos comunes, juzgado por lo demás, con la plenitud de las fórmulas procesales señaladas en la ley. Podría ciertamente insistirse en que la parte interesada lograra el envío de las copias pertinentes, pero en modo alguno el del proceso original, con interrupción de las ritualidades perentorias de la causa, sin fundamento jurídico valedero para presumir la viabilidad del beneficio impetrado en forma tan extemporánea como acomodaticia".

Anota, por último, que la misma interesada no tuvo intención de interrumpir el proceso, como se desprende de sus palabras textuales, y de las circunstancias de no haber interpuesto recurso alguno contra la providencia impugnada ni dirigido una petición semejante al Tribunal Superior Militar.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Es indudable que la aplicación del Decreto 2.062 de 1954 puede dar lugar a soluciones inconvenientes, por cuanto dispone el envío indiscriminado de cualquier proceso al Tribunal Superior Militar para que resuelva sobre la procedencia de la amnistía, tan pronto como se haga por parte interesada la solicitud del caso. Por no haberse señalado siquiera una base objetiva mínima —existir, por ejemplo, un principio de prueba sobre el carácter político de la infracción pertinente—, como fundamento de dicha solicitud, el Juez está obligado a remitir, cuando ello le sea pedido por quien tiene derecho a hacerlo, aun los procesos en que se ventilen delitos absolutamente desconectados de la política, con grave perjuicio para la pronta administración de justicia y para los acusados que consideren inconducente invocar el beneficio. Pero estas son razones de **jure condendo**, que no pueden ser tenidas en cuenta por el intérprete de los textos claros de sus disposiciones.

Dice, en efecto, el artículo 1º del referido Decreto que "corresponde privativamente al Tribunal Superior Militar resolver las solicitudes de amnistía que se formulen con base en el Decreto 1.823 del año en curso", y el artículo sexto que "las autoridades civiles o militares que conozcan de los procesos a que se refiere el Decreto número 1.893 de 1954.....; los remitirán..... al Tribunal Superior Militar....., tan pronto como se los haga por parte interesada la respectiva solicitud", y que "cuando se presente una solicitud dentro de un proceso..... el Tribunal entrará a decidir la situación en que con respecto a la amnistía....., se encuentre la totalidad de los procesados que figuren en ese expediente".

Desprendese de lo anterior, con absoluta nitidez, que hecha al Juez la manifestación de que un procesado se acoge al beneficio de la amnistía, no puede aquél, por gratuito o absurdo que considere tal planteamiento, declararlo así y negarse a ordenar el trámite indicado, porque ello equivale a desatar una cuestión de previo y especial pronunciamiento cuya decisión "corresponde privativamente al Tribunal Superior Militar". No importa que la resolución del Juez sea en lo sustancial la jurídica, justa y hasta provechosa para todos, porque el delito imputado no tenga en realidad ni siquiera un asomo de índole política. Lo que interesa destacar es que carece de competencia para calificar los hechos, como tampoco la tiene la Corte para decir si dicha calificación estuvo, en el fondo, bien o mal hecha, aunque lo primero resulte evidente de las pruebas que obran en el informativo.

Expresado, pues la voluntad de un reo en el sentido de que desea acogerse al beneficio de la amnistía, al Juez del conocimiento se le suspende la jurisdicción, por ministerio de las citadas normas, en el correspondiente proceso, hasta que el Tribunal Militar Superior se lo devuelva después de haber decidido sobre la legalidad de dicho pedimento. Y si aquél, arrogándose atribuciones que le corresponden a éste, resuelve el asunto y se queda con el negocio, su actuación será nula a partir de este instante procesal, conforme a lo dispuesto por el artículo 198, 1º del Código de Procedimiento Penal. Aquí sucede lo propio que en las recusaciones: presentado un incidente de esta índole, por infundado y caprichoso que sea, al funcionario respectivo no le queda más alternativa que enviar el negocio a quien le corresponda resolver el asunto.

Contra esto no cabe argüir que el Juez no debe enviar la totalidad del proceso cuando la parte interesada le solicite, como en el caso de autos, que remita sólo copia de una providencia, porque la amnistía es una institución de orden público, y, de consiguiente, el procedimiento para otorgarla no puede estar sujeto a la voluntad de los particulares, sino a lo establecido por la ley. Por la misma razón, tampoco puede admitirse la tesis de que el silencio del interesado sobre la

determinación del Juez subsana la nulidad de lo actuado por él sin competencia.

Las mencionadas disposiciones del Decreto 2.062, que parecen inspiradas en una desconfianza, sin justificación aparente, de las autoridades militares en la rectitud o eficacia de los jueces ordinarios, no pueden ser entendidas de manera distinta, aunque, como lo reconoce la Sala, pueda abusarse de ellas.

Este cargo, entonces, debe prosperar. Y por ello no se entra al estudio de los restantes.

o u o

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal CASA la sentencia recurrida y declara nulo lo actuado en este proceso, a partir del auto de veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro (folio 106 vuelto del cuaderno número 4), para que se dé cumplimiento a lo establecido en el artículo 6º del Decreto 2.062 del mismo año.

Cópiese, notifíquese y publíquese, y vuelva el negocio al Juez Superior de Neiva por conducto del Tribunal respectivo.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis E. Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Oseris—Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

FALTA GRAVE DEL TRABAJADOR COMO CAUSAL DE TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO. — APRECIACION DE ESTA CIRCUNSTANCIA. — INDEMNIZACION POR SALARIOS CAIDOS

La conexidad entre el hecho "grave" y los perjuicios no puede erigirse en predicado universal. Lo que es "grave" no siempre produce perjuicios, y en cambio lo que es leve o insignificante a veces puede producirlos.

La gravedad —cuyo neto sentido etimológico es peso y que resulta de tan difícil mensura para el juzgador, suele ser, como en el caso del ordinal 8º del artículo 6º, el énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato etc., sin que ello necesariamente envuelva que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicios al patrono. Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que puedan usarse por una de ellas en su exclusiva conveniencia y como instrumentos lesivos de los intereses de la otra, y por ello ha ocurrido a la calificación de "graves", sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen al juzgador; a este respecto lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo y viceversa. En casos como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo y su "violación grave", expresada así por el ordinal 8º del artículo 62 ibídem, el juzgador califica, con plena libertad pero mediante el justiprecio de las circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., siete de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

El señor John Pineda Sosa, demandó por medio de apoderado a la sociedad denominada Bulldozer Limitada, domiciliada en Medellín, representada por su gerente el doctor Jorge Osorio Cadavid, para que ésta fuera condenada a reconocerle y pagarle al demandante las cantidades que se demostraren en juicio por los siguientes conceptos: 1º.—Salarios no pagados; 2º.—Indemnización por violación del contrato en su duración presuntiva; 3º.—Los gastos razonables de ida y regreso de Pitalito (Huila) a Medellín, porque para la prestación del servicio se hizo cambiar de residencia al demandante 4º.—La indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y 5º.—Las costas del juicio. Formuló dos peticiones subsidiarias así: pago de preaviso en caso de que no prospere la solicitud por plazo presuntivo; y, de otra parte, condenación de salarios por el tiempo que faltaba para terminar la obra, en caso de no prosperar la petición de pago por período presuntivo.

La relación de los hechos es así:

1º.— Que el doctor John Pineda S. fue nombrado ingeniero jefe de la carretera Mocoa-Pitalito que construye la firma Bulldozer Limitada y que su nombramiento consta en la carta de fecha 22 de septiembre de 1954, acompañada a la demanda.

2º.—Que en esa misma carta se le fijó al ingeniero Pineda un sueldo mensual de $ 2.500.00 moneda corriente, más una bonificación de $ 100. moneda corriente, por cada kilómetro de carretera terminado y recibido por el Gobierno Nacional.

3º.—Que la bonificación referida nunca se le

pagó al actor, no obstante que en la fecha de su destitución ya estaban terminados cinco kilómetros de carretera, lo cual indica que por tal concepto se le adeuda la suma de $ 500.00.

4º.—Que no obstante haberse pactado un sueldo de $ 2.500.00 mensuales, lo cierto es que al ingeniero Pineda sólo se le pagaron $ 2.000.00 correspondientes al mes de enero de 1955, por lo cual se le adeudan $ 500.00 por concepto de dicha mensualidad.

5º.—Que el 21 de enero de 1955 el ingeniero Pineda fue destituido de su cargo en forma injusta y sin previo aviso, cuando aún no se había vencido el primer período presuntivo de seis meses del contrato de trabajo que fue verbal y por tiempo indefinido, y cuando todavía no había terminado la obra.

6º.—Que al demandante se le hizo cambiar de residencia para la prestación del servicio, pues tuvo que trasladarse de Medellín a Pitalito y regresar luégo a aquella ciudad, sin que se le cubrieran por la empresa demandada los gastos de ida y regreso.

7º.—Que la empresa demandada consignó en el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín una suma "ridícula" para el pago de los salarios y prestaciones del demandante, y que por tanto está obligada a pagar salarios por mora desde el día del despido "hasta la fecha de consignación".

La demanda se basó jurídicamente en los siguientes textos: artículos 27, 57 en su ordinal 4º, 127 sobre salarios debidos; 45, 47, 49, 63 y 64 sobre presuntivo; artículo 57 en su ordinal 3º sobre gastos de viaje, y artículo 65 sobre indemnización moratoria, (Código Sustantivo del Trabajo) etc., normas sobre procedimiento.

La sociedad demandada respondió el libelo negando casi todos los hechos, y afirmando que el actor había sido destituído por mala conducta, consistente en el uso indebido de herramientas de la empresa y en haber utilizado, sin autorización, el "sello" de la misma.

A este respecto, la respuesta a la demanda reza: "El 16 de enero de 1955, el señor Pineda, hizo uso indebido de las volquetas de la carretera que Bulldozer Limitada construye en Pitalito Mocoa". Añade que salió con unos trabajadores que estaban bajo su dirección y a "quienes tenía el deber moral y reglamentario de darles ejemplo bueno y no malo, se embriagó totalmente y uno de esos trabajadores y él" provocaron escándalos en Pitalito, "hasta el punto de que hubo detenidos y sumariados, por daños a una niña de la localidad". Agrega que en Pitalito el señor Pineda hizo uso, en repetidas ocasiones, no sólo de las herramientas de trabajo, sino que, sin autorización de la empresa, y mediante la imposición del sello de la misma, "se comprometió y comprometió a la empresa Bulldozer Limitada endeudándose y endeudándola, fiando y pagando por otra persona que no ha pertenecido a la empresa".

En la misma contestación a la demanda se afirma que la empresa consignó judicialmente la suma que creía deberle al actor, y que éste había retirado dicho dinero. La sociedad se opuso a que se accediera a las peticiones del demandante y propuso las excepciones de petición de modo indebido e inexistencia de la obligación.

Conoció de la controversia el Juez Tercero del Trabajo de Medellín, quien desató la litis absolviendo a "Bulldozer Limitada" de todos los cargos de la demanda. La parte actora apeló de la decisión anterior, y elevados los autos ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, éste decidió el recurso confirmando íntegramente la providencia del a-quo. En ninguna de las instancias hubo condenación en costas.

Contra la sentencia del Tribunal, proferida el 18 de noviembre de 1955, el apoderado del demandante ha interpuesto el recurso de casación que, concedido, admitido y legalmente tramitado, es menester que la Corte, Sala de Casación Laboral, entre ahora a resolver mediante el estudio del correspondiente libelo.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Del texto de la demanda se deduce que por ella el recurrente pretende que se case totalmente la sentencia del ad-quem, se revoque la del a-quo y, hecho lo anterior, que la Corte, erigida en Tribunal de instancia, acceda a las peticiones del actor y ordene las condenas correspondientes a favor de éste y a cargo de la sociedad demandada.

Formula cinco cargos que serán estudiados por esta Sala, en su orden así:

PRIMERO. — Dice que el proveído acusado es violatorio de los artículos 45, 47, 60 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, "violación en que incurrió el sentenciador de modo indirecto, a consecuencia de error de hecho por no apreciación de algunas pruebas y errónea interpretación de otras".

Como pruebas no apreciadas enuncia las siguientes:

1º.— El certificado o constancia suscrito por el señor Bernardo Vahos (folio 4 del primer cuaderno), reconocido y ratificado por el mismo (fo-

lios 17 y 18) de cuyos términos claros y concretos se desprende que Vahos viajó el domingo 16 de enero de 1955 en compañía del ingeniero Pineda desde Pitalito hasta San Agustín, en una de las volquetas de la sociedad demandada, "viaje en el cual participó una distinguida familia de la localidad", sin que hubiera habido desórdenes ni escándalos de ninguna clase.

2º.— La certificación del señor Alfonso Velásquez cajero y almacenista de la obra, (folio 6, ibídem) quien hace constar que Julio Puentes, alimentador de los trabajadores de la misma, autorizó a Velásquez por escrito para que de su sueldo como ayudante de bulldozero y de las planillas de alimentación le hiciera las retenciones correspondientes a las cuentas contraídas por provisiones en los almacenes de José Vicente Arbeláez y Manuel Angel, pagos que efectivamente se comprobó que los había verificado el alimentador Puentes según acta de inspección ocular (folio 40 ibídem).

3º.—El certificado firmado por el señor Julio Puentes (folio 7 ibídem), según el cual todas las provisiones retiradas de los almacenes de Arbeláez y Angel destinaron a alimentar el personal de trabajadores de la sociedad demandada, y que todas las cuentas fueron canceladas por Puentes.

Argumenta que si el fallador hubiera tenido en cuenta como plena prueba las anotadas en los tres numerales precedentes, habría concluído que ni el uso de la volqueta para el paseo de Pitalito a San Agustín, ni el haber autorizado la entrega de provisiones a Puentes alimentador de los trabajadores de la demandada y asalariado de la misma, constituyen justas causas o motivos graves para dar por terminado el contrato de trabajo, y que, en consecuencia, el sentenciador le habría reconocido al actor la indemnización (lucro cesante) por violación del contrato presuntivo de trabajo, o en subsidio el preaviso correspondiente a un mes que era el periodo regulador de los pagos.

Según el recurrente las pruebas mal apreciadas son:

a)— La declaración del señor Bernardo Vahos (folios 17 y 18, cuaderno primero), según la cual el paseo, hecho en día domingo, careció de los desórdenes y escándalos que se le atribuyen.

b).— Las declaraciones de Enrique Arbeláez, Oliva Silva de Vélez y Virgilio Antonio Vélez, "a las cuales les dió el fallador de segunda instancia el valor de plenas pruebas, no obstante que los mismos testigos afirmaron que no estuvieron el domingo 16 de enero de 1955 en el paseo o viaje del doctor Pineda y que sólo por referencia se dieron cuenta de los escándalos y desórdenes", y que además no dan razón o constancia personal de sus dichos.

c).—El certificado del señor Alcalde Municipal de Pitalito (folio 3), de cuyo texto resulta que el doctor Pineda como Ingeniero-Jefe de la carretera Pitalito-Mocoa observó una conducta ejemplar "en todo sentido".

d).—La diligencia de inspección ocular practicada por el señor Juez Municipal de Pitalito, como comisionado, a los libros de la empresa demandada, en la cual, según los términos de la providencia recurrida, se estableció que el doctor Pineda autorizó al señor Vicente Arbeláez "para abrirle una cuenta al señor Julio Puentes, que tampoco estaba vinculado a ella, utilizando el sello de la empresa y firmando en su calidad de ingeniero jefe". Pero no tuvo en cuenta el sentenciador —comenta el recurrente— que en la misma diligencia se comprobó que Puentes había cancelado íntegramente los valores respectivos, y que Puentes era ayudante de bulldozero de la demandada, luego sí estaba vinculado a ella.

El apoderado del demandante argumenta que todas estas pruebas, de haber sido bien apreciadas por el juzgador, habrían sido demostrativas de que el paseo, realizado en día domingo, no ocasionó los escándalos o desórdenes que se aseveran; que el actor no obligó a la empresa como fiadora para las provisiones entregadas a Puentes, y que se ignora si el ingeniero Pineda se hubiera comprometido personalmente como fiador o hubiese obligado a la empresa demandada, o si en lugar de fianza lo que hubo fue una simple recomendación; que Puentes sí era trabajador de la empresa demandada (alimentador de sus trabajadores) y además canceló las cuentas. Dice que la debida apreciación de tales pruebas demuestra cómo no se cumple la ecusal establecida por el ordinal 8º del art. 62 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado con justa causa el contrato por parte de la empresa.

Se considera:

La Sala advierte, en primer término, que tanto la certificación como la declaración del señor Bernardo Vahos, conductor de la volqueta en que se efectuó el paseo a San Agustín el domingo 16 de enero de 1955, hacen relación a la buena conducta del demandante Pineda. Pero la última, que es la prueba demostrativa de que éste sí utilizó la volqueta en tal paseo, que era un objeto

distinto del trabajo contratado, es adecuadamente valorada por el juzgador de segundo grado, quien anota en su providencia: "La declaración del señor Bernardo Vahos, presentada al juicio por el demandante, demuestra que éste utilizó en un día domingo un vehículo de la empresa para efectuar un paseo de todo el día en unión de otras personas invitadas por él. Eso sólo indica a las claras, según el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, que el demandante violó el contrato de trabajo" (folio 35 vuelto). En otros términos, que la nuda apreciación de tal hecho, o sea de la disposición de elementos de trabajo para fines distintos al objeto del trabajo contratado, produjo en el sentenciador el concepto claro de que, en tal evento, ocurrió una causal justificativa del despido por parte de la empresa a la luz del artículo 30 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el ordinal 8º del artículo 62 ibídem, hecho abstracción de la buena o mala conducta personal del actor.

La Sala no halla reparo qué formular a este aspecto del proveído: dado el hecho probado, por testigo de especial fidedignidad como lo es en este caso el señor Vahos, de que hubo mutación sustancial de objeto en cuanto a los elementos suministrados por el patrono, los cuales elementos en este caso se emplearon en un fin distinto al de la ejecución del contrato, se establece una de las hipótesis prevenidas por la ley para que el patrono dé por terminado con justa causa el contrato, y en el caso sub-lite aparece plenamente legitimada la actitud de la empresa.

Ya se dijo cómo tal hecho, como generador del efecto legal analizado (terminación unilateral del contrato por parte del patrono), bien puede abstraerse de la conducta personal del trabajador. No son por consiguiente atendibles o pertinentes para tal fin las certificaciones que sobre la buena conducta del doctor Pineda expidieron el mismo señor Vahos y el Alcalde Municipal de Pitalito. Estos certificados —dice con notable exactitud el sentenciador— "expedidos por el Alcalde del lugar y por otras personas compañeras en el trabajo, no tienen mérito demostrativo porque no se refieren al caso concreto y en relación con el contrato de trabajo motivos del debate; tienen esos informes, como en lo común de las veces, un valor entendido, cuales el de acreditar la buena conducta general de las personas, sin poder entrar en detalle sobre actos privados o públicos del individuo, que no lo hacen desmerecer ante la sociedad".

Otra de las causas alegadas por Bulddozer Limitada para terminar el contrato con el ingeniero Pineda fue la asunción de funciones extracontractuales que éste perpetró al comprometer a aquélla, con el uso de su sello, en una cuenta de suministro de provisiones del almacén del señor José Vicente Arbeláez a un alimentador de la obra llamado Julio Puentes. Dice el apoderado del demandante que el juzgador ad-quem dejó de apreciar los documentos (a folios 6 y 7) en que el cajero-almacenista de la empresa Alfonso Velásquez y el mismo Puentes hacen constar, en su orden, que el último autorizó retenciones de su jornal como ayudante de buldozero y de sus planillas de alimentador, para cancelar las deudas contraídas para con Arbeláez por concepto de suministros. Pero de la realidad procesal se desprende que ni Pineda tenía autorización de la empresa para respaldar, a nombre de ésta y con su sello, tal compromiso, ni Puentes pagó la suma de $ 1.175.30, valor de provisiones, cantidad que fue cancelada por la empresa (inspección ocular folios 39 vuelto a 40 vuelto). Aún más: en el proceso (folio 41) se advierte que se ignora el paradero de Puentes, quien había autorizado retenciones para cancelar dicha deuda y que el Cajero Almacenista, o sea el mismo que había certificado sobre tales retenciones, aclara que "en ninguno de los papeles de la compañía aparece que el señor Julio Puentes, fuera alimentador por cuenta de la misma, sino que él alimentaba a diferentes personas por su cuenta particular, y por lo tanto Bulldozer Limitada nada tiene que ver con el nombrado señor Puentes y por lo tanto el señor Ingeniero Jefe de ese tiempo, doctor Pineda Sosa, no debió autorizarlo responsabilizando a la empresa" (folio 39 vuelto). Poco importa el hecho de que Puentes estuviera o no vinculado a la sociedad: lo que el sentenciador tuvo en cuenta fue la capacidad que asistía a Pineda para comprometerla en beneficio de un tercero, vinculado o no a ella; y como tal capacidad no ha sido demostrada, ello entraña —dice el ad-quem— "un abuso indebido de sus facultades, que como lo explica el Gerente no se extendían hasta ese punto" (folio 56). Finalmente, las declaraciones de Enrique Arbeláez, Virgilio Antonio Vélez y Oliva Silva de Vélez, que según el recurrente fueron mal apreciadas por el sentenciador, fueron analizadas por éste de la siguiente manera: "Entonces hay que estudiar las otras declaraciones que demuestran cómo el demandante ,en ese domingo de paseo, se embriagó en la volqueta, causando escándalos y poniéndose en riesgo de causar perjuicio a otros cuando, como

lo indica el testigo Enrique Arbeláez, atropelló sin consecuencias graves a un señor de apellido Ricci. Otros testimonios, como los de la señora Oliva Silva de Vélez y Virgilio Antonio Vélez, dan cuenta en forma general de la embriaguez del actor y del escándalo producido en el campamento. Es verdad que no dan mayores detalles de lo que afirman, pero lo cierto es que estuvieron allí como trabajadores en el pueblo de Pitalito, lo que es suficiente para aceptar los hechos relatados, si se tiene en cuenta también la espontaneidad con que declararon, sin llegar a afirmar todos los hechos preguntados, respecto de los cuales tienen la franqueza de decir que no todos los presenciaron..... El uso del vehículo en un día que no era de trabajo, sin autorización del patrono, para embriagarse y hacer un paseo, en concepto del Tribunal es una falta grave de indisciplina".

No es exacto, como lo afirma el recurrente, que las solas declaraciones de estos tres testigos hubieran constituído la plena prueba de la cual el sentenciador dedujo causa justa, por parte de la empresa, para la terminación del contrato. El uso indebido del vehículo está demostrado tanto por las tres declaraciones anteriores como por la de Vahos, conductor del mismo, y cuya manifestación testimonial es en términos generales favorable al actor; y el "abuso indebido de sus facultades" —según la calificación del ad-quem— se deduce de la inspección ocular, diligencia en que efectivamente, como se vio antes, se hallaron documentos en los cuales el ingeniero Pineda comprometió a la sociedad a que servía sin tener autorizaciones para ello.

No encuentra por tanto la Corte el error o errores en que hubiera incurrido el Tribunal por inapreciación o estimación indebida de las pruebas enunciadas y por ello no prospera el cargo.

SEGUNDO.— Acusa la sentencia por violación del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el ordinal octavo del artículo 62 del mismo, por interpretación errónea y aplicación indebida.

Argumenta el recurrente que la errónea interpretación aparece de bulto con sólo relacionar el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo con el ordinal octavo del artículo 62 ibidem, ya que esta última disposición admite como justa causa para la terminación del contrato de trabajo la violación de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 ibidem, pero siempre y cuando que tales violaciones revistan el carácter de "graves".

La misma norma sustantiva está indicando —agrega— que no es cualquier violación (de obligaciones y prohibiciones especiales que incumben al trabajador), sino aquéllas que tienen el carácter de graves. Dice que "grave", según la natural interpretación de las palabras, es todo lo que ocasiona "un perjuicio inminente e irreparable en el momento actual", o sea que no puede hablarse de perjuicios futuros como lo hace la sentencia. Concluye este razonamiento que donde no se ocasionen perjuicios presentes y efectivos, como en el caso sub-judice, es poco menos que absurdo referirse a faltas graves. Hace referencia a la segunda acepción que el Diccionario de la Real Academia trae de palabra grave, así: ".....2 Grande, de mucha entidad o importancia.....". La falta grave, agrega, es mortal y de trascendental importancia y se opone a aquéllo de carácter leve o insignificante. Todo lo anterior es complementado por el recurrente con alegaciones acerca de que ni el hecho de tomar un vehículo para realizar un paseo ni comprometer a la empresa en relación con un tercero hubo de implicar una falta grave puesto que no le produjo perjuicios a la sociedad, como lo reconoce el mismo falladar, cuando expresa que "no obstante que las infracciones analizadas no trajeron perjuicios demostrados, por sí mismas entrañan una violación grave del artículo 60 en su numeral primero, y de continuar en ellas era muy probable que la empresa pudiera efectivamente sufrirlos en lo futuro, de no poner correctivo inmediato.....".

Se considera:

La conexidad entre el hecho "grave" y los perjuicios no puede erigirse en predicado universal. Lo que es "grave" no siempre produce perjuicios, y en cambio lo que es leve o insignificante a veces puede producirlos. La gravedad —cuyo neto sentido etimológico es peso—y que resulta de tan difícil mensura para el juzgador, suele ser, como en el caso del ordinal octavo del artículo 62, el énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato etc., sin que ello necesariamente envuelva que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicios al patrono. Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que puedan usarse por una de ellas en su exclusiva

conveniencia y como instrumentos lesivos de los intereses de la otra, y por ello ha ocurrido a la calificación de "graves", sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen al juzgador; o este respecto lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo y viceversa. En casos como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo y su "violación grave", expresada así por el ordinal 9º del artículo 62 ibídem, el juzgador califica, con plena libertad pero mediante el justiprecio de la circunstancias concurrentes la gravedad de los hechos.

Involucrada como se halla una cuestión del hecho en el cargo estudiado y que el recurrente propuso como violación por vía directa, existe una falla de forma en la sustentación del mismo. Pero, haciendo caso omiso de su insuficiencia formal, la Corte manifiesta la concordancia de su criterio con el del ad-quem cuando califica de "grave" la utilización de un vehículo de la empresa por el trabajador demandante para objetos distintos a los del contrato, tanto más cuanto que tal desvío fue acompañado de beodez y escándalos con el consiguiente menoscabo de la disciplina y moralidad, y habida cuenta de que la persona del trabajador implicado en tales hechos es individuo de preeminente posición en el trabajo por razón de sus calidades profesionales y sociales y en consecuencia por las responsabilidades anejas a su rango. Ni encuentra que el ad-quem haya interpretado mal o aplicado indebidamente normas que, exigiendo la "gravedad" de hechos, hubieran versado sobre un conjunto de circunstancias de facto en que, a más de lo que se deja dicho y que fue establecido probatoriamente, señalan un abusivo ejercicio de facultades por parte del mismo trabajador.

En razón de las consideraciones anteriores, no prospera el cargo.

TERCERO.—Es presentado así: "Las violaciones indirectas en que incurrió el Honorable Tribunal de Medellín, según lo relatado en el primer cargo, trajeron como consecuencia la violación del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo en su regla octava, que obliga al patrono a pagar al trabajador los gastos razonables de ida y regreso, si para la prestación del servicio se le hizo cambiar de residencia".

No es procedente el cargo en la forma en que se enunció, como violación subordinada a las pretendidas violaciones indirectas del primer cargo, puesto que, como se vio ya, la Corte no encontró la configuración de los errores cometidos por el ad-quem, a que se refería el recurrente. Por tanto se rechaza este tercer cargo.

CUARTO.— Acusa la sentencia por infracción de los artículos 27, 57 en su ordinal cuarto y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 1.757 del Código Civil en relación con los artículos 593 y 595 del Código Judicial, por errónea interpretación y aplicación indebida.

Dice que las normas del Código Sustantivo del Trabajo referidas establecen la obligación patronal de remunerar todo trabajo personal y pagar el salario pactado en las condiciones, períodos y lugares convenidos, con la prohibición expresa de retener, deducir o compensar suma alguna de los salarios. Agrega que la norma sustantiva civil impone la carga de la prueba de las excepciones al que las alega o propone; el primero de los artículos del Código Judicial ordena que las sentencias deben ser acordes con las pruebas que la demanda y la defensa presenten y el último manda perentoriamente que los hechos negativos no se prueben.

Añade que el doctor John Pineda S. afirmó en la demanda la duración del vínculo contractual que lo ligó con "Bulldozer Limitada" y el monto del salario que se convino en pagarle, extremos que acreditó suficientemente durante el proceso y acerca de los cuales no hubo discusión alguna. Dice que al mismo tiempo la parte demandante aseveró un hecho negativo que indudablemente no podía demostrar: el no pago de $ 500.00 por salarios del último período mensual de labores. En este caso —dice— "Bulldozer Limitada" debió demostrar el pago de los $ 500.00 que por concepto de salarios se pidieron en la demanda, y como no lo hizo procede la aplicación de los textos legales enumerados en este cargo. Remata diciendo que el Tribunal invirtió la carga de la prueba al exigir al doctor Pineda la demostración de un hecho negativo.

Examen del cargo.—Se observa que el cargo es formalmente inepto. En una violación por vía directa -aunque expresamente no se diga que lo es— no puede involucrarse discusión sobre hechos. Mucho menos podría la Corte analizar errores **la procedencia**, cuando es sabido que la única causal para casación por este motivo es la esta-

blecida por el ordinal 2º del art. 87 del Código de P. Laboral. Empero, la Sala entra a considerar el fondo mismo del cargo. La realidad procesal le mostró al fallador que el actor no completó el último mes de servicios (pues sólo trabajó hasta el 21 de enero de 1955); y por tal razón no pudo acceder a la petición del demandante, ordenando que la demandada hiciera un pago al cual no se hallaba obligada. Esa fecha de terminación del contrato fue la misma que el actor estableció en el punto quinto de los hechos y fue la demostrada en juicio como momento temporal de la ruptura de la relación contractual. El sentenciador dijo en su proveído que del acta de la inspección ocular, de las declaraciones de algunos testigos y de algunos documentos del Ministerio de Obras Públicas se deduce que al demandante se "le cubrieron todos sus sueldos, con la explicación que en el último mes devengó apenas $ 2.000.00, al no haberlo trabajado completamente".

No encuentra la Sala que se hayan causado las violaciones acusadas, y por consiguiente, resulta de rigor declarar que el cargo no prospera.

QUINTO.—Acusa la sentencia por violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por error de hecho proveniente de equivocada apreciación de las siguientes pruebas:

a).—Certificado de folio 21, emanado del Juzgado Primero del Trabajo de Medellín, según el cual Julio Restrepo consignó en la cuenta de este Juzgado la cantidad de $ 800.00 moneda legal, según comprobante del Banco de la República número 26791 de 22 de febrero de 1955.

b).—Carta de despido del demandante doctor Pineda, fechada el 21 de enero de 1955, (folio 13), y según la cual el contrato de trabajo terminó con el actor el mismo día de su despido.

c).—La inspección ocular practicada a las oficinas de la empresa (folio 25) en la cual se estableció que el contrato de trabajo del doctor Pineda y "Bulldozer Limitada", se inició el 7 de octubre de 1954 y se terminó el 21 de enero de 1955, con un sueldo mensual de $ 2.500.00.

El impugnador sustenta el cargo diciendo que la primera de las pruebas anotadas indica que la parte demandada —o por lo menos un señor Restrepo— consignó judicialmente $ 800.00 moneda legal a favor de John Pineda, pero se ignora si por salarios, préstamos, prestaciones o indemnizaciones. Por lo cual, agrega, dicha consignación, si es que se acepta como válida, debió hacerse según los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a la terminación del contrato de trabajo, y el no haber obrado así acarrea para la parte demandada la obligación de pagar los salarios caídos por el lapso comprendido entre el 21 de enero de 1955 y el día de la consignación judicial, o sea 31 días. Manifiesta que las otras dos pruebas dejadas de apreciar o equivocadamente apreciadas demuestran plenamente cuál fue la fecha de la terminación del contrato y el salario que devengaba el actor.

Expresa el recurrente que la disposición cuya violación indirecta se afirma, ordena que el patrono deberá pagar al trabajador a la terminación del contrato de trabajo todos sus salarios y prestaciones debidas, y que si no procede así será sancionado con el pago de una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

La misma regla —añade— faculta al patrono para depositar ante uno de los Jueces del Trabajo o la primera autoridad política del lugar la suma que considere deber mientras la justicia decide la controversia. Conforme a esta norma —comenta—, el depósito no puede hacerse en forma arbitraria cuando al patrono quiera, sino que para su validez necesita que se efectúe a la terminación del vínculo laboral por cualquier causa o motivo. Termina diciendo que la violación consistió, en síntesis, en que no obstante haberse demostrado que el 22 de febrero de 1955 la empresa demandada consignó judicialmente lo que creía deber, y que entre la fecha mencionada y el día en que terminó el contrato de trabajo transcurrieron 31 días, el sentenciador absolvió a "Bulldozer Limitada" de los salarios caídos aduciendo la razón de la consignación verificada, hecha extemporáneamente y a su arbitrio por el patrono.

Se examina el cargo:

Dijo el sentenciador: "La entidad demandada consignó ante el Juez Laboral lo que consideró deberle al trabajador, y éste retiró la suma de $ 800.00 como valor de sus prestaciones, según lo acepta en posiciones a folios 20, con la consecuencia de que hubo solución de la deuda por cesantía, que era lo único a que tenía derecho, en forma de consultar la proporcionalidad legal, de acuerdo con las bases de tiempo y salario demostrado, sin lugar a la sanción por mora".

El recurrente destaca, al margen de la realidad procesal, que la consignación hecha por la empresa ocurrió 31 días después de la terminación del contrato, cuando el mandato legal exige que el pago de prestaciones y salarios debe ser hecho por el patrono en el momento de dicha termina-

ción. Arguye —sin aludir al evento de desacuerdo— que el ordinal segundo del artículo 65 faculta al patrono para realizar el depósito de lo creído deber mientras la justicia decide la controversia.

Las pruebas citadas por el recurrente son, en efecto, demostrativas de un ostensible error de hecho por parte del sentenciador, puesto que son igualmente señaladoras de una injustificada mora por parte del patrono en la satisfacción de las prestaciones al demandante, como también de una dilación irrazonable para efectuar la consignación de la suma que aquél creía deber. No surge de los autos, además, que el ad-quem hubiera podido valorar otros datos que sirvieran de respaldo a la absolución de plano por indemnización moratoria, puesto que el restante elenco de pruebas pertinente a la materia debatida no indica que se hubiera presentado un desacuerdo entre trabajador y patrono relativo a la obligación o a su monto, ni que a la empresa la hubieran asistido razones de duda justificada sobre estos extremos. Antes por el contrario: se colige de la realidad procesal una pertinaz abstención o por lo menos una manifiesta desidia del patrono, no justificada ni razonable, en satisfacer al actor, de manera inmediata como lo ordena la ley, sus prestaciones. Porque no había motivo de reticencias, ya que las razones aducidas por la empresa para la terminación unilateral del contrato sólo daban base jurídica para terminarlo, mas no para negar o dilatar injustificadamente el pago de dichas prestaciones, y no se ve que el patrono hubiera obrado de buena fe al incurrir en tal mora, ni la Sala halla que, en materia tan sencilla, el término de dilación para consignar lo creído deber hubiera sido razonable.

Para la infirmación del fallo por este aspecto la Corte tiene en cuenta que la fecha en que la empresa dio por terminado el contrato —y que se tiene como tal en el expediente— fue el 21 de enero de 1955. Está igualmente demostrado que la consignación sólo se produjo el 22 de febrero de ese mismo año, o sea que sin justificación alguna la empresa demandada retuvo las prestaciones del trabajador durante un término de 31 días, que servirá de base para la condena por salarios caídos, a razón de $ 83.33 por cada día, que es lo que corresponde a una remuneración de $ 2.500.00 mensuales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, el 18 de noviembre de 1955, y, reformando la sentencia del a-quo, condena a la sociedad "Bulldozer Limitada" a pagar al señor Ingeniero John Pineda Sosa la indemnización moratoria correspondiente a 31 días a razón de ochenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 83.33) moneda corriente por cada día. No la casa en lo demás.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A. — Jorge Vélez García.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ALCANCE DE LAS LIQUIDACIONES PARCIALES DE CESANTIA EFECTUADAS BAJO LA VIGENCIA DE LAS LEYES 48 DE 1942, 6ª DE 1945 Y ARTICULO 256 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. — DETERMINACION DEL SALARIO PROMEDIO

1.—La Ley 48 de 1942 dispuso:

"Artículo 1º.— Las empresas particulares que a bien lo tengan, procediendo al efecto de acuerdo con sus servidores, cuya voluntad manifestada expresamente será necesaria para perfeccionar el acto, podrán efectuar liquidaciones parciales y definitivas de las cesantías que a éstos correspondan, y para fines que a ellos interesen".

El texto anterior ha sido uniformemente interpretado por el Tribunal Supremo del Trabajo y por la Corte como determinante de exhaustividad en las liquidaciones de cesantía efectuadas durante su vigencia y en acuerdo con los elementos de su mandato. Ha entendido la jurisprudencia que los términos de "acuerdo con sus servidores" y la frase incidental explicativa" "cuya voluntad manifestada expresamente será necesaria para perfeccionar el acto", fueron propuestos por el legislador con el fin de impedir que las empresas y patronos pudieran hacer uso unilateral de una ley que indudablemente los beneficiaba particularmente a ellos, sin la aquiescencia del trabajador, y, aún más, sin la manifestación expresa de su voluntad para perfeccionar el acto. La jurisprudencia entiende así mismo que "el acto" era la liquidación misma de la cesantía, mas no los efectos de ésta, que por mandato de la ley se tenían por exhaustivos y de completo poder liberatorio. Empero, hubo casos en los cuales, bajo la vigencia de dicha ley, los patronos y trabajadores convinieron expresamente en que la liquidación fuera parcial y no exhaustiva, y la jurisdicción hubo de mantener tal alcance respetando la voluntad expresa de las partes y salvaguardiando los intereses del trabajador que de esta manera resultaban mejor protegidos, sin que se cometiera injusticia para con el patrón por haber éste convenido en el limitado alcance de los efectos del acto.

A un caso de esta índole se refiere precisamente la jurisprudencia que invoca el impugnador (juicio de la Compañía de Tejidos de Occidente en liquidación vs. Samuel Uribe Restrepo), en que la empresa por conducto de su junta directiva había facultado a la gerencia para "hacer estas liquidaciones y pagos parciales o totales, bien como cancelación definitiva o como anticipo a buena cuenta.....", y en que el trabajador hubo de acogerse expresamente al último término de opción alternativa. A este respecto dijo el Tribunal: "Ya se vio que la voluntad del trabajador fue la de que se le imputara como simple anticipo y que la Junta autorizó al Gerente para que hiciera pagos totales de la liquidado y les diera carácter de anticipos a buena cuenta" (Sentencia del 13 de diciembre de 1955). A la luz de esta doctrina se planteaban dos eventos: la liquidación de cesantía durante la vigencia de la Ley 48 de 1942, de acuerdo con el trabajador y con la necesaria manifestación de su voluntad para perfeccionar a aquélla, producía exhaustividad; pero ante la opción de una liquidación parcial o exhaustiva, era menester que se estableciera expresamente el voluntario consentimiento del trabajador respecto de uno de estos extremos. Por ello el Tribunal Supremo dijo, para el caso opcional como es el que se viene analizando, que no era cierto que la cesantía liquidada el 30 de junio de 1944 a favor del trabajador hubiera sido convenida de acuerdo con lo preceptuado por la Ley 48 de 1942, "ya que para tales efectos (en el caso de opción se entiende), era necesaria la manifestación expresa del trabajador en el sentido de que tal liquidación produjera los efectos de la mencionada Ley, y en el caso de autos aparece que tal manifestación no tuvo lugar, pues la autorización de la Junta....

se extendía también a los anticipos de buena cuenta, cosa completamente diferente de la materia regulada por la ley citada" (íbidem, subraya la Sala).

De lo anterior se desprende que la recta exégesis jurisprudencial sostiene que, por regla general, todas las liquidaciones de cesantía efectuadas en ejercicio del mandato consagrado por la Ley 65 de 1962 fueron de carácter exhaustivo y liberatorio, y sólo por excepción fueron parciales cuando patrono y trabajador le dieron expresamente tal alcance. En el primer caso se requería el consentimiento del trabajador para la liquidación y su voluntad expresa para perfeccionarla; en el segundo se requería que patrono y trabajador dejaran establecido expresamente, mediante la voluntad y consentimiento recíprocos, que la liquidación era parcial, "cosa completamente diferente de la materia regulada por la ley citada" como lo fijo el Tribunal.

2.—Durante la vigencia de la Ley 6ª de 1945 (inciso 3º del parágrafo 3º del artículo 13), se autorizaban liquidaciones de cesantías de carácter parcial para adquirir casa de habitación o liberar a éste de gravámenes.

Esta fracción legal fue reglamentada, en su orden, por el Decreto 3.624 de 1948 y por el 530 de 1949. El primero de estos reglamentos mantuvo el carácter parcial y no definitivo de las liquidaciones, mas el último, extralimitando la ley reglamentada, consignó en su artículo 6º que las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía para los fines atrás indicados, tendrían el carácter de exhaustivas y no estarían sujetas a posterior revisión, salvo en caso de error. Habida cuenta de la manifiesta ilegalidad de este texto, el Honorable Consejo de Estado, procediendo en juicio en que se incoaba acción de simple anulación, hubo de pronunciarse en el sentido de declarar nulo dicho artículo sexto, por ser en este punto el reglamento extralimitativo de la ley reglamentada, según sentencia del 7 de octubre de 1953 (Anales del Consejo de Estado, Tomo LIX, números 372 a 376, página 201 y 202).

Ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones en torno al alcance de tal anulación, en el sentido de acceder a la revisión de liquidaciones semejantes (Jesús María Navarro contra "Torres y Torres Limitada". Septiembre 23 de 1956, y Manuel Hernández contra "Empresa Colombiana de Curtidos S. A.", noviembre 17 de 1955, etc.). Ha razonado, en síntesis, para acceder a tales revisiones, diciendo que "el contenido ilegal de este acto reglamentario que llevó al Consejo de Estado a declarar su nulidad..... impide a la Sala el reconocimiento de la exhaustividad de tales liquidaciones, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887". (Casación de noviembre 17 de 1955).

3.—Anotado como se halla el hecho de que las liquidaciones tuvieron por objeto la compra de vivienda y ejecución de reformas en la misma, con la autorización de funcionario competente, resulta de rigor colegir que ninguna de ellas ostenta la exhaustividad que se le atribuyó, en contra de la interpretación uniforme que la jurisprudencia le ha dado al artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo en el sentido de entender como simplemente parciales las liquidaciones autorizadas por este texto, para los fines preindicados.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá D. E., julio once de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Por intermedio de apoderado, el señor Alfredo Ortega V. demandó a la sociedad denominada "Cine Colombia S. A.", domiciliada en Medellín, representada por su gerente el señor Jorge Isaza A., para que mediante los trámites de un juicio laboral ordinario la sociedad demandada fuera obligada a reconocer y pagar al demandante las sumas que resultaren por los siguientes conceptos: a) Auxilio de cesantía (el reajuste correspondiente, o sea la diferencia entre lo debido según la ley y lo efectivamente pagado); b) Vacaciones compensadas en dinero; c) Primas semestrales; d) Indemnización por violación unilateral, injusta e intempestiva del contrato presuntivo de trabajo, es decir los salarios faltantes hasta completar el período semestral corriente al momento del despido injusto; e) Indemnización por mora injustificada en el pago de las

prestaciones sociales, o sea los salarios caídos desde el día del despido hasta la fecha en que se haga el pago efectivo al demandante; y, f) Las costas del juicio e intereses legales.

El apoderado del demandante relacionó los hechos así:

"1º.—Cine Colombia S. A. es una sociedad con domicilio en Medellín, que se dedica a la explotación del negocio de cine y de teatros, y que es y ha sido propietaria del Teatro Variedades de Santa Marta, negocio que tiene en explotación.

"2º.—Mi poderdante Alfredo Ortega V. trabajó al servicio de Cine Colombia S. A., vinculado bajo contrato de trabajo, un tiempo continuo de veintiséis años aproximadamente, comprendido desde el día 1º de agosto de 1928 hasta el día 14 de marzo de 1954. Mi poderdante trabajó todo ese tiempo en forma continua.

"3º.—Mi poderdante fue despedido, sin justa causa, el día 14 de marzo de 1954, habiéndose por tanto violado su contrato presuntivo de trabajo que lo unía a la entidad demandada.

"4º. Mi poderdante desempeñó durante los tres últimos años de su trabajo, el cargo de Administrador del Teatro Variedades, en esta ciudad de Santa Marta, y su conducta fue intachable e inmejorable la eficiencia de sus servicios y el rendimiento de su trabajo.

"5º.—Mi poderdante devengó durante el tiempo en que desempeñó su último cargo, un sueldo mensual aproximado de $ 460.30 moneda legal.

"6º.—Mi poderdante recibió en varias ocasiones liquidación parcial de su auxilio de cesantía o anticipos de cesantía; por dichos conceptos de anticipos de cesantía y cesantías parciales, mi poderdante recibió en total, en diversas ocasiones, la suma de tres mil novecientos setenta y cuatro pesos cincuenta y cuatro centavos ($ 3.974.54) moneda legal.

"7º.—Como se ha visto, mi poderdante no recibió más cesantía que la suma antes citada de $ 3.974.54, según las liquidaciones que le hizo la entidad demandada; con dicha suma pretendió la empresa demandada cancelar totalmente el auxilio de cesantía de mi mandante, durante todo su tiempo de servicio.

"8º.—Mi poderdante, después de su despido, ha reclamado sin haber podido obtener ningún éxito, se (sic) derecho al reajuste de su auxilio de cesantía, a lo que la empresa sistemáticamente se ha venido negando.

"9º.—A mi poderdante no se le pagaron sus dos últimos años de vacaciones, ni las prestaciones sociales que aquí se van a relacionar.

"10.—La empresa demandada tiene un capital superior a $ 200.000.00".

Como fundamentos de derecho invocó la Ley 10 de 1934, el Decreto 2.350 de 1944, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2.127 de 1945, la Ley 65 de 1946, el Decreto 200 de 1947, el Decreto 530 de 1947, el Decreto 3.424 de 1946, el Decreto 797 de 1949, el Decreto 3.158 de 1948, y los artículos 22 a 66, 186 a 198, 249 a 288 y 306 a 308 del C. Sustantivo del Trabajo.

"Cine Colombia S. A." respondió la demanda por conducto de apoderado. Dijo ser ciertos los hechos referentes a los puntos primero y segundo. Negó el hecho tercero y dijo que el gerente de la empresa había sido explícito en indicarle al actor las causas de la terminación del contrato, en carta distinguida con el número 89 y fechada el 14 de marzo de 1954; respecto del cuarto y quinto, dijo atenerse a lo que demostrare el demandante; dijo ser cierto el sexto punto; manifestó que el séptimo era desarrollo del anterior; negó el octavo afirmando que Ortega, con posterioridad a la terminación de su contrato y liquidación, dirigió en los días 5 y 16 de octubre del mismo año dos comunicaciones a la compañía solicitando algunos datos pero en manera alguna presentando reclamación; también negó el noveno afirmando que el 14 de marzo de 1954 no sólo se le habían liquidado las vacaciones por un período de dos años, sino por el lapso comprendido entre noviembre de 1950 y noviembre de 1953, y expresó que el hecho 10º resultaba improcedente.

El apoderado de la demandada formuló una serie de observaciones jurídicas en torno a la validez y exhaustividad de las liquidaciones de cesantía realizadas por la empresa a Ortega, y finalmente propuso las excepciones de pago y carencia de derecho del actor para las peticiones intentadas, a las cuales se opuso.

Correspondióle conocer del asunto al Juzgado único del Trabajo de Santa Marta, el cual dirimió la litis por sentencia del 16 de septiembre de 1955, en la que no se accedió a las solicitudes de la demanda y se absolvió de todos los cargos de éste a la sociedad demandada.

Apelada la providencia anterior por el apoderado del demandante, conoció del recurso el Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, el cual confirmó íntegramente la sentencia recurrida, en la audiencia de juzgamiento celebrado el 7 de diciembre de 1955. En ninguna de las instancias se produjo condenación en costas.

El recurso de casación.

La parte demandante interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta que antes se ha señalado; y admitido como ha sido dicho recurso y tramitado en la forma de rigor, corresponde ahora a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia realizar el estudio de la correspondiente demanda y proceder a hacer los pronunciamientos en derecho a que hubiere lugar.

Alcance de la impugnación.

El presente recurso —dice el apoderado del actor— tiene por objeto pedir que se case la sentencia acusada, procediendo luégo a reformarla en el sentido de que las liquidaciones de cesantía que se han hecho al señor Alfredo Ortega V. se tengan como parciales y en ningún momento exhaustivas— y que la liquidación se efectúe por el tiempo total trabajado, de cuyo valor deberá ordenarse la deducción de lo que el demandante recibió como anticipo.

Presenta tres cargos, de los cuales se estudiarán el segundo y el tercero, por ser este último subsidiario del primero. Y estos dos cargos se examinarán conjuntamente, por ser complementarios, ya que el segundo está encaminado a demostrar que —en contra de la decisión del ad-quem— sí existen en el proceso pruebas conducentes a establecer el salario del actor; y el tercero—establecido ese salario— busca la revisión de las liquidaciones de cesantía efectuadas durante el contrato.-

Segundo y Tercero.

Afirma el recurrente —en el segundo cargo— que la sentencia acusada violó indirectamente, por falta de apreciación de algunas pruebas y por apreciación errónea de otras, los artículos 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Respalda el cargo expresando que esas violaciones son consecuencia de la comisión, por el Tribunal sentenciador, de errores evidentes de hecho, consistentes en haber admitido contra la evidencia de los hechos que no existía ningún documento que diera claridad sobre el sueldo devengado por el actor, y que al sentar el ad-quem esta premisa lógicamente se dejaron de aplicar las otras normas legales, como consecuencia inmediata. El sentenciador, continúa diciendo el apoderado del demandante, al confirmar el fallo de primer grado admite lo que éste sostuvo de que "no hay base pues para hacer una liquidación". Como pruebas dejadas de apreciar cita los documentos, aportados por la demandada, que aparecen a folios 72 y 75, ya que en dichos recibos se establece que Ortega recibió primas hasta diciembre de 1953. Explica cómo a la luz del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y dado el hecho de que las dos bonificaciones semestrales producen un total de $ 673.10 moneda legal, equivalente al salario de un mes de acuerdo con la doctrina del artículo precitado, debería haber sido esta suma la que se tomara como base para las liquidaciones correspondientes, por lo cual carece de fundamento —y es contraria a la evidencia de los hechos— la deducción del sentenciador consistente en que el expediente no arrojaba datos sobre el salario, elemento indispensable para la revisión solicitada.

Examen:

La Sala considera que es fundado el cargo del recurrente, pues se advierte que, al margen de las pruebas que cita como indebidamente apreciadas o dejadas de apreciar por el ad-quem, —y que son los recibos por primas de servicios correspondientes a los años de 1952 y 1953 —podía haber deducido el sentenciador con exactitud absoluta el salario o su promedio para proceder a la revisión demandada. En efecto: en los folios 72 a 75 del expediente obran cuatro recibos por primas semestrales, debidamente aducidos, de los cuales se concluye que los salarios del actor fluctuaron así:

Prima del primer semestre de 1952.....$	236.67
Prima del segundo semestre de 1952....	277.52
Prima del primer semestre de 1953.....	268.02
Prima del segundo semestre de 1953.....	305.02
Salario promedio del primer semestre de 1952	477.34
Salario del segundo semestre de 1952...	555.04
Salario del primer semestre de 1953....	736.04
Salario del segundo semestre de 1953....	810.04

Al entrar a casar la sentencia impugnada, y siendo necesario que la Corte vaya en tal propósito al fondo mismo del asunto, halla igualmente que el último salario promedio pagado al actor durante los últimos dos meses y catorce días, deducible de lo que se le pagó al mismo por cesantía correspondiente a dicho lapso, fue de $ 678.75.

Dado un salario variable, como el del caso sub-

judice, con modificaciones de alzas y bajas a partir del 1º de enero de 1951 cuando entró a regir el Código Sustantivo del Trabajo, el salario promedio del último año le habría servido al sentenciador de base cierta para liquidar la cesantía del trienio que va desde el 14 de marzo de 1954 —fecha de la terminación del contrato— retrospectivamente hasta el 14 de marzo de 1951, según el mandato del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo. Y para la liquidación del tiempo total anterior a la última fecha, habría podido deducir el salario del monto de la cesantía liquidada por el año de 1951. La Sala encuentra que los salarios promedios básicos de tales liquidaciones pudieron haber sido deducidos con base en las pruebas que obran en el expediente, en una cuantía superior a la cifra promedio de $ 460.30 mensuales que es la cantidad afirmada por el actor en la demanda. No cabe aquí modificar esta cantidad, puesto que en este momento del proceso no existe oportunidad legal para una decisión **ultra-petita**, por lo cual la Corte habrá de tomar como salario base promedio el de la demanda ($ 460.30), para las operaciones a que hubiere lugar en la estimación de las prestaciones del trabajador.

En virtud de lo dicho antes, la Corte encuentra evidenciado el error de hecho en que incurrió el sentenciador por la inapreciación o apreciación indebida de las pruebas enunciadas por el recurrente y, por tanto, declara la prosperidad del cargo y asume el carácter de Tribunal de instancia para fijar en la mencionada cantidad de $ 460.30 mensuales el salario promedio devengado por el actor.

El tercer cargo está formulado en subsidio del primero y reza así: "La sentencia acusada viola, indirectamente, por aplicación indebida, el artículo primero de la Ley 48 de 1942, y consecuencialmente infringe también de manera indirecta, por falta de aplicación, el parágrafo tercero del artículo 13 de la Ley sexta de 1945, en relación con el artículo 1º de la Ley 65 de 1946 y su parágrafo y los artículos 21, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, como resultado de un error evidente de hecho, consistente en haberles dado el carácter de liquidaciones parciales y definitivas del auxilio de cesantía a unas liquidaciones que sólo tuvieron el carácter de anticipos a buena cuenta de tal auxilio", error que tuvo origen en la "equivocada y fragmentaria" apreciación de los medios probatorios en que se basa la sentencia.

Desarrolla el cargo diciendo que tanto el Juzgado en su sentencia, como el Tribunal en la confirmación de ésta, aceptaron como base para negar el reajuste del auxilio de cesantía la existencia de unos recibos que establecen que las liquidaciones fueron exhaustivas y definitivas, y que la empresa, por ello, está a paz y salvo con el actor.

Enuncia y critica las pruebas mal apreciadas por el ad-quem así:

a).—El recibo que obra a folio 66 es de fecha de septiembre de 1948. En su texto Ortega manifiesta que en el mes de abril de 1944, con su aceptación voluntaria, la empresa le liquidó y pagó el auxilio de cesantía desde el 1º de agosto de 1923 hasta el 31 de diciembre de 1943. Dice el apoderado del actor que éste no expresó que dicha liquidación tuviera el carácter de exhaustiva y definitiva en concordancia con la Ley 40 de 1942. Porque —explica— esta ley exige perentoriamente que a efecto de que la liquidación se tenga como "parcial y definitiva", se requiere la manifestación expresa del trabajador en este sentido. "Ortega apenas manifiesta en el recibo... que se le hizo una liquidación hasta el año de 1943. Pero no dice que tuviera el carácter que señala la Ley 48 de 1942, ni que él la hubiera recibido con tal ánimo". Agrega que tal lapso sería el único que podría alegar Cine Colombia como definitivamente liquidado, de conformidad con la disposición citada, pero no es así, porque no se llenaron los requisitos exigidos por la ley, ya que en el recibo preindicado no existe la expresa manifestación de voluntad del trabajador de que esa liquidación fuera "parcial y definitiva". A este respecto transcribe un fragmento jurisprudencial del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en el cual se dice: "Por otra parte, tampoco es cierto que la liquidación de cesantía efectuada el 30 de junio de 1944 a favor del demandado hubiera sido convenida de acuerdo con lo preceptuado por la Ley 48 de 1942, ya que para tales efectos era necesaria la manifestación expresa del trabajador en el sentido de que tal liquidación produjera los efectos de la mencionada ley....." (Sentencia de 13 de diciembre de 1955, en el juicio seguido por la Compañía de Tejidos de Occidente, en liquidación, contra Samuel Uribe Restrepo).

b)— Los recibos que aparecen a folios 68 y 69, del mismo tenor del anterior, que dicen en lo pertinente:

"SEGUNDO: En cuanto a cesantía ésta me fue liquidada con mi aceptación voluntaria primera-

mente por los servicios prestados hasta diciembre 31 de 1943, época en que se me pagó el valor total que me correspondió, y posteriormente por el lapso laborado del 1º de enero de 1944 al 31 de agosto de 1948 por setecientos setenta pesos ($ 770.00) de los cuales se me pagó la cantidad de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), quedando acumulada la suma de quinientos veinte pesos ($ 520.00) para agregarla a posteriores liquidaciones. TERCERO: La Inspección Seccional del Trabajo de Santa Marta, por medio de la Resolución número 22 de 12 del presente mes autorizó a la Empresa a que presto servicios para liquidarme y pagarme anticipadamente la cesantía que me corresponde hasta por la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), con el fin de invertir este valor en la compra de una casa de habitación ubicada en Santa Marta, inmueble cuya propiedad se me transferirá por la señora Berta de Sandoval con la que he celebrado un contrato de promesa de compraventa. CUARTO: De acuerdo con la autorización que se dejó mencionada, y en cumplimiento de las disposiciones legales que reglamentan la materia, Cine Colombia S. A. accedió a liquidarme anticipadamente la cesantía que me corresponde por los servicios prestados del 1º de septiembre de 1948 al 31 de diciembre de 1951 por valor de mil setecientos cincuenta y ocho pesos con treinta y tres centavos ($ 1.758.33) suma que al agregarle la de quinientos veinte pesos ($ 520.00) que se dejó acumulada de una liquidación anterior da un total por el concepto anotado de dos mil doscientos setenta y ocho pesos con treinta y tres centavos ($ 2.278.33). QUINTO: De la suma anotada en el numeral anterior con mi aceptación voluntaria se ha pagado en esta fecha, ante el Notario en el momento de otorgarse la escritura para perfeccionar el contrato de compraventa, a mi vendedora la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00). SEXTO: La diferencia entre lo que me corresponde por cesantía hasta el 31 de diciembre de 1951 y lo que se ha pagado en esta fecha para cubrir el valor de la casa de habitación que he adquirido, o sea la cantidad de doscientos setenta y ocho pesos con treinta y tres centavos ($ 278.33) la deja acumulada la empresa para agregarla a posteriores liquidaciones que de la mencionada prestación me haga".

El recibo que obra a folio 70 y que dice ..."SEGUNDO: En la última liquidación que se me hizo de la cesantía, la Compañía sólo me quedó debiendo la cantidad de doscientos setenta y ocho pesos con treinta y tres centavos ($ 278.33) para acumularla a posteriores liquidaciones de (sic) la mencionada prestaciones (sic) me haga. TERCERO: La Inspección Seccional del Trabajo de Santa Marta, por Resolución número 22 de 27 de enero de 1954 autorizó a la Empresa a que presto servicios para pagarme anticipadamente la cesantía a que tengo derecho hasta el 31 de diciembre último, con el fin de invertir ese valor en reparaciones de urgencia que debo introducir en mi casa de habitación. CUARTO: Obrando de conformidad con la autorización mencionada, y en cumplimiento de las disposiciones legales que reglamentan la materia, Cine Colombia S. A. me ha liquidado la cesantía correspondiente al tiempo laborado del 1º de enero de 1952 al 31 de diciembre de 1953 por valor de mil quinientos ochenta y ocho pesos con setenta y nueve centavos ($ 1.588.79) cantidad que en la fecha me ha pagado y que tengo recibida a entera satisfacción..... SEXTO: En la Equidación que se me hizo en la fecha se incluyó la cantidad de doscientos setenta y ocho pesos con treinta y tres centavos ($ 278.33) que había dejado acumulada anteriormente....."

Con referencia a las pruebas transcritas, el apoderado del demandante arguye que en cuanto a la liquidación a que se refiere el aparte a), demostró suficientemente que para que fuera exhaustiva, según lo preceptuado por la Ley 48 de 1942, se requería que el trabajador manifestara expresamente su voluntad de que la liquidación tuviera ese alcance, manifestación que no aparece en el texto del recibo del folio 68. Y en cuanto a las liquidaciones sucesivas a que se refiere el aparte b), que tenían que estar ceñidas a lo dispuesto por la ley vigente en ese momento "que era la 6ª de 1945", que no autorizaba, sino para ciertos casos, liquidaciones parciales y no exhaustivas ni definitivas. En todo lo cual se apoya para insistir en que se case la sentencia de acuerdo con las pretensiones del recurso, y que la Sala proceda a efectuar la revisión correspondiente con base en un sueldo de $ 673.10 que es el promedio de lo ganado por Ortega, según se desprende de los recibos de folios 72 a 75 allegados por la demandada.

Se considera:

Dos situaciones deben ser estudiadas aisladamente por la Sala en la cuestión propuesta: 1ª La relativa al carácter de liquidación exhaustiva o apenas parcial que ostente la efectuada en 1944, durante la vigencia de la Ley 48 de 1942, correspondiente al lapso del 1º de agosto de 1938 al 31 de diciembre de 1943. Y 2ª La relacionada con

la naturaleza, igualmente exhaustiva o parcial, que tengan las liquidaciones subsiguientes. Es necesario anticipar que la última liquidación de cesantía hecha al actor correspondió al período de 1º de enero de 1954 al 14 de marzo del mismo año (cuando terminó el contrato), y alcanzó a la suma de $ 135.75.

Se van a estudiar esas situaciones en su orden:

I

La Ley 48 de 1942 dispuso:

"Artículo 1º.— Las empresas particulares que a bien lo tengan, procediendo al efecto de acuerdo con sus servidores, cuya voluntad manifestada expresamente será necesaria para perfeccionar el acto, podrán efectuar liquidaciones parciales y definitivas de las cesantías que a éstos correspondan, y para fines que a ellos interesen".

El texto anterior ha sido uniformemente interpretado por el Tribunal Supremo del Trabajo y por la Corte como determinante de exhaustividad en las liquidaciones de cesantía efectuadas durante su vigencia y en acuerdo con los elementos de su mandato. Ha entendido la jurisprudencia que los términos de "acuerdo con sus servidores" y la frase incidental explicativa "cuya voluntad manifestada expresamente será necesaria para perfeccionar el acto", fueron propuestos por el legislador con el fin de impedir que las empresas y patronos pudieron hacer uso unilateral de una ley que indudablemente les beneficiaba particularmente a ellos, sin la aquiescencia del trabajador, y, aún más, sin la manifestación expresa de su voluntad para perfeccionar el acto. La jurisprudencia entiende así mismo que "el acto" era la liquidación misma de la cesantía, mas no los efectos de ésta, que por mandato de la ley se tenían por exhaustivos y de completo poder liberatorio. Empero, hubo casos en los cuales, bajo la vigencia de dicha ley, los patronos y trabajadores convinieron expresamente en que la liquidación fuera parcial y no exhaustiva, y la jurisdicción hubo de mantener tal alcance respetando la voluntad expresa de las partes y salvaguardiando los intereses del trabajador que de esta manera resultaban mejor protegidos, sin que se cometiera injusticia para con el patrón por haber éste convenido en el limitado alcance de los efectos del acto.

A un caso de esta índole se refiere precisamente la jurisprudencia que invoca el impugnador (juicio de la Compañía de Tejidos de Occidente en liquidación vs. Samuel Uribe Restrepo), en que la empresa por conducto de su junta directiva había facultado a la gerencia para "hacer estas liquidaciones y pagos parciales o totales, bien como cancelación definitiva o como anticipo a buena cuenta.....", y en que el trabajador hubo de acogerse expresamente al último término de opción alternativa. A este respecto dijo el Tribunal: "Ya se vio que la voluntad del trabajador fue la de que se le imputara como simple anticipo y que la Junta autorizó al Gerente para que hiciera pagos totales de lo liquidado y los diera carácter de anticipos a buena cuenta" (sentencia del 13 de diciembre de 1955). A la luz de esta doctrina se planteaban dos eventos: la liquidación de cesantía durante la vigencia de la Ley 48 de 1942, de acuerdo con el trabajador y con la necesaria manifestación de su voluntad para perfeccionar a aquélla, producía exhaustividad; pero ante la opción de una liquidación parcial o ehaustiva, era menester que se estableciera expresamente el voluntario consentimiento del trabajador respecto de uno de estos extremos. Por ello el Tribunal Supremo dijo, para el caso opcional como es el que se viene analizando, que no era cierto que la cesantía liquidada el 30 de junio de 1944 a favor del trabajador hubiera sido convenida de acuerdo con lo preceptuado por la Ley 48 de 1942, "ya que para tales efectos (en el caso de opción se entiende), era necesaria la manifestación expresa del trabajador en el sentido de que tal liquidación produjera los efectos de la mencionada ley, y en el caso de autos aparece que tal manifestación no tuvo lugar, pues la autorización de la Junta... se extendía también a los anticipos de buena cuenta, **cosa completamente diferente de la materia regulada por la ley citada**" (ibídem, subraya la Sala).

De lo anterior se desprende que la recta exégesis jurisprudencial sostiene que, por regla general, todas las liquidaciones de cesantía efectuadas en ejercicio del mandato consagrado por la Ley 48 de 1942 fueron de carácter exhaustivo y liberatorio, y sólo por excepción fueron parciales cuando patrono y trabajador le dieron expresamente tal alcance. En el primer caso se requería el consentimiento del trabajador para la liquidación y su voluntad expresa para perfeccionarla; en el segundo se requería que patrono y trabajador dejaran establecido expresamente, mediante la voluntad y consentimiento recíprocos, que la liquidación era parcial, "cosa completamente diferente de la materia regulada por la ley citada" como lo dijo el Tribunal.

En el asunto sub-lite, y en referencia a la liquidación efectuada durante la vigencia de la Ley 48 de 1942, obra en el recibo de folio 66 la siguiente declaración del trabajador: "....3º.— En cuanto a cesantía declaro que en el mes de abril de 1944 y con mi aceptación voluntaria, la Empresa me liquidó y pagó esa prestación hasta el 31 de diciembre de 1943". (Subraya la Sala). Es decir, que existe la constancia de que el trabajador aceptó voluntariamente la liquidación de cesantía hecha por la entidad patronal y correspondiente al período comprendido desde el 1º de agosto de 1928 hasta el 31 de diciembre de 1943. Como no se estableció concretamente que patrono y trabajador hubieran acordado de manera expresa que tal liquidación fuera solamente parcial y no exhaustiva, y como fue celebrada durante la vigencia de la antedicha Ley 48 de 1942 con el consentimiento y expresa manifestación voluntaria del actor para el perfeccionamiento del acto de liquidación, es necesario tenerla como liberatoria y exhaustiva en razón de las consideraciones que se hacen atrás. No se le hizo al señor Ortega una liquidación opcional (parcial o exhaustiva), ni se aclaró cuál era el verdadero efecto de la misma, con lo cual obra de plano la ley bajo cuyos auspicios se efectuó, por haber sido realizada conforme a su mandato; y ya se vio como dicha ley establece la exhaustividad. En razón de lo anterior, se mantiene como definitiva y exhaustiva la liquidación indicada, y se rechazan los reparos formulados en este aspecto por el recurrente contra la providencia recurrida.

II

Las pruebas enunciadas por el apoderado del demandante como mal apreciadas por el ad-quem indican que, a más de la liquidación analizada en el punto anterior, hubo una serie de liquidaciones del auxilio de cesantía, entre el primero de enero de 1944 y el 14 de marzo de 1954, efectuadas de la siguiente manera:

1º.—De 1º de enero de 1944 a 31 de agosto de 1948, por valor de $ 770.00, de los cuales le entregó la empresa al trabajador $ 250.00 y le quedó a deber la suma de $ 520.00;

2º.—De 1º de septiembre de 1948 a 31 de diciembre de 1951, por valor de $ 1.758.33 + $ 520, de la liquidación precedente = $ 2.278.33, de los cuales la empresa pagó al trabajador $ 2.000.00 y le quedó debiendo la cantidad de $ 278.33;

3º.—De 1º de enero de 1952 a 31 de diciembre de 1953 por $ 1.586.70 (incluidos los $ 278.33 que le adeudaba de la liquidación anterior);

4º.—De 1º de enero de 1954 a 14 de marzo de 1954 (fecha de la terminación del contrato), por $ 135.75.

En los mismos documentos consta que las liquidaciones 1ª, 2ª y 3ª fueron debidamente autorizadas por la Inspección Seccional del Trabajo de Santa Marta para compra de vivienda y la ejecución de mejoras en la misma, y la 4ª se efectuó con motivo de la terminación del contrato de trabajo.

No cabe duda de que, respecto de estas liquidaciones, es procedente la revisión que ha venido solicitando el actor a través del juicio y en la cual se insiste en el presente recurso, como va a verse.

La liquidación 1ª (correspondiente al período enero 1º de 1944 a 31 de agosto de 1948) fue efectuada durante la vigencia de la Ley 6ª de 1945 (inciso 3º del parágrafo 3º del artículo 13), en que se autorizaban liquidaciones de carácter parcial rácter parcial para adquirir casa de habitación o liberarla ésta de gravámenes. Esta fracción legal fue reglamentada, en su orden, por el Decreto 3.424 de 1946 y por el 530 de 1947. El primero de éstos reglamentos mantuvo el carácter parcial y no definitivo de las liquidaciones, más el último, extralimitando la ley reglamentada, consignó en su artículo 6º que las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía para los fines atrás indicados, tendrían el carácter de exhaustivas y no estarían sujetas a posterior revisión, salvo en caso de error. Habida cuenta de la manifiesta ilegalidad de este texto, el Honorable Consejo de Estado, procediendo en juicio en que se incoaba acción de simple anulación, hubo de pronunciarse en el sentido de declarar nulo dicho artículo 6º, por ser en este punto el reglamento extralimitativo de la ley reglamentada, según sentencia del 7 de octubre de 1953 (Anales del Consejo de Estado, tomo LIX, números 372 a 376, página 201 y 202).

Ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones en torno al alcance de tal anulación, en el sentido de acceder a la revisión de liquidaciones semejantes a la del sub-judice (Jesús María Navarro contra "Torres y Torres Limitada". Septiembre 23 de 1954, y Manuel Hernández contra "Empresa Colombiana de Curtidos S. A.", noviembre 17 de 1955, etc.). Ha razonado, en síntesis, para acceder a tales revisiones, diciendo que "el contenido ilegal de este acto reglamentario que llevó al Consejo de Estado

a declarar su nulidad.... impide a la Sala el reconocimiento de la exhaustividad de tales liquidaciones, en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 153 de 1887". (Casación de noviembre 17 de 1955).

La Corte acoge la tesis anterior; y, en tal virtud, considera la prosperidad del cargo en cuanto la providencia impugnada dio alcance exhaustivo a la liquidación que se estudia, con evidente violación indirecta del artículo 13 (inciso 3º del parágrafo 3º) de la Ley 6ª de 1945, y de los artículos 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, y, más adelante habrá de hacer, como Tribunal de instancia, la revisión consiguiente.

Las liquidaciones 2ª, 3ª y 4ª (la última realizada al terminarse el contrato), se efectuaron dentro de la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo. Anotado como se halla el hecho de que las liquidaciones primera, segunda y tercera tuvieron por objeto la compra de vivienda y ejecución de reformas en la misma, con la autorización de funcionario competente, resulta de rigor colegir que ninguna de ellas ostenta la exhaustividad que le atribuyó el ad-quem, en contra de la interpretación uniforme que la jurisprudencia le ha dado al artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo en el sentido de entender como simplemente parciales las liquidaciones autorizadas por este texto, para los fines preindicados. Advertidas por tanto las violaciones en que, por vía indirecta, hubo de incurrir el sentenciador (en este caso con referencia a los artículos 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo), la Sala, como Tribunal de instancia, procede a realizar las operaciones necesarias para la revisión que corresponde a la prosperidad parcial de este cargo, así:

Son revisables las cesantías efectuadas entre el 1º de enero de 1944 y el 14 de marzo de 1954, o sea durante un lapso de 10 años, 2 meses y 14 días, con base en el salario promedio de $ 460.30.

La cesantía correspondiente a dicho lapso de 10 años, 2 meses y 14 días con un sueldo de $ 460.30 (10.20555 X 460,30) da un total de $ 4.697.61. A esta cantidad se le resta la suma de $ 3.974.54 que Ortega recibió por anticipos o liquidaciones parciales por el mismo período, luego queda un saldo a su favor de $ 723.07.

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 proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta el 7 de diciembre de 1955, materia del presente recurso, y, convertida en Tribunal de instancia, reformando la del a-quo, condena a la sociedad Cine Colombia S. A. a pagar al señor Alfredo Ortega V. la cantidad de setecientos veintitrés pesos con siete centavos ($ 723.07) moneda legal. No la casa en lo demás.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario

CUANTIA DE LA DEMANDA PARA LOS EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION

La circunstancia de haber sido fijada la cuantía en la demanda, sin objeción del demandado, no conviene en definitiva e inatacable tal estimación, cuando pueda haber duda al respecto, en cuyo caso, existiendo en el juicio elementos que permitan calcularla, lo indicado es atenerse al resultado que de ellos se obtenga, aun cuando éste se halle en contradicción con la valoración hecha por el demandante, a fin, si el fallo se ha pronunciado ultra o extrapetita, conforme a la facultad que a los jueces otorga el artículo 90 del C. P. T., tener como punto de referencia, para efecto de los recursos posteriores, la respectiva decisión judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., julio catorce de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

El apoderado sustituto de "Aceros Paz del Río S. A.", interpuso recurso de hecho para que se le conceda el de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la audiencia pública celebrada el 15 de octubre del año próximo pasado, en el juicio instaurado por Oscar Alfredo Orejuela contra la sociedad recurrente.

El Tribunal sentenciador estimó que no era procedente el recurso de casación porque "la cuantía fijada en el libelo es inferior a $ 4.000.00, mínimo que exige la ley para que el recurso se pueda considerar".

Contra tal providencia, el mismo apoderado solicitó reposición, con base en que la "cuantía sí excede la mínima prevista por la ley", para los efectos de este recurso extraordinario, como podría establecerse mediante la intervención de un perito.

El fallador ad-quem no accedió a la reposición, con estas razones: "No es el caso de nombrar perito por cuanto según el artículo 92 del C. P. T. sólo hay lugar a tal designación cuando exista para el Tribunal verdadero motivo de duda sobre la cuantía del juicio y en el caso sub-judice para la Corporación es evidente que la cuantía del libelo es inferior al límite mínimo exigido por la ley". Y más adelante, dice: "Tampoco puede sostenerse que el presente negocio responda a lo previsto por el artículo 43 del C. P. T., por cuanto la demanda que dio origen al caso de autos sí es susceptible de fijación de la cuantía".

Al sustentar el recurso de hecho, el apoderado de la parte demandada reproduce las argumentaciones que expuso ante el Tribunal y solicita que se fije la cuantía pericialmente.

Por su parte, el representante del trabajador se opone a la concesión del recurso, por improcedente, y pide que sea condenado en costes el recurrente de hecho.

Para resolver se considera:

El demandante estimó la cuantía de su acción "en más de dos mil pesos ($ 2.000.00) y menos de tres mil pesos ($ 3.000.00".

La petición principal está formulada así en la demanda: "a) Que la empresa demandada sea condenada a reconocerle y pagarle a mi representado los salarios correspondientes a todo el tiempo que dure la labor de oficinista de tercera, para que éste fue contratado en las obras que la sociedad ejecuta en Belencito, a razón de $ 10.00 (salario convenido), por cada día, y desde el 11 de septiembre de 1954, fecha de su despido ilegal". Es decir, que la súplica persigue la indemnización de lucro cesante, determinable por la duración de la obra en que prestaba sus servicios Orejuela Ochoa.

El Juzgado Primero del Circuito Judicial del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, al desatar la controversia condenó a la demandada en la cantidad de $ 3.218.42, por concepto de la referida indemnización, dando por demostrado que "las labores de oficinista de tercera en la obra de Palomino y Mora, de acuerdo con el dictamen pericial que puede verse a folios 39 a 41 duraron hasta el diez de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco". Tuvo en cuenta un salario de $ 17.98, superior al afirmado en la demanda, para producir su condena.

La Sociedad demandada apeló de la sentencia de primer grado para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

entidad que, surtidos los trámites propios de la instancia, aumentó la condena del a-quo, fijándola en la suma de $ 3.613.98, con lo cual hizo más gravosa la situación al único apelante.

Evidentemente, la circunstancia de haber sido fijada la cuantía en la demanda, sin objeción del demandado, no convierte en definitiva e intocable tal estimación, cuando puede haber duda al respecto, en cuyo caso, existiendo en el juicio elementos que permitan calcularla, lo indicado es atenerse al resultado que de ellos se obtenga, aun cuando éste se halle en contradicción con la valoración hecha por el demandante, o bien, si el fallo se ha pronunciado ultra o extrapetita, conforme a la facultad que a los Jueces otorga el artículo 50 del C. P. T., tener como punto de referencia, para efecto de los recursos posteriores, la respectiva decisión judicial.

En el asunto que se estudia, la demanda era susceptible de estimación, según lo anota el Tribunal, y como la duda que pudo suscitar la forma en que la petición se presentó, dejó de constituír un factor operante una vez que el fallo de primera instancia rebasó los límites de aquélla en atención a las pruebas allegadas a los autos, deberá acogerse como cuantía del juicio la de la condena hecha en el fallo ultra petita, que no alcanza a la requerida por el artículo noveno del Decreto Extraordinario 1.762 de 1956, para que proceda el recurso de casación, ni siquiera con la modificación que introdujo el fallador de segunda instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— considera BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por el apoderado de "Acerías Paz del Río S. A." contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 1957, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Comuníquese lo resuelto a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que conste en autos.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Luis Alberto Bravo—Ignacio Reyes Posada, Conjuez.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASO EN QUE EL PATRONO TIENE LA DOBLE CALIDAD DE CONTRATISTA INDEPENDIENTE E INTERMEDIARIO. — TESTIMONIO DE QUIEN ES EMPLEADO DEL DEMANDADO. — EL JUEZ LABORAL NO ESTA SUJETO A LA TARIFA LEGAL DE PRUEBAS DEL CODIGO JUDICIAL. —ERROR DE HECHO

1.—Consistiendo el error de hecho en dar por demostrado un hecho sin existir prueba al efecto, o viceversa, el no darlo por demostrado cuando sí lo está, sólo procede un casación, cuando es ostensible la equivocación en que incurre el fallador, esto es, cuando la estimación que se hace de los elementos probatorios resulta contraria a la realidad de los hechos; a lo cual debe agregarse que, aun en circunstancias de hecho discutidas los Tribunales seccionales quedan en libertad de decidirse, en ese tal, por el extremo que, a su juicio, consideren mejor demostrado, como lo tiene resuelto la jurisprudencia de la Corte.

2.—Los textos legales acusados son normas relativas a la tarifa legal del Código Judicial, y es sabido que el juzgador laboral no está sometido a dicha tarifa. De suerte que, si se tratan de disposiciones sustantivas, no sería procedente acusar la sentencia por su violación como quiera que el juzgador ni las tuvo en cuenta ni las aplicó, por no hallarse sujeto a su mandato (artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., quince de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

José Olmos, por medio de apoderado, demandó a la Colombian Petroleum Company —representada al efecto por el doctor Rafael Espinosa— y al señor Anselmo Amaya, solidariamente, para que, mediante los trámites del juicio ordinario de trabajo, los demandados fueran condenados a pagarle las sumas que resultien demostradas dentro del proceso, por concepto de cesantía, vacaciones, primas de servicios, dominicales, indemnización por rompimiento unilateral del contrato de trabajo correspondiente al tiempo faltante para cumplirse el último plazo presuntivo del mismo, indemnización por mora en el pago de las prestaciones, y, por las costas del juicio.

Como hechos en que fundamentó su acción, relató los siguientes: Que fue contratado por Anselmo Amaya para trabajar en Tibú, como aserrador de madera, el 5 de diciembre de 1953 y prestó sus servicios ininterrumpidamente hasta el 24 de octubre de 1955, fecha en que le fue terminado unilateral e intempesivamente su contrato de trabajo; que trabajaba por tarea o a destajo y recibía en promedio un jornal diario de $ 12.50; que en el pago por los trabajos realizados no se incluía el salario correspondiente a los domingos; que a pesar de sus reclamos hechos en Tibú, no le fueron pagadas sus prestaciones ni por Amaya ni por la Colombian; que Anselmo Amaya era, o es, contratista de la Colombian Petroleum Company, para el suministro exclusivo de maderas aserradas; que en el desempeño de sus labores hacía uso de los servicios que la Colombian le dá a todos sus trabajadores, tales como alimentación, dormitorio, transporte, clínica, etc.; que entre Amaya y sus trabajadores, en este caso Olmos, existía un contrato verbal de trabajo; que Amaya siempre se ha negado al pago de las prestaciones de sus trabajadores; y, finalmente, que la empresa ha pagado a nombre de su contratista Amaya prestaciones sociales a los ex-trabajadores de éste.

Como normas de derecho, citó los artículos 22, 23, 24, 37, 47, 55, 64, 65, 172, 173, 174, 186, 189, 240 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

De los demandados, sólo la Colombian Petroleum Company afrontó el juicio, y, por medio de apoderado contestó la demanda, negando los hechos 1º, 2º y 3º. En relación con el cuarto, manifestó que Olmos jamás fue trabajador de la Compañía demandada, por lo cual no hay razón alguna para que ésta le pague prestaciones patronales. Al hecho quinto, dijo que Anselmo Amaya es una persona que celebra con la Colombian el contrato de compraventa de madera aserrada. Respecto al hecho sexto, manifestó que debe pro-

barse, y agregó, que si la Colombian suministró esos servicios a Olmos fueron por cuenta de Amaya, éste los pagó y los descontó a Olmos del precio de la madera que le compraba. En cuanto al séptimo lo negó y manifestó lo siguiente: "Amaya y el demandante a su turno efectuaban compraventas de madera aserrada por Olmos y otros señores respecto de los cuales Olmos era patrono, y con una maquinaria de aserrío de propiedad de Olmos, en las semanas y días que a Olmos y a los demás aserradores les provocaba. Ahora quiere llegar al punto de cobrar para sí prestaciones de otros trabajadores, a quienes él precisamente sería el obligado, ya que realmente fue patrono para ellos. Al hecho octavo, dijo no constarle. Dijo al noveno, que el pago de esas prestaciones lo hizo la Compañía por cuenta y orden de Amaya, con dinero que a éste debía y que el demandante recibió en la Inspección de Trabajo de Tibú, el 2 de diciembre de 1955, la cantidad de $ 1.053.54, según consta del correspondiente recibo, que transcribe y que adjunta a su contestación. Se opuso a que se hicieran las condenas solicitadas en la demanda por considerar temeraria la acción y alegó la prescripción de la acción o acciones, en lo referente al tiempo anterior al 27 de febrero de 1953.

Tramitada la controversia, el Juez del Trabajo de Cúcuta, que fue el del conocimiento, la decidió en sentencia de fecha 17 de octubre de 1956, declarando no probada la tacha del testigo José Joaquín Carrillo y negando la acumulación solicitada por el apoderado de la Colombian Petroleum Company, referente al juicio promovido contra los mismos demandados por el señor Moisés Jiménez Bonilla; negó la declaratoria de prescripción de la acción y la de nulidad del poder conferido al doctor Lucio Galvis, apoderado del demandante. Profirió las siguientes condenas a favor del demandante y a cargo de la Colombian Petroleum Company, así: "a) La suma de $ 707.29 por concepto de cesantía; b) La suma de $ 681,21 por concepto de primas de servicios; c) La suma de $ 187.50 valor de un año de vacaciones causadas y no disfrutadas; d) La suma de $ 512.50 valor del contrato presuntivo; e) La suma de $ 1.175.00 por razón de domingos no pagados durante el tiempo de servicio; condenó en costas a la misma empresa. Absolvió a la Colombian Petroleum Company en lo referente a la sanción por mora en el pago de los salarios y prestaciones. En el punto sexto, dijo: "Se absuelve a Anselmo Amaya de todos los cargos que le fueron formulados en el libelo de demanda".

Del fallo de primera instancia sólo apeló el apoderado de la Colombian Petroleum Company, ante el Tribunal Unitario Seccional del Trabajo de Cúcuta, entidad que, por sentencia de fecha 24 de noviembre de 1956, confirmó en todas sus partes la providencia recurrida y condenó en costas a la citada empresa.

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron recurso de casación el apoderado del demandante y el de la Colombian Petroleum Company. El Tribunal concedió el interpuesto por el apoderado de la empresa demandada y lo negó a la parte demandante; el apoderado de ésta se conformó con esa decisión. Admitido y tramitado en legal forma, esta Sala procede a decidirlo, mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito de oposición.

EL RECURSO

Acusa la sentencia con base en el ordinal primero del artículo 87 del C. P. L. y pretende que por la Corte se case aquélla, se revoque la de primera instancia y en su lugar, se absuelva a la Colombian Petroleum Company de los cargos de la demanda pues que: "la Compañía ha sostenido y sostiene que Olmos no ejercitaba sus actividades en virtud o por razón de un contrato de trabajo, y que Amaya era un contratista independiente de la Compañía, en actividades o labores extrañas a las actividades normales u ordinarias de la Compañía".

El recurrente formula sus cargos en siete capítulos; los presenta en forma desordenada y antitécnica, sin ajustarse debidamente a los requisitos que señala el artículo 90 del C. P. T. De ahí, que esta Sala para considerar el escrito de impugnación, procediendo a ello con criterio de amplitud se vea precisada a reagruparlos en cuatro órdenes o grupos de pretendidas violaciones, a efectos de poder coordinar en forma lógica el estudio de los mismos. Se estudiarán conjuntamente, en el primer grupo, los cargos contenidos en los capítulos I, II y III; en el segundo, los cargos que contempla el capítulo IV; en el tercero, los que se indican en el capítulo V; y, en el cuarto, se estudiarán, conjuntamente, los contemplados en los capítulos VI y VII.

Primer orden de cargos.—La impugnación contenida en los llamados capítulos I, II y III, puede concretarse así:

"Error de hecho, que aparece de manifiesto de los autos, proveniente de la apreciación errónea

de las pruebas que singulariza y que indujo al sentenciador a la violación:

a) Del artículo 471 del Código Judicial "que no aplicó siendo aplicable";

b) Del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo "que no aplicó y a la luz del cual (su primera parte) ha debido decidir el asunto" y del artículo 35 ibídem que aplicó no siendo aplicable;

c) De los artículos 22 y 23 ibídem, que aplicó sin ser aplicables;

d) De los artículos 47, 64, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 del mismo Código, que no eran aplicables en este juicio "a una relación jurídica distinta de la que se invocó por el demandante"; y, porque la Colombian Petroleum Company no tiene las obligaciones correlativas a los derechos decretados por el Tribunal; y, no tenía el carácter de contratante que el sentenciador le asigna, para proferir las condenas a su cargo.

Al efecto, en el capítulo I, sustenta el cargo, así: que la demanda con que se inició este juicio solicitó una condena solidaria contra la Colombian Petroleum Company y Anselmo Amaya, por haber existido, según el demandante, contrato de trabajo entre éste y Amaya y ser la Compañía beneficiaria del trabajo y dueña de la obra o base industrial (hechos 1º, 5º, 7º y 8º de la demanda). Que el demandante consideró a Amaya como un contratista independiente y por ello no planteó debate sobre existencia o inexistencia de contrato de trabajo entre él y la Compañía. Que a ésta no se la demandó como contratante sino como beneficiaria del trabajo a través de un contratista independiente, y, sin embargo, el Tribunal condenó a la Compañía como parte contratante, como patrono del actor. Que de esta manera, se salió el Tribunal de la relación jurídico procesal de las partes, condenando a la Compañía en una calidad distinta de aquélla en que había sido citada al juicio y que había sido materia de debate. Deduce que el Tribunal incurrió en error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, en la apreciación de la demanda y de su contestación, que plantearon una relación jurídico procesal muy distinta de la que la sentencia declaró, error que condujo al fallador a violar el artículo 471 del Código Judicial, que no aplicó siendo aplicable, y según el cual las sentencias deben ser dictadas en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes; a violar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, que no aplicó (en su primera parte); el artículo 35 ibídem que aplicó sin ser aplicable y los artículos 47, 64, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 del mismo Código, que no eran aplicables.

En el capítulo II, se refiere al manifiesto error de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de los documentos con los cuales encuentra acreditados el contrato de trabajo y el carácter de intermediario de Amaya, que señala, así: a) Recibos suscritos por Olmos por concepto de dineros recibidos de Amaya correspondientes al valor de maderas entregadas (folios 8 a 11 del cuaderno principal); b) Acta de conciliación de 22 de octubre de 1955, celebrada ante el Inspector del Trabajo de Tibú, en donde Amaya explica las características de su negocio con la Compañía y con los productores de la madera (folio 99 del mismo cuaderno); c) Acta de la inspección ocular practicada en Tibú, el 24 de julio de 1956, que obra al folio 74 del citado cuaderno. Manifiesta que "leyendo desprevenidamente esos documentos, se llega a la conclusión de que ellos demuestran precisamente lo contrario de lo que dice el Tribunal, máxime si a ello se agrega el recibo que en copia figura al folio 7 del mismo cuaderno". Agrega que es curiosa, por decir lo menos, la transcripción que el Tribunal hace de sólo las primeras líneas de las declaraciones hechas por Amaya y que constan en el acta que obra al folio 99; que allí Amaya habla, con toda claridad, de contratos de ventas de maderas entre él y los productores de la madera y entre él y la Compañía; que los recibos que obran a folios 8 a 11, corresponden, precisamente, a dineros que constituyen precios de esas ventas; que el dato global de trabajadores para el suministro de alimentación y alojamiento, corresponde a la explicación que hace Amaya de la condición impuesta por los productores de la madera, sobre alimentación y alojamiento, para vendérsela. Concluye, afirmando que es manifiesto el error de hecho en que incurre el ad-quem en la apreciación de los documentos citados, que prueban precisamente lo contrario de lo que el Tribunal entiende. Que este error lo condujo a violar, como violó, los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que aplicó, sin ser aplicables, por tratarse de una relación jurídica que no es la que ellos contemplan; los artículos 34 y 35 ibídem, el primero de los cuales no aplicó y el segundo porque lo aplicó y no era aplicable, como tampoco lo eran los artículos 47, 64, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 del mismo Código.

En el capítulo III manifiesta que una de las razones en que se basa el juzgador para soste-

ner que Amaya no fue contratista independiente de la Compañía es la de que éste dependía económicamente de la Colombian para el pago, suministro de alimentación, alojamiento y transporte de los obreros, concepto que el Tribunal funda en lo que aparece del acta de inspección ocular que obra al folio 74 y en las actas de conciliación ante la Inspección del Trabajo de Tibú, que figuran a folios 77 a 82 y 99 del cuaderno principal. Agrega que, "en la mecánica del movimiento del negocio, lo natural era que Amaya pagara a quienes le vendían madera con los mismos dineros que recibía de la Compañía como precio de las ventas que él, a su turno, le hacía. Pero esto no dice nada en contra de la capacidad económica de Amaya en la época en que el negocio se desarrollaba. Tampoco dice nada en contra de esa capacidad el suministro, por la Compañía, de alimentación, alojamiento y transporte, suministro que se explica por la dificultad, o mejor imposibilidad de obtener esas cosas, en las selvas del Catatumbo, de alguien distinto de la Compañía. Bien podía ser Amaya, cuando se desarrollaba el negocio, económicamente poderoso, y proceder, sin embargo, como procedió sobre estos particulares". Concluye que es manifiesto el error de hecho en que incurre el Tribunal en su apreciación de los citados documentos, error que lo llevó a violar los mismos artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, el primero por falta de aplicación y el segundo por haberlo aplicado no siendo aplicable, lo mismo que los artículos 47, 64, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 ibidem.

Por su parte el opositor, en una extensa réplica rechaza todos y cada uno de los cargos formulados en la demanda, por carecer "de las más elementales normas de la técnica de casación" pues considera que el recurrente no expresa los motivos de la violación de acuerdo con lo exigido por el artículo 90 del C. P. L. Luégo, hace el análisis de los diversos cargos, y en relación con los que se estudian en este primer grupo, manifiesta que el artículo 471 del Código Judicial es una norma adjetiva, que sólo procede puntualizar como transgredida en casación cuando, como consecuencia de su violación, se atacan o desvirtúa disposiciones sustantivas. Dice, que como se puede observar del mismo texto del artículo citado, la sentencia debe tener en cuenta no sólo la demanda y su contestación, sino las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, y por tanto, aun en la hipótesis de que una norma procedimental fuera motivo para impugnar en casación un fallo, se deberían tener en cuenta todas las pruebas en que se basó el sentenciador y no solamente la demanda y su contestación, como lo pretende el recurrente; que el Tribunal puntualiza en el folio las diversas pruebas que tuvo en cuenta para condenar a uno de los demandados solidarios, la Colombian Petroleum Company, precisamente porque encontró a través del acervo probatorio que, el otro demandado, Anselmo Amaya, sólo aparecía como simple intermediario de dicha compañía en las relaciones laborales con los diversos trabajadores del aserrío de maderas y, en ningún caso, como contratista independiente, por lo cual encontró que se cumplían los requisitos del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, que aplicó en forma correcta al condenar, como lo hizo, a la Colombian Petroleum Company; que la afirmación del recurrente de que el Tribunal, en su fallo, se salió de la relación jurídico procesal de las partes al condenar a la compañía en una calidad distinta de aquélla en que había sido citada al juicio y que había sido materia del debate, no tiene base en la realidad procesal, porque si bien es cierto que José Olmos demandó solidariamente a Anselmo Amaya y a la Colombian Petroleum Company, al condenar, como lo hizo, a uno de los deudores solidarios, en el caso de que ambos demandados lo fueron, no se configura error por parte del Tribunal, porque de las obligaciones solidarias responde cualquiera de los deudores, tanto mas si se demuestra que en el contrato de trabajo existente sólo aparecía como verdadero patrono la Colombian Petroleum Company, por cuanto Amaya era un simple intermediario de aquélla.

Se considera:

En el primero de los capítulos, a través de la pretendida violación de una norma instrumental (artículo 471 del Código Judicial última parte), como consecuencia de la indebida apreciación de los hechos de la demanda y de su contestación, se acusa igualmente la transgresión de normas sustantivas nacionales de carácter laboral, los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, el primero por falta de aplicación y el segundo por aplicación indebida. En el capítulo III el recurrente acusa la sentencia por violación de los mismos artículos y por iguales conceptos, como resultado de la defectuosa estimación que hizo el sentenciador del acta de inspección ocular del folio 74 y de las actas de conciliación que obran a folios 77 a 82 y 99 del cuaderno principal. En el capítulo II impugna el fallo por vio-

lación de los artículos 22 y 23 que el juzgador aplicó, sin ser aplicables, como efecto de la equivocada apreciación de los documentos que señala en el capítulo III y de los recibos que obran a folios 8 a 11 del primer cuaderno y violación de los artículos 34 y 35, en la misma forma indicada antes. Además, en los tres capítulos considera violados por aplicación indebida, los artículos 47, 74, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 del mismo Código.

En el recurso extraordinario de casación laboral no puede considerarse un "error in procedendo" propuesto de manera aislada como pretende el recurrente. Por lo demás, la Sala entra a estudiar la posible infracción de normas sustantivas a consecuencia de ostensible error de hecho en la apreciación de la demanda y su respuesta y de los demás documentos citados por el recurrente en los cargos que se estudian conjuntamente, error que condujo al sentenciador a no declarar la solidaridad impetrada (a cargo de Anselmo Amaya y de la Colombian Petroleum Company).

Al efecto, el hecho primero de la demanda afirma que José Olmos "fue contratado por Anselmo Amaya para trabajar en Tibú como aserrador de madera el 5 de diciembre de 1953 y prestó sus servicios ininterrumpidamente hasta el 24 de octubre de 1955 fecha en que le fue terminado unilateral e intempestivamente su contrato de trabajo". En el quinto: que "Anselmo Amaya era, o es, contratista de la Colombian Petroleum Company para el suministro exclusivo de madera aserrada". (Subraya la Sala). En el séptimo se afirma que "entre Amaya y sus trabajadores, en este caso Olmos, existía un contrato verbal de trabajo; en el octavo: "Que Amaya siempre se ha negado al pago de las prestaciones de sus trabajadores". La demandada negó el primero; dijo respecto al quinto, que "Anselmo Amaya es una persona que celebraba con la Colombian el contrato de compraventa de madera aserrada"; respondió al séptimo afirmando que Amaya y el demandante Olmos efectuaban compraventas de madera aserrada por éste y otros señores respecto de los cuales Olmos era patrono, etc.; al hecho octavo, manifestó no constarle.

Precisa tener en cuenta que, según la demanda, el actor promovió la acción conjunta contra Amaya y la Colombian Petroleum Company, como obligados solidarios, y que para configurar esa responsabilidad solidaria, hizo especial énfasis en el carácter de exclusividad que los servicios tenían, en último término para la Compañía; no se adujo la existencia del contrato de trabajo entre la Colombian y el demandante —sino entre éste y Amaya—, pero sí se presentaron los presupuestos conducentes a acreditar que la beneficiaria del trabajo de Olmos era la Colombian Petroleum Company. Con el propósito de establecer si los presupuestos del libelo están demostrados por la realidad procesal, cabe analizar las actas de conciliación y de inspección ocular y los recibos suscritos por Olmos que figuran a folios 99, 74, y 8 a 11, respectivamente, del cuaderno principal, documentos a los cuales alude el recurrente.

En el primero de ellos (acta de conciliación folio 99), Amaya expresó:

"Desde el año de 1947 me he comprometido con la Colombian Petroleum Company a extraer la madera de los bosques de la Empresa para suministrársela a la misma y, para el efecto, he venido contratando con los trabajadores aquí presentes y otros veintisiete que están entregados a sus labores de extracción de madera, bajo las siguientes condiciones: a) Cada uno de los trabajadores mencionados se ha comprometido a venderme la madera que extraen de los mismos bosques de la empresa mencionada, bajo la condición de que yo les suministre en los comedores de la misma empresa la alimentación que consumen los otros trabajadores de la Compañía y también se hospedan la mayoría de ellos en los dormitorios de la empresa y se transportan en vehículos de la misma empresa a los lugares de trabajo; b) Los mencionados trabajadores están en la obligación, como ya se ha dicho, de venderme la madera a razón de cinco pesos con cuatro centavos ($ 5.04) el bolque o "banco" de noventa decímetros cúbicos de las maderas de los especies siguientes: "cocobarco" y similares; "cascarillo" a $ 7.50; "carnesasa" al mismo precio del anterior, y yo mismo me he comprometido a vender a la empresa ya citada las maderas a los siguientes precios: cocobarco a $ 7.72 y los demás nombrados a $ 10.00 el banco. También debo venderle obligatoriamente las maderas a la empresa, ya que ella me facilita todos los medios para extraerla, transportarlas, dormir y comer en las mismas condiciones que un empleado de la compañía".

En el acta de inspección ocular (folio 74), se hizo constar: "Declarada abierta la audiencia se procede como sigue: entrado del objeto de la diligencia el señor Yori, (César Yori, Jefe de Personal de la Colombian) manifiesta que la Compañía no tienen ningún record de los tra-

bajadores de Amaya. Trasladado el personal del Juzgado a las oficinas del Comisariato de la misma Compañía y encontrándose presente el Jefe de esta dependencia señor Federico Walter, manifiesta al personal de la diligencia que en esas dependencias únicamente se encuentra el dato global de los trabajadores de Amaya para el suministro de alimentación y alojamiento; presenta un informe que dice: 'Obreros Amaya, contrato de maderas'; no aparecen nombres propios, puesto que las listas sobre el particular las llevaba el mismo señor Amaya". (Lo subrayado es de la Sala).

Los recibos suscritos por Olmos que obran de folios 8 a 11, dicen: "Marzo 4 de 1955.— Recibí del señor Anselmo Amaya la suma de $ 31.88 por concepto de un lote de madera ya entregada y se descontó comida hasta el 4 de enero de 1955.—(Firmado José Olmos".—"Recibí del señor Anselmo Amaya la suma de $ 294.90 a cuenta de un lote de madera nativa. Se arregló comida hasta 4 de marzo de 1955.— (Firmado) José Olmos".—"Recibí del señor Anselmo Amaya la suma de $ 387.12 a cuenta de 3.226 pies de madera y se arregló comida hasta el 4 de abril de 1955 (Firmado) José Olmos".—"Recibí del señor Anselmo Amaya la suma de $ 266.28 a cuenta de un lote de madera de cocobaren. Se arregló comida hasta el 4 de junio de 1955.—(Firmado) José Olmos".

Los documentos transcritos, referidos a los puntos enunciados de la demanda y su respuesta, permiten el análisis de los datos objetivos y subjetivos que entraña la relación indicada, como va a verse:

a) El demandante Olmos afirma la existencia de una relación de trabajo entre él y Amaya;

b) Olmos y Amaya están acordes en señalar a la Colombian como suministradora de locales para dormitorio y comedores para la alimentación de los trabajadores, como también de vehículos destinados a su movilización y al transporte de la madera;

c) Amaya indica que los bosques eran de la Compañía;

d) Ambos, Olmos y Amaya le atribuyen a la Compañía el carácter de beneficiaria exclusiva del trabajo, y la compañía considera a Amaya contratista para el suministro de madera;

e) Amaya se refiere a una doble relación contractual, así: 1º) El contrato con la empresa para venderle madera, 2º) El contrato con los aserradores para comprarles las maderas que produjeran;

f) Amaya no manifiesta que les hubiera expresado a los trabajadores, al celebrar el contrato, cuál era el nombre del patrono o si contrataba con ellos en beneficio o por cuenta exclusiva de otro;

g) La compañía, por intermedio del Jefe de Personal en su manifestación hecha en la diligencia de inspección ocular, acepta lo indicado por Olmos y Amaya de que ésta suministraba alojamiento y alimentación a los trabajadores de Amaya; acepta igualmente, en parte, la aseveración de Amaya en el punto e).

Realidad objetiva de la relación contractual de trabajo.

De lo anterior, resulta: haciendo abstracción del aspecto subjetivo-patronal del contrato, se observa que objetivamente se configura una relación contractual de trabajo, por aparecer estructurados los elementos esenciales que requiere la ley (artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo), así se hubiere dado a la retribución de los servicios del trabajador la forma aparente de "precio" de compraventas, pues como lo establece la norma citada, el contrato de trabajo, reunidos aquellos elementos que lo configuran, "no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen". Así lo entendió el sentenciador, cuando expresó "Debe tenerse en cuenta el hecho de que el beneficio exclusivo del aprovechamiento de la madera laborada por parte de la empresa excluía el contrato de compraventa de carácter civil, donde generalmente el precio se impone a través del juego económico de la oferta y la demanda, allí no había mercado existía una mercancía que era el trabajo del maderero". De los documentos citados por el recurrente y que tuvo en cuenta el ad-quem, se concluye que los trabajadores lo que recibían, nó era el precio de sucesivas compraventas, sino una verdadera retribución por sus servicios; no se trataba del precio de ohajenación de la madera, porque aun los recibos que obran de folios 8 a 11, no expresan que los dineros recibidos por Olmos fueran por concepto de "precio de venta" de las maderas entregadas, y no podían serlo porque los bosques son parte de la concesión de Colpet; luego lo único que Olmos y los demás aserradores podían rendir eran sus servicios, y de la realidad procesal se establece que la única beneficiaria de ese servicio era la Colombian Petroleum Company.

El recurrente cita también, aunque en forma incidental, como mal apreciado el documento que figura a folio 7 del cuaderno principal, que es un recibo fechado el 2 de diciembre de 1955 (después de terminada la relación laboral) por $ 920.79 descontado el valor de la alimentación, en el que Olmos deja constancia de que "conmigo trabajan los señores Jesús Bejar y Manuel Cristancho como ayudantes a quienes cubriré yo los valores que les debo". La cita de este documento, parece que sirva de base al recurrente para argumentar que el hecho de que Olmos se valiera de Bejar y de Cristancho como ayudantes, indica que no se configuró la actividad personal del trabajador, como elemento esencial constitutivo del contrato de trabajo. En el caso sub-júdice, aparece que el sentenciador tuvo en cuenta para adoptar su decisión, además de esta prueba, las que se han analizado anteriormente y que han resultado valederas. Por otra parte, debe observarse que la labor que le correspondía desarrollar a Olmos implica una actividad que por su naturaleza debe ejecutarse en equipo o por grupo, por lo menos de dos trabajadores pareados, y si se paga por obra o a destajo, la única forma de retribución individual es la de distribuir el valor obtenido entre los operarios intervinientes, sin que esta peculiaridad destruya el elemento actividad personal del contrato de trabajo.

Dentro de la más estricta apreciación de los hechos, el juzgador tuvo que deducir la configuración de un contrato de trabajo, a la luz del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y a través de las pruebas que el recurrente considera indebidamente estimadas, pero que, en concepto de la Sala, constituyen soporte eficaz a esta conclusión del proveído, pues ellas acreditan el hecho mismo de la ejecución efectiva, por parte de Olmos, de servicios personales, materiales, continuados, dependientes y remunerados. Por ello, la Sala no encuentra que sea infirmable la decisión del ad-quem en cuanto a la declaratoria de existencia del contrato laboral, pues consistiendo el error que contempla el cargo, en dar por demostrado un hecho sin existir prueba al efecto, o viceversa, en no darlo por acreditado cuando sí lo está, sólo procede en casación, cuando es ostensible la equivocación en que incurra el fallador, esto es, cuando la estimación que se hace de los elementos probatorios resulta contraria a la realidad de los hechos; a lo cual debe agregarse que, aún en circunstancias de hecho dudosas los Tribunales Seccionales quedan en libertad de decidirse, en caso tal, por el extremo que, a su juicio, consideren mejor demostrado, como lo tiene resuelto la jurisprudencia de la Corte.

Imprecisión subjetivo-patronal y solidaridad de las demandadas.

Cuestión bien distinta a la que se deja analizada, es la referente al aspecto subjetivo-patronal de dicho contrato de trabajo que al considerarse, aislada de su realidad objetiva, ostenta en el caso sub-lite motivos indudables de indeterminación. Así puede apreciarse y sugerirse que Anselmo Amaya tenía el carácter de un verdadero contratista independiente, por cumplirse la hipótesis del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, frente a lo consignado en los puntos a), d), e), f) y g) anteriormente propuestos.

Por su parte los puntos b), c, y los mismos d), f) y g), se prestan para situar a Amaya como un simple intermediario por configurarse en ellos los presupuestos de hecho establecidos por el artículo 35 ibidem, como son la agrupación o coordinación de los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales se utilizan locales, equipos, maquinarias, etc., elementos de un patrono para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

Este aspecto del problema fue ya resuelto por esta Sala, al decidir, en un caso similar, el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segunda instancia proferido dentro del juicio ordinario adelantado por Juan Crisóstomo Hernández contra los mismos demandados Anselmo Amaya y la Colombian Petroleum Company, en sentencia de 25 de junio del presente año. Entonces se expresó lo que a continuación se transcribe, que la Sala adopta en todas sus partes, así:

"La Sala considera vano empeño buscar, en el sub-lite, la ubicación subjetivo-patronal de Anselmo Amaya en cualquiera de los dos artículos (34 o 35), porque, como se vio, militan argumentos poderosos en pro de una u otra posición. Mas sería irrisorio pensar que ante un problema como el planteado, la jurisdicción se considerara atada de manos, con menoscabo de la equidad, como ocurriría en el evento de que, objetivada una relación de trabajo no pudieran deducirse las responsabilidades consiguientes por no encontrarse calificativo que darles (si contratistas inde-

pendientes, si simples intermediarios o si beneficarios) a los sujetos que recibieron el servicio.

"Aún más: Los artículos 34 y 35 citados son mandatos a todas luces propuestos por el Legislador de manera reflejamente complementaria, a efecto de que, dada una relación objetivada de trabajo, resulte inescapable la responsabilidad de quienes directa o indirectamente se hayan aprovechado del servicio. Otra solución sería inequitativa y entrañaría una burla misma de la voluntad de la ley. Los términos del artículo 34 en armonía con los ordinales 2º y 3º del 35 no dejan escapatoria: consagran hipótesis encaminadas a superar las evasivas patronales, como la de autos. Si en el primer evento (artículo 34), el contratista es independiente, con él responde solidariamente el que se beneficie del trabajo. Si en el segundo, (artículo 35) es simple intermediario, no dejará de serlo por parecer contratista, y además responderá solidariamente con el patrono real si al celebrar el contrato deja de declarar su calidad de intermediario y no revela quién es aquel patrono. De lo anterior surge la procedencia jurídica de declarar la responsabilidad solidaria que se demanda (a cargo de Colpet y de Amaya). En efecto: el sólo examen de las piezas referidas, y bien si se plica la doctrina del contratista independiente a que se refiere el artículo 34, o bien la del intermediario a que alude el 35, resulta de rigor la declaratoria jurisdiccional de tal solidaridad. Lo primero, porque si se considera a Amaya contratista independiente, será responsable solidariamente con Colpet —beneficiaria del trabajo— por los salarios, prestaciones e indemnizaciones, según el mandato legal, y porque no sería valedero el argumento de que la extracción de madera constituye una labor extraña a las actividades normales de la compañía, puesto que tal materia, (madera), es indispensable e inherente al objeto de exploración y explotación petrolífera que es uno de sus fines. Lo segundo, porque si Amaya es considerado como intermediario, no existe constancia expresa ni en la demanda ni en la contestación de la demanda (que él no formuló, sino la codemandada Colpet), ni en el acta de folio 14, segundo cuaderno, de que hubiera declarado su calidad de intermediario y manifestado el nombre del patrono al celebrar el contrato con Hernández, y, cuando no existe tal declaración, el intermediario 'responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas' (ordinal 3º del artículo 35) Una cosa bien distinta es que el acervo probatorio muestro cómo Hernández y los demás trabajadores comprendían, por múltiples hechos notorios, que su trabajo beneficiaba a Colpet, la cual transportaba la madera, permitía que aquéllos tomaran alimentación en sus comedores y durmieran en sus campamentos".

De lo anteriormente expuesto, resulta claro y evidente que en los dos hipótesis contempladas que pueden estructurarse del acervo probatorio allegado al expediente, sea que a Amaya se le considere como un verdadero contratista independiente y a la Colombian Petroleum Company como beneficiaria exclusiva del trabajo desempeñado por Olmos dentro de las labores no extrañas a las actividades normales de su negocio, o bien que se considere al mismo Amaya como un simple intermediario de la misma compañía, que no declaró su calidad de tal al contratar los servicios de Olmos, en cualquiera de esas situaciones, la declaratoria de solidaridad se imponía. No habiéndose hecho ésta y constituyendo tal omisión "un error in judicando in facto", —aunque harto deficientemente sometido a la Corte—, esta Sala declara la prosperidad de los cargos, en cuanto a la violación indirecta de los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, y los desecha en cuanto a las demás pretendidas violaciones, por no aparecer configuradas. En su oportunidad, por tanto, habrá de casar el proveído del **ad-quem**, y, como Tribunal de instancia, declarará la solidaridad de los demandados.

Segundo orden de cargos.—En el capítulo IV dice el recurrente que para el Tribunal, excluyen la calidad de contratista independiente de Amaya la consideración de que la compañía requería o requiere gran cantidad de madera para sus labores, y la de que ésta era la única beneficiaria de la misma, por lo cual no puede configurarse el contrato de compraventa de carácter civil, en que generalmente el precio se impone a través del juego económico de la oferta y de la demanda; agrega que "ni la poca o mucha cantidad de objetos requeridos por el beneficiario, ni la circunstancia de haber o no haber más de un beneficiario figuran entre los elementos de la definición que dá esa disposición; que ni en el precepto legal que define el contrato de compraventa (artículo 1.849 del Código Civil) ni en parte alguna se exige, para que se configure tal contrato, que el precio se imponga a través del juego económico de la oferta y la demanda. De lo antérior concluye que el Tribunal ha violado

directamente los dos disposiciones legales citadas y según las cuales Amaya era contratista independiente y lo que existía entre él y la compañía era un contrato de compraventa de maderas; que violó también los artículos 22, 23, 47, 64, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, admitiendo la existencia de un contrato de trabajo que no existía y decretando prestaciones de las que consagran esas disposiciones, por razón de ese contrato inexistente.

Se considera:

El Tribunal para desechar la figura de contratista independiente por parte de Amaya, lo hizo con base en los hechos que consideró probados de que éste dependía económicamente de la empresa para el pago, suministro de alimentación, alojamiento y transporte a los obreros; la de que la empresa era la única beneficiaria de la madera que se explotaba dentro de los terrenos de la concesión y en los demás hechos relacionados anteriormente. Ahora bien, de la apreciación del Tribunal y del planteamiento que hace el recurrente en el cargo que se estudia, aparece en primer término que su formulación peca contra la técnica del recurso, pues se ataca la sentencia por violación directa de los textos legales que señala, pero se hace consistir tal violación en la presunta e indebida apreciación de hechos. No estando descartada la cuestión probatoria, el cargo es inestimable en la forma como ha sido planteado; pues es sabido que la infracción de la ley sustantiva a través de errores de hecho, no es directa sino indirecta. No obstante lo anterior, advierte la Sala que al hacerse el estudio del primer orden de cargos, se dejó ya definida la existencia de la realidad objetiva de la relación contractual de trabajo, y las implicaciones subjetivas del mismo, habiendo aceptado la violación de los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, por parte del sentenciador, y deducido la responsabilidad solidaria de Anselmo Amaya, ya se le considere como contratista independiente o como simple intermediario de la codemandada la Colombian Petroleum Company. Esas razones bastan para concluir que no se configuraban en el caso subLite los contratos de compraventa a que alude el recurrente, y por tanto no pudo haber transgresión de la norma invocada. No prospera la acusación.

Tercer orden de cargos.—En el capítulo quinto, dice el recurrente que el ad-quem con aplicación del Art. 61 del C. P. T., rechazó las tachas que la compañía formuló al testimonio de José Joaquín Carrillo (folio 87 y siguiente del cuaderno principal), único testigo que declaró en el juicio; que ese testimonio es el que sirve al Tribunal para fundar sus conclusiones sobre duración del contrato y sobre cuantía del salario. Que en el expediente obran, a folios 28, 30, 57, 58 y 98, las constancias que demuestran cómo este testigo, además de serlo también en muchos otros juicios como el presente, ha demandado igualmente a Amaya y a la Compañía por prestaciones que tienen la misma causa que invoca. Olmos; que en estas condiciones el testimonio de Carrillo resulta, cuando menos, extremadamente sospechoso en los términos del Art. 670 del Código Judicial, siendo por tanto injurídico e ilegal darle el alcance que el Tribunal le dio; que la facultad que tiene el Juez para decidir sin sujeción a la tarifa legal de pruebas no va, no puede ir, hasta autorizarlo para fundar sus decisiones en testimonios legalmente inaceptables; que la facultad contenida en el artículo 61 del C. P. T., está subordinada a la necesaria consideración de los principios científicos que informan la crítica de la prueba y que no se consultan esos principios dándole fuerza probatoria, y menos de plena prueba, a un testimonio que es, cuando menos, claramente sospechoso. Deduce que el Tribunal incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, en la apreciación de las citadas constancias que descalifican al testigo Carrillo y de la propia declaración de éste, violando los artículos 670 del Código Judicial y 61 del C. P. T., por haber dejado de aplicar el primero, siendo aplicable y haber dado al segundo un alcance que no tiene. Concluye que "ha violado, en consecuencia, los artículos 22, 23, 47, 64, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, al declarar probados la duración de un contrato de trabajo, la cuantía del salario respectivo y el derecho a las prestaciones y beneficios consiguientes, con un testimonio que ha debido rechazar o desestimar".

Se considera:

En cuanto a la tacha del testigo José Joaquín Carrillo, dijo el sentenciador: "Tampoco aceptó el Juzgado del Trabajo la tacha del testigo Carrillo por ser a su vez demandante de la empresa. En esta clase de juicios el Juez aprecia los testimonios de conformidad con el artículo 61 del C. P. L. que busca mas la maciza realidad que el virtuosismo probatorio, para no hacer nugatorio el cristiano sentido social de la legislación laboral. Siendo Amaya un intermediario de

la empresa, sólo se preocupaba de su ganancia y poco le interesaba, o desconocía, el mandato legal de llevar minuciosa hoja de vida de sus "contratista" como él los llamaba; el obrero a su vez, rudo como deben de serlo aquellas personas dedicadas a estas labores, no alcanzaba a descubrir la importancia de documentarse en todo lo relativo a su trabajo para llegar bien provisto al debate judicial, de donde se infiere que quitarle su única y mejor prueba, el testimonio de sus compañeros o afines en el trabajo de aserrío, es cerrarle la posibilidad de reclamo legal. Si todos los madereros fueron despedidos colectivamente, no es colusión que unos sean testigos de otros a menos de que se pruebe, error, motivos infundados en su testimonio, o cualquier hecho que lo haga inverídico".

Lo anterior explica de manera satisfactoria el hecho, demostrado por la parte demandada, de que Carrillo haya sido testigo en otros cinco negocios similares al presente, igualmente promovidos contra Amaya y la Colombian Petroleum Company, e inclusive sea demandante contra los mismos, y para tal evento, necesite valerse del testimonio de cualesquiera de sus ex-compañeros de trabajo, pues así le impone la naturaleza misma de los antecedentes de la litis, y, en razón de tales antecedentes, juntamente con no haber hallado en la declaración de Carrillo grave error, falso acerto o infundado testimonio o cualquier hecho que lo haga inverídico, el Tribunal la acogió como válida.

La Sala considera del caso reproducir aquí, por ser aplicable para desvirtuar la tesis del recurrente, lo que dijo en la ya citada sentencia de 25 de junio pasado (juicio de Juan Crisóstomo Hernández contra Anselmo Amaya y la Colombian Petroleum Company): "Si la norma instrumental (artículo 670 del Código Judicial) fuera materia sustantiva sobre la cual pudiera versar este recurso, debería tenerse en cuenta que ella defiere a la decisión prudencial del fallador la aceptación o invalidación del testimonio. Y en este caso la Sala no halla motivo alguno para considerar que la decisión del sentenciador haya dejado de ser prudente. Tampoco advierte la Corte que el Tribunal le hubiera dado un alcance superior del que posee a la doctrina legal del artículo 61 del C. P. L., porque en concordancia con la declaración de Peña existen otros muchos hechos que la sana doctrina no puede desechar y que el juzgador, en ejercicio de ésta, tomó en cuenta para las deducciones de su providencia. El tratamiento que debe dársele a la prueba testimonial en estos casos, en armonía con el artículo 61 ibídem, fue expuesto con clara precisión por el Tribunal Supremo del Trabajo, el cual dijo:

"'1.—Esta Corporación sostiene que las reglas sobre habilidad e impedimento de testigos establecidas en el Código Judicial no pueden aplicarse en los juicios del trabajo con el mismo rigor preestablecido para la justicia ordinaria, en virtud de la distinta naturaleza de los pleitos y de las diferentes atribuciones especiales que la ley consagra para unos y otros juzgadores. En efecto, la circunstancia de que las relaciones de trabajo son observadas más directamente y constantemente, en sus modalidades de tiempo, lugar y ejecución, por las personas vinculadas a la misma empresa, ya se trate de compañeros del trabajador ora de subalternos del mismo patrón; y la de que los Jueces del trabajo pueden formar libremente su convencimiento inspirándose en los principios científicos sobre la crítica de la prueba y atendiendo a los caracteres relevantes del pleito y a la conducta observada por las partes, explican suficientemente que sea mucho más amplio el criterio de estimación de estos últimos y que él pueda desenvolverse sin otras limitaciones que las de la prudencia y el respeto a aquellos principios científicos sobre la crítica probatoria. Aceptar o rechazar, por consiguiente, el testimonio de un trabajador de la misma empresa es una decisión que corresponde al ámbito de apreciación libre y científica del juzgador y resulta inatacable en casación mientras no se la demuestre contraria a la evidencia de los hechos o notoriamente ilógica, infundada, parcializada u opuesta, en fin, a la verdad de los mismos, todo conforme a las reglas de la crítica de las pruebas. En todo caso, la sola consideración de ser compañero de trabajo del demandante o depender económicamente del patrono no es suficiente, por elevada o por modesta que sea su jerarquía en la empresa, para declarar inadmisible su deposición'. (G. del T. Tomo VII número 59|65, página 145)".

No está, pues, configurado el error de hecho a que se refiere el recurrente, ni aparece ostensible equivocación del fallador en la apreciación de las pruebas que aquél cita como mal apreciadas. No prospera el cargo.

Cuarto orden de cargos.—Dice el recurrente en el capítulo VI que "el Tribunal no podía sentirse satisfecho con la sola declaración de Carrillo y resolvió reforzarla con algo, que dijera sobre duración del contrato y cuantía del salario, lo mismo que en una forma vacilante, dijo Carrillo,

que es lo mismo que dice la demanda. Y ello fue la absolución de posiciones solicitadas a Olmos, en donde éste habla del día en que empezó a trabajar y de la suma a como le salía el salario por día de trabajo, diciendo sobre el particular lo mismo que por conducto de su apoderado había dicho en la demanda". Que el Tribunal entiende que la declaración de Olmos, al absolver posiciones, constituye prueba de sus afirmaciones en la demanda, en perjuicio, no de él mismo sino de la compañía, y en contra de lo que ella sostiene. Que "mal puede invocarse pues, en contra y en perjuicio de la compañía atribuyéndole la fuerza de confesión, una declaración de Olmos que en nada la puede comprometer". Concluye que al hacerlo, el Tribunal violó directamente los artículos 604 y 606 del Código Judicial y 1.769 del Código Civil, atribuyendo la fuerza que esas disposiciones dan a la confesión, a algo que está muy lejos de serlo; que en consecuencia violó también los artículos 22, 23, 47, 64, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, al declarar probada, en perjuicio de la compañía, la duración de un contrato de trabajo, la cuantía del salario respectivo y el derecho a las prestaciones y beneficios consiguientes, con una declaración como esa que carece en absoluto de fuerza probatoria en contra de la compañía".

En el capítulo VII manifiesta que, "aun suponiendo que el contrato de trabajo hubiera existido y que hubiera durado por todo el tiempo que dice la demanda, no aparece demostrada la continuidad del servicio durante todos los días laborales de todas las semanas. Y las condenaciones del Tribunal se hicieron sobre la base de un servicio continuo, especialmente las relativas a remuneración por descanso dominical o de días festivos y a primas de servicio. Es decir, que el Tribunal ha condenado a pagar prestaciones no devengadas, violando así directamente el artículo 593 del Código Judicial según el cual toda decisión judicial debe fundarse en hechos demostrados, y los artículos 172, 174 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, que aplicó sin existir o al menos sin estar demostradas las circunstancias de hecho necesarias para su aplicación".

Se considera,

Nuevamente se observa el defecto formal en que incurre el apoderado de la compañía, al pretender configurar "violación directa" de la ley, involucrando cuestiones de hecho en los cargos contenidos en los capítulos VI y VII, que la Sala ha reagrupado por razones de método. Pero aun en el evento de que, como era de rigor, hubiera formulado en forma adecuada, por vía indirecta, los referidos cargos, tampoco podrían prosperar, como va a verse.

Sobre el particular el ad-quem expresó lo siguiente: "En cuanto a los extremos del contrato de trabajo se hallan acreditados con el testimonio de Carrillo y la absolución de posiciones que se estima en su totalidad, en lo desfavorable como en lo favorable. Consta que trabajó del 5 de enero de 1953 al 23 de octubre de 1955 fecha del despido colectivo. El salario de doce pesos con cincuenta centavos ($ 12.50) con las mismas piezas del expediente.

Se advierte, en primer término, que lo que sirvió de base al juzgador para declarar demostrados los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, fue la declaración de José Joaquín Carrillo, que obra a folios 87 a 89, y en que este testigo, sobre el particular, expresa claramente que Olmos entró a trabajar, por tarea, el 5 de diciembre de 1953 en el aserrío de maderas de Tibú; que debía aserrar 25 o 30 bancos semanales con otro compañero y entregar 120 bancos mensuales; que Amaya les pagaba un salario que salía para cada obrero en promedio de $ 12.50 diarios; que Olmos trabajó así continuamente hasta el 23 de octubre de 1955, en que Amaya les dijo que no había más trabajo, pues que la compañía había mandado suspenderlo. Con relación a la continuidad del servicio y a la falta de remuneración correspondiente al descanso dominical o de días festivos y a primas de servicios, el mismo declarante Carrillo se expresa, así: "Teníamos que trabajar obligadamente los seis días de la semana, aun cuando en la semana hubiera fiestas nacionales y religiosas; no nos pagaban ninguna suma por el trabajo en esos días de fiesta, sólo nos pagaba el señor Amaya la tarea; y así trabajaba también el señor Olmos; los domingos no trabajábamos".

Al analizar el cargo anterior, se dejó claramente establecido que fue adecuada y ajustada a derecho la apreciación que el sentenciador hizo del testimonio de Carrillo. La cita que se hace en el fallo respecto a las posiciones absueltas por el demandante Olmos, que fueron apreciadas o estimadas en su totalidad "en lo desfavorable como en lo favorable" indica apenas una apreciación del fallador que viene a reforzar la declaración del testigo Carrillo sobre tales extremos. Es más, si el entendimiento del Tribunal hubiera sido el que señala el recurrente, de darle

a las posiciones de Olmos el alcance de constituir prueba de sus afirmaciones contenidas en la demanda, en perjuicio no de él mismo, sino de la compañía y en contra de lo que ella sostiene quedaría como soporte de la decisión, la declaración del testigo Carrillo que no aparece desvirtuada con ninguna otra pieza del expediente y a la cual el sentenciador le confirió el mérito probatorio suficiente para establecer los extremos temporales del servicio prestado por el demandante, la cuantía de su salario, la continuidad de la relación, el no pago del valor correspondiente al descanso en días domingos y festivos y primas de servicios.

Finalmente, los textos legales (Arts. 604 y 606 del C. J.) son normas relativas a la tarifa legal de pruebas, y es sabido que el juzgador laboral no está sometido a dicha tarifa. De suerte que, si se tratara de disposiciones sustantivas, no sería procedente acusar la sentencia por su violación como quiera que el juzgador ni las tuvo en cuenta ni las aplicó, por no hallarse sujeto a su mandato (artículo 661 del Código de Procedimiento Laboral). Por todo lo expuesto, no aparece que se hayan producido las transgresiones aludidas, ni tampoco, por tanto, las de los restantes textos citados, y por ello no prosperan los cargos, a que se concretan los capítulos VI y VII de la demanda de casación.

En mérito de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 24 de noviembre de 1956 por el Tribunal Unitario Seccional del Trabajo de Cúcuta, en cuanto no declaró la solidaridad de los demandados y absolvió a Anselmo Amaya, y en su lugar, modificando en este mismo sentido el fallo de primer grado, dispone: 1º—CONDENASE SOLIDARIAMENTE a la Colombian Petroleum Company y al señor Anselmo Amaya a pagar al señor José Olmos las cantidades de dinero a que se refieren los literales a), b), c), d) y e) de la sentencia de primer grado. 2º—REVOCASE el punto 6º de la misma sentencia.

No la CASA en lo demás.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECURSO DE HECHO. — TERMINO PARA INTERPONER EL RECURSO DE CASACION. — ACLARACION Y CORRECCION DE SENTENCIAS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D. E., dieciocho de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes).

José Ulloque Meneses, obrando en su propio nombre, estableció demanda contra Carmen Higgins para que mediante el trámite de un juicio ordinario de trabajo se la condenase a pagarle: a) La suma de $ 5.000.00 o la que resulte de la liquidación, por concepto de honorarios profesionales que le adeuda la demandada; b) El valor de los perjuicios materiales y morales que se comprueben por medio de peritos, ocasionados por la revocatoria del poder que se le había conferido para representar a la demandada en otro juicio; c) Al pago de los intereses de la deuda desde que se hizo exigible, hasta el día en que se verifique el pago y d) A las costas del juicio, en caso de oposición.

La demandada, por medio de apoderado, se opuso a que se hicieran por el Juzgado las condenas solicitadas y propuso las excepciones dilatorias de declinatoria de jurisdicción, la de inepta demanda y la de cosa juzgada; como perentorias propuso la misma de cosa juzgada y la de pago.

El Juez Tercero del Círculo Judicial del Trabajo de Barranquilla, en providencia proferida en la primera audiencia de trámite, con fecha 15 de octubre de 1956, declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el apoderado de la demandada. De esta providencia apeló el actor, recurso que le fue concedido, en el efecto suspensivo, por auto de 30 de octubre del mismo año, remitidos los autos al superior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, por sentencia de fecha 16 de agosto de 1957, que se notificó oralmente a las partes, en estrados, resolvió, lo siguiente:

"1º. — REVOCASE la sentencia del Juez Tercero del Trabajo de Barranquilla, y en su lugar dispone: 2º.—Declárase probada la excepción de pago parcial presentada por el señor apoderado de la demandada, hasta la suma de $ 2.683.00; 3º.—Condénase a la señora Carmen Higgins, mayor y vecina de esta ciudad, a pagar dentro de tres días de notificada esta sentencia, al señor doctor José Ulloque Meneses, abogado vecino de Barranquilla, la suma de DOS MIL TRESCIENTOS DIEZ Y SIETE PESOS ($ 2.317.00), que se le adeuda por honorarios convenidos más, los intereses de dicha suma al seis por ciento anual, a contar desde la fecha de la notificación de la demanda o sea desde el día 28 de junio de 1956; 4º.—Se absuelve a la demandada de los demás perjuicios que se dicen causados por la revocatoria del poder; 5º. — No hay costas en esta instancia".

Refiriéndose a esta providencia, el apoderado de la demandada, en escrito de fecha 20 de agosto de 1957 manifestó: "Por las razones expresadas pido al H. Tribunal de la Sala Laboral, que reponga el auto interlocutorio en el sentido de que deje en libertad al Juez a-quo para pronunciar el fallo definitivo de rigor, y en subsidio, desde ahora queda interpuesto para ante ustedes mismos, este incidente de nulidad constitucional, por haber el Tribunal con su providencia pretermitido una instancia".

El Tribunal, en auto de 11 de octubre de 1957, considera que la providencia que revisó, emanada del Juzgado Tercero del Trabajo de Barranquilla, tenía el carácter de sentencia, en cuanto se había fallado la excepción perentoria de cosa juzgada, presentada como dilatoria y como perentoria por la demandada; que con ese mismo carácter la había apreciado y había cerrado la litis con la sentencia de segundo grado que profirió el 16 de agosto de 1957; y que, por consecuencia, sobre ella, el propio Tribunal no podía dictar providencia alguna que no fuera la que prevé la ley para aclarar, o enmendar errores aritméticos, o conceder el recurso de casación que se interpusiera; que dictada la sentencia, notificada y vencido el término respectivo sin que se presentara contra ella los recursos operantes, ésta había quedado ejecutoriada, por lo cual concluye que no era el caso de tramitar la solicitud del apoderado de la demandada, a que se ha hecho referencia.

Posteriormente, el mismo apoderado, por escrito de fecha 15 de octubre de 1957, interpuso el recurso de casación contra la referida senten-

ica y agregó: "En el improbable evento de que esa Sala tampoco concediera el recurso de casación, desde ahora manifiesto que ocurriré de hecho ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral". El Tribunal, por auto de 26 de octubre de 1957, negó por extemporáneo, el recurso de casación interpuesto. Contra esta providencia, el mismo apoderado, por escrito de 30 de octubre siguiente, pidió reposición y en subsidio solicitó se le expidieran las copias conducentes para recurrir de hecho. El Tribunal, por auto de 4 de noviembre de 1957 negó la reposición y ordenó se expidiera copia de las piezas del proceso, que estimó necesarias, para que el interesado recurriera de hecho, las que le fueron entregadas el 22 de noviembre del mismo año.

Dentro del término legal, el recurrente, en escrito de 22 de noviembre de 1957, expone las razones para fundar el derecho que cree tener a que se le conceda el recurso de casación que le ha sido denegado, y acompaña las copias que le fueron oportunamente expedidas. Al efecto, manifiesta que el Tribunal entró a revisar el fallo de primer grado y contrariando las reglas de procedimiento civil y laboral, "revocó per-saltum" la sentencia del inferir; que no produjo audiencia de juzgamiento ni agotó el término probatorio, porque al plantearse en la primera audiencia de trámite varias excepciones dilatorias y perentorias, estimó probada la excepción de cosa juzgada; que como consecuencia de tal revocatoria, se condena a su representada a pagar lo que reza la parte resolutiva de la sentencia. Considera que el Tribunal violó la Constitución, porque todo juicio debe pasar por el trámite pleno de sus ritualidades, pues que de no ser así, se viola la carta y se vicia de nulidad sustancial o constitucional el juicio; que el Tribunal condenó a la demandada "sin jurisdicción", por cuanto sólo podía conocer legalmente del recurso de apelación interpuesto por el actor y revocar, si fuere el caso, la sentencia de excepciones del a-quo, para que el juicio laboral siguiera el trámite ritual; que no sucedió así, sino que el Tribunal pretermitiendo una instancia, revoca el fallo y condena de plano a su defendida, violando el precepto contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que transcribe. Agrega, que su mandante fue condenada en segunda instancia sin haberse agotado la primera audiencia de trámite, pues no se practicaron las pruebas pedidas, por razón del pronunciamiento previo sobre las excepciones propuestas. Concluye, que, como le ha sido negado el recurso de casación recurre de hecho para que la Corte, a quien corresponde velar por los fueros de la justicia y de la constitución, no permita "que una persona sea condenada por un Tribunal, como en el caso sub-judice"; que en tiempo oportuno reclamó contra el fallo de 16 de agosto, pidiendo reposición y planteando la nulidad constitucional, lo que no resolvió el H. Tribunal; que con este escrito se produjo la interrupción y suspensión de términos procesales, por lo cual no puede ser extemporáneo, como lo sostiene el Tribunal, el recurso de casación interpuesto, el que debe otorgársele y declararse así por la Corte.

Se considera.

Esta Sala, con fundamento en la facultad conferida por el artículo 515 del Código Judicial, en providencia de 19 de febrero de este año, solicitó al Tribunal de Barranquilla el envío de otras piezas del expediente que se consideraron necesarias para formar su juicio, las que fueron remitidas oportunamente.

El fundamento del Tribunal para no conceder el recurso de casación, fue simplemente el de que se interpuso extemporáneamente. En efecto, la sentencia del ad-quem fue pronunciada en la audiencia pública verificada el 16 de agosto de 1957, y notificada en estrados, el mismo día. El escrito por medio del cual el apoderado de la demandada interpuso el recurso de casación contra dicha sentencia, fue presentado el 15 de octubre del mismo año, es decir, cuando habían transcurrido casi dos meses desde el día en que se profirió. Ahora bien, conforme al artículo 88 del C. P. L., el recurso de casación podrá interponerse de palabra en el acto de la notificación, o por escrito dentro de los cinco días siguientes; lo anterior, lleva a la conclusión evidente de que el día 15 de octubre de 1957 el término para interponerlo estaba más que vencido y por consiguiente, había precluído la facultad procesal de contender, por parte del recurrente. No vale alegar, como se pretende, que el término se había interrumpido a consecuencia de la interposición del recurso de reposición que presentó en memorial de fecha 20 de agosto de 1957,, porque la vía adoptada por el recurrente no constituía un medio idóneo para ello, ni menos para conseguir la modificación del fallo impugnado mediante actuación del mismo Tribunal que había dictado la sentencia, puesto que ésta, de conformidad con el artículo 482 del Código Judicial no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado. Su competencia, en este evento sólo puede extenderse a aclarar los con-

ceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, bien oficiosamente dentro del día hábil siguiente al de la notificación de la sentencia, o a instancia de parte, hecha dentro de los tres días siguientes al de la notificación. Igualmente toda resolución judicial en que se haya incurrido en un error puramente aritmético es corregible en cualquier tiempo por el mismo Juez que la pronunció, de oficio, o a solicitud de parte, en cuanto al error numérico cometido, según el mandato del artículo 488 ibidem. Estos son casos que contemplan situaciones diferentes a la propuesta en el referido escrito del 15 de octubre de 1957, que se estimó inconducente. Cabe anotar además, como lo hace el ad-quem en el auto de 11 de octubre de 1957 y para el supuesto de que el recurrente pudiera estar en lo cierto al calificar como un simple auto interlocutorio la providencia del Tribunal de 16 de agosto del mismo año, que el recurso de reposición a que se ha hecho referencia fue también presentado en forma extemporánea, pues ya había vencido el término previsto en el artículo 63 del C. P. L.

Considera la Sala que las razones anteriores son suficientes para estimar, por este aspecto, bien denegado el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— estima BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la demandada Carmen Higgins contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla —Sala Laboral— de fecha 16 de agosto de 1957 y ordena que esta providencia se ponga en conocimiento del Tribunal, para que conste en los autos.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese las presentes diligencias.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PARA QUE HAYA LUGAR A INDEMNIZACION POR MORA ES INDISPENSABLE QUE PRECEDA CONDENA AL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES. — ERROR DE HECHO. — INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY. — TECNICA DE CASACION

1.—Para que pueda prosperar una casación por error de hecho, éste debe surgir de una manera ostensible y manifiesta. Así mismo, que para que esa forma de impugnación tenga éxito, es indispensable que el recurrente no deje por fuera uno o más elementos probatorios que hayan podido influir en el pronunciamiento del inferior. Sobre este último particular, recientemente esta Sala ha dicho:

".....mientras un ataque basado en errores de hecho deseche el señalamiento de una o algunas pruebas que tuvo en cuenta el fallador para pronunciar la decisión impugnada, y sólo se refiera a parte de ellas, tal decisión debe mantenerse por conservar aún soportes probatorios intactos".

2.—Es incuestionable que si en la sentencia acusada no ha habido condena para el pago de prestaciones sociales y salarios, resulta impropio aspirar a una condena por la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.—Como se sabe, esta norma tiene un nexo íntimo con el pago de los derechos mencionados. Se puede afirmar, sin temor a errar, que entre los dos hay una relación de causa a efecto y que la sanción indemnizatoria es el efecto del no pago oportuno e injustificado de los salarios y prestaciones debidos, que es la causa de dicha relación.

El problema no consiste, pues, en que el Tribunal hubiera incurrido en error u omisión en la apreciación de determinadas pruebas, que no fue así, sino que jurídicamente resultaría improcedente proferir una condena por salarios moratorios cuando no existen pronunciamientos para el pago de prestaciones sociales ni de salarios, fuente legal de esa omisión.

3.—Sabido es que de conformidad con reiterada jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Corte, la interpretación errónea de la ley consiste "en la equivocada estimación o entendimiento de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho".—Dentro de tal criterio, considera la Sala que, para que pueda hablarse de tal forma de violación legal, es requisito imprescindible que el Tribunal de segundo grado se haya apoyado en la norma que se acusa como erróneamente interpretada; en otras palabras, sea para aplicarla o para dejar de aplicarla. Empero, ocurre que en el caso sub-lite el ad-quem para nada cita ni mucho menos se apoya en el texto legal acusado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., julio veintidós de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Actuando por intermedio de apoderado, el demandante GONZALO VARGAS instauró juicio ordinario laboral ante el Juez del Círculo Judicial del Trabajo de Bucaramanga contra PEDRO LUIS SUAREZ, a fin de que por el trámite respectivo fuese éste condenado al pago de las siguientes prestaciones sociales e indemnizaciones:

a)—A pagar los salarios equivalentes al tiempo que hizo falta para cumplirse el último lapso del contrato de trabajo.

b).—A pagar el doce por ciento (12%) de las utilidades obtenidas por el demandado de enero a septiembre de 1952.

c).—A pagar el auxilio de cesantía correspondiente a 7 años, 8 meses, 24 días de trabajo, con un sueldo, en promedio, de $ 1.800.00 mensuales.

d).—A pagar las vacaciones remuneradas correspondientes a los tres (3) últimos años de trabajo, de las cuales no se disfrutó.

e).—A pagar las primas de servicios correspondientes a los tres (3) últimos años de servicio.

f).—A pagar los domingos y días feriados en que trabajó durante medio día.

g).—A pagar el valor de dos (2) horas extras diurnas que trabajó durante el tiempo de servicio, a excepción de los domingos y días feriados.

h).—A pagar las costas y las agencias en derecho resultantes del juicio si hubiere oposición y se afrontare el pleito.

En subsidio, solicitó la condena del demandado a todo lo que resultara del acervo probatorio en el juicio.

Los hechos de la demanda fueron expuestos así:

"1º.—El día 14 de diciembre de 1944 el demandado, señor Pedro Luis Suárez, contrató a mi poderdante para que le trabajara como contabilista y en los demás quehaceres de la oficina.

"2º.—Como remuneración a su trabajo, el demandado convino en pagarle a mi poderdante el doce por ciento (12%) de las utilidades que obtuviera en sus distintos negocios comerciales y de ganadería.

"3º.—El demandado, alegando mala situación económica no obstante las pingües utilidades que años tras años obtenía, retiró a mi poderdante, en forma intempestiva, sin justa causa y por motivos ajenos a su conducta o voluntad, el día 8 de septiembre de 1952.

"4º.—El demandado al despedir a mi poderdante, no hizo inventario de sus bienes para saber, con certeza, el monto de sus utilidades y poder determinar las que le correspondían a mi poderdante.

"5º.—El demandado sólo le abonó a mi poderdante, a buena cuenta de comisiones y prestaciones sociales, la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00) quedando a deberle lo demás.

"6º.(Este ordinal está incompleto) —.....

"7º.—El demandado no pagó a mi poderdante el auxilio de cesantía a que tenía derecho por haberle trabajado, sin interrupción, 7 años, 8 meses, 24 días, con un sueldo, en promedio, de $ 1.800.00 mensuales.

"8º.—Mi poderdante no gozó durante el tiempo de su servicio de vacaciones remuneradas, ni tampoco se le pagaron en dinero a la terminación del contrato de trabajo.

"9º.—El demandado nunca pagó a mi poderdante "prima de servicio" desde que esta obligación se hizo exigible legalmente.

"10º.—Mi poderdante le trabajó al demandado, por lo menos, dos (2) horas extras diurnas diarias, a excepción de los domingos y días feriados, tiempo extra que nunca se le reconoció.

"11.—A mi poderdante no sólo le tocaba atender la contabilidad y los quehaceres de la oficina sino que también atendía el movimiento de las fincas del demandado.

"12.—La conducta del demandado (sic) fue intachable durante todo el tiempo que estuvo al servicio del demandado".

Como fundamentos de derecho se invocaron los artículos 3º, 5º, 9º, 13, 14, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 37, 47; 49, 65, 66, 127, 158, 158, 160, 161, 163, 172, 173, 174, 179, 180, 186, 187, 189, 249, 306 del Código Sustantivo del Trabajo, Decretos 616 y 617 de 1954 y demás disposiciones concordantes.

Aceptada la demanda y corrido el traslado de ella al demandado, la contestó por conducto de apoderado, en los siguientes términos:

"El primero, deberá probarlo el actor;

"El segundo, ni lo acepto ni lo niego. Que se pruebe;

"El Tercero, lo niego en forma absoluta, pues Vargas se retiró voluntariamente porque mi representado no le quiso firmar una letra que le respaldara una de las muchas deudas que en forma irresponsable contrajo con distintas personas. Y este retiro voluntario y aun intempestivo por parte del empleado se efectuó el 23 de agosto de 1952, y no el 8 de septiembre del mismo año;

"El cuarto, deberá probarlo el demandante, esto es, si hizo o no inventario. Además, como el retiro fue intempestivo y Vargas era el encargado de llevar la contabilidad y el manejo de los negocios era ésta una obligación suya y no del demandado;

"El quinto carece de verdad en forma total, pues Suárez G. pagó a Vargas, como luégo se verá, la suma de VEINTICINCO MIL PESOS ($ 25.000.00) a título de prestaciones sociales, aunque en los libros sólo figure por este concepto la suma de tres mil pesos;

"El sexto, no me consta, como tampoco al demandado, pues, repito, Vargas como empleado de manejo y de confianza era el encargado de llevar las cuentas y de liquidar las utilidades;

"El séptimo, el octavo y el noveno son absolutamente falsos, pues como ya lo dije y lo demostraré en el curso del juicio, mi poderdante pagó en exceso todas y cada una de las prestaciones que Vargas le reclamó;

"El décimo, no es cierto. Vargas era un empleado de dirección, de confianza y de manejo y, por lo mismo, no estaba sometido a regulación alguna sobre jornada;

"El undécimo está demostrando que en realidad el demandante era un empleado de confianza, pues no sólo atendía a las fincas, en su ofi-

rección técnica, sino que en ausencia de mi poderdante daba órdenes y desempeñaba sus funciones. Además, estaba facultado para girar cheques o, mejor, era quien manejaba las cuentas corrientes en los Bancos de la ciudad;

"El duodécimo, ni lo acepto ni lo niego. Que lo pruebe.

"De todo lo anterior, se concluye que el derecho invocado carece de sustento alguno".

Propuso además las excepciones de pago total de las prestaciones y la de compensación, y en subsidio de las anteriores, la de prescripción y cualesquiera otra que pudiera resultar o surgir en el curso del juicio.

El Juez de primer grado después de haber llevado a cabo la tramitación de rigor, en fallo de fecha marzo 20 de 1956 (folios 77 a 90 del cuaderno principal), absolvió a la parte demandada de todos los cargos formulados en el libelo y no hizo condenación en costas.

Apelada la anterior providencia por los apoderados de ambas partes, el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga, en fecha 28 de abril de 1956 (en el encabezamiento se dice "mil novecientos cincuenta y cinco", destaca la Sala; folios 6 a 14 del segundo cuaderno), profirió sentencia cuya parte resolutiva dice:

"PRIMERO: Declárase probada la excepción perentoria de prescripción de la acción. En consecuencia, ABSUELVESE a Pedro Luis Suárez de todos y cada uno de los cargos formulados en el libelo de la referencia.

"SEGUNDO.—REVOCASE la sentencia apelada en cuanto al tercer punto se refiere y, en su lugar, CONDENASE al señor Gonzalo Vargas a pagar las costas del juicio causadas en la primera instancia.

"El señor Juez regulará en su hora oportuna la condena verificada".

No se hizo condenación en costas en la segunda instancia.

El procurador judicial del actor recurrió en casación, recurso que al ser concedido y admitido por esta Superioridad, se va a decidir después de haber sufrido el correspondiente trámite y previo el estudio de la respectiva demanda de casación y el escrito de oposición. La demanda contiene tres cargos que serán analizados en su orden.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue el recurrente con su demanda que se case totalmente el fallo acusado para que en su lugar se condene al demandado a pagar prestaciones sociales por cuantía no inferior a $ 25.000 e indemnización por el no pago oportuno de las mismas. Subsidiariamente solicita casación parcial conforme "al contenido de los cargos".

Fundamenta el recurso en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo. Presenta los cargos que en seguida se estudian.

PRIMER CARGO

Lo sustenta el recurrente de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia referida de ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, violación proveniente de haber incurrido el fallador en manifiesto error de hecho al apreciar erróneamente determinadas pruebas y haber dejado de estimar otras".

"El sentenciador declara que el contrato de trabajo entre mi mandante y el demandado terminó el 22 de agosto de 1952 y no el 8 de septiembre de ese año, porque en el dictamen pericial se sostiene que a partir de la primera fecha indicada, no se encuentra ningún asiento de contabilidad hecho por el actor; que eso se sabe porque el demandado y un empleado de éste le mostraron cuál era la caligrafía de Vargas. Hubo error manifiesto por cuanto el señalamiento de la caligrafía de Vargas no se ajustó a los mandatos legales, pues no precedió ningún juramento, ni fue ante autoridad competente. Es un testimonio producido en forma ilegal. De otra parte, el hecho de que no apareciera ningún asiento de contabilidad elaborado por Vargas después del 22 de agosto de 1952, no quiere decir que éste, de allí en adelante, hubiera dejado de estar subordinado a Suárez y de estar obligado a continuar prestando sus servicios, en virtud del contrato de trabajo vigente. Tanto más, cuanto conforme al testimonio de Fermín Reyes (folios 30 y siguientes) y de acuerdo con los de Abelardo Estévez (folios 33 y siguientes), Carlos A. Rivera (folios 36 y siguientes), Pablo A. González (folios 40 y siguientes), Efraím Román Ch. (folios 43 vueltos y siguientes) y Alejandro González, la única función de Vargas no era la de llevar la contabilidad, sino que tenía otras muy distintas, y, además, también había otras personas que hacían tales asientos de contabilidad. Así, pues, hubo error de hecho al no apreciar

los citados testimonios y al estimar el dictamen pericial que obra a folios 64 vuelto y siguientes, por la razón expuesta y en cuanto hace al aspecto aludido.

"También incurrió en error de hecho manifiesto el sentenciador, al apreciar los testimonios de Pablo A. González (folios 40 y siguientes) y de Alejandro González (folios 40 y siguientes), pues estos testigos son enfáticos al declarar que Vargas, todavía el 6 de septiembre de 1952, era trabajador de Suárez. Precisamente el hecho de que fuera Vargas quien allí lo manifestara demuestra ser cierto lo que decía, puesto qué en aquella época no tenía el actor ningún interés en informar que aún era trabajador al servicio de Suárez. Sin embargo de ello, el Tribunal fallador niega valor a estos testimonios".

.....

Al contestar la demanda, el patrono, por conducto de su apoderado, dice, refiriéndose a Vargas y a las prestaciones que se reclaman en este juicio:

".....mi poderdante llegó a un acuerdo con él (Vargas —N. R.) para pagarle por concepto de prestaciones sociales la cantidad de veinticinco mil pesos, que debería ser satisfecha, precisamente a todas aquellas personas con quienes Vargas había contraído onerosas e improrrogables deudas". (Subrayo). Más adelante, en el mismo aparte, presenta la lista de los acreedores de Vargas y de las cantidades pagadas, así en lo pertinente:

"Octubre 1º de 1952, pagado a Antonio María Hernández, según autorización escrita de Vargas, $ 3.500.00". (Folio 8). "A folio 15 aparece un documento suscrito por Vargas y aportado por el demandado, dirigido a éste el 1º de octubre de 1952, que en lo sustancial dice:

"D. Pedro L. Suárez G.—Ciudad.—Le ruego el favor de pagar a los siguientes señores los valores que le indico, con cargo a mi cuenta:— A Antonio H. Hernández $ 3.500.00..... G. Vargas. Bucaramanga, octubre 1º de 1952".

"Se trata, como es evidente, del reclamo escrito del trabajador al patrono del pago de sus prestaciones sociales; el documento transcrito, junto con la contestación de la demanda, constituyen una prueba palmaria de que Vargas reclamó por escrito el pago de las prestaciones sociales y salarios".

"Si el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga hubiera apreciado estas pruebas, seguramente, aunque considerara que el contrato de trabajo terminó el 22 de agosto de 1952, no habría declarado la prescripción, como lo hizo, porque la habría estimado interrumpida el 1º de octubre de 1952; como es obvio, habría deducido que el 7 de septiembre de 1955 —fecha de notificación de la demanda— no habían transcurrido tres años, necesarios para que se operara la prescripción.

La errada apreciación y la no estimación de las pruebas anteriormente señaladas, hizo que el fallador incurriera en evidente error de hecho, y esto lo llevó a violar por aplicación indebida los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo; como es obvio, por lo mismo y siguiendo esa vía equivocada, el sentenciador violó, por aplicación indebida, los artículos 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, porque, de lo contrario, habría condenado al pago del auxilio de cesantía; los artículos 186, 187, 189 y 190 de la misma obra, pues de no haber errado como se ha dicho habría condenado a la compensación de vacaciones; el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, porque tales errores hicieron que no condenara al pago de las primas de servicio que debía el patrono; también, por aplicación indebida el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues habría condenado a salarios caídos".

Se considera el cargo.

Tiene consagrado la jurisprudencia de la Corte que para que pueda prosperar una acusación por error de hecho, éste debe surgir de una manera ostensible y manifiesta. Asimismo, que para que esa forma de impugnación tenga éxito, es indispensable que el recurrente no deje por fuera uno o más elementos probatorios que hayan podido influir en el pronunciamiento del inferior. Sobre este último particular, recientemente esta Sala ha dicho: ....."mientras un ataque basado en errores de hecho deseche el señalamiento de una o algunas pruebas que tuvo en cuenta el fallador para pronunciar la decisión impugnada, y sólo se refiera a parte de ellas, tal decisión debe mantenerse por conservar aún soportes probatorios intactos".

Expuesto lo anterior, véase si el cargo en examen se conforma a las tesis jurisprudenciales anotadas.

En cuanto a los testimonios de los declarantes Pablo A. González y Alejandro González, el Tribunal en forma categórica y rotunda los desecha dando las necesarias explicaciones de su actitud. Dice así el sentenciador: "Consta de autos, particularmente de las declaraciones de Pablo González (folio 41) y Alejandro González

(folio 48) ,que el actor se retiró del servicio para el cual había sido contratado el día 8 de septiembre de 1952. Tales afirmaciones, considera el Despacho, carecen de validez y por lo tanto no pueden tomarse como prueba plena por la circunstancia de que el primero de los testigos nombrados termina manifestando que ignora por completo la fecha del retiro de Vargas; y, el segundo, porque su deposición á más de narrar hechos de oídas no tiene respaldo probatorio alguno dentro del informativo. Además, si para tales efectos tuviéramos en cuenta la prueba testimonial como de mejor valor que las otras, deberíamos concluír afirmando que un número plural de testimonios tienden a sostener lo contrario". La lectura desprevenida de los referidos testimonios indica que el rechazo del ad-quem no es equivocado. En efecto, Pablo A. González, declara al preguntársele por la fecha exacta de entrada y de retiro de Gonzalo Vargas, así: "El Gonzalo Vargas, entró a trabajar en el año 44, el mes no lo recuerdo, recuerdo esto porque yo entré en septiembre a trabajar con don Pedro Luis, en septiembre del 43 y don Gonzalo entró por ahí como al año de estar yo trabajando. En cuanto a la fecha de retiro me acuerdo que el 8 de septiembre del 52 estuvimos en la casa de don Gonzalo en un almuerzo, y ahí entre charla nos manifestó que se iba a retirar de donde don Pedro, porque don Pedro le había dicho que refere (sic) a sus malos negocios le tocaba desistir de sus buenos servicios". (Folio 41 primer cuaderno). Y más adelante en que se le pregunta si "puede precisar con exactitud qué día se retiró Gonzalo Vargas del negocio con don Pedro Luis Suárez, respondió: "No puedo, porque como yo permanecía en el campo" (folio 42, primer cuaderno). En cuanto al testigo Alejandro González y en lo relativo a las mismas preguntas contesta: "Don Gonzalo Vargas trabajó con don Pedro L. Suárez en sus negocios de comercio y ganadería, desde los años de 1944 poco más o menos desde esa fecha en adelante lo conocí trabajando con don Pedro..... En esos tiempo yo mantenía negocios con don Pedro Luis Suárez en participación de algunas mercancías o víveres y por eso recuerdo la fecha..... Gonzalo Vargas dejó de trabajar con Pedro Luis Suárez o de ir al depósito a trabajar desde el 8 de septiembre de 1952..... Recuerdo esa fecha porque el 8 de septiembre de 1952 estuve en la casa de Gonzalo almorzando, día en que él festejaba cumplimiento de bodas de matrimonio y me invitó, y allá en el almuerzo conversamos algunas cosas, como amigos que éramos, por lo tanto recuerdo la fecha porque en la charla que tuvimos nos hizo saber que se retiraba de donde don Pedro a la siguiente semana y que los motivos eran de que don Pedro le había llamado la atención porque los negocios estaban muy acabados y que por ese motivo no podía seguir Gonzalo en el negocio....." (Folio 46 y siguiente del primer cuaderno). Como se ve, ambos testigos se limitan a declarar, en cuanto a la fecha de retiro de Gonzalo Vargas, lo que éste les dijo en un almuerzo; deponen sobre un suceso de que otra persona les da cuenta. Por esto, como se ha dicho, los testimonios no ofrecen fundados motivos de credibilidad.

En lo relativo al mérito que el Tribunal le da a la inspección ocular, tampoco emerge de su apreciación el error de hecho prima facíae, como lo apunta el recurrente. Esa prueba fue diligenciada de acuerdo con las formalidades procesales y las conclusiones del perito, por haberse practicado inspección ocular y peritazgo al mismo tiempo, puestas en conocimiento de las partes en forma legal. De tales conclusiones cada uno de los apoderados de las partes solicitó ampliación y ésta se produjo y notificó legalmente. Por tal motivo, no es ésta la oportunidad procesal para tratar de descalificar esa prueba. De otro lado, no está en lo cierto el señor apoderado cuando en su cargo manifiesta que el perito no fue juramentado ni el juramento recibido por autoridad competente. Esta afirmación se desvanece plenamente con lo que se ve a folio 63 vuelto del primer cuaderno: ".....El señor Juez por ante su Secretario procedió a darle posesión (se refiere al perito), después de haberlo juramentado en legal forma.....". Además, la simple observación del perito de que a partir del 22 de agosto de 1952 no aparecen asientos de contabilidad hechos por el trabajador demandante, no entraña en sí misma un experticio caligráfico, como lo da a entender el libelista, sino la escueta comprobación de un hecho que relacionado con otras pruebas del informativo bien puede conformar la inferencia indiciaria que se plasma en la fecha referida.

Otra de las acusaciones del recurrente es la que pretende deducir de las órdenes de pago por escrito dadas por el trabajador demandante al demandado (folios 15 y siguiente del primer cuaderno) reclamos que interrumpen la prescripción decretada por los falladores de instancia. En verdad, no cabe tal deducción de esos documentos, ya que como ellos están redactados no

contiene en sí un reclamo por prestaciones y salarios sino instrucciones concretas para que el demandado, por cuenta de Gonzalo Vargas, cubriera determinadas sumas a acreedores de este último, lo que hace suponer que había habido un acuerdo previo entre las partes para tal procedimiento puesto que está demostrado en el plenario que el demandado cumplió esas instrucciones. De las órdenes de pago mencionadas no surge, pues, el evidente error de hecho que apunta el recurrente.

Semejantes consideraciones pueden hacerse de las otras pruebas relacionadas por el recurrente; es decir, que de ninguna de ellas brota el ostensible error de apreciación ni de omisión probatorias que apunta el libelista.

Por último, observa la Sala que el cargo en su formulación resulta incompleto puesto que se dejó de acusar un elemento de convicción que influyó notoriamente en la decisión del Tribunal. Esta prueba es el testimonio del declarante Carlos Rivera, compañero de trabajo de Gonzalo Vargas, sobre el cual dice el ad-quem: "Por el contrario, el demandado a efectos de suministrar los elementos de juicio indispensables a demostrar la EXCEPCION de prescripción alegó en su hora oportuna las siguientes con cuyas piezas, a juicio del Tribunal, queda marcado el acierto de Juzgado al declarar probada la mencionada causal excluyente. La Inspección Ocular constató que a partir del 22 de agosto en adelante el señor Vargas no había dejado ningún rastro o indicio que acreditara su trabajo desarrollado con posterioridad a la fecha enunciada. Las checueras dicen que hasta aquella fecha el señor Vargas fue empleado de Pedro Luis Suárez. Su compañero de labores señor Carlos Rivera ratifica lo constatado en la inspección Ocular como el dicho de los demás testigos. De manera pues que los presuntos valores correspondientes al señor Vargas por concepto de prestaciones sociales y salarios se hicieron exigibles el 22 de agosto de 1952, fecha exacta, según las pruebas relacionadas, en que se operó el retiro del actor". (Subraya la Sala). El recurrente no trató de desvirtuar el testimonio de Rivera.

Como se ve, se dejó de atacar un importante soporte probatorio del fallo de segunda instancia.

En virtud de todo lo expuesto, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Se encuentra fundamentado de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia de haber violado, por aplicación indebida, los artículos 488, 489 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de haber incurrido en manifiesto error de hecho al apreciar una prueba y haber dejado de apreciar otras, según paso a explicarlo y demostrarlo".

"Dice la demanda: "En subsidio pido, muy encarecidamente, al señor Juez, se sirva condenar al demandado a todo lo que resulte del acervo (sic) probatorio en el presente juicio".

"El mismo documento, al señalar los fundamentos de derecho, dice: "DERECHO: En derecho me fundamento en los artículos.....65..... C. del T. ..... y demás disposiciones concordantes". (Folios 2 y 3).

"Con esto queda ampliamente demostrado que entre las peticiones figuraba la de indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones sociales que el patrono consideraba deberle al trabajador Vargas. Este hecho no lo ha puesto en duda fallador, pero tampoco se refiere a tal solicitud. Si no tuvo en cuenta esta petición, incurrió en manifiesto error de hecho al apreciar la demanda, por ser tan claro lo expuesto".

.....

"Al contestar la demanda, el patrono, por conducto de su apoderado confesó deberle a Vargas, por prestaciones sociales $ 25.000.00. Dice textualmente a folio 8:

"PRIMERA.—Pago total de las prestaciones. En efecto, al demandante Vargas le pagó mi representado la cantidad de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) moneda legal colombiana, así:

"A los dos o tres días de retirarse Vargas por espontánea e intempestiva voluntad propia, sin causa justa ni legal, mi poderdante llegó a un acuerdo con él para pagarle por concepto de prestaciones sociales la cantidad de veinticinco mil pesos, que debería ser satisfecha, precisamente, a todas aquellas personas con quienes Vargas había contraído cuantiosas e imprudentes deudas".

"Afirma haber pagado esos $ 25.000.00 así:

"A Vargas, personalmente.....$	378.60
A acreedores de Vargas por autorización de éste .....$	24.321.40

"Después de relacionar las cantidades pagadas, agrega la contestación de la demanda, a folio 9:

"'Todas estas cantidades pagadas por orden y cuenta de Vargas, según recibos que oportunamente presentaré, suman la cantidad total de veinticinco mil pesos, como es fácil verificar la suma.'"

"Al absolver posiciones (folios 69 y siguientes), el demandado, señor Pedro L. Suárez confiesa que consideró deberle a Vargas la cantidad de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) por concepto de prestaciones sociales; que una parte de esa suma fue destinada al pago de algunas deudas a cargo de Vargas, que él, Suárez, canceló por cuenta de Vargas y con imputación a los $ 25.000. de las prestaciones sociales; pero que $ 22.000.00 de esos $ 25.000.00 los hizo aparecer en los libros como crédito a favor de él —Suárez— y a cargo de Gonzalo Vargas. Las respuestas a las preguntas décima-quinta, décima-sexta y décima-séptima (folios 70 vuelto y 71) no dejan lugar a dudas: los pagos hechos por Suárez a los acreedores de Vargas, imputables a los $ 25.000.00, fueron imputados —valga la repetición del vocablo— no a las prestaciones sociales, sino a crédito a cargo de Vargas y a favor de Suárez. Así figuran en los libros de contabilidad de Suárez $ 22.000.00; así también aparecen en la Declaración de Renta respectiva de Suárez. Es decir, no se operó el pago de los $ 25.000.00, sino apenas $ 3.000.00, pues los otros $ 22.000.00 constituyen un crédito a cargo de Vargas y a favor de Suárez".

"En el dictamen pericial se dice: (folio 65):

"Al terminar el año de 1952, le dejaron en su cuenta corriente un saldo a su cargo (de Vargas N-R.) por $ 22.000.00 y cargaron a Gastos Generales por cuenta de cesantía la suma de $ 3.000.".

En sus conclusiones, dice el dictamen (folio 66):

"En el año de 1952 el señor Pedro Luis Suárez efectuó diversos pagos por cuenta del señor Gonzalo Vargas N. por un total de $ 25.000.00, pero al terminar el año de 1952 le dejaron un saldo a su cargo por $ 22.000.00 y cargaron a Gastos Generales por cuenta de cesantía la suma de $ 3.000.00. Los $ 22.000.00 aún figuran a cargo del señor Vargas".

En la ampliación del experticio (folio 67 vuelto), se concluye así:

"Examiné asiento por asiento los comprobantes de contabilidad del señor Pedro Luis Suárez en el año de 1953 y en ninguno de ellos se encuentra la cancelación de los $ 22.000.00 a cargo de Gonzalo Vargas, encontrándose por lo tanto vigente esta cuenta en 31 de diciembre de 1953".

"Para que esta deuda hubiera desaparecido, tendría que existir un asiento con cargo a DETERMINNADA CUENTA Y CON ABONO NECESARIAMENTE A "DEUDORES VARIOS" con su respectiva sub-cuenta Gonzalo Vargas N.".

"En la relación de "Deudores Varios", anexa a la Declaración de Renta del señor Pedro Luis Suárez en 31 de de diciembre de 1953, también aparece dicha partida".

"En el libro auxiliar también figura el nombre de Gonzalo Vargas con un saldo de $ 22.000.00. Este libro es de hojas intercambiables pero tiene muestras claras de bastante uso".

"Como es evidente, las pruebas antes determinadas, establecen de modo manifiesto: a) Que el patrono, a la terminación del contrato de trabajo, consideró deberle a Gonzalo Vargas la cantidad de $ 25.000.00, por prestaciones sociales; b) Que solamente pagó $ 3.000.00 por cesantía; c) Que el resto, no lo pagó y que, por el contrario, aparenta haberlo pagado, obrando así de mal fé, ya que aun a fines de 1953 —31 de diciembre— los $ 22.000.00 figuran como un crédito a cargo de Gonzalo Vargas y a favor de Pedro Luis Suárez. Lo que Vargas consideraba que se le habría cancelado por concepto de prestaciones sociales, aparece ahora como deuda contraída por él y a favor del patrono. Habráse visto!"

"Caso este grave de suyo, porque estas operaciones se han hecho en los libros de un comerciante, como lo es el patrono, a sabiendas de él y con su asentimiento, como que lo favorece. Y, además, como fueron pagos hechos por cuenta de Vargas y para recoger obligaciones civiles y comerciales, en un momento dado —aunque el patrono no lo quisiera, como en caso de muerte o interdicción— una vez prescritas las prestaciones sociales, Vargas no hubiera tenido ni cómo impedir que se le exigiera el dicho pago (sic), el pago de los $ 22.000.00. Doble pérdida, que sumaría la cantidad de $ 44.000.00!".

"La demanda fue presentada el 6 de septiembre de 1955 y notificada el 7 de ese mes. En la contestación de la demanda se afirma que el pago no se produjo, mejor dicho, no comenzó a producirse, sino, cuando mucho, el 1º de octubre de 1952; asimismo se afirma en la absolución de posiciones. Esto demuestra que la obligación de la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo se hizo exigible, por lo menos, el 7 de septiembre de 1952, y entonces mal puede declararse probada la excepción de prescripción respecto de la petición de salarios caídos".

"El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo dice que habrá lugar a dicha indemnización,

cuando, terminado el contrato de trabajo, el patrono no paga al trabajador las prestaciones y salarios debidos. En ese caso, dice la disposición así: "Debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo".

"Significa el mandato transcrito, que la obligación de indemnización se causa cada día de retardo. Por eso la indemnización se liquida por salario diario, aunque se trate de sueldo. La exigibilidad de la obligación de indemnización nace cada día de retardo, porque el retardo de cada día es lo que causa la obligación. Es algo similar a la obligación de pagar un salario. Se causa por cada día de trabajo y así nace la exigibilidad".

"Así, pues, la indemnización por cada día de retardo en el pago de salarios caídos, se causa al terminar el día respectivo, fecha en que se hace exigible. De modo que, si admitiéramos que el contrato de trabajo terminó el 22 de agosto de 1952, apenas si prescribió la acción correspondiente a la indemnización por los días comprendidos entre el 23 de agosto y el 6 de septiembre de 1952; pero la acción de indemnización por los días corridos desde el 6 o 7 de septiembre de 1952, no ha prescrito".

"Y si se estimara que el patrono sí pagó las prestaciones sociales, hecho notoriamente contra-evidente, sería aplicable el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo menos, a partir del 6 o 7 de septiembre hasta el 1º de octubre o 31 de diciembre de 1952".

"Según lo expuesto, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga, por errada apreciación y por falta de estimación de las pruebas anteriormente individualizadas y determinadas, violó los artículos 488, 489 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Por ello, la sentencia debe ser casada, así sea parcialmente, y el demandado debe ser condenado a los salarios caídos".

Para resolver se considera:

Al cargo hay que hacerle reparos fundamentales. En efecto, él se formula "por aplicación indebida (Subraya la Sala) de los artículos 488, 489 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo..." Por lo que hace a la primera acusación el planteamiento es correcto por cuanto ese artículo sirve de expresa base jurídica a la sentencia de segundo grado. En cambio, no puede decirse lo mismo de los artículos 489 y 65. La razón es obvia: el Tribunal en nada tuvo en cuenta estas últimas disposiciones en el contexto de su proveído. Luego, es erróneo hablar de aplicación indebida de normas legales cuando ellas no se han aplicado. En relación con estos dos artículos la acusación resultaría ineficaz; sinembargo, la Sala desea analizar otras de las modalidades del cargo.

En lo que se refiere a los errores de hecho por equivocada apreciación y también por desestimación de las pruebas puntualizadas por el recurrente, la Sala tiene en consideración las glosas del opositor que dicen:

"..... 2º.—El Honorable Tribunal Seccional de Bucaramanga al dictar su fallo, y teniendo en cuenta todas las pruebas aportadas al juicio, concluyó que las relaciones entre Vargas y Suárez terminaron en la fecha exacta del 22 de agosto de 1952, y por consiguiente confirmó la decisión del Juez de primera instancia en el sentido de declarar prescrita la acción. La indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo es una consecuencia necesaria de la condena a pagar salarios y prestaciones sociales. Si en el juicio se declaró probada la excepción de prescripción, y por lo tanto no hubo condena alguna a cargo del demandado, no existe el supuesto indispensable para que pueda decretarse el pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones. 3º.—Según lo probado en el juicio, hubo un convenio entre Vargas y Suárez por el cual éste convino en pagarle $ 25.000.00, por concepto de prestaciones sociales. El pago de esta suma se hizo en debida forma, pues no sólo se entregó parte de esta suma al propio Vargas, sino que se cumplieron sus órdenes de pagar el saldo, en las cantidades especificadas en cada caso, a las personas diputadas o señaladas por el demandante. El apoderado del demandante recurrente trata de crear una confusión entre el hecho mismo del pago de las prestaciones, y la forma como aparecen registrados los asientos en los libros de contabilidad del señor Suárez. Como se deduce del dictamen pericial, el señor Suárez podría haber cancelado en cualquier momento dicha suma por un simple asiento de contabilidad, con base en las mismas normas contables, y así habría sido destruída totalmente la supuesta prueba base de toda la argumentación. La circunstancia de no haber procedido en esta forma no quiere decir que no se haya hecho el pago. El pago se hizo como aparece de los recibos que figuran en el expediente (folios 15 a 22 del cuaderno número 1) y del dictamen pericial (folios 64 a 68 del mismo cuaderno). 4º—Si está demostrado el pago

de la suma de $ 25.000.00, pago que hizo el señor Pedro Luis Suárez de acuerdo con el convenio celebrado con el señor Gonzalo Vargas, el hecho de que las órdenes de pago dictadas en desarrollo de tal convenio tengan fechas posteriores al 22 de agosto; o al 6 o 7 de septiembre, no permite deducir que deba pagarse la indemnización por mora por el lapso comprendido entre las fechas indicadas y las fechas que constan en tales órdenes. El acuerdo sobre pago de prestaciones está demostrado. Si el pago se hizo en varios contados, en fechas posteriores al convenio, de ello no puede resultar, interpretando y aplicando en la forma legal el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que haya lugar a decretar dicha indemnización Ya se dijo, y no sobra repetirlo, que la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo resulta cuando se produce condena por salarios y prestaciones sociales. El Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia del 3 de julio de 1952 concluyó que cuando se trata de sentencia totalmente absolutoria no procede condenación alguna por los denominados salarios caídos (G. J., tomo VIII, página 332)".

Es incuestionable que si en la sentencia acusada no ha habido condena para el pago de prestaciones sociales y salarios, resulta impropio aspirar a una condena por la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Como se sabe, esta norma tiene un nexo íntimo con el pago de los derechos antes mencionados. Se puede afirmar sin temor a errar, que entre los dos hay una relación de causa a efecto y que la sanción indemnizatoria es el efecto del no pago oportuno e injustificado de los salarios y prestaciones debidos, que es la causa de dicha relación.

El problema no consiste, pues, en que el Tribunal hubiera incurrido en error u omisión en la apreciación de determinadas pruebas, que no fue así, sino que jurídicamente resultaría improcedente proferir una condena por salarios moratorios cuando no existen pronunciamientos para el pago de prestaciones sociales ni de salarios, fuente legal de esa sanción.

Además, la Sala considera que no se ha estructurado la aplicación indebida del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual a su juicio resultó aplicado adecuadamente por el sentenciador, ya que está demostrado en el proceso que el trabajador reclamante dejó pasar la oportunidad legal para interrumpir la prescripción de sus acciones laborales.

En consecuencia, el cargo no prospera.

CARGO TERCERO:

Lo fundamenta el recurrente como sigue:

"Acuso la sentencia de ser violatoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación".

"Si el fallador hubiera considerado que los salarios caídos, es decir, la indemnización de que trata la disposición aludida, son exigibles desde la fecha en que termine el contrato de trabajo incurrió en errónea interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

"Como lo he afirmado, la indemnización se causa día por día, a la manera del salario; cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales, una vez terminado el contrato de trabajo, causa la indemnización equivalente a un día de salario, y solamente se hace exigible desde cada día de retardo, y en manera alguna desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo respecto de todos los días de retardo, que son posteriores a dicha terminación".

"Si el fallador estimó que la indemnización reclamada para todo el tiempo de retardo se hizo exigible desde la terminación del contrato de trabajo, violó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por interpretación errónea, y esto lo condujo a aplicar indebidamente los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo".

"Por lo expuesto, el cargo ha de prosperar y ha de enmendarse la sentencia en el sentido indicado".

Se estudia el cargo.

Sabido es que de conformidad con reiterada jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Corte, la interpretación errónea de la ley consiste "en la equivocada estimación o entendimiento de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho". Dentro de tal criterio, considera la Sala que, para que pueda hablarse de tal forma de violación legal, es requisito imprescindible que el Tribunal de segundo grado se haya apoyado en la norma que se acusa como erróneamente interpretada; en otras palabras, sea para aplicarla o para dejar de aplicarla Empero, ocurre que en el caso sub-lite el ad-quem para nada cita ni mucho menos se apoya en el texto legal acusado. De tal manera que mal puede decirse que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo fue erróneamente interpretado cuando ni siquiera fue mencionado ni en su contenido ni

en su tenor literal en la sentencia recurrida. Lo mismo se puede expresar del artículo 488 acusado. En cuanto al artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, tampoco hubo aplicación indebida tal como tuvo oportunidad la Sala de analizarlo en el cargo anterior.

Por consiguiente, el cargo no es estimable.

° ° °

En mérito de todas las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REVOCACION DEL MANDATO MERCANTIL Y TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO AL DESPIDO DEL GERENTE. — EMPLEADO. — PERIODO DEL GERENTE NOMBRADO EN PROPIEDAD. — CASO EN QUE EL CONTRATO A PLAZO FIJO NO SE PACTA POR ESCRITO. — EFECTO OBLIGATORIO DE LOS ESTATUTOS DE UNA COOPERATIVA

1.—El Consejo de Administración no señaló período fijo al efectuar el nombramiento del Gerente. Luego, si no hizo esa fijación hay que aplicar lo que dicen los estatutos de la Cooperativa sobre el particular, puesto que la elección fue hecha de acuerdo con tales normas y no de cualquier manera sino en propiedad.

2.—Dijo el suprimido Tribunal Supremo del Trabajo: "El cargo impugna la condena por lucro cesante con la tesis de que siendo esencialmente revocable el mandato del Gerente de la sociedad anónima, según la legislación mercantil, no cabe afirmar duración presuntiva de su contrato de trabajo (para el supuesto de que éste exista) ni que la ruptura del mismo, por aquella facultad de revocación, sea ilícita y obligue a los salarios del tiempo faltante para el vencimiento presunto del contrato, como indemnización por el lucro cesante. Tal es, en síntesis, la cuestión de fondo que se propone en el cargo anterior y en el presente, por conceptos distintos de violación".

"Antes de decidirla el Tribunal Supremo observa que el fallo acusado declara la concurrencia, para el caso del Gerente de autos, de un contrato laboral con otro de mandato diferente, en fenómeno especialmente contemplado por el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo. Este precepto constituye, pues, otro de los soportes legales de la sentencia, y el impugnador debió incluirlo en su acusación, para que resultara completa la proposición jurídica a examinar. Sobre todo cuando el asunto principal a definir radica, precisamente, en el fenómeno de concurrencia apuntado. Porque, de una parte, ningún problema se suscitaría, en punto a la facultad de revocación del mandato del Gerente, conforme a la legislación comercial, si no fuera porque el concurrente contrato de trabajo de duración indefinida tiene un término presuntivo, según la ley laboral; ni, a la inversa, ninguna duda existiría respecto de la condena discutida si no fuera porque el mandato del Gerente es esencialmente revocable, según la ley mercantil Para quien intente conciliar las consecuencias jurídicas de uno y otro ordenamientos (como lo propugna el acusador en párrafo final, no transcrito, del cargo que se estudia, con invocación de los textos 1º y 18 del Código Sustantivo del Trabajo) la solución no puede ser otra que la de reconocer el imperio de aquella revocación, en lo que al mandato se refiere, quedando con ello terminada la relación del Gerente con la sociedad, para todos los efectos de la gestión comercial; mas admitiendo, al mismo tiempo, que el contrato de trabajo concurrente posee un término de duración, según la ley laboral, la cual no registra aquella facultad entre las causales de terminación del vínculo de trabajo, ni tiene establecido un régimen de excepción por cuya virtud el Gerente-empleado carezca de derecho al lucro cesante. Tal es la conclusión obligada, en razón del fenómeno de concurrencia. Y con ella se mantienen los efectos de las normas respectivas, dentro de su ámbito propio".

"Mas si se alegare que dicha solución implica, en el fondo, un desconocimiento de la facultad de revocación, o que equivale a dejar sin operancia la norma mercantil, o restringirle sus efectos, será necesario replicar, para ese planteamiento de conflicto con la ley laboral, que el problema debe dilucidarse con prevalencia de la última, por mandato categórico del artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo. Y no se diga que esto conduciría, a su vez, a una violación de las reglas sobre preferencia, del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, que asignan al Código de Comercio un lugar ape-

nas aventajado por el Código Civil, pues el texto laboral, último en el tiempo, más nuevo por él y especialísimo, además, confirió preferencia a la ley de trabajo sobre cualquiera otra".

"Las razones anteriores obligan a resolver que teniendo el Gerente de autos un contrato de trabajo con la sociedad demandada; que poseyendo tal contrato un término de duración; que habiéndolo terminado unilateralmente la empresa sin causa prevista por el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, se cancelan los salarios del tiempo faltante conforme al artículo 64 de la misma obra, que no puede, por ello, resultar infringido por ninguno de los conceptos propuestos". (Fallo seguido por Eduardo Arbeláez contra "Naviera Colombiana S. A.". Sentencia de 30 de abril de 1958).

3.—Como tesis general el contrato celebrado a término fijo debe constar siempre por escrito.

Lo anterior significará que sólo en el contrato individual escrito sea válido el acuerdo sobre plazo fijo?. Nó, porque en un momento dado se puede estar en presencia de un ordenamiento jurídico positivo de superior jerarquía a la del contrato individual de trabajo que, no contrariando los principios de la Ley Laboral, en cuanto tienden a tutelar en lo mínimum los derechos del trabajador, establezca condiciones más favorables a éste, según la doctrina que consagra el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 21 ibidem.

4.—Los estatutos de una Cooperativa, como régimen orgánico de la misma intervenido por el Estado, constituyen un conjunto de normas que no sólo son de obligatorio respeto para los socios, los organismos y personeros internos de la institución, sino también para las autoridades administrativas y judiciales cuando a éstas se acude en demanda de solucionar conflictos cooperativos. Tales normas se deben aplicar en su integridad tanto el relativo a las obligaciones de los servidores de la Cooperativa como a los derechos o garantías establecidos en su favor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D. E., julio veintitrés de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

ALBERTO ALVAREZ instauró demanda ordinaria laboral por medio de apoderado contra la COOPERATIVA DE PRODUCTORES DE LECHE DEL ATLANTICO LIMITADA, domiciliada en Barranquilla, para que previos los trámites de un juicio de mayor cuantía fuese ésta condenada a pagar a favor de aquél "la suma de SEIS MIL CIENTO TREINTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS ($ 6.132.35), más los intereses legales y las costas del juicio".

Los hechos relatados en el libelo fueron los que a continuación se transcriben:

"1º.— El señor Alberto Alvarez fue designado Gerente de la Cooperativa de Productos de Leche del Atlántico Limitada, cargo que comenzó a ejercer el día 1º de julio de 1953;

"2º.—De acuerdo con los estatutos de la Cooperativa, el cargo de Gerente tiene la duración determinada de un (1) año;

"3º.—A pesar de ello, la Cooperativa puso fin unilateralmente y sin justa causa al contrato celebrado con el señor Alvarez, el día 10 de noviembre de 1953;

"4º.—Con la violación del contrato en la forma indicada en el hecho anterior, la Cooperativa ocasionó al señor Alvarez perjuicios que no la ha indemnizado;

"5º.— La Cooperativa pagó siempre al señor Alvarez un sueldo de ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales".

Fundamentos de derecho se expusieron los artículos 45, 46, 54, 55, 57, 59, 61, 62, 63, 64 y concordantes del Código del Trabajo y 74 y siguientes del Código de Procedimiento del Trabajo.

Por conducto igualmente de apoderado, una vez corrido el traslado de rigor legal, la Empresa contestó la demanda negando los hechos 3º y 4º, ateniéndose a lo que resultara demostrado con relación a los puntos 1º y 2º, y manifestó no constarle el hecho 5º para atenerse asimismo al resultado que se demostrara, y que por lo tanto no debía accederse a lo pedido por el demandante.

Llevado a cabo el trámite procesal correspondiente por el Juzgado Tercero del Circulo Judicial del Trabajo de Barranquilla, que fue el del conocimiento, éste desató la litis através de la sentencia de fecha 9 d enoviembre de 1956 (folios 84 a 93 del cuaderno principal) cuya parte resolutiva expresa:

"....Condénase a la Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico, representada por su Gerente señor Manuel Modesto Cerra y en

este juicio por el doctor José Francisco Angulo a pagar al señor Alberto Alvarez o a su apoderado Policarco Rodríguez Arrieta, la suma de SEIS MIL CIENTO TREINTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS ($ 6.133.32), conforme viene expresado en la parte motiva de esta providencia.

"2º.—Sin costas".

Apelada la anterior providencia por el apoderado de la mencionada Cooperativa, el extinto Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en fallo fechado el 8 de febrero de 1955, (folios 8 a 16 del segundo cuaderno), CONFIRMO en todas sus partes el fallo apelado y condenó en costas a la recurrente.

Habiéndose interpuesto recurso extraordinario de casación contra la precedente sentencia por parte del apoderado de la Empresa citada, el que ha sufrido la correspondiente tramitación legal después de haber sido admitido por esta Superioridad, se va a dirimir una vez efectuado el estudio de la respectiva demanda de casación que contiene dos (2) cargos y el del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Manifiesta el recurrente que "el presente recurso se endereza a obtener la casación total del fallo acusado, para que en su lugar se revoque el de primera instancia y se absuelva a la parte demandada o, en subsidio, se la condene a pagar únicamente el tiempo que faltaba para cumplirse los seis meses del contrato presuntivo, al demandante, señor Alvarez".

"En el primer caso, debe condenarse al actor en las costas del juicio y del recurso; a las de éste, en el segundo".

MOTIVOS DE CASACION:

Sin citar la causal en que apoya su demanda, el recurrente manifiesta: "Acuso el fallo recurrido por ser violatorio de la ley sustantiva laboral, por aplicación indebida de los artículos 45, 46 y 64, inciso segundo del Código Sustantivo del Trabajo y por falta de aplicación del artículo 47 de la misma obra, a consecuencia de error evidente de hecho cometido por el sentenciador al apreciar la E. P. número 647 de 1º de julio de 1953 (folios 2, cuaderno principal) y la E. P. número 472 de la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla que obra folio 82 del mismo cuaderno, y no estimar el documento que obra a folio 1, especialmente en su cláusula 47".

Posteriormente, continúa el recurrente diciendo:

".....El error notorio de hecho consiste en afirmar que la relación de trabajo de que da cuenta el expediente, aparece de éste como una relación a término fijo, siendo así que es de duración indeterminada como paso a demostrarlo".

"Los Estatutos de la Cooperativa constituyen un todo que deben ser estimados por el sentenciador en la totalidad de sus cláusulas, para ser correctamente apreciados. Por ello no sólo la cláusula 46 sino también la 47, son pertinentes al caso. Y si bien en el documento de folio 82, que no 81 como dice el Tribunal, del cuaderno principal, aparece inserta la cláusula 46, en el documento de folio 1, presentado junto con la demanda por el propio actor, que el Tribunal NO ESTIMO, puede verse la cláusula 47, a páginas 36 y siguientes".

"Esta prueba por provenir del demandante mismo, haber sido acompañada con la demanda y no haber sido materia de discusión o rechazo en su contenido, por ninguna de las partes, debe y ha debido ser apreciada por el sentenciador. Este guardó silencio sobre ella, no le desconoció su mérito probatorio, sino que la ignoró; por ello no cabe acusación por error de derecho".

"Hecha la observación anterior, veamos lo que dice la evidencia procesal: El documento de folio 2, cuaderno principal, dice únicamente que el señor ALBERTO ALVAREZ fue elegido Gerente de la Cooperativa demandada "para el período que comienza a contarse desde el día 1º de julio próximo, es decir, de 1953. En parte alguna se lee allí que el señor Alvarez hubiera sido nombrado y éste hubiera aceptado el nombramiento para un período determinado de un año. El nombramiento es EVIDENTEMENETE para un tiempo o duración indeterminada".

"¿De dónde saca el Tribunal que la relación de trabajo entre el señor Alvarez y la Cooperativa tuvo duración determinada de un año?. No del nombramiento, desde luego, sino del artículo 48 de los Estatutos de la Cooperativa que es del siguiente tenor: "El Gerente será el representante legal de la sociedad y su órgano ordinario de comunicación con los socios y extraños; ejercerá sus funciones bajo la dirección inmediata del Consejo, y como mandatario del mismo (subrayo) será el Jefe de la Administración de la Cooperativa y será responsable ante el Consejo y la Asamblea de la buena marcha de aquélla; llevará

su representación en tods los negocios y firmará todos los documentos; vigilará el cumplimiento de estos estatutos, y ejecutará los Acuerdos y resoluciones de la Asamblea y del Consejo de Administración, conformándose a los estatutos y reglamentos de la sociedad. El Gerente será nombrado para períodos de un año; será reelegible, y no podrá ser pariente de ninguno de los consejeros.....".".

"Por su parte el artículo 47, olvidado por el sentenciador, dice: "Son atribuciones del Consejo de Administración: a). Nombrar, preferentemente de entre los socios: el Gerente de la Cooperativa....., suspenderlos, destituírlos y fijarles funciones y remuneración.....".".

"De los documentos anteriores aparece: a)—Que el Consejo no fijó período determinado (1 año dice el Tribunal) al señor Alvarez, puesto que lo nombró empleando una expresión indeterminada: "Período que empieza el 1º de julio próximo", pero no dijo hasta dónde iba. b—Que el artículo 48 da al Gerente el carácter de MANDATARIO del Consejo de Administración de la Cooperativa y el 47 le da la plena facultad de suspenderlo y destituírlo. Esto se halla de acuerdo con el principio según el cual EL MANDATO ES ESENCIALMENTE REVOCABLE, consagrado por el artículo 2.191 del Código Civil. Luego si el Gerente es un mandatario del Consejo y éste, por disposición de los propios estatutos de la Cooperativa y del artículo 2191 citado, tiene la facultad ESENCIAL de poner término en cualquier momento a ese mandato, o sea, de revocarlo, mal puede, sin desconocer la evidencia procesal, afirmar el Tribunal que el nombramiento hecho por el Consejo de la Cooperativa demandada, cuando habla en términos generales del "período que comienza el 1º de julio próximo", esté pactando un contrato de trabajo a término fijo".

"La alusión al período de un año, contenida en la cláusula 48, que el Tribunal toma aisladamente y sin relacionarla con las demás normas estatutarias, no perjudica la facultad de revocar el mandato o designación de Gerente, que tiene el Consejo, y no puede ser interpretada sino como una norma interna, para efectos de indicar al Consejo que no debe dejar más de un año al Gerente, pero que no vincula a éste forzosamente a mantenerlo un año en el desempeño de su cargo".

"Ocurre en el presente caso lo que en el de las Sociedades anónimas, a las cuales no puede imponerse un gerente a término fijo, aunque los estatutos lo digan, porque por definición son entidades administradas por mandatarios esencialmente revocables como lo dice una conocida norma del Código de Comercio. Por ello el Tribunal Seccional de Medellín, en el caso de Arbeláez contra la Naviera Colombiana, aplicó la tesis que he sostenido".

"También hay similitud entre el presente caso y aquel que ocurre con ciertos funcionarios oficiales, que, pese a tener período señalado en el C. de R. P. y M. (por ejemplo, los Gobernadores o Ministros) son, por disposición también del mismo Código, aunque contenida en otra parte, de la libre remoción y del libre nombramiento del señor Presidente de la República. El Consejo de Estado ha decidido hasta la saciedad que, pese a la norma que señala período para el desempeño de esos cargos, los nombramientos no se hace (sic) para una duración determinada, pues la facultad de remoción que la misma ley da al Presidente impide considerar esos nombramientos como hechos para un período determinado".

"Las anteriores consideraciones ponen de presente el ERROR EVIDENTE DE HECHO cometido por el sentenciador, al afirmar que en el presente caso se ha probado una relación laboral con término fijo de duración, siendo así que fue de duración indeterminada, que no se estipuló EXPRESAMENTE tiempo de duración".

"Y como secuela de es error, se violaron las normas citadas, así: los artículos 45, 46 y 47 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto el Tribunal aplicó indebidamente las dos primeras, al afirmar la existencia de un contrato o relación laboral de duración determinada; la última, al no aplicarla, ya que se trata de una relación de duración NO EXPRESAMENTE estipulada (lo expreso descarta lo implícito) y de consiguiente, por un plazo presuntivo de SEIS meses. Finalmente, violó el inciso segundo del artículo 64, del Código citado, por cuanto condenó al pago de los salarios que faltaban para completar un año de trabajo, siendo así que lo procedente hubiera sido condenar al pago de los salarios por el tiempo que faltaba para completar los seis meses del contrato presuntivo".

* * *

Se estudia el cargo.

Primeramente debe observar la Sala que ya en esta etapa del juicio el problema jurídico que entraña el caso sub-lite se ha desplazado, en lo que se refiere a la posición defensiva de la Cooperativa, apreciada en las instancias, de tratar de sostener la justificación del despido del señor

Alberto Alvarez, hacia la actitud de que el contrato que vinculó a las partes no era de duración determinada o fija sino de plazo indefinido. El cambio de orientación de la entidad demandada en realidad no alcanza a constituir un punto nuevo, como lo sugiere el señor apoderado del trabajador demandante en su escrito de oposición, lo que resultaría inaceptable en el estudio de este medio extraordinario de impugnación. Y no llega a ser un medio nuevo por cuanto el fallo del **ad-quem**, igual que el del **a-quo**, en su motivación y conclusiones se refieren al término o plazo del contrato de trabajo para deducir la condena por lucro cesante y, precisamente, aquel es el extremo que, ya contemplado en instancias, en el fondo ataca el recurrente.

El recurrente plantea su acusación por "error evidente de hecho" que hace recaer sobre la apreciación de la escritura pública número 647 de 10 de julio de 1953, de la Notaría Cuarta (folio 2 del cuaderno principal) y la escritura pública número 472 de la Notaría Segunda (folio 82 del mismo cuaderno), y por no estimar el documento de folio 1, especialmente en su cláusula. El error, según el libelista, consiste en que el Tribunal afirma que la relación de trabajo es a término fijo cuando en verdad es de duración indeterminada. En síntesis, sostiene, con base en los documentos atrás relacionados, que el Consejo de Administración de la Cooperativa no fijó período determinado como Gerente al señor Alvarez; que el Gerente, estatutariamente y en concordancia con las normas pertinentes del Código Civil que cita, era un mandatario y, por lo mismo, que su mandato resultaba esencialmente revocable.

El primer comentario del recurrente, merece esta observación de la Sala: en realidad, el Consejo de Administración no señaló período fijo al efectuar el nombramiento del Gerente Alvarez. Luego, si no hizo esa fijación hay que aplicar lo que dicen los estatutos de la Cooperativa sobre el particular, puesto que la elección fue hecha de acuerdo con tales normas y no de cualquier manera sino en **propiedad**, tal como se aprecia en el documento de folio tres vuelto del primer cuaderno; y en esta materia de período del Gerente, dichos estatutos establecen con toda nitidez y claridad que "será nombrado para períodos de un año" (folio 82 vuelto, primer cuaderno), y de conformidad con el mismo documento de folio tres citado, Alvarez fue elegido para "el período que principia a contarse desde el 1º de julio próximo". Como Alvarez no fue elegido provisional ni interinamente sino en **propiedad**, es decir, en forma definitiva, lógico es concluir que la duración de su empleo era de un año por disposición expresa estatutaria. A este respecto, jurídicamente no procede otra interpretación, porque si no; ¿en qué caso es operante o aplicable el plazo estatutario de un año?. Esta norma no puede ser caprichosa ni consagrada para que no tenga cumplido efecto; nó, hay que entenderla en un sentido positivo porque para esto se estableció. Por este aspecto del cargo, pues, no se aprecia el "evidente error" de valoración probatoria que el recurrente atribuye al **ad-quem**.

En lo que se refiere al carácter de mandatario del Gerente y a la revocabilidad en cualquier tiempo de su mandato, que expone el recurrente, la Sala acoge lo que sobre este tema, con notable precisión dijo el suprimido Tribunal Supremo del Trabajo, en un caso que guarda bastante semejanza con el **sub-judice**: "El cargo impugna la condena por lucro cesante con la tesis de que siendo esencialmente revocable el mandato del gerente de la sociedad anónima, según la legislación mercantil, no cabe afirmar duración presuntiva de su contrato de trabajo (para el supuesto de que éste exista) ni que la ruptura del mismo, por aquella facultad de revocación, sea ilícita y obligue a los salarios del tiempo faltante para el vencimiento presunto del contrato, como indemnización por el lucro cesante. Tal es, en síntesis, la cuestión de fondo que se propone en el cargo anterior y en el presente, por conceptos distintos de violación".

"Antes de decidirla el Tribunal Supremo observa que el fallo acusado declara la concurrencia, para el caso del gerente de autos, de un contrato laboral con otro de mandato diferente, en fenómeno especialmente contemplado por el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo. Este precepto constituye, pues, otro de los soportes legales de la sentencia, y el impugnador debió incluirlo en su acusación para que resultara completa la proposición jurídica a examinar. Sobre todo cuando el asunto principal a definir radica, precisamente, en el fenómeno de concurrencia apuntado. Porque, de una parte, ningún problema se suscitaría, en punto a la facultad de revocación del mandato del gerente, conforme a la legislación comercial, si no fuera porque el concurrente contrato de trabajo de duración indefinida tiene un término presuntivo, según la ley laboral; ni, a la inversa, ninguna duda existiría respecto de la condena discutida si no fuera

porque el mandato del gerente es esencialmente revocable, según la ley mercantil. Para quien intente conciliar las consecuencias jurídicas de uno y otro ordenamientos (como lo propugna el acusador en párrafo final, no transcrito, del cargo que se estudia, con invocación de los textos 1º y 18 del Código Sustantivo del Trabajo) la solución no puede ser otra que la de reconocer el imperio de aquella revocación, en lo que al mandato se refiere, quedando con ello terminada la relación del gerente con la sociedad, para todos los efectos de la gestión comercial; mas admitiendo, al mismo tiempo, que el contrato de trabajo concurrente posee un término de duración, según la ley laboral, la cual no registra aquella facultad entre las causales de terminación del vínculo de trabajo, ni tiene establecido un régimen de excepción por cuya virtud el gerente-empleado carezca de derecho al lucro cesante. Tal es la conclusión obligada, en razón del fenómeno de concurrencia. Y con ello se mantienen los efectos de las normas respectivas, dentro de su ámbito propio".

"Mas si se alegare que dicha solución implica, en el fondo, un desconocimiento de la facultad de revocación, o que equivale a dejar sin operancia la norma mercantil, o a restringirle sus efectos, será necesario replicar, para ese planteamiento de conflicto con la ley laboral, que el problema debe desatarse con prevalencia de la última, por mandato categórico del artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo. Y no se diga que esto conduciría, a su vez, a una violación de las reglas sobre preferencia, del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, que asignan al Código de Comercio un lugar apenas aventajado por el Código Civil, pues el texto laboral, último en el tiempo, más acorde con él y especialísimo, además, confirió preferencia a la ley de trabajo sobre cualquiera otra"

"Las razones anteriores obligan a resolver que teniendo el gerente de autos un contrato de trabajo con la sociedad demandada; que poseyendo tal contrato un término de duración; que habiéndolo terminado unilateralmente la empresa sin causa prevista por el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, se causaban los salarios del tiempo faltante conforme al artículo 64 de la misma obra, que no puede, por ello, resultar infringido por ninguno de los conceptos propuestos." (Juicio seguido por Eduardo Arbeláez contra "Naviera Colombiana S. A.". Sentencia de 30 de abril de 1956).

La misma armonización que hace la jurisprudencia antes reproducida entre la condición de empleado y la del mandato revocable del gerente cuando coinciden en una misma persona las dos circunstancias, considera la Sala que cabe hacerla respecto del problema en estudio en donde concurren hechos de igual entidad. De consiguiente, tampoco por este aspecto puede acogerse favorablemente la acusación, ya que estima la Corporación que las pruebas no se apreciaron mal, y que no han sido indebidamente aplicados los artículos 45, 46 y 64, inciso 2º del Código Sustantivo del Trabajo, ni se dejó de aplicar el 47 del mismo estatuto. Por el contrario, ellos fueron utilizados rectamente por el sentenciador.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

* * *

SEGUNDO CARGO:

Lo sustenta el recurrente en la siguiente forma, como complementario del anterior:

"Acuso también el fallo recurrido por errónea interpretación o por infracción directa del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con los artículos 45 y 46. Además, el 64, 2º, misma obra".

"Para el caso de que el Honorable Tribunal Supremo considere que hubo por parte del sentenciador una errónea interpretación o una violación directa de los textos citados, acuso el fallo recurrido por estos motivos".

"En efecto, las palabras transcritas del Tribunal dan a entender que el texto de la ley permite pactar tácita o implícitamente un contrato de trabajo a término fijo. Dijo el Tribunal: "....Con los documentos públicos aludidos y de una eficacia probatoria plena, es deducible (subrayo) que el señor Alberto Alvarez fue nombrado por el Consejo de Administración de la Cooperativa para desempeñar el cargo de Gerente de la misma entidad y que de acuerdo con normas establecidas por los Estatutos de la demandada tenía una duración de un año".

"El artículo 46 exige que el contrato a término fijo conste por escrito. Es decir, no sólo el contrato en cuanto dice que una persona contrata a otra como su trabajador y el salario, sino también el término de duración del mismo; no puede dejarse de estipular en el contrato escrito esta duración, sin que el contrato pase a ser de duración indefinida; por ello el artículo 47 exige que la duración, cuando no resulte de la natu-

raleza de la obra o servicio a ejecutarse, SEA EXPRESAMENTE ESTIPULADA. Bien por mala interpretación o sin ella, estas normas no se aplicaron".

"Y de paso, violó el sentenciador el artículo 64, numeral 2º, por cuanto condenó al pago de los salarios faltantes para completar el año de trabajo, siendo así que lo procedente era condenar al pago del tiempo que faltaba para completar los 6 meses".

Se estudia el cargo.

Considera la Sala que la disyuntiva que debió presentarse al sentenciador para deducir la condena por lucro cesante, fue la de aplicar el plazo indeterminado legal o el plazo fijo previsto en los estatutos. Ya se ha visto que optó por la segunda modalidad. En verdad, jurídicamente no podía ocurrir de otra manera por fuerza de antecedentes probatorios suficientemente esclarecidos dentro del juicio:

a) Nombramiento en propiedad de Alvarez por el Consejo de Administración y para el período que comenzaba a contarse el 1º de julio de 1953;

b) Expresión de Alvarez, ante el Consejo de Administración, de la aceptación del cargo de Gerente;

c) Recepción por el Presidente del Consejo de Administración del juramento de Alvarez de cumplir bien y fielmente con los deberes de cargo.

Todo lo anterior consta en documentos protocolizados ante Notario (folios 3 y siguientes) y folios 82 y siguientes del primer cuaderno) e indica la conformidad de la designación de Alvarez con los estatutos de la Cooperativa.

Ante tal situación, lógico era también que el Tribunal tomara como punto de referencia del plazo contractual el señalado expresamente en los estatutos. No era del caso referirse al plazo indeterminado porque frente a esta posibilidad el juzgador se encontraba con una norma expresa, escrita, establecida en los estatutos y más favorable para el trabajador. Esta norma es la que fija en un (1) año los períodos de duración del nombramiento de Gerente.

Finalmente, sobre el otro aspecto fundamental de la acusación, o sea acerca de la tesis del recurrente de que la estipulación sobre término fijo sólo es válida cuando consta en el texto del contrato escrito de trabajo, la Sala considera lo siguiente:

Las regulaciones de los artículos 45, 46 y 47 del Código Sustantivo del Trabajo citados por el recurrente se refieren todas al contrato individual de trabajo. Como tesis general el contrato celebrado a término fijo debe constar siempre por escrito.

Lo anterior significará que sólo en el contrato individual escrito sea válido el acuerdo sobre plazo fijo?. Nó, porque en un momento dado se puede estar en presencia de un ordenamiento jurídico positivo de superior jerarquía a la del contrato individual de trabajo que, no contrariando los principios de la Ley Laboral, en cuanto tienden a tutelar en un mínimum los derechos del trabajador, establezca condiciones más favorables a éste, según la doctrina que consagra el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el artículo 21 ibídem.

Conviene recordar que los estatutos de una Cooperativa, como régimen orgánico de la misma intervenido por el Estado, constituyen un conjunto de normas que no sólo son de obligatorio respeto para los socios, los organismos y personeros internos de la institución, sino también para las autoridades administrativas y judiciales cuando a éstas se acude en demanda de solucionar conflictos cooperativos. Tales normas se deben aplicar en su integridad tanto el relativo a las obligaciones de los servidores de la Cooperativa como a los derechos o garantías establecidos en su favor.

En el caso sub-judice, la duración del contrato verbal fue indeterminada; pero esa indeterminación desaparece frente a la estipulación estatutaria que fija en un (1) año, con posibilidad de reelección, el período del Gerente, y que fue complementada con el nombramiento que se le hizo al demandante para el período que se inició el 1º de julio de 1952, en desarrollo del mandato estatutario. Por lo cual no puede argüirse, como lo pretende el recurrente, que la relación laboral de Alvarez y la Cooperativa se hubiera celebrado por términos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, a que se refiere el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, sino por la anualidad estipulada por los estatutos.

El término del artículo 47, ha dicho la jurisprudencia, es supletivo de la voluntad de las partes y es un tiempo presunto por el cual se celebran los contratos de duración indeterminada, presunción que aparece desvirtuada en los autos por la estipulación estatutaria.

Por todas las consideraciones anteriores, la Sala concluye que no se ha configurado la interpretación errónea ni la infracción directa de las normas sustantivas acusadas por el recurrente.

En consecuencia el cargo no prospera..

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —SALA DE CASACION LABORAL—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de 8 de febrero de 1955 proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquila, en el juicio ordinario de Alberto Alvarez contra la "Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico Limitada", que es motivo del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García— Diógenes Sepúlveda Mejía, Conjuez—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCIDENTES DE TRABAJO, ENFERMEDAD PROFESIONAL Y ENFERMEDAD NO PROFESIONAL. — CONCURRENCIA DEL DERECHO A ASISTENCIA MEDICA Y AL AUXILIO MONETARIO. — PREAVISO. — REGIMEN JURIDICO DEL ARTICULO 48 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. — INDEMNIZACION MORATORIA CUANDO NO SE CANCELAN LAS DEUDAS LABORALES ANTES DEL PREAVISO. TECNICA DE CASACION

1.—La simple lectura de todos y cada uno de los cargos indica que el demandante-recurrente se limitó en su formulación a un brevísimo enunciado de los mismos sin ningún desarrollo o sustentación aceptable de ellos. No se concatenan los preceptos legales acusados con los diferentes conceptos de infracción legal expuestos, relacionándolos o explicándolos en sus diversos alcances y con la debida referencia al proveído del adquem. Por este solo aspecto, las acusaciones resultan formuladas en forma incompleta y, por lo mismo, no son susceptibles de prosperar.

2. — En varios cargos conjuntamente con normas sustantivas laborales, tanto en acusaciones por infracción directa como indirecta, se citan también como violadas en igual forma disposiciones de carácter procedimental del trabajo, del Código Civil, inclusive del Código de Régimen Político y Municipal, etc., que dentro de la técnica especial del recurso de casación, jurídicamente no puede decirse que se infringen de la misma manera. Esto no es procedente porque aquéllas (las sustantivas laborales) son las que consagran los derechos que tutelan al trabajador; en cambio, las otras (las de naturaleza no laboral), si son sustantivas de otro orden deben relacionarse con las laborales, y las de simple procedimiento son apenas medios o instrumentos para obtener el reconocimiento de esos derechos primordiales. Por lo mismo, no es admisible que de unas y otras pueda predicarse que se violan de idéntica manera, sin las necesarias aclaraciones y distinciones, tal como lo hace el recurrente. Sobre todo, cuando se debe tener presente que la misión interpretativa que compete a esta Sala está encaminada a la unificación de la jurisprudencia nacional del trabajo que legalmente sólo puede adelantarse sobre los preceptos primeramente mencionados.

3.—Los conceptos sobre accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y enfermedades no profesionales son diferentes e inconfundibles. Los dos primeros constituyen prestaciones patronales comunes que rigen para categorías económicas de empresas dentro de una especial clasificación que oscila entre los $ 10.000.00, los $ 50.000.00 y los $ 125.000.00, o más. La enfermedad no profesional, en cambio, tiene el doble carácter de prestación social común en cuanto al auxilio en dinero establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y de prestación social especial previsto en el artículo 277 ibidem, referente a asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria pero únicamente para empresas de un capital superior a $ 800.000.00.

4.— Es lógica la conclusión de que si el trabajador enfermo tiene derecho a la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, de igual modo tiene derecho al auxilio monetario por el tiempo de incapacidad, sin exceder de seis (6) meses, puesto que así expresamente lo dispone el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, armonizado con el 227 ibidem, al cual el primero se refiere.

5. — No puede olvidarse que además del preaviso legal del artículo 48, existen otras forma de preaviso como fácilmente se observa en el artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

6. — La jurisprudencia laboral ha sido constante en el sentido de establecer que "el despido corresponde demostrarlo al trabajador, y la justificación del mismo al patrono".

7.—Si se pretendía hacer uso de la cláusula de reserva, lo indicado era haberlo hecho así, es decir, invocarla para justificar

la extensión unilateral del contrato. La ley no exige que se diga la causa o motivo que mueve a la terminación del contrato de trabajo cuando en éste se ha pactado la cláusula de reserva; en otros términos, no obliga a dar explicaciones de las razones que inducen a utilizarla. Pero es obvio que esto no significa que no se deba mencionar por lo menos la estipulación contractual cuando la intención es hacer uso de ella; sobre todo, para evitar el riesgo de la ruptura ilegal del contrato.

No es que no exista la obligación de dar el preaviso, nó; lo que sucede es que cuando el patrono opta por no darlo en tiempo entonces debe compensar monetariamente su valor. Considera la Sala que la notificación de terminación del contrato, cuando se quiere hacer uso de la cláusula de reserva, siempre hay que hacerla por escrito, al tenor de lo preceptuado por el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que ésta es la manera en que se manifiesta legalmente la voluntad de una de las partes de no continuar con el contrato. En cuanto al preaviso en sí, cabe la alternativa para el patrono de darlo en tiempo, es decir, para que el asalariado preste sus servicios durante el plazo respectivo, o compensarlo en dinero, para que una vez que se notifique la decisión de rompimiento contractual cese la relación de trabajo.

8.—El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no condiciona la imposición de la indemnización moratoria a que se dé o nó preaviso de ninguna especie.

9.—Como la ley ordena (artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo) que el pago de las prestaciones sociales o la consignación, según el caso, se haga a la terminación del contrato de trabajo y no se hizo así sino varias semanas después y sin justificación aceptable, máxime cuando el artículo 68 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que la cancelación de esos derechos debe ser previa, resulta procedente la condena por mora.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., julio treinta de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

El actor ALFONSO CASAS ABADIE, por medio de apoderado instauró demanda ordinaria de trabajo contra la entidad denominada BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO S. A., con domicilio en este Distrito de Bogotá, representada por su Gerente don Aurelio Correa Arango o por quien haga sus veces, para que mediante el trámite de rigor fuese condenada ésta a pagar las siguientes peticiones:

"a) **Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria.**—O su respectiva indemnización en dinero. Prestaciones éstas causadas por la enfermedad que con fecha anterior a su retiro y posterior a éste padecía mi poderdante.

"b) La asistencia médica quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, más allá del término legal, (sic), y necesaria para el restablecimiento pleno de la salud de mi poderdante, o su indemnización en dinero por haberse negado culposamente la Empresa a continuar atendiendo médica y farmacéuticamente a mi poderdante, de la enfermedad que padecía estando al servicio de la Empresa.

"c) **Invalidez.**—La producida a consecuencia de la enfermedad que padecía al momento de su retiro y que padece actualmente mi poderdante, y que la Empresa culposamente se ha negado a atender.

"d) **Auxilio monetario.**—El originado a partir del despido (enero 5 de 1955) y hasta por el término de seis (6) meses, por la enfermedad que padece actualmente, y que padecía durante el tiempo de sus servicios y al momento de su retiro mi poderdante.

"e) **Lucro cesante.**—Por este concepto la suma de $ 670.00 o cuanto más probare equivalentes a dos meses siete días de salarios o sea el tiempo faltante para cumplir el último plazo presuntivo y causado por el despido injusto de mi poderdante.

"f) **Indemnización por falta de pago.**—Por este concepto la suma de diez pesos diarios causados desde el 5 de enero de 1955 día de su despido injusto, hasta la fecha de la consignación de las prestaciones adeudadas, y salarios.

"g) **Reembolso.**—La suma de pesos que mi poderdante pagó, mediante sumas descontadas de su salario, al Banco Comercial Antioqueño, por la atención médica hospitalaria y quirúrgica a que fue sometido en la Clínica de Palermo y atendido por el doctor Jorge Castro Duque".

Los hechos del libelo inicial fueron expuestos en quince ordinales, de los cuales el primero a quinto expresan que:

"PRIMERO. — Mi poderdante según contrato verbal entró a prestar sus servicios al Banco Comercial Antioqueño en la Sucursal de Bogotá, desde el día 12 de marzo de 1951 y para desempeñar las funciones de Auxiliar de Informes.

"SEGUNDO.—El contrato verbal inicial fue celebrado y ejecutado hasta el 12 de noviembre de 1951, y el 13 de noviembre del mismo año principió a ejecutarse un contrato de duración indeterminada.

"TERCERO.— Mi poderdante devengó las siguientes asignaciones $ 148.80 mensuales, $ 248.00 mensuales y últimamente un sueldo mensual de $ 300.00 moneda corriente.

"CUARTO.—Mi poderdante fue despedido unilateralmente por la Empresa, mediante el pago de un preaviso, a partir del 5 de enero de 1955.

"QUINTO. — Mi poderdante el 5 de enero de 1955, día de su despido se encontraba enfermo y en tratamiento médico"

En los ordinales sexto al décimo del libelo, expresa el actor que él expuso el deseo al Banco Comercial Antioqueño de que su examen de retiro fuera practicado por un profesional distinto al doctor Alfonso Borda Mendoza, con quien había tenido altercados y diferencias, por cuestiones de salud, que estimaba como suficientes para que el mencionado profesional no obrara con la corrección debida, a lo cual la empresa dio respuesta negativa por medio de una carta fechada el 13 de enero de 1955, en los siguientes términos: ".....Estimado señor Casas: Contestamos su carta fechada el 5 de los corrientes y recibida el 12 del mismo mes. Con respecto a su solicitud de que se le practique examen de retiro por un profesional distinto al médico del Banco, que como usted sabe es el doctor Alfonso Borda Mendoza, lamentamos tener que manifestarle que las disposiciones legales que regulan la materia, y nuestra propia organización del servicio médico, no nos permiten servirnos para examen de retiro de médicos distintos al titular del Banco Anotamos que el plazo para presentarse al referido examen, en la fecha de recibo de su carta se encuentra ya vencido. — Informarmos (sic) a usted que nuestra Casa principal ya nos remitió su liquidación de cesantía.....". Continúa diciendo el actor que por su propia cuenta fue examinado radiológicamente por el doctor Daniel Mariño Zuleta, el día 2 de mayo de 1955, con el resultado que aparece descrito en la fórmula que transcribe en el ordinal décimo, pero antes manifiesta que él padecía de una úlcera duodenal en el momento de su retiro y con anterioridad a la fecha de éste, 5 de enero de 1955, circunstancia muy conocida por el médico de la empresa, úlcera que estaba siendo tratada por el doctor Hernando Velásquez Mejía quien desde antes del retiro le había prescrito un cierto régimen alimenticio acorde con la fórmula médica que igualmente transcribe, para luégo manifestar que la fórmula médica fue pagada directamente por el Banco a la Droguería "DYFCA" mas no así el valor del régimen dietético. Que asimismo el Banco pagó al doctor Hrenando Velásquez Mejía lo relativo al tratamiento médico, comprendiendo en el pago lo concerniente al valor de unas radiografíais ordenadas por este último médico al doctor Daniel Mariño Zületa.

En los puntos once a quince de la demanda se expresa que: "Once.—Mi poderdante fue hospitalizado en la Clínica de Palermo, calle 47, número 22-04, a consecuencia de una apendicectomía tratada por el doctor Jorge Castro Duque, en ese entonces médico de la Empresa, habiendo entrado el 18 de octubre de 1951, sometido a intervención quirúrgica el 19 de los mismos saliendo de la Clínica el 24 del mismo mes y año.

"Los gastos ocasionados por concepto de esta hospitalización fueron cubiertos así: La mitad por el Banco Comercial Antioqueño y la otra mitad mi poderdante, con cuotas descontadas de su sueldo a partir de la fecha de su regreso al trabajo.

"Doce—A mi poderdante con fecha 5 de enero de 1955 se le adeudaban los salarios correspondientes del 1º al 4 del mismo mes, así como la cesantía causada durante el tiempo de su servicio.

"Trece.—Lo Empresa consignó en el Juzgado Primero del Trabajo, más o menos el 16 de marzo de 1955 la suma que por cesantía y salarios creyó adeudarle, previa deducción de la suma de pesos que mi poderdante adeudaba al Banco Popular de Bogotá.

"Catorce.—Mi poderdante ha insistido ante la Empresa a fin de que le sea tratada la enfermedad que padecía el 5 de de enero de 1955, y con anterioridad a esa fecha, y que padece actualmente, pero la Empresa se ha negado a su tratamiento. De esto da cuenta el Acta número 23 de

la Inspección Tercera de Trabajo de la Seccional de Trabajo de Cundinamarca.

"Quince.—El Banco Comercial Antioqueño tiene un patrimonio de más de $ 800.000.00".

En derecho fueron invocados los artículos 64, 65, 227, 277 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo.

La Empresa demandada por intermedio de apoderado contestó los hechos de la siguiente manera:

Aceptó varios de los hechos, sobre todo en los referentes a las fechas de ingreso y retiro del empleado, los sueldos devengados, fluctuantes entre $ 186.00 en principio y $ 300.00 mensuales a la fecha del retiro del trabajador; manifestó no constarle y que debían probarse otros hechos. Mas en lo relativo a las prestaciones sociales, expresó que el demandante se negó a recibirlas lo mismo que los sueldos adeudados, por lo cual sus respectivos valores le fueron consignados en un Juzgado del trabajo a sus órdenes, según carta que le fue entregada. En lo que respecta a la enfermedad del ex-empleado Casas, manifestó que a éste con la carta de despido se le remitió boleta para examen médico, la cual no fue utilizada, y que un tiempo después Casas manifestó que no lo hacía porque había tenido un disgusto con el médico del Banco, el cual, con fundamento en disposiciones legales y en sus reglamentos tenía entonces servicio médico propio organizado; que el actor dejó vencer el término legal para hacerse practicar el examen de retiro, y aunque pretendió que el Banco lo hiciera examinar por un médico distinto al de la institución, dicha solicitud le fue negada por improcedente, para luégo decir que en ningún caso el médico de la entidad habría "prevaricado" en el ejercicio de su función médica por tratarse de un profesional distinguidísimo y de una irreprochable honestidad y en estas condiciones la imputación del demandante implicaba una afirmación calumniosa que el Banco rechazaba enfáticamente. Así mismo que no constituía obligación alguna para la entidad bancaria el suministrar a los empleados cuidados dietéticos especiales, y en cuanto a que subsistiera la enfermedad para la cual se había dispensado oportuno y legal tratamiento, al Banco no le constaba por no haberse sometido el empleado al examen de rigor en la fecha de su retiro, aunque sí admite la intervención de médicos especializados. Se opuso a las peticiones impetradas en la demanda afirmando que se trataba de aspiraciones infundadas que el Banco no estaba obligado a satisfacer por ningún concepto, ante la renuencia del trabajador de someterse a las normas legales.

El Juzgado Primero del Trabajo, que fue el del conocimiento, dirimió la controversia absolviendo al Banco Comercial Antioqueño S. A. de todas las súplicas contenidas en el libelo y condenó en costas al actor.

Apelada esta providencia por el apoderado del demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— en fallo de fecha 18 de junio de 1957, revocó en todas sus partes la sentencia del a-quo, y en su lugar condenó a la citada sociedad a pagar al actor lo siguiente:

"a) La asistencia médica, farmaceútica, quirúrgica y hospitalaria necesaria, hasta por seis meses (6), para restablecerlo de la enfermedad no profesional (gastritis hipertrófica y úlcera del bulbo duodenal); b) Mientras dure la incapacidad y hasta por ciento ochenta días, doscientos mensuales ($ 200.00) durante los primeros noventa días y ciento cincuenta pesos mensuales ($ 150.00) por el tiempo restante, a título de auxilio monetario, por enfermedad no profesional; c) Doscientos veinte pesos ($ 220.00) a título de lucro cesante; y, d) Seiscientos noventa pesos ($ 690.00) a título de salarios caídos. Absolvió a la misma entidad bancaria de los restantes cargos y no hizo condenación en costas ni en primera ni en segunda instancia.

Contra esta última providencia interpusieron recurso de casación los apoderados de ambas partes, recurso que concedido y tramitado legalmente, pasa a decidirse mediante el estudio de las correspondientes demandas y escritos de oposición.

DEMANDA DEL TRABAJADOR

Como alcance de la impugnación en el escrito que el trabajador demandante sustenta su recurso, se expone el siguiente:

"Alcance de la impugnación. — Que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, case parcialmente la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 18 de junio de 1957,— (folios 131 a 135)— en cuanto por ella se absolvió al Banco Comercial Antioqueño S. A. de las peticiones b), c), f), del libelo de demanda, —(folios 2º y 3º)—, y que como Tribunal de Instancia confirme los pronunciamientos y condenas del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, contenidos en sus letras a), d), e), y f),

y condénase además a las siguientes prestaciones e indemnizaciones:

"1º.—INDEMNIZACION POR MULTA. — Por este concepto la suma de $ 10.00 diarios, causados desde el 5 de enero de 1955, día del despido injusto de mi poderdante, por cada día de retardo, y durante todo el tiempo del retraso en el suministro de la Asistencia Médica, Farmacéutica, Hospitalaria, Quirúrgica, a que en razón de la enfermedad que padece mi poderdante, la Empresa está obligada a suministrar, y que por culpa de la misma, se ha retrasado con peligro para la vida de mi poderdante.

"2º.—INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.—Por este concepto la suma de $ 10.00 diarios, causados desde el 5 de enero de 1955, día del despido injusto de mi poderdante hasta la fecha en que el Banco Comercial Antioqueño S. A. haga practicar a mi poderdante el examen médico de retiro y le expida el correspondiente certificado de salud de que trata el ordinal 7º del artículo 57, del Código Sustantivo de Trabajo.

"3º.—INVALIDEZ.—Por este concepto la pensión de invalidez causada por la incapacidad, originada en la enfermedad que padece mi poderdante".

* * *

Acerca del propósito que persigue el actor, la Sala se ve precisada a observar que no es procedente la solicitud para que se condene a pagar a la sociedad demandada la multa de diez pesos ($ 10.00) diarios, por retraso en el suministro de la asistencia médica, farmacéutica, hospitalaria y quirúrgica, por cuanto esta petición no fue formulada en la demanda inicial ni tampoco se discutió en el curso de las instancias del plenario y, por consiguiente, viene a constituir un medio nuevo en casación que, como es bien sabido, no es admisible en el estudio de este recurso extraordinario.

Seguidamente el libelista aduce como motivo de casación el señalado en la causal primera del artículo 87 del C. P. L. La demanda contempla diez (10) cargos, los cuales están planteados en los siguientes términos:

"PRIMER CARGO.—La sentencia Laboral, de segunda instancia incurrió en infracción directa, violando los artículos 50 del Código de Procedimiento del Trabajo; 19, 55, 56, 57, 64, 207 numeral 2º, 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 63 incisos 2º y 3º del Código Civil.

"SEGUNDO CARGO. — La sentencia Laboral de segunda instancia incurrió en infracción indirecta, por error de hecho, violando los artículos 19, 55, 56, 57, 64, 207 numeral segundo, 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo; 50 del Código de Procedimiento del Trabajo; artículo 63 inciso 2º y 3º del Código Civil; dejando de apreciar o apreciándolas mal, las pruebas que a continuación enumero:

"a) Absolución de Posiciones, del Gerente del Banco Comercial Antioqueño .Folios 43, 44, 45, 46.

"b) Copia de la fórmula médica del doctor Hernando Velásquez Mejía, folios 31;

"c) Declaración del señor doctor Hernando Velásquez Mejía, folios 114 y 115;

"d) Documentarias, o dictamen médico del Departamento Nacional de Medicina o Higiene Industrial, número 027. S. del 19 de enero de 1956, folios 40 y 41.

"e) Copias del resultado radiológico de fecha de noviembre 25 de 1954 suscrito por el señor doctor Daniel Mariño Zuleta. Folios 35 y 36;

"f) Declaración del señor doctor Daniel Mariño Zuleta, folios 91 y 92;

"g) Radiografías y resultado radiográfico, practicado por el doctor Daniel Mariño Zuleta, con fecha mayo 2 de 1955, radiografías números 5032 y 3113.

"h) Copia del acta de conciliación expedida por la Oficina Seccional de Trabajo de Cundinamarca, folios 49 y 50.

"i) Reglamento de Trabajo del Banco Comercial Antioqueño, folios 55 y 73.

"j) Dictamen pericial del doctor Guillermo Sarmiento López. Folios 100 y 101.

"k) Declaración del señor doctor Alfonso Borda Mendoza. Folio 78.

"l) La carta dirigida por el Banco Comercial Antioqueño al señor Alfonso Casas Abadie con fecha 13 de enero de 1955. Folio 29".

"TERCER CARGO.—La sentencia Laboral de segunda instancia es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida de los artículos 50 del Código de Procedimiento del Trabajo; 19, 55, 56, 57, 64, 207 numeral 2º, 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 63 inciso 2º y 3º del Código Civil; artículo 55 del capítulo XIX del reglamento de trabajo del Banco Comercial Antioqueño, en concordancia con los artículos 107 y 115 del Código Sustantivo del Trabajo.

"CUARTO CARGO.—La sentencia Laboral de segunda instancia es violatorio de la ley sustantiva por errónea interpretación de los artículos

50 del Código de Procedimiento del Trabajo; 19, 55, 56, 57, 64, 207 numeral 2º, 227, y 277 del Código Sustantivo del Trabajo; incisos 2 y 3 del artículo 63 del Código Civil; artículo 55 del capítulo XIX del reglamento de Trabajo del Banco Comercial Antioqueño, en concordancia con los artículos 107 y 115 del Código Sustantivo del Trabajo.

"QUINTO CARGO.— La sentencia Laboral de segunda instancia, incurrió en infracción directa, violando los artículos 65 numerales 1º y 3º; 57 ordinal 7º del Código Sustantivo del Trabajo; 59 y 62 del Código Político y Municipal; 50 del Código de Procedimiento del Trabajo.

"SEXTO CARGO.— La sentencia laboral, de segunda instancia, incurrió en infracción indirecta, violando los artículos 65 numerales 1º y 3º, 57 ordinal 7º del Código Sustantivo del Trabajo; 59 y 62 del Código Político y Municipal, 50 del Código de Procedimiento del Trabajo, por no apreciar o apreciar mal, las siguientes pruebas:

"a) Absolución de posiciones, del Gerente del Banco Comercial Antioqueño. Folios 43, 44, 45, 46,

"b) Copia de la fórmula médica del doctor Hernando Velásquez Mejía. Folio 31.

"c) Declaración del señor doctor Hernando Velásquez Mejía. Folios 114 y 115.

"d) Dictamen médico del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial número 027 S. del 19 de enero de 1956. Folios 40 y 41.

"e) Copia del acta de conciliación expedida por la Oficina Seccional de Trabajo de Cundinamarca. Folios 49 y 50.

"f) Copias del resultado radiológico de fecha 25 de noviembre de 1954 suscrito por el señor doctor Daniel Mariño Zuleta, folios 35 y 36.

"g) Declaración del señor doctor Daniel Mariño Zuleta. Folios 91 y 92.

"h) Reglamento de Trabajo del Banco Comercial Antioqueño.

"i) Declaración del señor doctor Alfonso Borda Mendoza. Folios 78.

"j) La carta dirigida por el Banco Comercial Antioqueño al señor Alfonso Casas Abadie, con fecha 13 de enero de 1955. Folio 29.

"SEPTIMO CARGO.—La sentencia Laboral, de segunda instancia, es violatoria de la ley sustantiva por indebida aplicación de los artículos 65 numerales 1º y 3º, 57 ordinal 7º del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 59 y 62 del Código Político y Municipal; 50 del Código de Procedimiento del Trabajo.

"OCTAVO CARGO.—La sentencia laboral, de segunda instancia, es violatoria de la ley sustantiva por errónea interpretación de los artículos 65 numerales 1º y 3º 57 ordinal 7º del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 59 y 62 del Código Político y Municipal; 50 del Código de Procedimiento del Trabajo.

"NOVENO CARGO.—La sentencia de segunda instancia, pronunciada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, incurrió en infracción directa, violando el artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo, en su letra a, y el artículo 203 del mismo Código numeral 1º.

"DECIMO CARGO.— La sentencia laboral de segunda instancia, incurrió en infracción indirecta violando los artículos 278 y 203, letra a y numeral 1º respectivamente, del Código Sustantivo del Trabajo, por no apreciar o apreciar mal, las pruebas que a continuación enumero:

"a) Dictamen médico del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial, número 027 S. del 19 de enero de 1956. Folio 40 y 41.

"b) Radiografía y resultado radiográfico, practicado por el doctor Daniel Mariño Zuleta, en mayo 2 de 1955. Radiografías números 50, 32 y 3.113.

"c) Declaración del doctor Daniel Mariño Zuleta, folios 91, 92.

"d) Dictamen pericial del doctor Guillermo Sarmiento López. Folios 100 y 101".

* * *

Para resolver, se considera:

La simple lectura de todos y cada uno de los cargos indica que el demandante-recurrente se limitó en su formulación a un brevísimo enunciado de los mismos sin ningún desarrollo o sustentación aceptable de ellos. No se concatenan los preceptos legales acusados con los diferentes conceptos de infracción legal expuestos, relacionándolos o explicándolos en sus diversos alcances y con la debida referencia al proveído del ad-quem. Por este sólo aspecto, las acusaciones resultan formuladas en forma incompleta y, por lo mismo, no son susceptibles de prosperar. Sinembargo, la Sala desea puntualizar más su pensamiento y

abundar en razones para no acoger los cargos planteados.

En efecto, y por vía de ejemplo, en unos casos se habla de infracción indirecta de textos legales (cargos 2º, 6º y 10º), por error de hecho que recae sobre pruebas que de manera general se dice que no se apreciaron o que se apreciaron mal, pero sin precisar cuáles de esas pruebas fueron las que omitió considerar o indebidamente apreció el Tribunal, y cómo el error enunciado incidió en la parte resolutiva de la sentencia recurrida y en las disposiciones acusadas.

En otros cargos (1º, 3º, 4º, 5º, 7º y 8º) se refiere el recurrente a la violación de unas mismas normas legales por concepto de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, todo esto dicho dentro del extremado laconismo de que antes se habló y sin explicar en qué consiste cada una de esas diversas formas de transgresión de la ley.

Otra deficiencia de los cargos es la relativa a que en varios de ellos conjuntamente con normas sustantivas laborales, tanto en acusaciones por infracción directa como indirecta, se citan también como violadas en igual forma disposiciones de carácter procedimental del trabajo, del Código Civil, inclusive del Código de Régimen Político y Municipal, etc., que dentro de la técnica especial del recurso de casación, jurídicamente no puede decirse que se infringen de la misma manera. Esto no es procedente porque aquéllas (las sustantivas laborales) son las que consagran los derechos que tutelan al trabajador; en cambio, las otras (las de naturaleza no laboral), si son sustantivas de otro orden deben relacionarse con las laborales, y las de simple procedimiento son apenas medios o instrumentos para obtener el reconocimiento de esos derechos primordiales. Por lo mismo, no es admisible que de unas y otras pueda predicarse que se violan de idéntica manera, sin las necesarias aclaraciones y distinciones, tal como lo hace el recurrente. Sobre todo, cuando se debe tener presente que la misión interpretativa que compete a esta Sala está encaminada a la unificación de la jurisprudencia nacional del trabajo que lógicamente sólo puede adelantarse sobre los preceptos primeramente mencionados.

Lo anterior conduce a la Sala a coincidir con los puntos de vista del señor apoderado de la sociedad demandada cuando en su escrito de oposición manifiesta: "Una de las características fundamentales del recurso extraordinario de casación, es la exigencia de que el demandante diga de modo concreto, aunque sintético y breve, en qué consiste la violación de la ley; no basta afirmar que se ha violado tal o cual disposición, sino que es necesario indicar la naturaleza de ella, puesto que la Corte en ningún caso puede proceder a hacer un nuevo análisis del proceso, sino únicamente de las declaraciones de la sentencia y su confrontación con la ley, pero naturalmente en la medida en que lo indique el recurrente. No precisa, pues, sostener que la declaración contenida en la sentencia respecto de la pretensión b) de la demanda no viola la ley, porque el demandante no ha dicho cómo y en qué forma la viola" (sic).

Por todo lo anteriormente expuesto, los cargos no prosperan.

RECURSO DE LA SOCIEDAD DEMANDADA

Pretende el recurrente que con su demanda se case la sentencia de segundo grado y se absuelva a la entidad demandada de todas las peticiones hechas por el trabajador reclamante. Invoca la causal primera del artículo 87 del C. P. del T. y presenta cuatro (4) cargos que en su orden examina la Sala.

PRIMER CARGO

Está formulado así: "Para hacer la primera condenación, la sentencia de segunda instancia se apoya en los siguientes razonamientos:

"Está demostrado que el demandante, en la época en que fue despedido por la sociedad demandada, padecía de una enfermedad no profesional —úlcera duodenal— que lo incapacitaba para las labores de "auxiliar de informes" que desempeñaba y que, hoy en día, continúa incapacitado para desarrollar cualquier clase de trabajo. Por su parte el Banco demandado no acreditó, conforme era su deber, tener un capital inferior a ochocientos mil pesos ($ 800.000.00). Por lo demás, el hecho de que Casas Abadie se hubiese negado, con razón o sin ella, a someterse al examen médico de retiro, no comporta las consecuencias deducidas por el a-quo, pues la negativa destacada no es la renuencia injustificada de que trata el artículo 202 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Precisa, en consecuencia, revocar la sentencia apelada en este punto para, en su lugar, condenar a la parte demandada a suministrar al demandante la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria para restablecerlo

de la enfermedad no profesional que lo aqueja —úlcera duodenal—, hasta por seis meses".

"La declaración contenida en el ordinal a) de la sentencia, viola los artículos 282 y 208 del Código Sustantivo del Trabajo.

"En efecto: no puede tomarse el artículo 282 como disposición aislada dentro del ordenamiento jurídico-laboral, sino que es necesario vincularla al resto de las normas que regulan las relaciones laborales. En primer término el artículo 208 del Código Sustantivo del Trabajo ordena: "El trabajador que sin justa causa se niegue a recibir la atención médica que le otorga el patrono, pierde el derecho a la prestación en dinero por la incapacidad que sobrevenga a consecuencia de esta negativa". Y el artículo 282 ordena: "Es obligatorio para el trabajador el tratamiento médico prescrito, especialmente el quirúrgico, cuando de acuerdo con la apreciación médica conduzca a la curación". "La renuencia injustificada a cumplir con las prescripciones médicas priva del auxilio correspondiente".

"Estas dos disposiciones determinan entonces la obligatoriedad que comporta para el trabajador someterse a la atención médica que suministre el patrono y a los tratamientos que el médico prescriba. Es evidente que entre los distintos aspectos de la asistencia médica está primordialísimamente el de los exámenes médicos, inclusive el de retiro, para que por el vehículo científico autorizado por la ley, se determine la necesidad de tratamiento de cualquier índole. De donde constituye una violación de la ley, obligar al patrono al cumplimiento de la obligación de suministrar un tratamiento, cuando el trabajador no ha cumplido con la primera y elemental obligación que es la de someterse a la asistencia médica indicada por el patrono, con pleno derecho según el artículo 208 del Código Sustantivo del Trabajo. No resulta lógico dentro de la armonía de las normas sustantivas, decir que "el hecho de que CASAS ARADIZ se hubiese negado, con razón o sin ella, a someterse a examen médico de retiro, no comporta las consecuencias deducidas por el ad-quem, pues la negativa destacada no es la renuencia injustificada de que trata el artículo 282 del Código Sustantivo del Trabajo" porque esto implicaría que el trabajador puede violar la obligación de someterse a la asistencia médica, y obligar al patrono al cumplimiento o realización de tratamientos que la asistencia médica que él tiene derecho a dar, no le ha determinado".

* * *

Se examina el cargo.

Como primera medida, observa la Sala que el recurrente-demandado omite indicar el concepto de la violación de las normas acusadas, ya que únicamente manifiesta que ellas se violaron, pero sin precisar en qué forma ocurrió su infracción. Este es un requisito importante en la sustentación de este recurso extraordinario, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral. No obstante lo anterior, por amplitud se estudia el cargo.

Del análisis de la acusación se deduce que las disposiciones que el recurrente señala como violadas son los artículos 208 y 282 del Código Sustantivo del Trabajo. Como la tarea fundamental de la Corte es la confrontación del fallo recurrido con los preceptos legales sustantivos que se indican como infringidos, la Sala se ve precisada a realizar los siguientes planteamientos previos:

a) De conformidad con el dictamen médico oficial la enfermedad que padece el trabajador demandante es de carácter no profesional (Folios 40 y 41 del primer cuaderno);

b) El artículo 208 que cita el recurrente forma parte del articulado del Título VIII (PRESTACIONES PATRONALES COMUNES), Capítulo II que trata de los Accidentes de Trabajo y de las Enfermedades Profesionales. En el Capítulo III del mismo Título también se habla de enfermedades no profesionales pero únicamente para establecer la proporción monetaria en que se paga tal prestación, la forma de estimación para salarios variables y las personas y entidades exceptuadas de dicha prestación

c) En cuanto al artículo 282 que también se menciona en el cargo, es de observar que pertenece al Título IX (PRESTACIONES PATRONALES ESPECIALES), Capítulo III que se refiere al Auxilio por Enfermedad No profesional e Invalidez.

De lo anterior se desprende que los conceptos sobre accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y enfermedades no profesionales son diferentes e inconfundibles. Los dos primeros constituyen prestaciones patronales comunes que rigen para categorías económicas de empresas dentro de una especial clasificación que oscila entre los $ 10.000.00, los $ 50.000.00 y los $ 125.000.00, o más La enfermedad no profesional, en cambio, tiene el doble carácter de prestación social común en cuanto al auxilio en dinero establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y de prestación social especial previsto en el artícu-

lo 277 ibidem, referente a asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria pero únicamente para empresas de un capital superior a $ 300.000.00.

Así las cosas, se tiene que el artículo 208 del Código Sustantivo del Trabajo hay que descartarlo como de posible incidencia en el caso sub-lite, por cuanto en éste se trata de una enfermedad no profesional y aquella disposición está en un capítulo que se refiere exclusivamente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Por sustracción de materia, sólo persiste en el cargo el artículo 282 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero podrá esta sola disposición, en la hipótesis de que el cago prosperara, tener el mérito suficiente de enervar la condena del ad-quem sobre asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, tal como lo plantea el señor apoderado de la sociedad recurrente?. A juicio de la Sala no es capaz ese artículo aislado de desvirtuar el pronunciamiento condenatorio del Tribunal. A esta conclusión llega mediante las siguientes consideraciones:

1º) El artículo acusado se limita a establecer la obligación del trabajador de someterse al tratamiento médico que se le prescriba y la sanción a que se expone cuando es renuente sin justificación a cumplir las prescripciones médicas.

2º) El artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo establece la obligación patronal en materia de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria en los casos de enfermedad no profesional. A esta obligación es a la que se refiere la condena del fallo acusado. Mas se observa que el recurrente no menciona en su cargo tal disposición sino exclusivamente los artículos 208 y 282 ibidem.

Por lo visto, la formulación del cargo resulta incompleta puesto que no se acusó la norma sustantiva que sirvió de soporte jurídico al ad-quem para proferir su condena.

En consecuencia, no prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO:

Lo formula la parte demandada-recurrente en los siguientes términos: "Para hacer la segunda condenación, la Sentencia se apoya en lo siguiente: "Lo dicho al estudiar la petición a) es bastante, a juicio del Tribunal, para concluir que el demandante tiene derecho a que la sociedad demandada sea condenada a pagarle el auxilio monetario de que trata el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo. Se revocará, pues, la decisión impugnada en este punto para, en su lugar, proveer en consonancia".

"La declaración contenida en el ordinal b), numeral 1º, de la sentencia demandada, constituye indebida aplicación del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo".

"Como muy bien lo dijo el Gerente del Banco al contestar la demanda, "no constituye obligación alguna suministrar a los empleados cuidados dietéticos especiales. En cuanto a que subsistiera la enfermedad para la cual se le había dispensado oportunamente y legal tratamiento, al Banco no le consta por no haberse sometido el empleado al examen de rigor". Necesariamente como lo hace la sentencia demandada, este punto debe relacionarse con el anterior; es evidente que la existencia o no de la enfermedad significaba o no obligatoriedad para el Banco en cuanto el trabajador se sometiera a la asistencia médica que de conformidad con la ley suministra el Banco; la renuencia del trabajador, su incumplimiento de sus obligaciones y su violación de la ley, no puede convertirse en título en contra de la entidad; de donde resulta indebidamente aplicado el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo".

* * *

Para resolver, se considera:

En primer término, resulta oportuno advertir que entre las condenas a) mencionada en el primer cargo y la b), punto 1º) del que se examina, visibles en la parte resolutiva del fallo acusado, existe, como lo dedujo el sentenciador, una estrecha conexión. Es lógica la conclusión de que si el trabajador enfermo tiene derecho a la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria de igual modo tiene derecho al auxilio monetario por el tiempo de incapacidad, sin exceder de seis (6) meses, puesto que así expresamente lo dispone el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, armonizado con el 227 ibidem, al cual el primero se refiere.

En el cargo que se estudia, la acusación la puntualizó el recurrente en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por indebida aplicación. ¿Pero en verdad habrá una impropia aplicación de la norma citada?. Para despejar esta incógnita la Sala considera lo siguiente: Es un hecho demostrado en el juicio, con las pruebas que obran a folios 31, 40, 100 y 115 del primer cuaderno, que el trabajador reclamante se encontraba enfermo el día en que fue despedido (enero 5 de 1955). La sociedad demandada conocía esa situa-

ción por cuanto, según el documento de fecha diciembre 17 de 1954, que reposa a folio 31, reconocido por el Gerente de la demandada al absolver posiciones, se ordenaba un tratamiento y drogas durante tres (3) meses. Estas drogas fueron pagadas por la entidad demandada, tal como igualmente lo reconoce el mismo Gerente en posiciones (folio 46 del primer cuaderno). Por otra parte, el trabajador Casas Abadía fue despedido antes de que transcurrieran los tres (3) meses del tratamiento señalado.

Ante esta clara situación procesal, el recurrente sustenta su cargo aduciendo declaraciones del Gerente del Banco sobre la falta de obligación para la sociedad demandada de ...."suministrar a los empleados cuidados dietéticos especiales". En cuanto a que subsistiera la enfermedad para la cual se le había dispensado oportuno y legal tratamiento, al Banco no le consta por no haberse sometido el empleado al examen de rigor". Pero uno y otro argumentos no desvirtúan el estado de enfermedad del trabajador diagnosticado en diciembre de 1954, así como tampoco el hecho de que el Banco pagó las drogas prescritas y de que el trabajador fué despedido antes de los tres (3) meses del tratamiento indicado.

Por todo lo anterior, no se ve que exista la indebida aplicación del texto legal acusado. Por el contrario, si el Tribunal llegó al convencimiento de que el trabajador era acreedor a las prestaciones asistenciales del artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, natural y lógico resultaba que impusiera la obligación complementaria del reconocimiento del auxilio monetario previsto en esa misma disposición y en el artículo 227 ibídem.

Por las razones expuestas, no prospera el cargo.

TERCER CARGO:

Se halla plantoado por la recurrente así: "Dice la sentencia que el despido es ilegal porque no se manifestó la causal o motivo de esa terminación unilateral, ni se dijo que ésta se adoptaba en uso de la cláusula de reserva estipulada en el correspondiente contrato de trabajo. Es entendido que la ley o la norma en materia de trabajo incluye también el respectivo contrato de trabajo; de modo que al decir la entidad que enviaba el valor del "preaviso legal" estaba refiriéndose a la norma, y no se ve porque deba especificarse la razón del despido, cuando se hace uso expreso del "preaviso legal", o sea justamente de una forma de terminación del contrato debidamente autorizado por la ley".

"De conformidad con el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo puede pactarse la cláusula de reserva y solamente es válida cuando se consigne por escrito en el contrato de trabajo; esta cláusula permite de acuerdo con el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo prescindir del preaviso pagando los salarios correspondientes a cuarenta y cinco (45) días".

"En el reglamento interno de trabajo del BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO (Capítulo XX), se consagra la cláusula de reserva (folio 68 del proceso); en el contrato de trabajo suscrito entre el Banco y ALFONSO CASAS ABADIE se pactó expresamente la cláusula de reserva (folio 28 del proceso)".

"Podía, pues, el Banco pagando los cuarenta y cinco días que establece la ley, prescindir de los servicios del trabajador, sin dar preaviso. No obstante, explicó en la carta del folio 30 que se trataba del "preaviso legal" porque no estaba obligado a dar ninguna otra explicación, en virtud del artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, del Reglamento Interno de Trabajo, y del contrato de Trabajo".

"Incurrió el Tallador de Segunda Instancia en una indebida aplicación de la ley, por error de hecho en la valoración de la prueba, dándole un valor probatorio que no tiene y negándole el que sí tiene en concordancia con las normas legales".

* * *

Se examina el cargo.

Estima la Sala que son muy atendibles los argumentos que presenta el señor apoderado de la entidad demandada para respaldar este cargo; sinembargo, para resolver el fondo del problema jurídico propuesto, considera conveniente sentar algunas premisas de orden legal y doctrinario para esclarecer la cuestión debatida.

Primeramente, debe tenerse en cuenta lo que establece el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo tenor literal es éste:

"1.—La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción la causal o motivo que la mueve a tomar esa determinación, salvo en el caso de que exista la cláusula de reserva conforme al artículo 48.

"2.—Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos".

En segundo término, no cabe duda de que entre el Banco y el trabajador existía legalmente estipulada la cláusula de reserva de que trata el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo.

En tercer lugar, no puede olvidarse que además del preaviso legal del artículo 48 antes citado, existen otras formas de preaviso como fácilmente se observa en el artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, debe recordarse que la jurisprudencia laboral ha sido constante en el sentido de establecer que "el despido corresponde demostrarlo al trabajador, y la justificación del mismo al patrono".

Ahora bien, es inobjetable que la nota de despido para el trabajador Casas Abadie en parte alguna dice a qué obedece tal decisión; en ella simplemente se expone que "hemos resuelto prescindir de sus servicios....." y que le incluyen el valor del "preaviso legal".

Si se pretendía hacer uso de la cláusula de reserva, lo indicado era haberlo hecho así, es decir, invocarla para justificar la extinción unilateral del contrato. La ley, como se ha visto, no exige que se diga la causal o motivo que mueve a la terminación del contrato de trabajo cuando en este se ha pactado la cláusula de reserva; en otros términos, no obliga a dar explicaciones de las razones que inducen a utilizarla. Pero es obvio que esto no significa que no se deba mencionar por lo menos tal estipulación contractual cuando la intención es hacer uso de ella; sobre todo, para evitar el riesgo de la ruptura ilegal del contrato.

No es que no exista la obligación de dar el preaviso, como lo dice el recurrente en su cargo; nó, lo que sucede es que cuando el patrono opta por no darlo en tiempo entonces debe compensar monetariamente su valor. Considera la Sala que la notificación de terminación del contrato, cuando se quiere hacer uso de la cláusula de reserva, siempre hay que hacerla por escrito, al tenor de lo preceptuado por el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que ésta es la manera en que se manifiesta legalmente la voluntad de una de las partes de no continuar con el contrato. En cuanto al preaviso en sí, cabe la alternativa para el patrono de darlo en tiempo, es decir, para que el asalariado preste sus servicios durate el plazo respectivo, o compensarlo en dinero, para que una vez que se notifique la decisión de rompimiento contractual cese la relación de trabajo.

Además, en la situación jurídica propuesta por el recurrente, observa la Corte que no se hizo uso debido de la cláusula de reserva por cuanto la sociedad demandada no puso a disposición oportuna del trabajador desahuciado sus prestaciones sociales, como lo exige en forma clara y terminante el comentado artículo 48.

Las anteriores reflexiones son suficientes para que no prospere la acusación

CUARTO CARGO:

Lo sustenta la parte demandada-recurrente de la siguiente manera: "Para hacer la cuarta condenación la sentencia se apoya en los siguientes razonamientos:

"El Tribunal estima que este reclamo debe prosperar sólo por el lapso de mora, no justificado, transcurrido entre el 5 de enero de 1955, día en que el demandante fue despedido, y el 16 de marzo siguiente, día en que la sociedad demandada consignó a su favor la suma que creyó adeudarle por concepto de cesantía y salarios. Con efecto, la renuencia de la misma en suministrarle la asistencia a que aquí se le condena parece disculpable ante el hecho de que había estado tratando al actor, antes del despido, de la propia enfermedad que lo incapacita actualmente para rabajar, aunado a otro, consistente en que éste, al fin y al cabo, no se sometió al examen médico de retiro".

"La declaración contenida en el ordinal b) numeral 3º de la sentencia, es violatoria de la ley sustantiva por indebida aplicación".

"'En efecto: habiendo procedido el Banco legalmente al dar el preaviso, en la forma en que lo actuó, no hay lugar al problema jurídico de los salarios caídos a que se refiere el demandante y la sentencia. Por otra parte, el Banco no estuvo renuente en el pago de las prestaciones, sino el trabajador en recibirlas. No hay lugar, pues, a la condenación decretada en la sentencia recurrida en casación".

o o o.

Se analiza el cargo.

El primer argumento que le sirve de sustentación, o sea que "habiendo procedido el Banco legalmente a dar el preaviso, en la forma en que lo actuó, no hay lugar al problema jurídico de de los salarios caídos.....", no es valedero para la causación o nó de los salarios moratorios. En efecto, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no condiciona la imposición de la indemnización moratoria a que se dé o nó preaviso de ninguna especie.

En cuanto al otro argumento, es decir, el de que "por otra parte, el Banco no estuvo renuente en el pago de las prestaciones, sino el trabajador en recibirlas", tampoco constituye una posición

patronal que por sí sola exonere de la sanción cuestionada. En primer lugar, hay que observar que la afirmación del recurrente de que el trabajador demostró renuencia en recibir las prestaciones sociales, no encuentra apoyo probatorio en el juicio. En segundo lugar, considera la Corporación que el problema hay que referirlo exclusivamente a la circunstancia de que no se justificó adecuadamente la demora transcurrida entre la fecha del despido del trabajador y la de la consignación. Como la ley ordena (artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo) que el pago de las prestaciones sociales o la consignación, según el caso, se haga a la terminación del contrato de trabajo y no se hizo así sino varias semanas después y sin justificación aceptable, máxime cuando el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que la cancelación de esos derechos debe ser previa, resulta procedente la condena por mora proferida por el Tribunal. Por consiguiente, no se ha configurado la aplicación indebida del citado artículo 65.

No prospera el cargo.

* * *

En mérito de todo lo anteriormente analizado, la Corte Suprema de Justicia —SALA DE CASACION LABORAL— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida de fecha junio dieciocho (18) de mil novecientos cincuenta y siete (1957), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, en el juicio seguido por el actor ALFONSO CASAS ABADIE contra el "BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO S. A.", Sucursal de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL TRABAJADOR ES RESPONSABLE DE LOS RIESGOS O DAÑOS CAUSADOS POR SU FALTA DE DILIGENCIA Y CUIDADO EN EL DESARROLLO DEL CONTRATO. LA PROPOSICION DE CELEBRAR UN NUEVO CONTRATO DE TRABAJO NO IMPLICA LA TERMINACION DEL ANTERIOR.—COMPENSACION DE DEUDAS LABORALES COMO EXONERACION DE LA INDEMNIZACION POR MORA. — CASACION POR VIOLACION DE NORMAS QUE NO TIENEN CARACTER LABORAL. — COSTAS.

1.— Es obvio que al patrono, a quien le está vedado modificar unilateralmente las condiciones de un contrato en curso, bien puede proponer la celebración de uno nuevo, y ello, si el trabajador no accede, y no media presión indebida, en manera alguna implica la terminación del vínculo existente, y menos configura un despido.

2.— Demostrada la culpa del trabajador, que no puede atribuirse a una imprudencia corriente, puesto que, pudiendo hacerlo, no tomó las precauciones que preservaran del peligro de saqueo al cargamento que conducía, resulta aplicable el artículo 1.604 del Código Civil, por tratarse de un contrato celebrado en beneficio recíproco de las partes, y a falta de disposición expresa en el Código Sustantivo del Trabajo.

No es válido el argumento de que tal precepto pugna con el artículo 28 de dicho Código, en cuanto dispone que el trabajador nunca puede asumir los riesgos o pérdidas del patrono, porque el recto entendimiento de esta norma es el de que el trabajador no responde de los riesgos o pérdidas que no ocurran por su propia culpa. A contrario sensu el trabajador responde del riesgo o pérdida ocasionado por la falta inexcusable de diligencia y cuidado en la ejecución del contrato.

3.—La cita de normas de procedimiento o de estatutos distintos al que regula las relaciones entre patronos y trabajadores, acerca de las cuales se afirma que han sido quebrantadas, sólo es eficaz en casación cuando se establece su incidencia sobre alguna de estas últimas, que a su turno aparezca violada.

4.—Es obvio que si a la terminación del contrato el trabajador tiene pendiente para con el patrono deudas de origen laboral cuyo monto es igual o superior al valor de los salarios y prestaciones sociales a que pueda tener derecho, y el segundo alega fundadamente la compensación, no cabe la condena por salarios caídos.

5.—Por habérsele venido repitiendo desde hace largo tiempo, es muy conocida la jurisprudencia según la cual lo relativo a costas, por ser punto accesorio del debate, no es base de ataque de una sentencia en casación. Además no emanando de normas sustantivas laborales, esa materia resulta extraña a la finalidad de este recurso extraordinario, que es la de unificar la jurisprudencia nacional en relación precisamente con tales normas y no con otras.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

FRANCISCO LUIS PALACIOS demandó por medio de apoderado a ALFONSO VELEZ MONTOYA, con el fin de que éste fuera condenado a pagarle lucro cesante por la ruptura unilateral e ilegal del contrato, vacaciones correspondientes a un año, auxilio de cesantía, primas de servicio e indemnización moratoria por el tiempo transcurrido desde el 8 de septiembre de 1955 hasta la fecha en que sean pagadas las prestaciones.

Se dijo en la demanda que Francisco Luis Palacios prestó sus servicios a Vélez Montoya como chofer de un vehículo automotor, en el lapso comprendido entre el 10 de febrero de 1954 y el 7 de septiembre de 1955, a virtud de contrato celebrado verbalmente; que el salario devengado fue de $ 400.00 mensuales; que se le despidió intempestivamente y de manera injustificada y que el patrono se negó a pagarle las prestaciones a que el trabajador cree tener derecho.

El demandado no admitió los hechos de la demanda; dijo haber consignado en el Juzgado

Quinto del Trabajo de Medellín la suma que le correspondía al demandante, además de que le anticipó salarios por la suma de $ 280.00; explicó que la Casa Comercial donde tomó a crédito el camión, habiéndose reservado el dominio, se lo quitó en el mes de septiembre de 1955 y lo guardó en sus depósitos por varios días, pero que mediante nuevo arreglo que hizo con dicha Casa se lo devolvieron; que en el camión, de cuyo manejo estaba encargado Palacios, debía ser transportada una caja que contenía chapas y candados por valor de $ 1.227.00, de Cartagena a Medellín, que no entregó a su destinatario, manifestando que se la habían robado; que Palacios se obligó a pagarla por contados mensuales y que no lo había hecho hasta la fecha de contestación de la demanda; que no estaba obligado a pagar prima de servicio por no ser un empresario y que su capital no pasaba de $ 30.000.00. Propuso las excepciones de pago, compensación, petición antes de tiempo o de modo indebido y carencia de acción.

Por su parte Vélez Montoya presentó contra Palacios demanda de reconvención para que éste fuera condenado a pagarle las sumas que le entregó por anticipo de salarios y el valor de la Caja perdida afirmando que ese valor tuvo que ser pagado por él a la empresa "Cauca al Mar Limitada", a la que estaba afiliado el vehículo, para que ésta a su vez pagara a Peter Santamaría y Compañía Limitada, Sociedad a la cual pertenecía la Caja perdida.

Palacios, en la contestación de la demanda de reconvención, dijo ser cierto que la empresa "Cauca Mar Limitada" le otorgó en Cartagena un cargamento para varias Casas de Comercio de Medellín de, entre ellas Peter Santamaría y Compañía Limitada; que por reclamo que le hizo Vélez Montoya se enteró de que había faltado una caja; que tanto él como Vélez Montoya presumieron que la caja había sido hurtada en el camino, y que de común acuerdo convinieron en que Palacios pondría la denuncia respectiva ante las autoridades de Cartagena, como realmente lo hizo; que Vélez Montoya le expresó que tendría que pagarle el valor de la caja en caso de no aparecer y que después le retuvo el salario de 20 días y las prestaciones sociales, sin justa causa. Agregó que no estaba obligado a pagar la caja porque la pérdida de ella se debió a fuerza mayor. En consecuencia, se opuso a las peticiones de la demanda de reconvención.

Tramitado el juicio, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero del Trabajo de Medellín, condenó al demandado a pagar al actor $ 838.32 por concepto de auxilio de cesantía y $ 200.00 por vacaciones causadas y no disfrutadas. Lo absolvió de las demás peticiones de la demanda. En cuanto a la de reconvención, absolvió a Palacios de los respectivos cargos.

Apelada la sentencia de primer grado por ambas partes para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, éste la modificó condenando a Vélez Montoya a pagar a Palacios la suma de $ 614.24 por cesantía, $ 200.0 por vacaciones y $ 255.29 por prima de servicios, y a Palacios, a pagar a Vélez Montoya la suma de $ 1.227.00 a título de perjuicios. Declaró la excepción de compensación entre los dos créditos recíprocos y ordenó pagar a Vélez Montoya la diferencia, que fue de $ 157.47.

Contra este fallo interpuso recurso de casación la parte demandante. Va a decidirse dicho recurso.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

El recurrente lo señala así: ".....pido que en el respectivo fallo se declare que Alfonso Vélez Montoya debe pagar a Francisco Luis Palacios G., además de las sumas a que fue condenado en la sentencia recurrida, las siguientes cantidades de dinero:

"Dos mil noventa y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 2.093.33), por concepto de indemnización por violación del término presuntivo del contrato;

"Cuatrocientos pesos ($ 400.00), como sanción por mora en el pago o consignación de las prestaciones sociales; y

"Las costas del juicio.

"Pido también que Palacios sea absuelto de los cargos que se le formularon en la demanda de reconvención, y se declare no probada la excepción de compensación que propuso Vélez Montoya".

LOS CARGOS

Invocando la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento de Trabajo, el recurrente, en un escrito que no se ciñe a la técnica de casación, formula seis cargos, los cuales, en lo posible, serán examinados a continuación.

PRIMER CARGO

Señala como violados en forma indirecta, por falta de aplicación y a consecuencia de error de

hecho, los siguientes artículos del Código Sustantivo del Trabajo: el 47 que regula el plazo presuntivo del contrato; el 51, especialmente en su numeral tercero, que dispone avisar con anticipación no inferior a un mes, o pagar los salarios correspondientes a ese período, en caso de suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa; el 61 en los literales c) y f), relativos a la terminación del contrato por suspensión de actividades por parte del patrono durante más de 120 días o por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, y el 64, que establece la indemnización que debe pagar el patrono cuando rompe unilateral e ilegalmente el contrato.

El recurrente destaca la siguiente declaración contenida en la parte motiva del fallo: "La prueba del despido alegado en la demanda, se echa de menos en el proceso. El patrono, al referirse a la reclamación que al respecto hizo el trabajador ante la Inspección Seccional del Trabajo, simplemente confesó que el contrato fue suspendido con ocasión de que la agencia vendedora del carro se lo había quitado, pero advirtiendo que recuperado el carro pocos días después, nuevamente llamó al servicio al operario, sin que éste quisiera volver a trabajar. Así las cosas, no procede condenación a título de perjuicios por violación del contrato por despido sin justa causa".

Afirma que la declaración transcrita, la cual tuvo incidencia sobre la parte resolutiva del fallo, implica manifiesto error de hecho, consistente en haber dado por cierta la circunstancia de que el contrato fue únicamente suspendido y no terminado. Anota al efecto que en el Acta de conciliación que obra al folio 25 del cuaderno principal del expediente se puso en labios de Vélez la siguiente frase: "Tuve necesidad de suspender al trabajador en forma intempestiva porque el carro me lo quitó la agencia"; analiza esta frase y llega a la conclusión de que el patrono no le dio a la palabra suspender la significación que tiene en la legislación laboral; añade que Vélez en realidad despidió a Palacios, y para reforzar su tesis cita estas otras frases del Acta mencionada: "El camión me fue entregado (no dijo devuelto, como debió decir en caso de transitoriedad), como a los veinte días, ya que hice un nuevo arreglo con ellos, y entonces llamé al señor Palacios para que volviera a trabajar mediante un nuevo contrato y después de haber arreglado la pérdida de una caja muy valiosa del mismo carro, pero el trabajador no quiso volver a trabajar. Aclaro que el valor de la caja perdida no se pudo arreglar" (el texto intercalado entre paréntesis y los subrayados son del recurrente).

Sostiene finalmente que si no hubiera habido despido, tampoco podría aceptarse que hubo suspensión, "porque según el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, ésta sólo puede tener lugar por fuerza mayor o caso fortuito, por muerte del patrono y por suspensión de actividades por razones técnicas o económicas".

Se estudia el cargo:

En su demanda afirmó el trabajador que el patrono lo despidió "intempestivamente y de manera injustificada". El Tribunal Seccional echó de menos la prueba de ese hecho. Y no dejó de tener en cuenta el acta de conciliación que obra al folio 25 del cuaderno principal, señalada por el recurrente, ya que precisamente en ella está contenida la manifestación del demandado que le sirvió de base para estimar que el contrato de trabajo no se extinguió con motivo de la actitud de la Casa vendedora respecto del vehículo cuyo manejo había confiado Vélez Montoya a Palacios, sino que simplemente quedó suspendido, por la imposibilidad transitoria en que estuvo el patrono de ocupar al trabajador.

Las otras frases del acta de conciliación, según las cuales una vez que Vélez Montoya obtuvo la devolución del vehículo, llamó a Palacios "para que volviera a trabajar mediante un nuevo contrato", no indican, como lo pretende el recurrente, que se hubiese consumado el despido. Porque es obvio que el patrono, a quien le está vedado modificar unilateralmente las condiciones de un contrato en curso, bien puede proponer la celebración de uno nuevo, y ello, si el trabajador no accede, y no media presión indebida, en manera alguna implica la terminación del vínculo existente, y menos configura un despido.

La tesis del recurrente carece, pues, de fundamento legal, y en consecuencia, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

En este acusa por aplicación indebida del artículo 1.604 del Código Civil en relación con el artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo y por falta de aplicación del artículo 28 del C. S. del T., a consecuencia de manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Se refiere el recurrente a la parte del fallo en que se condena a Palacios a pagar a Vélez Montoya la suma de $ 1.227.00 a título de perjuicios,

por la pérdida de una de las cajas que se le entregaron en Cartagena para su transporte a Medellín, mediante la consideración de que conforme al artículo 63 del C. S. del T., por tratarse de un contrato celebrado para beneficio recíproco de las partes, el trabajador en su ejecución era responsable de la culpa leve, esto es, que debía actuar con aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, o de otra manera como un buen padre de familia.

Sostiene que el artículo 1.604 del Código Civil regula únicamente las obligaciones civiles, por lo cual y porque además la culpa no existió, es inaplicable, de acuerdo con el artículo 20 del C. S. del T., que preceptúa que en caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquéllas, y que, por otra parte, según el artículo 28, también del C. S. del T., el trabajador nunca puede asumir riesgos ni responder por pérdidas en la industria o negocio.

Cita las declaraciones de los testigos Marcos Gallo (folio 49) y Luis Jairo Madrid (folio 49 vuelto) quienes dijeron que en las carreteras y aun estando los vehículos en marcha, se pierde carga con mucha frecuencia sin que los conductores puedan darse cuenta de ello oportunamente.

Se considera:

El sentenciador estima que la pérdida de una de las cajas que en Cartagena recibió Palacios para ser transportada a Medellín, hecho reconocido por el demandante, ocurrió por haber abandonado el cargamento confiado a su custodia sin tomar precauciones tan sencillas como la de cerciorarse de que estuviera amarrada la compuerta del vehículo y sin cuidarse de recuperar la mercancía una vez que advirtió la falta de ella. Al efecto se apoya en la denuncia que el propio trabajador presentó ante la Inspección Primera General de Policía del Departamento de Bolívar el 3 de septiembre de 1955, en los términos siguientes:

".....Presento denuncio ante este Despacho por "Hurto" sospechando de los braceros de Caucamar. Los hechos fueron los siguientes: El día 26 de agosto como a las tres de la tarde cargué el camión marca Mack, placas número 18.983 de Medellín, faena que fue hecha por los braceros de Cauca Mar. Una vez cargado el camión dejé a los braceros amarrando las puertas y fuí a comer porque tenía que emprender viaje hacia Medellín. Al llegar al retén de Gambote comenzó a llover, me bajé del camión con el fin de ponerle la carpa a la mercancía para que no se mojara; notó la falta de una caja en la carga que llevaba, como ví que la caja faltante era pequeña creí que no tendría mucho valor y continué el viaje a Medellín. Al entregar la carga me comunicaron que el valor de la mercancía perdida era de ($ 1.500.) y que contenía la caja perdida candados y chapas Yale....."

En atención a los referidos antecedentes, llegó a la conclusión de que el trabajador en la ejecución de su contrato se hizo responsable de culpa leve, ya que en el desempeño de su cargo no actuó con aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, con lo cual ocasionó perjuicios a su patrono, representados por la suma que éste tuvo que pagar a la empresa a la que estaba afiliado el camión, y por ello lo condenó a cubrir la indemnización respectiva, fundándose en el artículo 1.604 del Código Civil, en armonía con el 63 del C. S. del T.

El recurrente pretende demostrar que no hubo culpa por parte de Palacios, y en ese propósito cita las declaraciones de Marcos Gallo y de Luis Jairo Madrid. Estos testigos dijeron, en lo pertinente:

"Es verdad y lo afirmo por constarme personalmente, que en la empresa se han presentado algunos casos de pérdida de mercancías. Inclusive a mí se me han perdido del carro cajas o bultos de mercancías y he tenido que pagarlos; esas pérdidas se deben a saqueos de carga". (Declaración de Marcos Galló Restrepo, folio 49).

"En la empresa es frecuente el caso de que a un chofer se le pierda un bulto o varios y en Cartagena han ocurrido muchos saqueos. A mí no se me ha perdido hasta ahora ningún bulto, pero sí han intentado porque me han cortado las cuerdas a fin de bregar a subirse. De estos robos viene a enterarse el chofer al revisar la carga, lo que hace uno con alguna frecuencia en el camino, pero en forma inmediata no se dá uno cuenta de ello, pues de ser así uno intentaría evitar el robo" (Declaración de Luis Jairo Madrid, folio 49 vuelto).

Las declaraciones de los testigos mencionados en verdad acreditan que en la carretera que recorría en su viaje Palacios es frecuente el robo de mercancías transportadas en los vehículos que por ella transitan. Pero es obvio que esa circunstancia, presumiblemente conocida por el demandante, que la invoca en su favor, lo obligaba a aumentar la vigilancia y a ser más prudente en

el uso de medidas de seguridad, cuya omisión precisamente pone de presente el fallo acusado.

Demostrada, pues, la culpa del trabajador, que no puede atribuírse a una imprudencia corriente, puesto que, pudiendo hacerlo, no tomó las precauciones que preservaran del peligro de saqueo al cargamento que conducía, resultaba aplicable el artículo 1.604 del Código Civil, por tratarse, como anota el fallador, de un contrato celebrado en beneficio recíproco de las partes, y a falta de disposición expresa en el Código Sustantivo del Trabajo.

No es válido el argumento de que tal precepto pugna con el artículo 28 de dicho Código, en cuanto dispone que el trabajador nunca puede asumir los riesgos o pérdidas del patrono, porque el recto entendimiento de esta norma es el de que el trabajador no responde de los riesgos o pérdidas que no ocurran por su propia culpa. A contrario sensu el trabajador responde del riesgo o pérdida ocasionada por la falta inexcusable de diligencia y cuidado en la ejecución del contrato.

Por tanto, se rechaza el cargo.

TERCER CARGO

En este se acusa también por indebida aplicación del artículo 1.604 del Código Civil en relación con el artículo 20 del C. S. del T. y por falta de aplicación del artículo 28 del C. S. del T., a consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Hace el recurrente algunas consideraciones, propias de un alegato de instancia, para refutar la parte motiva del fallo en que se califica como falta grave de Palacios la circunstancia de que éste no hubiera regresado en busca de la caja desde el lugar de la carretera en que advirtió la pérdida. Pero no señala ninguna prueba para demostrar el cargo, como lo exige la técnica de casación. En consecuencia, no es posible examinarlo.

CUARTO CARGO

Señala como violados los artículos 266, 273, 274, 308 y 313 del Código de Comercio en forma indirecta, por falta de aplicación, como también, por el mismo concepto, los artículos 51 y 61 del C. P. T. y el 28 del C. S. del T.

Sostiene que el fallador al hacer una "superapreciación" de la inspección ocular del folio 52 de la declaración de Augusto Mejía (folio 33) y de la denuncia de Palacios (folio 26 vuelto), incurrió en manifiesto error de hecho, que lo llevó a dar por establecida, sin estarlo, "la pérdida de una cosa determinada y el valor de la misma, siendo que no se conocía la cantidad de los artefactos, ni el valor de éstos, y sobre todo, que se requería prueba especial e intervención de autoridad directamente encargada por la ley de establecer o decidir acerca de la culpa del trabajador, lo que debió hacerse previamente".

Expone los siguientes argumentos:

"j) En autos no aparece la carta de porte, que en el contrato de transportes es la prueba adecuada según el artículo 266 del Código de Comercio, siempre que llene los requisitos del artículo 274 ibídem. Por tanto, no está demostrada la vinculación entre Caucamar, Peter Santa María y Compañía Limitada, Alfonso Vélez Montoya y el demandante, ni la relación que los hechos consignados en la demanda de reconvención tenga con tales personas. El despacho de la carga resulta probado solamente con acta de inspección ocular que aparece a folios 52, en la cual se dice que en la Oficina de Caucamar en Medellín existe la planilla 2141-C de 26 de agosto de 1956, que anuncia un despacho hecho por la oficina de Cartagena en que se incluyeron ocho cajas conteniendo candados con remisión número 2251 para Peter Santa María y Compañía Limitada de Medellín, con peso de sesenta y un (61) kilogramos. No se habla del recibo que de tal cargamento debió hacérsele firmar a Palacios, para que éste fuera realmente responsable. Se anotó también, que en el recibo que dio el destinatario, consta únicamente la entrega de siete (7) cajas; pero no se dijo cuál fue el peso de ellas, lo que elimina la posibilidad de hacer una confrontación para establecer alguna diferencia entre la entrega y el recibo o mejor, entre lo cargado y lo entregado; y además, este documento no fue firmado por Palacios sino por un señor Rafael Zuluaga, quien no puede obligar a aquél, pues se ignora qué papel juega en el negocio. No aparece por parte alguna constancia de que se hubiera realizado el canje del original de la carta de porte por duplicado, que es la manera de demostrar la recepción de la mercancía, según el artículo 273 y el artículo 313 del indicado Código de Comercio. Todas estas consideraciones dejan el convencimiento de que no se demostró el hecho de que Palacios hubiera recibido una cantidad determinada de cosas determinables y de valor conocido, como es de rigor para llegar a condenar por una

suma específica de pesos; ni se demostró en cifras lo que entregó, para poder deducir en cifras lo que perdió.

"k) Si el fallo no se hubiere apoyado en la inspección ocular que se acaba de analizar, pudo apoyarse en la declaración de Augusto Mejía (folios 33). Este dijo que Palacios había firmado en Cartagena por ocho (8) cajas y que en la entrega que hizo en Medellín había faltado una (1) que contenía candados, según había manifestado el destinatario Peter Santa María y Cía. Limitada, pues el declarante no conoció el contenido de la caja. Esta prueba resulta tan inoperante como la de la inspección ocular, no solamente porque es inadecuada según la ley, sino porque se trata de testimonio único de persona que sabe por haberlo dicho el interesado o destinatario, y porque es, también como la inspección, muy vaga, ya que no arroja ninguna luz sobre la cosa que contenía la caja, ni habla de calidad, cantidad, precio ni nada que pueda servir para fundamentar una condena por una suma de pesos.

"l) Descartados los soportes del fallo por los dos aspectos anteriores, resta solamente saber si el sentenciador pudo apoyarlo en la denuncia de Palacios (folios 26 vuelto). Esta prueba presenta los mismos inconvenientes o defectos que se hicieron resaltar para la inspección ocular y para la declaración de Augusto Mejía en los dos literales anteriores inmediatos, por no ser la prueba exigida por la ley, y porque es tan imprecisa que no puede fundamentar una condena por determinada cantidad de pesos. Además, si la denuncia se estima como una confesión, deberá interpretarse en su integridad y no en forma parcial como se ha hecho; porque si es cierto que confiesa haber perdido una caja, advierte que fue pequeña, de poco valor según su concepto, y en circunstancias que lo relevan de toda responsabilidad y que se detallaron en el literal h) de este memorial, por lo cual no creo necesario repetirlas.

"n) Se violaron en forma indirecta, por falta de aplicación, todas las normas legales que se mencionaron en el literal j) de este memorial, pues si se hubieran tenido en cuenta, se hubiera absuelto a Palacios por falta de prueba. Además se violó en iguales condiciones el artículo 308 del Código de C. Terrestre, que preceptúa que en caso de pérdida de mercancías en vía de transporte, serán pagadas al precio que tenían en el día y en el lugar en donde debía verificarse la entrega, a juicio de peritos. Como no se hizo el peritazgo, no se probó que la mercancía hurtada hubiera tenido un valor de $ 1.227.60 pues el empleado de Peter Santa María declaró que éste había dicho que el valor era de $ 1.232.00 según cuenta pasada a Caucamar (Carlos Saldarriaga, (folios 51); pero que Caucamar pagó solamente $ 600.00. En todo caso, si ha figurado un valor en autos, fue fijado por los destinatarios Peter Santa María y Compañía Limitada, que deben considerarse interesados en este caso, y que en tal fijación para nada se contó con Palacios ni con la autoridad, cosa absolutamente inaceptable en derecho.

"o) No considero que el fallador pueda llevar su autonomía para la formación de su convencimiento hasta el extremo de admitir que un interesado pueda por sí solo imponer el avalúo de lo que ha de pagársele, y mucho menos sin dar una base acerca de calidad, cantidad y precio unitario que pueda servir al Magistrado para comprobar si la apreciación es justa; el artículo 61 del C. de P. Laboral concede esa autonomía, pero advierte que ha de hacerse uso de ella "inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba", y no creo que sea científico admitir que el beneficiario de un crédito fije la cuantía de éste. El artículo 51 del mismo Código parece que no impusiera la prueba pericial en asuntos laborales; pero indica que debe hacerse uso de ella en determinados casos, y yo considero que el de autos es uno de esos casos. Por tanto, también estas normas fueron violadas, por falta de aplicación y como consecuencia del error de que se viene hablando.

"p) A consecuencia del mismo yerro y en la misma forma fue violado el artículo 28 del C. S. del T., porque el principio que establece, de que el dependiente nunca puede asumir riesgo o pérdidas en los negocios del patrono, fue desconocido, ya que se responsabiliza al trabajador de un riesgo de pérdida cuyo aseguro correspondía al cargador, al porteador o a quien se hubiere reputado dueño de la cosa hurtada".

Se estudia el cargo:

La cuestión relativa a la existencia de un contrato de transporte entre el demandante y Caucamar o Peter Santa María y Compañía Limitada o Alfonso Vélez Montoya, no se ha discutido en el juicio ni es materia que por su naturaleza corresponda a los jueces del trabajo, y por tanto resulta fuera de lugar el planteamiento que por este aspecto hace el recurrente.

Admitido como está que el señor Francisco Luis Palacios prestó servicios, en condición de chofer, al señor Alfonso Vélez Montoya, bajo la depen-

dencia de éste y mediante el pago de una remuneración, o dicho en otros términos, configurado un contrato de trabajo, bien podía el fallador dar por demostrado con cualquiera de los medios probatorios que la ley consagra —y la inspección ocular es uno de ellos— el hecho de que la oficina de Cauca al Mar Limitada en Cartagena entregó a Palacios, para ser conducido a Medellín, un cargamento de ocho cajas que contenían candados; que el destinatario no recibió una de esas cajas, y que el propietario del vehículo en que se efectuó el transporte hubo de pagar por ella determinado valor; y por ende, habiendo reconocido el trabajador la pérdida de la caja, cabía hacerlo responsable de la restitución de ese valor.

Por último se anota que según reiterada jurisrudencia, que esta Sala ha acogido, la cita de normas de procedimiento o de estatutos distintos al que regula las relaciones entre patronos y trabajadores, acerca de las cuales se afirma que han sido quebrantadas, sólo es eficaz en casación cuando se establece su incidencia sobre alguna de estas últimas, que a su turno aparezca violada. Y como el artículo 28 del C. S. del T., que es la única disposición laboral de carácter sustantivo que menciona la acusación, no excluye la responsabilidad del trabajador por el riesgo o pérdida imputable a su falta de diligencia o cuidado, conforme se dijo atrás, este cargo tampoco prospera.

QUINTO CARGO

Este se formula por violación, en forma directa del artículo 65 del C. S. del T., debido a que el fallador no lo aplicó, siendo el caso de hacerlo.

A este propósito dice el recurrente:

"En el fallo acusado se absolvió al patrono de algunos otros extremos de la demanda, entre los cuales quedó comprendido el de perjuicios por mora en el pago de las prestaciones. Acerca de tal extremo nada se dijo en la sentencia; pero como ésta confirmó en parte la de primer grado, debe suponerse que acogió las mismas razones que el a-quo dio como apoyo de la absolución. El fallo de primera instancia no hizo condena por estos perjuicios, dizque porque el patrono había demostrado su buena fé".

Sostiene que habiendo transcurrido 31 días desde que terminó el contrato hasta cuando se hizo la consignación de la suma que el patrono confesó adeudar al trabajador, ha debido condenarse al pago de los salarios correspondientes a ese lapso. Agrega que las afirmaciones hechas en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvención no son ciertas y que no prueban buena fé, sino que al contrario constituyen indicio de mala fé. Cita al efecto las palabras que el demandado Vélez expresó en la diligencia de inspección ocular (folio 25), que fueron: "..... En cuanto a las demás prestaciones sociales, manifiesto que se las debo pero no tengo con que pagarle, ya que me encuentro arruinado" (el subrayado es del recurrente).

Se considera:

Al contrario de lo que asevera el recurrente, el fallo de segunda instancia sí se pronunció sobre el punto relativo a indemnización moratoria, y lo hizo en los términos siguientes: "....configurada la compensación en la forma como se acaba de deducir anteriormente, es claro que no hay lugar a condenar al demandado a salarios a título de indemnización por mora porque los efectos del fenómeno jurídico anotado deben retrotraerse a la fecha de la terminación del contrato, sin que por lo tanto el patrono aparezca como reo de la indemnización".

La sentencia acusada adujo, pues, razones distintas a las que sirvieron de base al sentenciador de primer grado para absolver a la parte demandada por concepto de indemnización moratoria, o salarios "caídos", que son las que el recurrente ataca.

Y es obvio que si a la terminación del contrato el trabajador tiene pendiente para con el patrono deudas de origen laboral cuyo monto es igual o superior al valor de los salarios y prestaciones sociales a que pueda tener derecho, y el segundo alega fundadamente la compensación, no cabe la condena por salarios caídos. Y aunque en el caso de autos el demandado señor Vélez Montoya en el memorial dirigido al Juez Primero del Trabajo de Medellín (folio 31 vuelto), al hacer la consignación, confiesa deberle al demandante señor Palacios la cantidad de $ 300.00, no puede perderse de vista que en el mismo memorial manifiesta lo siguiente: "Este señor (Palacios) a su vez me adeuda la suma de $ 1.227.00 por concepto de una caja con mercancías que le había sido confiada y que hasta el presente no ha entregado, y la suma de $ 230.00 que le anticipé a cuenta de salarios".

Es de advertir que este cargo se ha estudiado por amplitud, ya que se desarrolla una alegación por error de hecho, habiéndose enunciado una infracción directa de la ley que desde luego no ha podido ocurrir en la forma como la plantea el recurrente, puesto que el fallador de segunda instancia no consideró el aspecto de la buena fé, sino que dio por efectuada una compensación de

deudas, y por ello se abstuvo de aplicar al caso el artículo 55 del C. S. del T.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

SEXTO CARGO

Se acusa de violación, en forma directa, por falta de aplicación, del artículo 578 del Código Judicial "que ordena que en la liquidación de costas se computen, entre otros, los escritos, alegatos y atención del juicio por el abogado"; del artículo segundo del Decreto 243 de 1948, "que dispone que se condene en las costas al litigante vencido"; y del artículo 19 del C. S. del T., "que establece que cuando no existan normas laborales aplicables a determinado caso, se apliquen las que regulen casos o materias semejantes, ya que no se aplicaron los dos artículos antes indicados, debiendo hacerlo".

Anota el recurrente: "Nada dijo la sentencia respecto de las costas pedidas, ni de ellas habló el Juez de primera instancia. Pero en ninguna de las sentencias se hizo la condena. Parece que ese H. Tribunal no admite como motivo para casar una sentencia, la falta de consideración de las costas; pero a pesar de ello, con el ánimo de que en Antioquia se conozca la doctrina que al respecto se tiene establecida, y con el de que se haga la respectiva condena en caso de que logre desquiciar el fallo en alguno de los cargos anteriores ,presento el ataque por este aspecto".

Se considera:

Por habérsele venido repitiendo desde hace largo tiempo, es muy conocida la jurisprudencia según la cual lo relativo a costas, por ser punto accesorio del debate, no es base de ataque de una sentencia en casación. Además no emanando de normas sustantivas laborales, esa materia resulta extraña a la finalidad de este recurso extraordinario, que es la de unificar la jurisprudencia nacional en relación precisamente con tales normas y no con otras.

Por tanto se rechaza igualmente este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCION DE COBRO DE SEGURO DE VIDA A CAUSA DE MUERTE OCURRIDA POR ENFERMEDAD PROFESIONAL DESPUES DE TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO. — EL ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS. — CASACION POR VIOLACION DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y PROCEDIMENTALES. LA INCOMPETENCIA DE JURISDICCION EN CASACION LABORAL

1. — Es bueno recordar en esta oportunidad, cómo la frecuente utilización de este motivo (error de hecho) en casación, cuya desestimación viene produciéndose con reiteración abrumadora, se debe a que generalmente no se adopta por los recurrentes la indispensable ponderación y objetividad, sino que el motivo se articula con manifiesto error, por olvido de las normas que tradicionalmente vienen estructurándolo y de puntos tan esenciales como son los principios que inspiran el proceso laboral, en tas instancias y en la casación.

Entre esos postulados básicos, no deben olvidarse, en especial, los que presiden la apreciación y valoración de la prueba. En virtud del principio de inmediación el Juez que ha practicado la prueba del proceso es quien debe dictar sentencia. De aquí, que no pueda admitirse el que la Corte, en casación, pueda hacer una nueva apreciación de todo el material probatorio aportado a los autos. Además, si el proceso tiene por objeto hechos y si es el juzgador quien ha de pronunciarse sobre su existencia o inexistencia, con el objeto de aplicar el derecho, habrá de ser premisa inexcusable de esta función, una amplia libertad en la tarea de fijar la convicción judicial. Este principio de la libre formación del convencimiento, que sanciona en nuestro derecho el artículo 61 del C. P. L. otorga al Juez facultades soberanas para formar su convicción, salvo los casos limitados en que la ley exija determinada solemnidad ad-substantiam actus, en los cuales se impone una determinada valoración de la prueba (prueba legal), o cuando la apreciación ha sido manifiestamente errónea. Esa facultad del juzgador en la operación de captar los hechos y de apreciar y valorar la prueba, no tiene más limitaciones que las que gobiernan la sana crítica, la persuación racional, y la atención que debe prestarse a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Lo anterior no significa, que el criterio judicial esté libre de error; por el contrario, la ley no descarta esa posibilidad; lo admite y permite se acuse por el litigante y su corrección por el órgano de la casación. Sin embargo esa previsión de la ley, en virtud del imperio de los principios de inmediación y de libre apreciación de la prueba, sólo puede tener apertura restrictivamente y por vía excepcional, cuando se alegue y demuestre por el recurrente, haberse incurrido por el sentenciador en error de hecho o de derecho que aparezca de manifiesto en los autos, pues sin esas restricciones y requisitos, resultarían ilusorios esos principios.

2. — Como tiene establecido la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo, como de esta Sala de la Corte, la violación de una norma adjetiva, cuando incide sobre una de carácter sustantivo, hace impugnable la sentencia mediante el recurso extraordinario, porque el señalamiento de la primera constituye la premisa de la violación de la segunda, ya que por este medio el error in procedendo se convierte en el presupuesto inseparable del error in judicando, para hacer viable la casación.

3. — Los artículos 26 y 30 de la Carta, que cita el recurrente entre las disposiciones violadas, hacen parte del Título III de la Constitución Nacional y como consagran principios aplicables en el derecho del trabajo, es el caso de examinarlos. Al respecto, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de fecha 21 de marzo de 1956, que corre publicada en la G. del T. Tomo V, números 41-52, página 169, expresó:

"Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que las disposiciones de la Constitución, en general, no son susceptibles de la violación

que da origen y procedencia al recurso de casación por el concepto de violación de la ley sustantiva porque aunque indudablemente tienen ese carácter por su jerarquía dentro de la ordenación jurídica, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales en forma que puedan hacerlas objeto de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. Pero, dice la misma Corte, en tratándose de las disposiciones que integran el Título III 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, por lo cual las normas contenidas en dicho Título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación".

Además, las preceptos que establecen la organización y determinan el funcionamiento de las diversas autoridades que componen el órgano judicial del poder público, para ejercer, por autoridad de la ley, la jurisdicción que corresponde a la República, son normas fundamentales de Derecho Público, que a la vez estructuran el órgano, limitan sus órbitas funcionales y constituyen garantías permanentes para la efectividad del derecho, como ha dicho la Corte.

4.—Se presenta una causal de error in procedendo, no como simple medio sino como fin en sí mismo considerado, puesto que se persigue la declaración de una de los motivos a que se contrae una de las causales de la casación civil, la contemplada en el ordinal 5º del artículo 520 del Código Judicial, que no tiene operancia en casación laboral. En efecto, el aspecto frontal del cargo, está contenido en la afirmación de que el Tribunal carecía de competencia para conocer y decidir en segunda instancia del caso sub-lite, lo que de prosperar en casación, no podía producir otros efectos que los de declarar la nulidad en que hubiera incurrido el Tribunal, por incompetencia de jurisdicción, invalidando todo lo actuado por éste, sin más consideraciones y por causas distintas a la infracción de las normas sustantivas laborales que consagran los derechos que se consideran vulnerados.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

La señora Trinidad Corzo viuda de Duarte, por medio de apoderado, demandó a la Colombian Petroleum Company, representada por su Gerente el señor Carl O. Isackson, o quien haga sus veces, para que previo el trámite del juicio ordinario de trabajo se condenase a la demandada a pagarle la suma de $ 3.198,00 valor del seguro de vida correspondiente a su esposo Isidro Duarte Merchán, y por las costas del juicio.

Como hechos de la demanda, relató los siguientes:

"1º.—Isidro Duarte Merchán trabajó al servicio de la Empresa por un espacio de trece años en dos períodos así: desde el 28 de septiembre de 1939 hasta el 21 de marzo de 1941 y desde el 26 de febrero de 1943 hasta el 18 de agosto de 1954.

"2º.—Duarte a la terminación del contrato tenía un salario de $ 8,20 diarios.

"3º.—Duarte se retiró enfermo de la Empresa y su estado de salud lo llevó a internarse en el campo donde falleció 20 (sic) después de haberse retirado.

"4º.—La Empresa no certificó ninguna enfermedad cuando desenganchó a Duarte.

"5º.—La enfermedad que padecía Duarte era de carácter mental aparentemente.

"6º.—Duarte cuando entró a la Empresa estaba perfectamente sano física y mentalmente.

"7º.—Mi poderdante es casada legalmente con el fallecido, por lo que es heredera del seguro".

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 289, 292, 293 ordinal a) del C. S. del T.; artículo 11 del Decreto 117 de 1954; y, en cuanto al procedimiento, el señalado por el artículo 74 y siguientes del C. P. L.

Notificada la demanda al Gerente de la empresa demandada, ésta dejó vencer el término legal para contestarla. Posteriormente, durante la segunda audiencia de trámite, constituyó su apoderado para que la representara en el juicio, quien en esta oportunidad procesal, presentó algunos documentos para que fueran tenidos como pruebas en favor de su representada, pedimento que fue negado por el Juzgado, por extemporáneo; esta decisión, apelada oportunamente, fue confirmada por el superior.

El Juez del Círculo del Trabajo de Cúcuta, que fue el del conocimiento, por sentencia de fecha 15 de febrero de 1956, desató la controversia, así:

"1o. — Condénase a la Colombian Petroleum Company demandada en este negocio, a pagarle a Trinidad Corzo viuda de Duarte, beneficiaria forzosa para el caso, la suma de tres mil ciento ochenta y siete pesos con setenta y cuatro centavos ($ 3.187.74) valor del seguro de vida correspondiente al trabajador Isidro Duarte Merchán, retirado de la Empresa dicha en condiciones de enfermedad no profesional y muerto veintiún días después de tal retiro.

"2o.—Condénase en costas a la misma Empresa demandada".

Contra esta decisión interpuso recurso de apelación el apoderado de la Empresa demandada, el que fue resuelto por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta en sentencia de 24 de marzo de 1956, por la cual se revocó en todas sus partes la sentencia apelada y se absolvió a la Colombian Petroleum Company de los cargos de la demanda. No hubo condenación en costas. Salvó su voto el Magistrado doctor Ernesto Garbiras Fernández, con fundamento en lo siguiente:

"Salvo mi voto respecto de la anterior sentencia, no porque esté en desacuerdo con la parte resolutiva del fallo la cual comparto en su integridad desde luego que por falta de prueba del hecho del cual pretende derivarse la acción ejercitada, o sea la supuesta enfermedad no profesional consistente en la perturbación mental que se dice padecía el actor al tiempo de su retiro de la sociedad demandada no cabía otra alternativa, que absolver. El desacuerdo radica solamente en la consideración de que el Tribunal carece de competencia para decidir el recurso de alzada, cuyas razones, que ahora deben considerarse reproducidas, fueron ampliamente expuestas en el salvamento de voto de fecha 7 de marzo de 1956 proferido en este mismo negocio con ocasión de la audiencia de trámite celebrada en esta segunda instancia".

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la demandante; admitido y tramitado en legal forma, esta Sala procede a decidirlo, mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito de oposición.

EL RECURSO

Con base en la causal 1ª del artículo 87 del C. P. L., acusa la sentencia y pretende que se case totalmente para que produzca sus efectos el fallo de primera instancia.

A este propósito formula dos cargos, que se estudiarán en su orden.

PRIMER CARGO.—Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustantiva, expresamente del artículo 298 letra a) del C. S. del T., "por aplicación indebida ya que hubo error evidente de hecho", en la apreciación de las pruebas.

Lo desarrolla así: Que la sentencia violó la disposición invocada, por el motivo expresado, porque el fallador apreció erróneamente las pruebas que acreditaban el estado de enfermedad mental que Duarte presentaba en el momento del retiro; que ese error de hecho es evidente, porque no hubo controversia en cuanto a tal enfermedad, ya que la parte demandada no contestó la demanda y no hizo uso del derecho de contraprobar dentro del término legal, por lo que la prueba que presentó quedó sin discusión y adquirió por ello el carácter de plena. Que el error de hecho consiste en que las declaraciones que fueron llevadas al debate no fueron apreciadas en su valor y se les negó su efectividad. Después de transcribir la parte de la sentencia en que el Tribunal hace el análisis de la prueba testimonial traída a los autos para acreditar la enfermedad mental que padecía el trabajador y en donde se concluye que tal prueba carece de idoneidad y conducencia para acreditar hecho tan capital, pues tratándose de una cuestión de carácter científico es indispensable y hasta imperativo la intervención de peritos médicos o la declaración juramentada y responsiva de especialistas en la materia, manifiesta, el recurrente, que es apenas natural y de simple deducción que no se haya podido adoptar un sistema de prueba como el exigido por el Tribunal, por el hecho de que la intervención de un perito científico no podía tener lugar ya que el peritazgo se habría de rendir con base en un examen practicado al enfermo y en este caso ya había fallecido; que no hay ningún médico o especialista que emita un concepto pericial sin base objetiva y por ello resulta errónea la exigencia al respecto; en cuanto a la declaración juramentada de especialistas sobre la materia, dice que era perfectamente imposible que dos o más psiquiátras declararan sobre hechos que nunca les había constado, porque al esposo de su mandante no lo vieron ni atendieron especialistas de ninguna clase; que precisamente, por no haber dado tiempo a tal intervención fue que encontró la

muerte en la forma descrita en la demanda. Agrega, que el Tribunal pretende establecer una tarifa de pruebas, práctica muy ausente del derecho laboral donde no hay tarifa sino libre apreciación. Que en cambio, el a-quo sí estimó probado el estado de salud mental de Duarte con las declaraciones de Ananías Castillo y Jesús Buendía. Que es muy difícil precisar en determinado momento por gentes inexpertas el estado de salud de otra persona, pero que no es difícil apreciar estados de demencia que se traducen en hechos y manifestaciones objetivas, tales como las que hacía Duarte y expusieron los dos testigos nombrados, porque la demencia, el estado psicopático, produce un desequilibrio en la relativa marcha normal de la conducta diaria; y este desequilibrio en el obrar, esta desarmonía de los hechos cuotidianos, son de muy fácil apreciación entre las personas que conviven, que son del mismo lugar, que se observan diariamente. Que el Tribunal Seccional estimó que no eran idóneos ni conducentes los testimonios de Castillo y Buendía, tomando en forma muy distanciada de la técnica jurídica los conceptos de idoneidad y conducencia. En seguida, transcribe el testimonio de Ananías Castillo y argumenta que se evidencia el error de hecho en que incurrió el ad-quem al apreciar que esta declaración no lleva a concluír que Duarte estaba en condiciones anormales de salud mental. Que esta declaración no rebatida tiene plena fuerza probatoria por su completa idoneidad ya que el testigo sólo declara sobre hechos que vio y le constan y que conducen a deducir la anormalidad mental de Duarte. Que en cuanto a la inconducencia de tal testimonio como prueba, no tiene ningún valor la afirmación del Tribunal, porque la inconducencia de una prueba se presenta cuando ella refiere a hechos sin relación con el asunto debatido. A continuación, transcribe parte de la declaración de Jesús Buendía, para concluir luégo que ésta vale tanto como la anterior, ya que de ella se desprende claramente una conducta anormal de Duarte. Termina manifestando que dos testimonios incontrovertibles, dados por personas idóneas, en forma legal, fueron mal estimados por el Tribunal que incurrió así en un error de hecho y violó el precepto sustantivo sobre obligación al pago del seguro por parte de la empresa demandada. Que el fallo recurrido se fundamenta en esa apreciación errónea y por ello el efecto producido es equivocado.

Por su parte, el opositor manifiesta que por ninguna parte aparece el error de hecho que el recurrente atribuye al Tribunal en la apreciación de las declaraciones de testigos, y menos con el carácter de manifiesto o evidente que la ley exige. Agrega, que no es que el Tribunal haya dejado de apreciar en su valor tales declaraciones o les haya negado su efectividad, ni que haya querido establecer una tarifa de pruebas, como dice el recurrente. Que el fallador bien puede admitir o no admitir que sean ciertos los hechos sobre que declaran los testigos, ninguno de los cuales dice relación a la enfermedad; que conocieron a Duarte, que era trabajador de la compañía, que les dijo que se iba a retirar, que se retiró, que les dijo que tenía una finca a la que debía atender, que no tenía tal finca. Agrega que lo que el Tribunal no acepta, ni podría aceptar, es el concepto o dictamen sobre el estado de salud mental de Duarte, emitido por quien ni fue llamado a rendir concepto o dictamen, ni tiene las calidades necesarias para dictaminar sobre la materia.

Se considera.

El ad-quem, en el fallo recurrido, sobre el particular, expresó lo siguiente: "ENFERMEDAD MENTAL DEL EX-TRABAJADOR ISIDRO DUARTE MERCHAN.

"La enfermedad mental de una persona, no se puede probar con declaraciones de testigos que ni siquiera dan la razón de su dicho, mucho menos entrar en explicaciones y afirmaciones que son del resorte de la medicina legal; y son los médicos especializados en psiquiatría los que pueden certificar sobre tal enfermedad.

"En la partida de defunción de Isidro Duarte Merchán traída a los autos y que obra al folio 3, expedida por el Prefecto Civil del Municipio de 'La Concordia' del Distrito San Cristóbal, Venezuela, se dice que "la causa de la muerte fue por mordedura de serpiente, no tuvo asistencia médica".

"En este negocio, hacen falta tres elementos esenciales de prueba que no se allegaron al juicio, y que son:

"1º.— El examen médico, de que Isidro Duarte Merchán al ser retirado como trabajador de la Empresa demandada, se encontraba en estado de demencia;

"2º.—La certificación juramentada de los médicos que lo atendieron y según la cual el actor con posterioridad a su retiro, estaba afectado de una anomalía psíquica adquirida durante la prestación de sus servicios;

"3º.—Que la causa de la muerte se debió a la

perturbación mental que se dice afectaba al demandante al tiempo del retiro.

"Se nota que el Juez de primera instancia que conoció y falló el presente negocio, celoso del estricto cumplimiento de sus deberes y recto en la aplicación de la justicia laboral, fue demasiado elástico en la apreciación de las pruebas que consideró legales y en las cuales se fundó para dictar su fallo, pruebas que este Honorable Tribunal no considera con suficiente mérito legal, pues él mismo dice al terminar, al folio 113: "La falta de tal certificado (el del médico) fuerza a presumir que, a pesar de los vacíos anotados, las pruebas testimoniales sobre desvío mental del trabajador dicho para el tiempo en que se retiró o acaso fue retirado de la empresa demandada, tienen fuerza suficiente al menos para deducir que dicho trabajador no estaba en salud completa cuando se le terminó el contrato de trabajo el 18 de agosto de 1954.".

Más adelante, agrega: "Respecto de la prueba testimonial traída para acreditar la enfermedad mental, la Corporación encuentra que ésta prueba carece de idoneidad y conducencia para acreditar hecho tan capital, pues tratándose de una cuestión de carácter científico, es indispensable y hasta imperativo la intervención de peritos médicos o la declaración juramentada y responsiva de especialista en la materia". Concluye que, por tanto, hubo falta de prueba.

Como se observa, las pruebas que el Tribunal no consideró con suficiente mérito legal para acreditar la enfermedad mental que padecía Isidro Duarte Merchán al tiempo de su retiro de la empresa Colombian Petroleum Company a la que prestaba sus servicios, fueron las declaraciones, rendidas en la segunda audiencia de trámite, por los señores Ananías Castillo y Jesús Buendía (folios 38 y 40 del primer cuaderno), que son las mismas pruebas que el recurrente señala como erróneamente apreciadas. El primero de los declarantes (Ananías Castillo), expuso: "Conocí al señor Isidro Duarte desde el año de 1942, yo era trabajador de la Colombian Petroleum en Río de Oro y cuando se acabó allí el campamento nos trasladaron a Petrólea y allá en Petrólea conocí a Isidro Duarte, él era trabajador de la Colombian allí y trabajaba en la construcción de cabria, haciendo las torres para sacar el petróleo, yo me retiré en 1942, y el señor Isidro Duarte se retiró en 1954, no sé en qué mes, yo tenía una tienda aquí en Cúcuta en el barrio de la Magdalena, él hacía mercado en mi tienda y llevaba de allí el mercado diario que necesitaba y luégo el sábado cuando subía él me pagaba. En momentos en que estaba ya para retirarse no estaba normal, él me manifestaba hacía como unos dos meses que estaba por retirarse. En otra época lo notaba yo que era normal, muy callado, muy buen trabajador y últimamente yo le notaba que no estaba normal, que estaba como ido, me decía frases como ésta: Mire compadre, porque éramos compadres, tengo una finca y se me está cayendo el arroz, tengo que buscar costales", siendo que él no tenía ninguna finca, ni había comprado nada. No puedo precisar el mes o época en que observé esto en Isidro, podría precisarlo viendo los libros de cuentas, cuando él me pagó lo último que me debía".

Por su parte el testigo Jesús Buendía dice: "Conocí al señor Isidro Duarte porque era vecino mío en el barrio de La Magdalena, cuando yo lo conocí él ya trabajaba antes en la Petrólea. Cuando él se retiró y antes de retirarse de la Compañía llegó una noche por ahí como a las ocho a mi casa y me dijo que él se iba para Venezuela, que él tenía una finca que tenía arrocera y que tenía ganado y que necesitaba obreros y me dijo que si yo me quería ir con él a trabajar y yo le dije que no podía porque yo tenía aquí un camión para trabajar y le dije que por qué se retiraba de la Compañía y él me dijo que porque había comprado una finca, no había comprado nada. Yo le dije que no se retirara de la Compañía y él insistió porque iba a trabajar en su finca y después él se fue para Venezuela y no volvió y supe que allá le había picado una culebra y que de eso murió.

Todo el esfuerzo impugnativo del recurrente, en el cargo que se examina, se orienta a demostrar que, con las declaraciones que se dejan transcritas, se estableció plenamente que Isidro Duarte estuvo en uno de los casos de excepción previsto en el artículo 298 del C. S. del T., o sea, afectado de enfermedad no profesional, a la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 298 citado, establece, en su primera parte, el principio general, de que a la terminación del contrato de trabajo cesa la obligación del seguro. La misma norma consagra en sus ordinales a) y b), excepciones a esa regla, entre las cuales se contempla el evento de la terminación del contrato estando el trabajador afectado de enfermedad no profesional, en cuyo caso, la obligación de reconocer y pagar el seguro se extiende hasta tres meses después de la extinción del contrato.

La causa petendi de esta acción judicial radica

en que el trabajador Isidro Duarte Marchán se retiró enfermo de la Empresa y su estado de salud lo llevó a internarse en el campo donde falleció veinte días después de haberse retirado (hecho tercero de la demanda) y que "la enfermedad que padecía Duarte era de carácter mental aparentemente" (hecho quinto de la demanda). Considera la Sala que para que procediera la condena que se impetra, era necesario establecer idóneamente tales circunstancias en el juicio. Es decir, comprobar, desde el punto de vita científico y legal, el estado morboso, o de enfermedad en que estuviera Duarte al momento de terminarse el contrato que lo ligaba con la demandada y su relación de causa a efecto con la muerte del ex-trabajador.

Los testimonios de Ananías Castillo y Jesús Buendía que cita el recurrente, por sí solos no alcanzan a demostrar el estado de enfermedad de Duarte al tiempo de su retiro de la empresa, por la vaguedad como presentan el hecho central que se investiga y porque uno de ellos—Castillo—quien es el único que afirma que Duarte "no estaba normal", concluye su deposición manifestando que "no puedo precisar el mes o época en que observé esto en Isidro" y expresa antes, que no sabe en qué mes del año de 1954, se retiró Duarte de la Empresa.

No habría sido acertado que el juzgador confiriera valor probatorio a esos testimonios, porque además de lo expuesto sobre la forma como describen la materialidad de los hechos que se trataban de conocer, invocando su memoria, el fallador no podía tomar nota de las apreciaciones allí consignadas, porque éstas no son objeto de la función del testigo y, especialmente, porque ellas no aparecen lógicas ni técnicas ya que no ostentan un criterio racional, al menos científico.

Tampoco se demostró la relación de causa a efecto que debió existir entre la enfermedad que afectaba al trabajador al tiempo de la terminación del contrato y su fallecimiento. Por el contrario, de la partida de defunción de Duarte que obra al folio 3 del cuaderno principal, aparece que "la causa de la muerte fue por mordedura de serpiente".

Sobre el material probatorio que se deja analizado, no era posible construir una conclusión favorable a la tesis de la demanda, pues hubo falta de prueba idónea y eficaz para establecer las circunstancias condicionantes del derecho al seguro de vida demandado.

Considera la Sala que es bueno recordar en esta oportunidad, cómo la frecuente utilización de este motivo (error de hecho) en casación, cuya desestimación viene produciéndose con reiteración abrumadora, se debe a que generalmente no se adopta por los recurrentes la indispensable ponderación y objetividad, sino que el motivo se articula con manifiesto error, por olvido de las normas que tradicionalmente vienen estructurándolo y de puntos tan esenciales como son los principios que inspiran el proceso laboral, en las instancias y en la casación.

Entre esos postulados básicos, no deben olvidarse, en especial, los que presiden la apreciación y valoración de la prueba. En virtud del principio de inmediación el Juez que ha practicado la prueba del proceso es quien debe dictar sentencia. De aquí, que no pueda admitirse el que la Corte, en casación, pueda hacer una nueva apreciación de todo el material probatorio aportado a los autos. Además, si el proceso tiene por objeto hechos y si es el juzgador quien ha de pronunciarse sobre su existencia o inexistencia, con el objeto de aplicar el derecho, habrá de ser premisa inexcusable de esta función, una amplia libertad en la tarea de fijar la convicción judicial. Este principio de la libre formación del convencimiento, que sanciona en nuestro derecho el artículo 61 del C. P. L., otorga al Juez facultades soberanas para formar su convicción, salvo los casos limitados en que la ley exija determinada solemnidad **ad-sustantiam actus**, en los cuales se impone una determinada valoración de la prueba (prueba legal), o cuando la apreciación ha sido manifiestamente errónea. Esa facultad del juzgador en la operación de captar los hechos y de apreciar y valorar la prueba, no tiene más limitaciones que las que gobiernan la sana crítica, la persuación racional, y la atención que debe prestarse a las circunstancias relievantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Lo anterior no significa, que el criterio judicial esté libre de error; por el contrario, la ley no descarta esa posibilidad; lo admite y permite se acuse por el litigante y su corrección por el órgano de la casación. Sin embargo, esa previsión de la ley, en virtud del imperio de los principios de inmediación y de libre apreciación de la prueba, sólo puede tener operancia restrictivamente y por vía ocepcional, cuando se alegue y demuestre por el recurrente, haberse incurrido por el sentenciador en error de hecho o de derecho que aparezca de manifiesto en los autos, pues sin esas restricciones y requisitos, resultarían ilusorios esos principios.

No habiéndose comprobado idóneamente la enfermedad no profesional de Isidro Duarte Merchán al tiempo de la terminación del contrato de trabajo, ni la relación de causa a efecto entre tal enfermedad y la muerte del trabajador, no era posible obtener una condena por dicho concepto, pues no se configura ni demuestra el error manifiesto de hecho que el recurrente trata de deducir del fallo del Tribunal, por lo cual no se violó el ordinal a) del artículo 298 del C. S. del T., invocado por el mismo. No prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO.— Acusa violación directa del artículo 298 ordinal a) del C. S. del T. y de los artículos 26 y 30 de la Constitución Nacional "todos ellos a través de la violación del artículo 2º, parágrafo, del Decreto 243 de 1951".

Para sustentarlo, el recurrente transcribe los dos preceptos constitucionales invocados y agrega que: "al absolver el Tribunal Seccional a la Colombian de la obligación de pagar el seguro de vida a mi mandante, violó los dos preceptos citados anteriormente y en forma directa por las siguientes causas: el primero porque no tenía competencia para conocer del negocio en segunda instancia, ya que la apelación interpuesta por el apoderado de la Empresa no surtió sus efectos por estar tal recurso condicionado al pago de costas que no se hizo en tiempo oportuno, y el segundo, porque al no haber surtido sus efectos el recurso de apelación interpuesto por la causa anotada anteriormente, mi mandante había adquirido con justo título el derecho a cobrar el seguro de vida".

"Sostengo que el Tribunal Seccional falló sin tener competencia, así: El Juzgado de Trabajo dictó con fecha 21 de octubre de 1955 un auto por el que se negó al apoderado de la Empresa una petición sobre recibo de pruebas fuera del tiempo oportuno. Apelado tal auto por el mismo apoderado, el Tribunal Seccional, con fecha 25 de noviembre del mismo año lo confirmó haciendo la correspondiente condenación en costas. Tales costas fueron liquidadas y retasadas a petición del apoderado recurrente y se ejecutorió el auto aprobatorio de ellas. Nada hizo el apoderado vencido respecto de las costas y el día que le fue notificado el fallo de primera instancia, mucho tiempo después de aquella ejecutoria de las costas, apeló del mismo, habiéndole sido concedido el recurso. El suscrito como apoderado de la demandante no manifestó nada frente al auto del Juzgado que por ser de simple sustanciación no tenía recurso alguno. La ejecutoria de la sentencia de primera instancia se cumplía tres días después de notificada. De acuerdo con el artículo 2º del Decreto 243 de 1951, parágrafo, no podía el apoderado de la Empresa ser oído hasta tanto no hubiera pagado el valor de las costas aprobadas. El apoderado no pagó dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia el valor de las costas, o lo consignó, y por tanto se debía considerar ejecutoriada la sentencia.

"Ante el Tribunal Seccional alegué que no habiendo derecho a interponer el recurso por parte del apoderado de la Empresa, por disposición expresa de orden público, no había lugar a conocer del negocio porque el recurso era inexistente y pedí que se declarara sin competencia para ello. Tal petición fue resuelta en forma negativa pero con salvamento de voto por parte de un H. Magistrado, quien con fundamento jurídico acogió la tesis de la incompetencia.

"Al usurpar jurisdicción el Tribunal Seccional del Trabajo y revocar un fallo que ya no tenía ningún recurso porque técnica y jurídicamente ya estaba ejecutoriado, violó los preceptos constitucionales citados sobre competencia y derechos adquiridos y violó el parágrafo del artículo 2º del Decreto 243 de 1951 que dice: "Parágrafo: El litigante que ha sido condenado en costas, una vez ejecutoriado el auto aprobatorio de la liquidación respectiva no será oído en el juicio mientras no presente el recibo de pago o no consigne su valor".

"Todas las anteriores violaciones concurren directamente sobre el artículo 298, letra a) del C. S. del T. que resultó violado al negarse el pago del seguro".

Se considera.

El Tribunal, en el fallo recurrido, sobre este punto expresó lo siguiente:

"En la audiencia de trámite celebrada por este H. Tribunal con fecha dos del corriente que tuvo lugar en dos sesiones (mañana y tarde) el Tribunal falló en auto de la misma fecha, la petición del doctor Lucio Galvis apoderado de la demandante para que la parte demandada no fuera oída por no haber consignado la suma de $ 50.00 en que fue condenada la Compañía demandada. Pero como de autos aparecía que sí había pagado, fue negada la petición del doctor Galvis, con el salvamento de voto del H. Magistrado doctor Garbiras, y se señaló la hora de las diez de la mañana de la fecha para pronunciar la sentencia de juzgamiento. Fueron muchos los argumentos que las partes expusieron en la audiencia que, si el juicio no adoleciera de las tres condiciones que se dejan

establecidas, había que estudiarlas en todo su valor jurídico de acuerdo con las distintas doctrinas sentadas por el Tribunal Supremo del Trabajo en sus distintos fallos en asuntos laborales".

El parágrafo del artículo 2º del Decreto Legislativo número 243 de 1951, contiene un precepto propiamente procedimental y adjetivo, destinado a enderezar el mero ejercicio de las acciones judiciales. Empero, como el recurrente señala también como infringidas disposiciones de la Constitución Nacional y el artículo 298, ordinal a) del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de aquella violación que considera de medio, deberá estudiarse el cargo, pues como tiene establecido la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo, como de esta Sala de la Corte, la violación de una norma adjetiva, cuando incide sobre una de carácter sustantivo, hace impugnable la sentencia mediante el recurso extraordinario, porque el señalamiento de la primera constituye la premisa de la violación de la segunda, ya que por este medio el error in procedendo se convierte en el presupuesto inseparable del error in judicando, para hacer viable la casación.

Por otra parte, los artículos 26 y 30 de la Carta, que cita el recurrente entre las disposiciones violadas, hacen parte del Título III de la Constitución Nacional y como consagran principios aplicables en el derecho del trabajo, es el caso de examinarlos. Al respecto, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de fecha 21 de marzo de 1950, que corre publicada en la G. del T. Tomo V., números 41-52, página 189, expresó:

"Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que las disposiciones de la Constitución, en general, no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el concepto de violación de la ley sustantiva porque aunque indudablemente tienen ese carácter por su jerarquía dentro de la ordenación jurídica, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales en forma que puedan hacerlas objeto de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. Pero, dice la misma Corte, en tratándose de las disposiciones que integran el Título III 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, por lo cual las normas contenidas en dicho título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación".

Además, los preceptos que establecen la organización y determinan el funcionamiento de las diversas autoridades que componen el órgano judicial del poder público, para ejercer, por autoridad de la ley, la jurisdicción que corresponde a la República, son normas fundamentales de Derecho Público, que a la vez estructuran el órgano, limitan sus órbitas funcionales y constituyen garantías permanentes para la efectividad del derecho, como ha dicho la Corte.

En el caso que se estudia, la sentencia recurrida parte de la base de que, conforme a lo resuelto por el mismo Tribunal en auto de fecha 2 de marzo de 1956, no podía darse aplicación en este negocio al parágrafo del artículo segundo del Decreto 243 de 1951, por existir constancia en los autos de que el apoderado de la demanda sí había pagado la suma de $ 50.00, valor de la condena en costas, al no prosperar ante el superior el recurso de apelación interpuesto contra la providencia del a-quo, de fecha 21 de octubre de 1955, que negó la petición sobre recibo de unas pruebas. Efectivamente, en providencias de fechas 2 y 3 de marzo de 1956, el Tribunal decidió afirmativamente su competencia para conocer del negocio en la segunda instancia, por las razones allí expuestas y como consecuencia, adelantó y falló el negocio sometido a su consideración, observando la plenitud de las formas propias establecidas para el caso por el Código de Procedimiento del Trabajo y teniendo en cuenta las normas laborales preexistentes. No violó, en consecuencia, el precepto contenido en el artículo 26 de la Carta.

Tampoco aparece infringido, por violación directa, el artículo 30 de la Constitución que consagra la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, porque la demandante no acreditó debidamente las circunstancias y requisitos condicionantes para el reconocimiento del derecho a percibir el seguro de vida impetrado en la demanda, por lo cual, en este caso, no puede hablarse de derecho adquirido, por no aparecer consolidado con la persona de la demandante ni haber entrado a formar parte de su patrimonio, pues ninguna relación de derechos podían crear o producir los hechos alegados en la demanda, que no pudieron consumarse, pues no se demostraron legalmente. Por las mismas razones, no se configura la violación del artículo 298 ordinal a) del C. S. del T.

Por otro aspecto, y consideradas las razones

expuestas por el Tribunal en el fallo recurrido, en lo referente a que en los autos aparecía que la demandada sí había pagado los $ 50.00 valor de la condena en costas, circunstancia que la capacitaba para poder ser oída en el juicio, el ataque debió dirigirse a demostrar el posible error de hecho evidente en que pudo incurrir el sentenciador en la apreciación de esa prueba, y no la vía directa escogida por el recurrente.

Finalmente, considera la Sala que, aunque aparentemente el cargo de violación del parágrafo del artículo segundo del Decreto 243 de 1951 se presenta como violación medio de las disposiciones constitucionales y del artículo del Código Sustantivo del Trabajo que se invocan, al ahondar en el estudio del mismo, se observa fácilmente que no se trata de esa posibilidad, sino que, en realidad, se presenta una causal de error in procedendo, no como simple medio, sino como fin en sí mismo considerado, puesto que se persigue la declaración de uno de los motivos a que se contrae una de las causales de la casación civil, la contemplada en el ordinal sexto del artículo 520 del Código Judicial, que no tiene operancia en casación laboral. En efecto, el aspecto frontal del cargo, está contenido en la afirmación de que el Tribunal carecía de competencia para conocer y decidir en segunda instancia del caso sub-lite, lo que de prosperar en casación, no podía producir otros efectos que los de declarar la nulidad en que hubiere incurrido el Tribunal, por incompetencia de jurisdicción, invalidando todo lo actuado por éste, sin más consideraciones y por causas distintas a la infracción de las normas sustantivas laborales que consagran los derechos que se consideran vulnerados.

Por las razones anotadas, no prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESUNCION DE CAPITAL DE UNA EMPRESA. — LA CAUSAL 1ª DE CASACION SOLO PROSPERA POR VIOLACION DE LEY SUSTANTIVA. — VIOLACION MEDIO. — TECNICA DEL RECURSO

1.—Ha establecido la jurisprudencia hasta ahora no modificada del extinguido Tribunal Supremo y de la Corte que sólo pueden ser objeto de casación las violaciones que versen sobre normas sustantivas de derecho, entendiéndose por éstas las disposiciones legales que consagren derechos en beneficio de las personas, mas no aquellas que sólo constituyen un instrumento, un medio o un vehículo conducente a evidenciar o hacer valederos tales derechos. Así mismo se ha consagrado jurisprudencialmente que las normas instrumentales únicamente pueden ser consideradas en casación cuando se pretenden transgredidas como "medio" o conducto para la infracción de otra u otras normas sustantivas, con indicación expresa de las últimas.

2.—Si la ley establece que debe entenderse por capital de la empresa "el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior según prueba que debe presentar el patrono", y si el patrono presenta otra clase de capital (el capital pagado y no el gravable), el juzgador está en la ineludible obligación de presumir que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de las prestaciones, según lo dispuesto por la misma disposición.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá D. E., seis de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Por conducto de apoderado el señor Jorge A. Chauta demandó a la sociedad denominada "Carboneras San Francisco-Muñoz y Aldana Limitada", domiciliada en Bogotá y representada por el señor Alfredo Aldana Gómez, para que previos los trámites de un juicio ordinario del trabajo se hicieran las siguientes declaraciones y condenas: Primera.—Que se declare resuelto el contrato de trabajo existente entre "Carboneras San Francisco-Muñoz y Aldana Limitada" y Jorge A. Chauta, por haber sido violado o incumplido por la citada empresa. Segunda.—Que se condene a la misma empresa a pagar al demandante las sumas que a continuación se expresan y por los conceptos allí señalados: a) $ 1.160.00, o lo que se pruebe, por concepto de los cuatro meses y veinticinco días que faltaban para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo; b) $ 120.00 por concepto de las vacaciones causadas y no disfrutadas; c) $ 240.00 por concepto de la prima de servicios a que tenía derecho en 30 de diciembre de 1952 y 30 de junio de 1953; d) $ 263.40 por concepto del auxilio de cesantía causado en 13 meses y 5 días de servicio; e) $ 160.00 por concepto de los veinte días de incapacidad para trabajar causada por el accidente de trabajo en que resultó lesionado en al rodilla. En subsidio la misma suma por concepto de enfermedad no profesional y f) $ 2.400.00 por concepto de la invalidez permanente parcial, causada por la enfermedad no profesional que aqueja al demandante y que equivale a diez meses de salario. Tercera. Que se condene a la demandada a pagar al actor la suma de $ 240.00 por cada mes que transcurra entre el 1º de julio de 1953 y la fecha en que el demandado pague las prestaciones sociales e indemnizaciones legales que en el libelo se demandan.

Los hechos traídos por la demanda dicen: 1—Que Jorge A. Chauta fue contratado por la empresa demandada, para trabajar personalmente bajo la continuada dependencia de ésta, en las minas de carbón que posee en jurisdicción del Municipio de Sucsca. 2—Que Chauta trabajó como picador de carbón, al servicio de la empresa demandada, hasta el 1º de julio de 1953, fecha en la cual se vio obligado a hospitalizarse. 3—Que estando al servicio de dicha empresa, el actor adquirió una sífilis que lo tiene actualmente incapacitado para trabajar. 4—Que durante el servicio Chauta sufrió un accidente de trabajo, consistente en una lesión causada en una rodilla por el golpe de un carbón, percance que lo obligó, ante la negativa de la parte demandada a suministrarle las atenciones médicas y farmacéuticas,

a internarse en el hospital distrital de "San Antonio" de Sesquilé, el 1º de julio de 1953. 5—Que una vez que obtuvo mejoría de la lesión causada en la rodilla, se presentó nuevamente a la empresa demandada a cumplir con sus deberes de asalariado, sin que hubiera sido recibido. 6—Que devengó, durante todo el tiempo que estuvo vinculado a las carboneras de San Francisco, un salario mensual de $ 240.00. 7—Que no se le ha indemnizado por el accidente de trabajo padecido, ni por la invalidez causada por enfermedad no profesional, ni se le han pagado las sumas correspondientes a vacaciones, cesantía, prima de servicios, presuntivo y salarios caídos. Como fundamentos de derecho citó los artículos 22 y siguientes, 64 y 65, 204 y siguientes, 278, 249 y siguientes y 186 etc., del C. S. del T., e igualmente el C. de P. L. en su Capítulo XIV.

La empresa demandada dio respuesta al anterior libelo por medio de apoderado, y dijo que no eran ciertos los hechos relacionados en los puntos primero, cuarto, quinto, sexto y séptimo; del segundo dijo ser inexacto en la forma como fue presentado, especialmente en relación con la segunda parte, y manifestó que el tercero debería probarse. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

El Juez Segundo del Circuito del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, dirimió la controversia por proveído del 5 de mayo de 1955, mediante el cual se condenó a la sociedad demandada a pagar a favor del demandante las siguientes cantidades: a) Por cesantía: $ 213.26; b) Por primas de servicio: $ 72.50 c) Por salarios caídos: $ 108.17 y a las costas del juicio. Se absolvió a la demandada de los demás cargos formulados en la demanda.

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación, y el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá lo decidió por sentencia de fecha 21 de julio de 1955, que modificó la del a-quo, en el sentido de condenar a la demandada a pagar al actor: $ 197.00 por concepto de cesantía, $ 156.93 por prima de servicios (con un descuento de $ 24.00 que la sociedad le había pagado al demandante por este mismo concepto), $ 2.840.88 por salarios caídos, $ 754.80 como indemnización por lucro cesante y $ 53.70 por concepto de auxilio monetario por enfermedad, lo mismo que las costas de la segunda instancia. En lo demás fue mantenida la sentencia de primer grado.

Contra la providencia anterior la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación. Como éste fue concedido, admitido y tramitado en legal forma, es del caso que la Corte lo decida mediante el estudio de la correspondiente demanda.

El libelo de demanda no establece de manera adecuada el alcance de la impugnación. En el capítulo correspondiente a aquél se limita a enunciar causales o motivos de casación, sin que indique el "petitum" de la misma, por lo cual resulta en esta forma inconducente desde el punto de vista de la técnica formal del recurso. De su contexto, empero, parece desprenderse que la pretensión del apoderado de la demandada consiste en la casación completa del fallo recurrido.

Formula cinco cargos que serán estudiados en su orden por la Sala.

Primero.

Está enunciado así: "Acuso el fallo objeto del recurso de ser violatorio por infracción directa del artículo 61 del Decreto-Ley 2.158 de 1948", cuyo texto transcribe.

La Corte considera que, por formulación incorrecta del cargo, sobra entrar a transcribir su desarrollo. En efecto: ha establecido la jurisprudencia hasta ahora no modificada del extinto Tribunal Supremo y de la Corte que sólo pueden ser objeto de casación las violaciones que versen sobre normas sustantivas de derecho, entendiéndose por éstas las disposiciones legales que consagren derechos en beneficio de las personas, mas no aquellas que —como la citada— sólo constituyen un instrumento, un medio o un vehículo conducente a evidenciar o hacer valederos tales derechos. Así mismo se ha consagrado jurisprudencialmente que las normas instrumentales —como la que se dice violada— únicamente pueden ser consideradas en casación cuando se pretenden transgredidas como "medio" o conducto para la infracción de otra u otras normas sustantivas, con indicación expresa de las últimas. En el cargo estudiado ni existe esta orientación, ni se dice expresamente cuáles normas sustantivas fueron infringidas por la "violación medio" del artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, luego es de rigor rechazarlo, como en efecto lo rechaza la Sala.

Segundo.

Impugna la sentencia por ser violatoria, por aplicación indebida, de "la norma sustantiva con-

tenida en el artículo 34 del C. S. del T." (lo transcribe).

Sustenta el cargo diciendo que, a efecto de que la condena por lucro cesante proceda, es indispensable que se halle demostrado el incumplimiento de lo pactado por la parte responsable, y que la empresa demandada y condenada por tal extremo "en ninguna época, ni en parte alguna del expediente, se demostró que incumpliera lo pactado, en el contrato verbal de trabajo".

Añade que el ad-quem, por apreciación errónea de una prueba y falta de apreciación de las demás, declaró que la empresa demandada había incumplido lo pactado, despidiendo al actor antes de vencerse el término presuntivo.

El apoderado de la demandada glosa el aparte de la providencia recurrida en que el juzgador de segundo grado expresa que la verdad es que la empresa sí estaba enterada de la enfermedad del demandante, "porque el testigo Melo afirma que fue esta la causa por la cual rompió el contrato que la ligó con Chauta hasta el 13 de julio de 1953".

Dice el recurrente que no resulta aceptable dar por establecido tal hecho sobre la base de la declaración rendida por un testigo que, más adelante y en el mismo expediente, "aparece que está diciendo mentiras", al tiempo que se desechan otras declaraciones, datos de la inspección ocular y certificados médicos, según los cuales a Chauta no se le despidió de la empresa el día 13 de julio de dicho año, ya que desde hacía precisamente trece días estaba hospitalizado que tampoco puede sostenerse que la causa del despido fuera la enfermedad, ya que la empresa ignoraba ésta y el interesado no dio aviso de ninguna especie. Concluye manifestando que el fallador, más allá de lo aseverado por el demandante, acoge la idea de que el contrato se terminó el 13 de julio —convencido de la verdad del dicho de Pedro Melo— desechando las demás pruebas que indican la falsedad de éste.

Se considera:

Nuevamente incurre el apoderado de la demandada en error de forma, respecto de la presentación del cargo, al formular una pretendida violación (sin señalar si es directa o indirecta), en la que hace referencia a mala apreciación de pruebas por el ad-quem sin enunciarlas ni singularizarlas (artículo 90 del C. de P. L.), requisito indispensable para que la Sala pudiera entrar a considerar el pretendido error de hecho en que, según el recurrente, habría incurrido el sentenciador.

La anterior circunstancia es causa de que la Sala no haya podido encontrar razón probatoria alguna que haga siquiera dudoso el testimonio del señor Pedro Melo, que el recurrente califica de inexacto ni haya tampoco podido desvirtuar el hecho, deducido por el sentenciador, de que el despido unilateral se produjo por motivo de la enfermedad del actor o sea que no se configura el error de hecho evidente aseverado por el impugnador.

Admitida la hipótesis de que el hecho de ser conocida la enfermedad de Chauta por el patrono tuviera alguna incidencia jurídica en la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo por parte del último, es lo cierto que la empresa conoció la enfermedad de su trabajador, como lo anota el ad-quem cuando dice: "En efecto: en el mes de enero se le pagaron seis días estando incapacitado, esto es recluído en el hospital de San Antonio y en el mes de julio se le pagaron cinco días, porque volvió a estar incapacitado del 1º al 9 del mismo mes. Lo anterior indica que está perfectamente demostrado el incumplimiento del contrato de trabajo por parte de la Empresa, ya que despidió al demandante, sin causa justificada, antes de que venciera el último término del contrato presuntivo de trabajo".

Por las consideraciones anteriores, no prospera el cargo.

Tercero.

Acusa la sentencia como violatoria del artículo 65 del C. S. del T. por interpretación errónea.

Desarrolla el cargo diciendo que la norma violada consagra una sanción contra el patrono que injustamente retenga salarios y prestaciones de sus ex-trabajadores; pero que, precisamente como sanción que es, requiere que el sancionado se haya hecho acreedor a ella, independientemente de la culpa del beneficiado con la sanción, ya que igualmente consagra un beneficio para el ex-trabajador. Por tanto —agrega— mal puede aceptarse que por el sólo hecho de que un trabajador se retire, y maliciosamente o no deje de dar aviso de su retiro, se beneficie de la norma comentada. Porque en tal evento el patrono estará colocado en situación de ignorancia de los hechos, y resulta contrario al recto entendimiento de la norma que posteriormente se le declare responsable de una retención que ignoró hasta entonces.

Cuando al patrono demandado —añade— no se le demuestre plena y categóricamente que se

manera maliciosa está reteniendo o ha retenido el pago de las prestaciones debidas al ex-trabajador reclamante, no se le puede condenar a pagar la indemnización moratoria.

Adiciona la anterior argumentación diciendo que la empresa demandada ignoraba completamente que Jorge A. Chauta hubiera dado por terminado su contrato de trabajo desde el mes de julio de 1953 hasta cuando fue notificada de la demanda. Y que por lo tanto, usando de un sentido humano como en ocasiones pasadas, era natural que la empresa esperara, una vez más, que Chauta se reincorporara al trabajo "manteniéndole el cargo". Tal benevolencia, dice, se convirtió para el patrono en gravísimo perjuicio, por cuanto ahora se considera que maliciosamente estaba reteniendo las prestaciones del trabajador, a quien quiso conservarle el puesto.

Examen:

Si se mantiene el proveído en cuanto a la declaratoria de ruptura unilateral del contrato por parte de la empresa —en lo cual no ha sido eficazmente impugnado por el recurrente— subsiste una cuestión de hecho contra la cual no sería adecuado contraponer una violación por interpretación errónea, sino un error de hecho proveniente de no haber dado por demostrado, estándolo, que la realidad procesal no demuestra la ruptura unilateral e ilegal del contrato por la empresa sino el retiro intempestivo del trabajador. Este cargo —que por lo dicho antes también peca de ineptitud formal— se basa en que Chauta se retiró intempestivamente. Pero en ninguna parte del expediente aparece demostrado este hecho.

Ciertamente la mala fé patronal es la causa de la sanción moratoria y la buena fé exonera al patrono de dicha pena. Pero la Corte considera que el sentenciador, en el caso sub-lite, carecía de suficientes elementos conducentes a configurar la última, la buena fé patronal, y a desechar la mala fé, en presencia de una demora de aproximadamente año y medio para consignar una suma desproporcionada con las prestaciones indudablemente debidas al trabajador.

No encuentra la Corte en qué forma pudo interpretar erróneamente el Tribunal sentenciador el artículo 65 del C. S. del T., y, en consecuencia, no prospera el cargo.

Cuarto.

Está formulado textualmente así por el recurrente: "Acuso igualmente el fallo que se revisa de ser manifiestamente violatorio de la norma sustantiva consagrada en el artículo 195 del C. S. del T., por errónea interpretación proveniente de falta de apreciación de la prueba, subsidiariamente aplicación de (sic) indebida de la norma legal por la misma causa de falta de apreciación de la prueba".

Transcribe el artículo que pretende violado y argumenta: dicha norma (artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo), señala como capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, según la prueba que presente el patrono. No se exige —añade— que el patrono agregue a los autos la copia de la declaración de renta, como lo pretende el ad-quem, sino que el patrono presente la prueba, cosa que hizo en la diligencia de inspección ocular que obra a folios 77 a 80, donde aparece que el capital de la empresa es de treinta mil pesos. Dice que el Tribunal rechazó la prueba por aparecer la frase capital pagado y no patrimonio gravable. Arguye que "es apenas lógico concluir que si la empresa tiene un capital social de treinta mil pesos como activo bruto, mal puede después de descontarse el pasivo quedar un acervo líquido superior a doscientos mil pesos".

Se considera:

Anota la Corte que la modalidad subsidiaria mediante la cual propone el recurrente uno de los conceptos de violación es, por lo menos, desusada. Se hace consistir la transgresión de la norma en "la falta de apreciación de la prueba"; de cuál prueba? No lo dice el impugnador, pero en el desarrollo del cargo parece que se trata de la inspección ocular a la cual se refiere.

Para estudiar el fondo del cargo es procedente transcribir lo que sobre este particular dijo el sentenciador: "Aunquando el Juez de primera instancia dice, en el fallo que se revisa, que el capital de la sociedad demandada o patrimonio gravable declarado por ésta es de $ 30.000.00, no puede tenerse en cuenta, porque el capital que ha de servir de base para pagar las prestaciones sociales de los patronos (sic), debe ser el patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior 'según prueba que debe presentar el patrono'. En el caso sub-judice, el a-quo, al practicar la diligencia de inspección ocular que corre a folios 76 a 80, hizo constar que en 31 de diciembre de 1952 y en 31 de diciembre de 1953, la empresa tenía 'un capital pagado de treinta mil pesos' circunstancia esta última muy distinta a lo que debe entenderse por el valor del patrimonio gravable. En consecuencia, la liquida-

ción de las prestaciones del demandante las ha verificado el Tribunal presumiendo que la demandada tiene el capital necesario para pagar la totalidad de las sumas causadas en favor del actor".

La Corte comparte íntegramente el criterio del sentenciador. Si la ley establece que debe entenderse por capital de la empresa "el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior según prueba que debe presentar el patrono" y si el patrono presenta otra clase de capital (el capital pagado y no el gravable), el juzgador está en la ineludible obligación de presumir que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de las prestaciones, según lo dispuesto por la misma disposición. Esto fue lo que ocurrió en el caso sub-lite, y ante tal hecho, la deducción del sentenciador se mantuvo dentro de las pautas del derecho. En consecuencia, no próspera el cargo.

Quinto.

Dice el recurrente que "como consecuencia de la violación de los artículos 61 del C. de P. L. y 195 del Código Sustantivo del Trabajo, el fallo revisado dio aplicación indebida al artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud de apreciación indebida de la prueba, o falta de apreciación de otra prueba, como se analizó al comentar los cargos 1º (sic) de esta demanda y el artículo 306 igualmente por aplicación indebida proveniente de falta de apreciación de la prueba, como se expone en el cargo anterior cuarto de la demanda".

En desarrollo del cargo dice que, en cuanto al artículo 227, el Tribunal tiene como base y fundamento de la condena la declaración de Pedro Melo, la cual —dice— no merece ninguna credibilidad. Agrega que la condena de auxilio monetario por enfermedad no profesional era improcedente, puesto que el trabajador no avisó que la estuviera padeciendo y la empresa no podía remunerar la falta de asistencia al trabajo. Dice que la aplicación indebida del artículo 306 procede del mismo error acusado en el cargo anterior, o sea de haber dado por demostrado que la empresa tenía un capital de $ 200.000.00 o superior.

Examen:

Las consideraciones hechas por la Sala al estudiar los cargos segundo y cuarto son suficientes para rechazar el que se estudia. En efecto: la jurisprudencia ha sostenido que para que un ataque por error de hecho pueda prosperar, tal error debe ser manifiesto, ostensible, evidente. No ve la Sala que, en relación con el aspecto impugnado, deba tenerse como equivocadamente apreciada por el ad-quem la declaración de Pedro Melo, cuyo testimonio es calificado de inexacto —sin razones— por el recurrente. Ni tampoco halla la Sala que el Tribunal hubiera indirectamente infringido los artículos 195 y 306 del C. S. del T., a consecuencia de indebida apreciación de la inspección ocular, para lo cual la Corte se remite a lo que ya se dijo en el cargo precedente. En consecuencia, no prospera este cargo.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá el 21 de julio de 1955, que fue objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Brava—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A. — Jorge Vélez García. Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ES VALIDO EL CONTRATO DE TRABAJO FIRMADO POR UN REPRESENTANTE DEL PATRONO SIN QUE SE REQUIERA QUE ESTE SUSCRITO POR EL GERENTE DE LA EMPRESA. — EMPLEADOS DE DIRECCION. — RECONOCIMIENTO TACITO DE DOCUMENTOS

1.—El hecho de que el contrato de trabajo no aparezca suscrito a nombre de la empresa demandada por el gerente general de la misma, en nada demerita su valor legal, ni destruye sus efectos jurídicos porque él aparece suscrito por el Superintendente de la Empresa, y, como tal, constituye un representante del patrono con capacidad para obligarlo frente a sus trabajadores, no sólo por ese carácter que puedan conferirle los reglamentos de la misma, sino también, por ser un empleado a su servicio, con funciones de dirección o administración y quien ejercitó el acto de representación de la sociedad, con la aquiescencia expresa o tácita de ésta, tal como lo preceptúa el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo.

2.— El extinguido Tribunal Supremo, en casación de fecha 3º de junio de 1956 expresó lo siguiente: "Los cargos de dirección se caracterizan por quienes los desempeñan: a) Actúan en función no simplemente ejecutiva sino conceptiva, orgánica y coordinativa, múltiple, esencialmente dinámica que persigue el desarrollo y buen éxito de la empresa o servicio considerado como abstracción económica o técnica, a diferencia del trabajador ordinario que no lleva sino su propia representación y cuya labor se limita a la ejecución concreta de determinada actividad dentro de los planes señalados de antemano por el impulso directivo; b) Ocupan una posición especial de jerarquía en la empresa o servicio con facultades disciplinarias y de mando sobre el personal ordinario de trabajadores y dentro de la órbita de la delegación, jerarquía que por regla general coincide con el alto rango del cargo, pero sin que esta coincidencia sea forzosa o esencial, pues el criterio no es formal sino sustancial y, por lo tanto, se estructura únicamente sobre la naturaleza de la función que realice el trabajador. Así lo había expresado ya este Tribunal en sentencia de 15 de octubre de 1948. (Gaceta del Trabajo. Tomo III. números 17 a 28, página 598); c) Obligan al patrono frente a sus trabajadores, según lo preceptuado por el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo; d) Están dotados de determinado poder discrecional de auto-decisión cuyos límites resultan de la ubicación que ocupen en la escala jerárquica o, en último término, de la voluntad superior del empleador; e) Cuando la gestión no es global, son elementos de coordinación o enlace entre las secciones que dirigen y la organización central; f) Finalmente y por todo lo anterior, constituyen un tipo intermedio de trabajador entre el patrono a quien representan y el común de los demás asalariados. En esta categoría, y como ejemplos puramente enumerativos, están incluídos los gerentes, administradores, mayordomos, capitanes de barco, etc....."

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D. E., trece de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Anatolio Jiménez Rodríguez, por medio de apoderado, demandó a la empresa denominada hoy "Acerías Paz del Río S. A." (antes Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A., representada al efecto por su Gerente, el doctor Roberto Jaramillo Ferro, para que, mediante los trámites del juicio ordinario de trabajo, se la condenase a pagarle las sumas que le adeuda, así: $ 1.275.81 por concepto del saldo del auxilio de cesantía; $ 1.350.00 de indemnización por rompimiento unilateral del contrato de trabajo, valor correspondiente al tiempo faltante para cumplirse el último plazo presuntivo del mismo; $ 675.00 por preaviso; $ 28.75 por vacaciones; lo que se le adeuda por concepto de trabajo suplemen-

tario nocturno; lo correspondiente a salarios caídos desde la fecha del despido, hasta el día en que se practique al demandante el examen médico de retiro y, por las costas del juicio, en caso de oposición.

Los hechos en que fundamentó su acción, pueden sintetizarse, así:

Que el 19 de julio de 1952, celebró contrato escrito de trabajo, por término indefinido y con un salario de $ 5.00 diarios, para prestar sus servicios a la empresa demandada, en el cargo de Cadenero Segundo; que prestó sus servicios en las condiciones pactadas, hasta el día 11 de noviembre de 1952, "en que fue trasladado a la empresa 'Construcciones Tissot y Compañía Limitada', intermediaria de la demandada y contratista de la misma para la edificación de casas, departamentos, locales, altos hornos, etc. etc. en el sector de Belencito, Boyacá, jurisdicción del municipio de Nobsa"; que su trabajo era el típico e inconfundible de "construcciones", no sólo por la clase de labor que desempeñaba, como cadenero y en explanación, para el levantamiento de edificios, sino porque la empresa Siderúrgica ha desarrollado en la primera etapa de su funcionamiento, casi exclusivamente, labores de "construcción" y porque la intermediaria o contratista a donde fue trasladado, por cuenta de la demandada, es una empresa de "construcción" especializada únicamente en el levantamiento de edificios y grandes estructuras; que inicialmente, la compañía "Construcciones Tissot" le pagaba un salario de $ 7.00 diarios, y que mediante sucesivos aumentos llegó a ganar la suma de $ 10.00 diarios; que le prestó sus servicios a "construcciones Tissot hasta el 13 de marzo de 1954 en que fue "regresado" a la empresa demandada, a solicitud de esta misma, con un salario de $ 12.00 diarios y con el cargo de Buldozero Primero, en labores del ramo de construcción; que al volver nuevamente a la empresa demandada se le hizo firmar otro contrato de trabajo, no obstante que él se consideraba ligado a la empresa por el contrato celebrado el 19 de julio de 1952, puesto que "no había habido sino simples transferencias y traslados de Acerías Paz del Río S. A. a Construcciones Tissot Limitada y de ésta a la primera, siempre por cuenta y a solicitud de la demandada, para trabajar en obras de la misma demandada"; que al ser trasladado nuevamente a "Acerías Paz del Río, S. A.", el 13 de marzo de 1954, construcciones Tissot y Compañía Limitada, que en st. concepto no era sino intermediaria y contratista de la primera, le liquidó y pagó la suma de $ 744.00 por auxilio de cesantía, que el demandante considera como liquidación parcial de ese auxilio, porque no había terminado su contrato de trabajo, que era uno mismo, ya que regresaba a "Acerías Paz del Río S. A." a solicitud de la misma, que era quien le había trasladado a Construcciones Tissot y Compañía Limitada; que ese pago de cesantía parcial no se hizo con arreglo a lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo, por lo que concluye que no tuvo valor legal alguno y que por lo tanto, "ha debido repetirse" en la liquidación definitiva de cesantía que se le hizo el 23 de diciembre de 1954; que durante los 18 meses en que trabajó con la empresa "Construcciones Tissot y Compañía Limitada", por cuenta de la empresa demandada, realizó trabajo suplementario "extranocturno", el cual sólo se le sobrerremuneró con el setenta y cinco por ciento sobre el salario diario; que desde el mes de julio de 1954, la empresa demandada le pagaba un salario de $ 15.00 diarios, hasta la terminación del contrato de trabajo; que fue despedido intempestivamente y sin justa causa el 16 de diciembre de 1954, según comunicación de esa fecha emanada de la empresa y en la cual se le manifestó que quedaba despedido a partir de ese mismo día "por tener orden de captura pendiente de las autoridades"; que en realidad no hubo orden de captura de ninguna autoridad judicial o de policía, ni detención preventiva anterior o concomitante con su despido, ni arresto correccional anterior o coetáneo con el mismo, por lo cual éste fue injusto y arbitrario, de donde deduce su derecho para que la demandada le pague la indemnización correspondiente; que a pesar de haber sido despedido en esa forma y sin darle el preaviso de 45 días, la demandada no le liquidó y pagó sus prestaciones y salarios debidos sino hasta el 4 de enero de 1955, por lo cual reclama la indemnización correspondiente a 18 días de mora, equivalente a $ 270.00 y la indemnización, a que haya lugar, desde la fecha de su despido hasta el día que se le practique el examen médico, por haberse negado la empresa a cumplir con esta obligación legal, no obstante su reiterada solicitud al respecto.

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 1 a 60, 62, a 70, 308 a 320 del Código Sustantivo del Trabajo; los Decretos 116 y 117 de 1954 y en cuanto a procedimiento, el Decreto 2.158 de 1948.

La demandada, por medio de apoderado constituído al efecto, dio respuesta al libelo, negando unos hechos, manifestando que otros podían ser

ciertos, y en los demás, que se atenía a lo que se probara en el juicio.

Tramitada la controversia, el Juez Primero Civil del Circuito de Sogamoso, que fue el del conocimiento, la decidió en sentencia de fecha 4 de noviembre de 1955, así:

"1º.—Condénase a la Empresa demandada SIDERURGICA NACIONAL DE PAZ DE RIO S. A. hoy ACERIAS PAZ DE RIO, S. A., a pagar al demandante señor ANATOLIO JIMENEZ RODRIGUEZ, la siguiente cantidad: UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS, monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo (seis meses) cuando el demandante fue despedido.

"2º.— Condénase igualmente a la empresa demandada a pagar al demandante señor Anatolio Jiménez los salarios caídos a razón de quince pesos diarios, salarios que se contarán desde el día diez y seis de diciembre de 1954, en adelante, hasta el día que se verifique el pago.

"3º.—Absuélvase a la demandada de los demás cargos de la demanda.

"4º.—No se hace condenación en costas".

Ambas partes apelaron del fallo de primera instancia, para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja, entidad que, por sentencia de fecha 25 de mayo de 1956, revocó la condena contenida en el ordinal segundo de la providencia apelada, referente al pago de salarios caídos y la confirmó en lo demás. No condenó en costas en la segunda instancia.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la compañía demandada, el que le fue concedido; admitido y tramitado en legal forma, esta Sala procede a decidirlo, mediante el examen de la correspondiente demanda. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO

Acusa la sentencia con base en el ordinal 1º del artículo 87 del C. P. L. y pretende que la Corte "anule el fallo de segunda instancia en cuanto por él se condenó a pagar plazo presuntivo y que, en lugar de esta resolución adversa a los intereses de mi representada, se case el fallo para corregir esa injusta condena".

Para ello, formula un solo cargo en que "acusa la sentencia recurrida por apreciación errónea de las pruebas que obran a folios 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 del primer cuaderno, con lo cual se infringió indirectamente el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo".

Para sustentarlo manifiesta, que, "en efecto, tal como es fácil apreciar en el fallo recurrido los escritos que he puntualizado antes, son los que sirven de fundamento para resolver la condena de plazo presuntivo. Pero en relación con tales documentos es necesario observar que ninguno de ellos ha sido reconocido dentro del juicio. De otra parte, como consta de autos, el representante legal y reconocido judicialmente de la empresa demandada, es el doctor Roberto Jaramillo Ferro, a quien se designó en la demanda de instancia como tal, se le notificó la demanda, y otorgó el poder respectivo. Pues bien, las personas que aparecen firmando los documentos aludidos en ningún caso son el doctor Roberto Jaramillo Ferro, y, de consiguiente, se ignora si ellas estaban en capacidad de representar y comprometer a Acerías Paz de Río S. A.". Agrega, que los documentos aludidos no tienen el carácter de pruebas por cuanto están firmados por personas distintas del representante legal de la Empresa, y no han sido reconocidos dentro del debate judicial. Concluye que el Tribunal sentenciador al darles validez probatoria, los apreció erróneamente, incurriendo en error de hecho y violando indirectamente el artículo 64 del C. S. del T., en cuanto por éste se condenó a la empresa a pagar plazo presuntivo, sanción a la cual no es acreedora, por el error antes anotado.

Se considera.

Los documento señalados por el recurrente, son los siguientes: un comprobante de pago por prestaciones sociales de fecha 23 de diciembre de 1954 en el que aparece la liquidación del auxilio de cesantía de Anatolio Jiménez Rodríguez por sus servicios prestados a Acerías Paz del Río, S. A. en el período comprendido entre el 17 de marzo de 1954 y el 16 de diciembre del mismo año, por la suma de $ 445.05. Contiene además la remuneración de tres días festivos y el salario de seis días de trabajo del mes de diciembre de 1954. El valor total, de este comprobante de pago, asciende a la suma de $ 580.05. Este documento sólo aparece inicialado por el Revisor de la empresa Acerías Paz del Río, y obra al folio primero del cuaderno principal. Al folio segundo aparece otro comprobante de pago por prestaciones sociales a favor de Anatolio Jiménez y a cargo de Siderúrgica Nacional de Paz del Río, S. A., por valor de $ 225.00, por vacaciones correspondientes al año comprendido entre el 20 de julio de 1953 y el 20 de julio de 1954; está suscrito por Anatolio Jiménez y un testigo y, además, inicialado

por el Revisor de la empresa Acerías Paz del Río S. A. y por el Ordenador. Al folio tercero aparece la comunicación dirigida a Anatolio Jiménez Rodríguez por el Jefe de Personal de Acerías Paz del Río S. A., suscrita en Belencito el 16 de diciembre de 1954, en donde se comunica al demandante que la empresa ha resuelto prescindir de sus servicios, a partir de esa fecha, por "tener orden de captura pendiente de las autoridades". Al folio cuarto obra el certificado personal del seguro de vida colectivo, de fecha 15 de marzo de 1954 expedido al trabajador Anatolio Jiménez Rodríguez y suscrito por éste, por el Gerente o Administrador de la Empresa y por dos testigos. A folios 5 y 6 aparece el contrato de trabajo de fecha 15 de marzo de 1954, celebrado entre la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A. y Anatolio Jiménez, suscrito por éste, por el Superintendente de la Empresa, Gabriel Agudelo S. y por dos testigos. Al folio séptimo aparece un certificado de trabajo expedido por el Jefe de Personal de Construcciones Tissot y Compañía Limitada en que se hace constar que Anatolio Jiménez trabajó al servicio de esa Compañía desde el 11 de noviembre de 1952 hasta el 12 de marzo de 1954, como operador de Buldozer, con un salario último de $ 10.00, y que su retiro fue por solicitud de la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz del Río, S. A., para prestar sus servicios en esa entidad. Al folio octavo, obra una solicitud de retiro suscrita por Anatolio Jiménez y dirigida al Jefe de Personal de Construcciones Tissot y Compañía Limitada, con fecha 13 de marzo de 1954, al pie de la cual aparece la relación de otros datos que interesan a la empresa, suscrita por el Jefe de Personal de la misma. Al folio noveno obra otro certificado personal de seguro de vida colectivo que ampara a Anatolio Jiménez, de fecha 19 de julio de 1952, suscrito por Gabriel Agudelo S., Administrador de la Empresa demandada, por el asegurado Anatolio Jiménez y por dos testigos. A folios 10 y 11 obra el primer contrato de trabajo celebrado entre la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz del Río S. A. y Anatolio Jiménez, debidamente suscrito por el trabajador, por el Superintedente de la Empresa Gabriel Agudelo S. y por dos testigos. Finalmente, al folio 12, obra una recomendación en favor de Anatolio Jiménez expedida por Donald Bridwell, Jefe de Movimiento de Tierra de la empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río, S. A.

Los referidos documentos fueron presentados por el demandante, junto con la demanda, a fin de que se tuvieran como pruebas dentro del juicio, a lo cual accedió el Juzgado por auto proferido en la primera audiencia de trámite, que dispuso: "Con citación de la contraparte, decrétanse las pruebas solicitadas por el doctor Humberto Plazas Olarte, apoderado del demandante. En consecuencia, ordénase lo siguiente: 1º—Téngase en cuenta al fallar los documentos; notas y certificados a que se refieren las pruebas 1, 2, 4, 5 y 6 relacionadas en el libelo de demanda". Los referidos documentos han obrado en el juicio, sin que en las instancias hubieran sido objetados, o redargüidos de falsos, para que la parte que los presentó probara su legitimidad".

El Tribunal, en la motivación de la condena por indemnización de perjuicios compensatorios por ruptura unilateral e ilegal del contrato, después de hacer un análisis de las tesis planteadas por la demandada y de las pruebas con las cuales trató de justificar el despido del trabajador, razona así: "En cuanto a Anatolio Jiménez, se hizo comparecer a la Alcaldía el 12 de enero de 1955 y luégo de formular sus descargos, se le hizo firmar una diligencia de caución de $ 100.00 a $ 200.00 para que guardara buena conducta con las autoridades. Ante esa prueba, el Tribunal en providencia de fecha 20 de abril próximo pasado, declaró que el documento base del incidente, debía desestimarse como prueba. En razón de que la empresa demandada despidió a Jiménez sin justas causas, ya que no sufrió arresto correccional mayor de ocho días y que la caución impuesta no sirve de esculpativo para hacer un despido, es el caso de desestimar la defensa del patrono. Como el contrato suscrito fue a término indefinido y la empresa ni el trabajador dieron el preaviso escrito, para terminar unilateralmente el contrato de trabajo, el patrono no podía despedir a Jiménez antes de cumplirse seis meses, una vez iniciado el nuevo período presuntivo. Como de autos consta que faltaban tres meses para cumplirse el plazo presuntivo, se tiene que la empresa adeuda a Jiménez por este concepto, la suma de un mil trescientos cincuenta pesos ($ 1.350.00). En tales circunstancias, debe confirmarse lo resuelto por el Juzgado de instancia".

De lo anterior resulta que el ad-quem, para proferir la condena, apoyó su decisión en el hecho de estar acreditado el contrato de trabajo celebrado entre la empresa demandada y Anatolio Jiménez, según consta del documento suscrito el día 15 de marzo de 1954 entre el señor Gabriel Agudelo S. quien obra "en la calidad de representante autorizado de la empresa Siderúr-

gica Nacional de Paz del Río S. A., de una parte" y Anatolio Jiménez, por la otra, y por el cual éste se compromete a prestar sus servicios de Operador Caterpillar, —movimiento de tierra— en los trabajos adelantados por la empresa en los municipios de Boyacá y Santander, por término indefinido. El referido contrato de trabajo, que obra a folios 5 y 6 del cuaderno principal, aparece también, suscrito por dos testigos. Además, otro soporte de la decisión lo constituye la desestimación que hizo el ad-quem de la constancia expedida por el señor Alcalde Municipal de Nobsa, visible al folio 23 del cuaderno segundo, por haber operado la tacha de falsedad de ese documento, con el cual la demandada trató de acreditar una justa causa para producir el despido del trabajador. Este último aspecto del fallo no es materia de ataque por el recurrente.

Resulta de lo anterior, que el estudio del cargo deberá concretarse únicamente al análisis del documento que obra a folios 5 y 6 del primer cuaderno (contrato de trabajo) pues las demás piezas, indicadas como mal apreciadas por el recurrente, no tienen incidencia en el fallo impugnado, como se deja visto.

El recurrente presenta como tesis fundamental en la demostración del cargo, la afirmación de que los documentos aludidos no tienen el carácter de pruebas por cuanto están firmados por personas distintas del representante legal de la empresa, y no han sido reconocidos dentro del debate judicial, de donde concluye que al darles validez probatoria, los apreció erróneamente el Tribunal. El hecho de que el contrato de trabajo visible a folios 5 y 6 no aparezca suscrito a nombre de la empresa demandada por el gerente de la misma doctor Roberto Jaramillo Ferro, en nada demerita su valor legal, ni destruye sus efectos jurídicos, porque él aparece suscrito por el señor Gabriel Agudelo S. Superintendente de la Empresa, y, como tal, constituye un representante del patrono con capacidad para obligarlo frente a sus trabajadores, no sólo por ese carácter que puedan conferirle los reglamentos de la misma, sino también, por ser un empleado a su servicio, con funciones de dirección o administración y quien ejercitó el acto de representación de la sociedad, con la aquiescencia expresa o tácita de ésta, tal como lo preceptúa el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo. Sobre el particular, el extinguido Tribunal Supremo, en casación de fecha 1º de junio de 1954 expresó lo siguiente: "Los cargos de dirección se caracterizan porque quienes los desempeñan: a) Actúan en función no simplemente ejecutiva sino conceptiva, orgánica y coordinativa, múltiple, esencialmente dinámica que persigue el desarrollo y buen éxito de la empresa o servicio considerado como abstracción económica o técnica, a diferencia del trabajador ordinario que no lleva sino su propia representación y cuya labor se limita a la ejecución concreta de determinada actividad dentro de los planos señalados de antemano por el impulso directivo; b) Ocupan una posición especial de jerarquía en la empresa o servicio con facultades disciplinarias y de mando sobre el personal ordinario de trabajadores y dentro de la órbita de la delegación, jerarquía que por regla general coincide con el alto rango del cargo, pero sin que esta coincidencia sea forzosa o esencial, pues el criterio no es formal sino sustancial y, por lo tanto, se estructura únicamente sobre la naturaleza de la función que realice el trabajador. Así lo había expresado ya este Tribunal en sentencia de 15 de octubre de 1948. (Gaceta del Trabajo, tomo III números 17 a 28, página 598); c) Obligan al patrono frente a sus trabajadores, según lo preceptuado por el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo; d) Están dotados de determinado poder discrecional de auto-decisión cuyos límites resultan de la ubicación que ocupen en la escala jerárquica o, en último término, de la voluntad superior del empleador; e) Cuando la gestión no es global, son elementos de coordinación o enlace entre las secciones que dirigen y la organización central; f) Finalmente y por todo lo anterior, constituyen un tipo intermedio de trabajador entre el patrono a quien representan y el común de los demás asalariados. En esta categoría, y como ejemplos puramente enumerativos, están incluídos los gerentes, administradores, mayordomos, capitanes de barco, etc....."

No aparece, pues, por este primer aspecto, que el ad-quem hubiera incurrido en error manifiesto de hecho, al darle validez al contrato de trabajo (folios 5 y 6), y al apreciar como eficaz y admisible, sustantivamente considerada, la representación patronal, mediante la intervención, al tiempo de la celebración del contrato de trabajo, del Superintendente de la empresa, que, como tal tenía capacidad para sustituir a la persona física o moral a cuyo nombre obraba y con las facultades que a ésta reconoce la ley.

Por el segundo aspecto, el cargo tampoco puede prosperar, pues ya se ha dicho que el referido documento fue presentado al juicio en la debida oportunidad procesal, y ordenado tener

como prueba en favor de la parte demandante, sin que fuera objetado ni redargüido de falso, por lo cual habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, ya que como se ha visto aparece suscrito por un representante idóneo de la persona obligada, debe tenerse por reconocido al tenor del mandato contenido en el artículo 645 del Código Judicial. No está demostrado el error evidente de hecho. No prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso. Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Brave—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Ignacio Reyes Posada, Conjuez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

FACULTAD PATRONAL PARA DESCONTAR O NO EL PERIODO DE SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL TIEMPO TOTAL SERVIDO POR EL TRABAJADOR

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral. Bogotá, D. E., agosto trece de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Ante el Juzgado Séptimo del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, por reparto, el demandante ZOILO QUINTERO adelantó juicio ordinario contra la Empresa "TEXAS PETROLEUM COMPANNY", por medio de apoderado, a fin de que previos los trámites legales fuese esta última condenada al pago y reconocimiento de las prestaciones sociales e indemnizaciones provenientes de un contrato de trabajo, las que sintetiza así:

"1ª.—La suma de $ 1.322.00 moneda legal, o si más se probare, correspondiente a los salarios de 111 días que faltaron para cumplirse el plazo presuntivo del trabajo".

"2ª.—La suma que corresponda a su incapacidad respecto de la indemnización por el accidente de trabajo sufrido al servicio de la empresa, según dictamen de la Oficina o Departamento de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio de Trabajo y que exceda de la cantidad reconocida voluntariamente por la Compañía Texas Petroleum Company, habida consideración de que el trabajador aún se encuentra sufriendo las consecuencias de las lesiones producidas, y con imposibilidad física para obtener un trabajo en otra empresa similar".

"3ª.—El valor correspondiente a los tratamientos médico, quirúrgico, clínico, farmacéutico, etc. por todo el tiempo necesario para quedar bien de sus lesiones, en razón del accidente de trabajo sufrido y arriba mencionado, o indemnización respectiva, dentro de los términos y cuantía que previo examen, dirán los señores Médicos del Departamento de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio de Trabajo".

"4ª.—El valor correspondiente a la indemnización por incumplimiento del contrato presuntivo de trabajo por haber "despedido" al trabajador Quintero en forma ilegal, esto es, cuando no se había terminado su tratamiento o lesiones producidos (sic) por el accidente de trabajo ni haberlos indemnizado en legal forma, previo dictamen pericial del Departamento de Medicina e Higiene Industrial o de Perito designado por el Juzgado".

"5ª.—El valor correspondiente al Reajuste de las Prestaciones Sociales (plazo presuntivo, primas, cesantía, etc.) en razón de la Relación Laboral existente entre las partes en litigio, promediados con el último salario del trabajador, en conformidad con la ley".

"6ª.—Los salarios indemnizatorios a que hay lugar (indemnización por falta de pago, dice el artículo 65 del C. S. del T.), o sea el valor correspondiente por no haber pagado el patrono las Prestaciones completas que manda la ley y que se deben, como quedó establecido".

"7ª.—Las costas y costas del Juicio si la Empresa demandada se opone."

El apoderado del actor relató los hechos en la demanda de la siguiente manera:

"1º.—El señor Zoilo Quintero —mi representado— entró a trabajar para la Compañía Texas Petroleum Company en el Departamento de Perforación de ésta situado en Ortega, (Tolima) el día 13 de febrero del año de 1951; su jornal diario era de $ 9.50 moneda legal y además una Bonificación o pago-extra de $ 2.50 moneda legal diarios, por sobreprecio de alimentación. El día 10 de agostode 1954 el trabajador Zoilo Quintero recibió una comunicación despidiéndolo de su trabajo, cuando ya había comenzado otro período de su plazo presuntivo de trabajo o contrato presuntivo".

"2º.—Sin embargo, como aparece del Certificado que acompaño, la Compañía le reconoció (liquidó) "prestaciones legales y contractuales hasta el 21 de octubre de 1954" (Certificado de Servicio de fecha 20 de octubre de 1954)".

"3º.—Al salir del servicio de la Compañía demandada, el trabajador Zoilo Quintero fue examinado por el médico de la Compañía quien le encontró una "ARTRITIS ASTRAGALO-CALCANEANA ERECHA" (sic) la cual no tenía al entrar al servicio de la empresa TEXAS Petroleum Company".

"4º.—El día 15 de febrero del año de 1954 el trabajador Zoilo Quintero sufrió un accidente de trabajo al recibir un "golpe en el pie derecho con un palo" lo que le ocasionó una lesión o "luxación subastragaliana del pie derecho" y que fue atendida por el doctor Enrique Botero "quien le inmovilizó el pie", según consta en "Certificado de Accidente de Trabajo" expedido por la Compañía en Bogotá a los 18 días de octubre del año de 1954".

"5º.—Este accidente de trabajo fue denunciado y detallado por la Empresa ante el señor Juez Municipal de Chaparral como consta en el "Informe de Accidente de Trabajo", documento proveniente de la Compañía, y que se acompaña a esta demanda. (Fecha 18 de febrero de 1954)".

"6º.— El accidente a que hacen mención los apartes anteriores y las pruebas mencionadas, no fue indemnizado suficientemente al trabajador quien aún viene sufriendo sus secuelas y su incapacidad continúa, impidiéndole su ingreso a otras empresas y obstaculizando sus labores ordinarias".

"7º.— Al ser "despedido" del trabajo, al señor Zoilo Quintero no se le pagó el valor correspondiente a su Preaviso pues éste en realidad no se produjo legalmente".

"8º.—Al trabajador Zoilo Quintero se le contrató por la Compañía el día 13 de febrero de 1951 y fue liquidado el 21 de octubre del año de 1954; su relación laboral completó el día 12 de agosto de 1954, siete (7) semestres al servicio de la Compañía. Pero como continuó laborando hasta el día 21 de octubre de 1954 ya llevaba del último semestre transcurridos sesenta y nueve (69) días del plazo presuntivo del trabajo, es decir que le faltaban 111 días para completar sus últimos seis (6) meses del plazo presuntivo".

"9º.—Los pagos o períodos que regulaban el pago del trabajador Zoilo Quintero se verificaban por semanas cumplidas; si la Compañía avisó el día 10 de agosto al trabajador Quintero su despido, no lo hizo con la antelación legal. Por otra parte, no pagó el valor correspondiente al preaviso. El plazo presuntivo expiraba en su semestre último el día 12 de agosto de 1954, y el trabajador fue liquidado el día 21 de octubre de 1954; luego la Compañía se apartó de la ley para liquidar las Prestaciones Sociales de este trabajador".

"10º.—Por no haber liquidado en debida y legal forma las Prestaciones Sociales, indemnización por Accidente de Trabajo, preaviso, plazo presuntivo, cesantía, etc. la Compañía Texas Petroleum Company debe reajustar las Prestaciones Sociales y demás correspondientes al trabajador Zoilo Quintero."

Al descorrer el traslado del libelo inicial el apoderado de la sociedad demandada, manifestó ser cierto el contenido de los hechos 4º, y 5º., declaró no ser verdad el 6º. y en cuanto a los demás se refirió a ellos en los siguientes términos:

"1º.)—No es cierto en la forma como está redactado. Zoilo Quintero ingresó al servicio de la Texas Petroleum Company el 13 de febrero de 1951, com Obrero Raso con un jornal de $ 3.45. Devengaba, además, una bonificación de alimentación y alojamiento de $ 1.65 diarios. El 10 de agosto de 1954 por medio comunicación dirigida al señor Zoilo Quintero la Compañía le manifestó que daría por terminado su contrato de trabajo por expiración del plazo presuntivo al vencimiento de éste. Al momento de su retiro el demandante devengaba un salario de $ 9.50 diarios y recibía, además, una bonificación por alimentación y alojamiento de $ 2.50 diarios".

"2º)—Es cierto y aclaro mi respuesta así: El contrato que tenía la Texas Petroleum Company con Zoilo Quintero terminó el 15 de agosto de 1954 por vencimiento del término presuntivo y la empresa le reconoció prestaciones legales y contractuales hasta el 21 de octubre del mismo año, porque durante ese lapso estaba incapacitado para trabajar por razón de un accidente de trabajo". ....

"3º.)—Es cierto. Esa lesión es consecuencia del accidente de trabajo a que antes me referí y que le fue indemnizado".

"7º.)—No es cierto en la forma como está redactado. El demandante no fue despedido; lo que ocurrió fue que no se le prorrogó su contrato de trabajo, sino que se dio por terminado al vencimiento del correspondiente término presuntivo".

"8º.—No es cierto en la forma como está redactado. El demandante Zoilo Quintero ingresó al servicio de la Texas Petroleum Company el 13 de febrero de 1951 y terminó su contrato de trabajo con éste el 15 de agosto de 1954. Fue liquidado el 21 de octubre de 1954, porque la empresa estaba obligada a reconocerle las prestaciones correspondientes a un accidente de trabajo y una parte de esas prestaciones cubrieron el término comprendido entre el 16 de agosto de 1954 y el 21 de octubre del mismo año".

"9º.)—Es cierto que el período que regulaba los pagos en el contrato de trabajo del señor Quintero era la semana. El resto del hecho no es cierto

y está en contradicción con lo expresado por el mismo demandante en el hecho 7º."

"10º)—Este no es un hecho, es la reclamación de un derecho que cree tener el demandante pero que efectivamente no tiene".

El Juzgado del conocimiento desató el negocio con fallo de fecha nueve (9) de mayo de mil novecientos cincuenta y seis (1956), condenando a la empresa demandada a pagar al actor la cantidad de $ 1.332.00 moneda corriente, "por concepto de lucro cesante, por la ruptura unilateral e ilegal del respectivo contrato de trabajo", absolvió a la misma sociedad de los demás cargos formulados en la demanda pero la condenó en costas.

El extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en sentencia de fecha catorce (14) de julio del precitado año, decidió el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes contra el proveído del a-quo, confirmándolo cuanto a la condena y a la absolución impartidas pero modificando lo relativo a las costas de primera instancia para condenar a la empresa a pagar únicamente el setenta por ciento (70 %) de ellas. No condenó en costas en la segunda instancia.

La parte demandada recurrió en casación, y llegado el expediente a esta Sala, después de la tramitación de rigor, va a decidirse mediante el estudio de la respectiva demanda y el escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION—DEMANDA

Como alcance de la impugnación, el recurrente persigue que se case parcialmente el fallo de segundo grado, en cuanto por él se condena al pago de $ 1.332.00, y que se confirme en lo demás; que se infirme la sentencia del A-QUO en cuanto se refiere a la condena por la suma ya citada y se condene en costas al actor.

MOTIVOS DE CASACION

En apoyo de su demanda el recurrente cita el ordinal 1º del artículo 87 del C. P. T.

CARGO UNICO:

El recurrente plantea únicamente un solo cargo que enuncia así: "Acuso la sentencia por violación del artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, por interpretación errónea y consecuencialmente por aplicación indebida de los artículos 49 y 51 de la misma obra".

En seguida transcribe los artículos que menciona en el cargo. El desarrollo de éste, lo hace en los siguientes términos:

"El Tribunal en el folio 122 del cuaderno número 1 hace la aseveración de que el 13 de agosto de 1954 se inició un nuevo período de seis (6) meses interpretando erróneamente el artículo 53 citado, en la parte que dice: "Pero durante la suspensión corren a cargo del patrono ADEMAS DE LAS OBLIGACIONES YA SURGIDAS CON ANTERIORIDAD (Subraya el Tribunal) las que le corresponden por muerte o enfermedad de los trabajadores". Acaso es una obligación surgida con anterioridad el no tener en cuenta las suspensiones para efectos de computar el término presuntivo del contrato de trabajo?. Acaso está diciendo esa cláusula subrayada que para determinar el plazo presuntivo no cuenta el fenómeno de la suspensión?. Jamás se puede considerar como una obligación surgida con anterioridad, la de seguir el calendario para computar el plazo presuntivo porque el Código no lo dice en ninguna parte y en cambio lo estatuído sobre suspensiones es de claridad meridiana para aplicárselo al presuntivo".

"La errónea interpretación de este artículo llevó al Honorable Tribunal a aplicar indebidamente lo dispuesto en el artículo 49 del Código Sustantivo del Trabajo que habla de la prórroga del contrato de seis (6) en seis (6) meses, en forma inflexible tal, que para su cómputo no tuvo en cuenta la suspensión de tres días que consta al folio 29 del cuaderno número 1; es decir, la norma inexistente del calendario se impuso sin fundamento alguno. Asimismo, a consecuencia de la interpretación errónea del artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo se aplicó indebidamente el numeral 4º del artículo 51 de la misma obra cuando habla de la suspensión del contrato de trabajo "por suspensión disciplinaria". Este numeral acompañado de la prueba que obra al folio 39 del cuaderno número 1 ha debido aplicarse en armonía con el artículo 53 para efectos de la terminación del plazo presuntivo del contrato de trabajo".

"Cuando el artículo 53 dice: "Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el patrono al liquidar vacaciones, cesantía y jubilaciones", dejó un vacío que lógicamente y dentro de la más sana hermenéutica debe llenar el juzgador en favor del trabajador". A esas tres prestaciones que hacen relación a tiempo debe agregárseles el tér-

mino presuntivo, que si bien no es una prestación, sí hace relación a tiempo y la suspensión debe también descontarse por el patrono al hacer el cómputo para que el trabajador adquiera varios beneficios como se verá más adelante".

"Me permito reproducir los mismos argumentos que expuse en la audiencia llevada a cabo en el Tribunal, por cuanto en el fallo no se hizo mención de ellos:

"El expositor español doctor José Pérez Leñero, citado por el doctor Jorge Ortega Torres (Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo, 2ª. Edición, página 73), dice: "No es lo mismo interrupción que suspensión. En la interrupción el contrato se suspende tan sólo en el deber del trabajador de prestar sus servicios durante la misma, y correspondientemente el derecho del Empresario de asegurárselo; mientras que en la suspensión es todo el contrato de trabajo, con todas sus cláusulas y efectos, el que queda sin efecto, aunque sólo sea transitoriamente".

"Como se ve, el Profesor Español da a los verbos "interrumpir" y "suspender", una significación totalmente distinta de la que les da el Tribunal del Trabajo al resolver sobre el asunto sub-judice. Considero que en el contrato de trabajo la interrupción se confunde con la suspensión no sólo por la definición que de estos vocablos da el Diccionario de la Real Academia Española, sino porque si se considera que dentro de esta rama del derecho tiene cabida la primera acepción que el citado diccionario asigna al verbo interrumpir es preciso concluir que, por virtud de la legislación de los distintos países y de una manera especial por el artículo 51 de nuestro Código Sustantivo del Trabajo, la interrupción del contrato de trabajo que ocurriría, por ejemplo, en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, se convierte en el fenómeno jurídico de la suspensión".

"En efecto, el Diccionario de la Real Academia Española define los dos verbos, en la acepción pertinente, así:

"1.—"SUSPENDER" (Del Lat. suspendere).

"2.—Detener o diferir por algún tiempo una acción u obra. U. t. c. r.

"3.—Privar temporalmente a uno del sueldo o empleo que tiene".

2—"INTERRUMPIR" (Del Lat. interrumpere) tr. 2.—Suspender, 2ª acep."

"Por consiguiente, estoy de acuerdo en esta parte con el doctor Pérez Leñero, y con la mayoría de los expositores de Derecho Laboral, en que "en la suspensión es todo el contrato de trabajo, con todas sus cláusulas y efectos, el que queda sin efecto aunque sólo sea transitoriamente".

"Creo, pues, que este fenómeno jurídico consiste en considerar que no ha existido el término durante el cual estuvo suspendido o interrumpido el contrato de trabajo. La ficción consiste, pues, en unir imaginariamente las épocas en que se divide el contrato de trabajo por razón de suspensión o suspensiones, como si entre ellas no hubiera habido solución de continuidad, de modo que sus cláusulas y efectos, —todas esas cláusulas y todos esos efectos—, produzcan los correspondientes derechos y obligaciones únicamente dentro del término de vigencia activa de ese contrato de trabajo, y en manera alguna dentro de los términos de suspensión, porque ya se sabe que ella lo que produce es la eliminación transitoria de la vigencia del contrato de trabajo".

"El artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo dice que durante la suspensión "se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el patrono la de pagar los salarios de esos lapsos". Son éstas precisamente las dos contraprestaciones principales de la relación laboral; interrumpidas o suspendidas ellas, desaparece aunque sea transitoriamente la vigencia del contrato de trabajo".

"Es verdad que el mismo artículo al parecer, —pero únicamente al parecer—, restringe un poco los efectos de la suspensión, cuando dice "pero durante la suspensión corren a cargo del patrono, además de las obligaciones surgidas con anterioridad las que le corresponden por muerte o enfermedad de los trabajadores". Si se estudia detenidamente esta disposición se encuentra que ella consagra una excepción, limitativamente, para los casos de muerte o enfermedad allí previstas. Señal de que para todo lo demás rige la suspensión completa del contrato, mientras se presente uno de esos dos casos concretos".

"Ahora, el mismo artículo últimamente citado, en su parte final, contiene una autorización a favor del patrono, quien puede descontar los períodos de suspensión al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones. En mi sentir, esa facultad en vez de disminuir, refuerza los efectos de la suspensión".

Llego así a la conclusión de que no estoy equivocado cuando afirmo y sostengo que la suspensión del contrato de trabajo, dentro de la legislación colombiana lógicamente produce la suspensión de su término de duración, sea él el presun-

tivo o el pactado. Y al contemplar los efectos prácticos de esta apreciación jurídica se puede comprender la arraigada honestidad con que la sostiene y aplica la empresa que represento, pues insisto en que mi tesis es más favorable a los trabajadores".

* * *

Se estudia el cargo:

Lo primero que tiene que observar la Sala es que la acusación está presentada en una forma incompleta; efectivamente, el recurrente la circunscribe a los artículos 53, 49 y 51 del Código Sustantivo del Trabajo, pero ocurre que omitió referirse al 64 ibidem, que es la disposición que le sirve al Tribunal de base legal para proferir la condena por lucro cesante, como consagratoria de este derecho. La técnica de casación exige que la demanda contra el fallo de segundo grado configure una proposición jurídica completa, para que de este modo la Corte pueda efectuar el cotejo del proveído impugnado con la ley, y resulta impracticable esta tarea si el recurrente guarda silencio sobre el fundamento legal básico de la decisión del ad-quem. Por este aspecto, pues, el cargo carece de eficacia para desvirtuar la sentencia acusada.

No obstante lo anterior, la Sala estima que son muy juiciosas las consideraciones que hace el recurrente sobre el fenómeno de la suspensión, pero comprende que ellas tienen una incidencia muy relativa en el caso sub-lite. En efecto, los documentos que sirvieron de soporte a la sentencia del Tribunal, aceptados por las partes, demuestran, sin lugar a duda, cuál fue la fecha en que la sociedad demandada entendió que se extinguía el plazo presuntivo del contrato de trabajo de Zoilo Quintero. En las notas visibles a folios 8 y 45 del primer cuaderno se dice categóricamente que el contrato del nombrado trabajador "vence el 12 de agosto de 1954". Se aprecia allí, pues, la voluntad de la empresa de no descontar el período de suspensión disciplinaria ocurrido tres años antes, lo cual es legalmente aceptable puesto que, por lo menos el tiempo de suspensión que expresamente prevé nuestro Código Laboral, es de descuento facultativo del patrono. De tal manera que esa manifestación de la empresa es de gran importancia por cuanto constituye el antecedente inmediato de la extinción del contrato de trabajo que ligó a las partes. Ella prevalece, de conformidad con las disposiciones legales del trabajo y la jurisprudencia sobre la materia, sobre cualesquiera otros motivos, razones o modalidades, dados con posterioridad a la terminación del contrato. Y, precisamente, esto último fue lo que aconteció en el caso sub-judice, ya que se observa que el propósito de descontar el período de suspensión fue muy posterior a la determinación expresa de rompimiento contractual.

En mérito de lo expuesto ,la Corte Suprema de Justicia —SALA DE CASACION LABORAL—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COMPUTO DE LA INDEMNIZACION POR MORA PARA EFECTOS DE LA FIJACION DE LA CUANTIA — RECURSO DE HECHO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D. E. catorce de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

El doctor Jorge Lalinde Viveros, ha presentado, dentro del término debido, las copias correspondientes al recurso de hecho con el que procura obtener se conceda el de casación interpuesto por el apoderado judicial de "Emilio Peláez y Compañía Limitada" contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín —Sala Laboral— de fecha 25 de marzo de 1958, en el juicio ordinario laboral promovido por Lía Teleche Rendón, contra la sociedad recurrente. Fundamenta su solicitud en memorial que obra a folios 3 y 4 de estas diligencias.

El Tribunal negó el recurso de casación por estimar que el juicio no tenía la cuantía requerida por el artículo 9º del Decreto-Ley 1.762 de 1956, esto es, que la suma de todas las peticiones de la demanda no superada a la cantidad de cuatro mil ($ 4.000.00).

La parte demandada solicitó reposición de la providencia anterior alegando que en el libelo con que se inició el juicio se impetraron los salarios por mora a partir del accidente de trabajo, o sea del 30 de septiembre de 1953 hasta el 4 de noviembre de 1957, día de la notificación de la demanda y que este solo concepto de la acción vale la suma de $ 7.176.00.

El fallador ad-quem no accedió a reponer su proveído con fundamento en las mismas razones que expuso en la decisión de 8 de abril del corriente año.

Ante la Corte, el recurrente sustenta su solicitud en los siguientes términos:

"Si la demandante Lía Teleche reclamó salarios por mora a partir de la exigibilidad del accidente de trabajo sufrido, así se tome la situación a partir del día en que ocurrió tal hecho, o sea desde el 30 de septiembre de 1953, o del día en que cesó la incapacidad física y pudo medirse la merma de la incapacidad laboral, como lo dije en las dos hipótesis consignadas en mi memorial de 10 de abril de 1958, folios 14 y siguientes de las copias que acompaño, no cabe la menor duda de que el quantum de la acción rebasó los $ 4.000.00 que establece el Decreto Extraordinario número 1.762 de 1956, para la concesión del recurso extraordinario de casación".

El apoderado de la demandante Lía Teleche Rendón, se opone a que se conceda el recurso de casación, con los mismos argumentos sostenidos por el Tribunal sentenciador.

Para resolver se considera:

En la demanda inicial, la actora afirma que devengó un salario de $ 4.80 diarios y que laboró al servicio de la sociedad desde el 18 de mayo de 1953 hasta el 18 de mayo de 1957. Sobre estas bases pide lo siguiente: auxilio de cesantía por $ 576.00, compensación de vacaciones por $ 31.60, prima de servicios por $ 27.60, indemnización moratoria en accidente de trabajo por $ 576.00 y la indemnización por mora en el pago de sus prestaciones sociales, "conforme al mandato del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, a un día de salario diario, por cada día de retardo, desde que salí del puesto que desempeñaba", a razón de $ 4.80 diarios.

En relación con la indemnización moratoria, para los efectos de la cuantía, se tienen en cuenta los salarios causados en el tiempo transcurrido desde la terminación del contrato hasta la presentación de la demanda. En el asunto sub-litis el valor de esta súplica asciende a la suma de $ 772.80, o sea, la correspondiente a 161 días contados desde el 18 de mayo de 1957, fecha de terminación del contrato, hasta el 25 de octubre del mismo año, época en que se presentó la demanda. Esta orientación jurisprudencial la ha expuesto la Corte en auto de fecha 28 de febrero de 1957, ratificando la doctrina del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo. Dijo la Corporación en esa oportunidad: "Y como dichos salarios indemnizatorios no son en el fondo otra cosa que un medio legal y específico de sancionar la mora del patrono en el pago de las deudas laborales del trabajador, debe considerarse que ellos participan de la naturaleza de los accesorios necesarios en relación con las prestaciones y salarios que sean

objeto del pleito, por lo cual ingresan a la masa valuable del juicio, pero solamente en la cuantía en que se hubieren causado hasta el día de la presentación de la demanda, sin que haya lugar a contabilizar los que puedan causarse con posterioridad a esta fecha, pues éstos no existen en el momento en que se constituye la relación jurídico-procesal". El valor de todos los extremos que contempla la demanda arroja un total de $ 2.034.00, que constituye la cuantía exacta en el presente juicio.

La afirmación del recurrente de que la cuantía del negocio asciende a la suma de $ 8.437.20 si se tiene en cuenta que la demandante "reclamó salarios por mora a partir de la exigibilidad del accidente de trabajo" (30 de septiembre de 1953 día en que ocurrió el accidente relatado en la demanda) carece de respaldo en el proceso.

La Sala encuentra ajustada a derecho la valoración de la cuantía del juicio, en suma inferior a $ 4.000.00 y la declaratoria consiguiente sobre la no procedencia del recurso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9º del Decreto 1.762 de 1956.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— considera BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Emilio Peláez y Compañía Limitada contra la sentencia de 25 de marzo de 1958, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por Lía Teleche Rendón contra la recurrente.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal Superior de Medellín, para que conste en los autos.

Tiénese al doctor Jorge Lalinde Viveros como apoderado sustituto de Emilio Peláez y Compañía Limitada, en los términos y para los efectos del memorial poder que obra en este cuaderno.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL DEPOSITO DE UN EJEMPLAR DE LA CONVENCION COLECTIVA EN EL DEPARTAMENTO NACIONAL DEL TRABAJO COMO REQUISITO PARA SU VALIDEZ. MANERA DE ACREDITARLO EN JUICIO

Si para que la convención produzca sus efectos se requiere necesariamente que uno de los ejemplares de ella sea depositado en el Departamento Nacional del Trabajo (hoy División de Asuntos Industriales), con lo cual se le reviste de las formalidades propias de un acto solemne, resulta ineludible acudir a esa fuente, cuandequiera que se trate de probar su existencia legal, y siendo así, el medio adecuado al respecto es la copia autorizada por dicha dependencia, con la certificación de que el depósito se efectuó en la oportunidad que exige la ley.

En otros términos, no basta que en un juicio el demandante afirme, y el demandado admita como cierto el hecho de haberse celebrado una convención colectiva, que en principio los obligue conjuntamente, porque tal simple acuerdo sobre las condiciones generales del trabajo y demás puntos que constituyen el contenido de ese acto jurídico laboral, carece de efecto alguno en lo que se refiere a terceros y a las mismas partes, mientras no se haya cumplido el depósito previsto en el artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, y esto sólo puede acreditarse con la intervención de la correspondiente oficina pública.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá D. E., diez y nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Buga, Alberto Salazar Acosta demandó a Cervecerías de Buga S. A., con el objeto de que se condenase a ésta al pago de las sumas que resultaren probadas por concepto de salarios, primas eventuales, primas de colaboración, primas de servicio, vacaciones y cesantía correspondientes al tiempo transcurrido desde el 13 de junio de 1955 hasta el 20 de noviembre de 1956, e indemnización moratoria, por falta de pago, o por cualquier otro concepto, así como las costas del juicio.

Dijo en su demanda que fue despedido el 13 de junio de 1955, "por expiración del plazo presuntivo de su contrato de trabajo"; que en su condición de miembro del Sindicato de Trabajadores de Bavaria y la empresa Cervecería de Buga S. A., estaba vinculado al pacto o convenio colectivo de trabajo suscrito en Bogotá el seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, según el cual "la empresa declara que dentro de las condiciones normales del funcionamiento de la industria y salvo caso de fuerza mayor o caso fortuito y demás causales legales que sobrevengan durante la vigencia de este pacto, no modificará las condiciones de trabajo ni el número aproximado de sus actuales trabajadores durante la vigencia de este convenio.....". Agregó que como el pacto vencía el 20 de noviembre de 1956, quedaron sin vigencia, en cuanto a su vencimiento, los contratos celebrados entre la empresa y sus trabajadores, por lo cual éstos no podían ser despedidos antes de la expiración del plazo señalado en la convención colectiva. Y que, habiéndosele separado del servicio antes de que transcurriera ese plazo, se le causaron perjuicios que deben serle indemnizados, "ya que ha dejado de devengar los sueldos o salarios correspondientes al tiempo que faltaba para vencerse el pacto colectivo".

Al contestar la demanda, la empresa demandada aceptó algunos de los hechos afirmados por el actor, negó otros, se opuso a sus pretensiones y sostuvo que dentro de la convención colectiva los contratos individuales de trabajo conservan su autonomía y su régimen jurídico, en coordinación y armonía con aquélla, y que como, además, la que se invoca, ordena respetar, por ambas partes, las "causales legales" sobre terminación de los mismos contratos, y entre ellas está la extinción del plazo pactado o presuntivo, el despido de Salazar, con quien se había estipulado que sus servicios tenían una duración indefinida, se efectuó sin violación de sus derechos, al vencerse un período del plazo presuntivo.

El Juzgado del conocimiento condenó a la empresa demandada a pagarle al actor las siguientes sumas: por sueldos desde el 13 de junio de 1955 al 20 de noviembre de 1956, $ 13.782.00; por prima de servicios, $ 574.42; por vacaciones, $ 574.42, y por cesantía, $ 1.148.84. En total, $ 16.079.68.

Apelada esta providencia por ambas partes para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, esta entidad revocó totalmente la sentencia de primer grado, por considerar que no se había acreditado en legal forma la existencia de la convención colectiva celebrada entre la empresa demandada y sus trabajadores.

EL RECURSO

No conforme el actor con el fallo del Seccional, interpuso por medio de su apoderado el recurso de casación, que se va a decidir previo estudio de los respectivos cargos.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira a que la sentencia sea casada en su totalidad y a que esta Sala, como Tribunal de instancia, confirme la de primer grado o, en subsidio, la confirme en cuanto al literal a) del ordinal 1º, a título de indemnización por el lucro cesante, y en cuanto al ordinal 3º, sobre costas.

LA DEMANDA

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal Seccional, todos los cuales giran sobre el hecho de haberse desconocido por el sentenciador la existencia de la convención colectiva, por no haberse llevado a los autos la prueba respectiva.

Primer cargo.

Señala como violados los artículos 47, 49, literal a), 61 66, 467 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, y por falta de aplicación, los artículos 21, 43, 55, 61, 64, 467, 471 y 476 del mismo estatuto, como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por apreciación equivocada de la demanda y su contestación, de la copia del acta de conciliación (folios 15 vuelto y 16) del alegato leído en la audiencia (folio 29 a 30) y de los documentos de los folios 6, 11, 12 y 17 del expediente.

Dice que tales errores consistieron en no dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo entre las partes estaba regido por una convención colectiva, vigente hasta el 20 de noviembre de 1956, y nó por las normas legales ordinarias, y que el aludido contrato fue roto por la empresa en forma unilateral e ilegal cuando todavía faltaban 17 meses para el vencimiento del plazo de la convención.

Sostiene que el hecho de haber admitido la parte demandada, tanto en la contestación de la demanda como en otros actos procesales ,la existencia y los "requisitos" de la convención colectiva, situó ese punto fuera de la actividad probatoria y lo convirtió en un problema de puro derecho, según lo expresaron los apoderados de las partes en la audiencia de conciliación (Acta de folios 15 vuelto y 16).

Se considera:

El Tribunal sentenciador, fundándose en reiterada jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando una parte alegue como fundamento de sus pretensiones la existencia de una convención colectiva, debe acreditarla en la forma legal, que es la establecida para los instrumentos públicos en el artículo 636 del Código Judicial, y teniendo en cuenta que "en el caso sub-judice no se trajo con la demanda, un ejemplar de la convención colectiva ni tampoco se solicitó, dentro del término probatorio, que se oficiara al Ministerio del Trabajo a efecto de que se enviara copia debidamente autenticada de la convención que sirve de base a las reclamaciones", llegó a la conclusión de que en el juicio no se demostró en legal forma la existencia de la que invocó el actor en su demanda y por ello absolvió a la parte demandada de todas las peticiones del libelo, revocando totalmente la sentencia de primer grado.

El artículo 469 del C. S. del T., vigente cuando se celebró la supuesta convención colectiva, es del tenor siguiente:

"La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional del Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. **Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto**". (Subraya la Corte).

Si, pues, para que la convención colectiva produzca sus efectos se requiere necesariamente que uno de los ejemplares de ella sea depositado en el Departamento Nacional del Trabajo (hoy División

de Asuntos Industriales), con lo cual se le reviste de las formalidades propias de un acto solemne, resulta incudible acudir a ,esa fuente, cuandoquiera que se trate de probar su existencia legal, y siendo así, el medio adecuado al respecto es la copia autorizada por dicha dependencia, con la certificación de que el depósito se efectuó en la oportunidad que exige la ley.

En otros términos, no basta que en un juicio el demandante afirme, y el demandado admita como cierto el hecho de haberse celebrado una convención colectiva, que en principio los obligue conjuntamente, porque el simple acuerdo sobre las condiciones generales del trabajo y demás puntos que constituyen el contenido de ese acto jurídico laboral, carece de efecto alguno en lo que se refiere a terceros y a las mismas partes, mientras no se haya cumplido el depósito previsto en el artículo 469 del C. S. del T., y esto sólo puede acreditarse con la intervención de la correspondiente oficina pública.

Por tanto, no incurrió en error de hecho el fallador al dejar de estimar las pruebas que singulariza el recurrente.

Se rechaza este cargo.

CARGOS SEGUNDO Y TERCERO

Los cargos segundo y tercero, que se dirigen, en su orden, el uno a demostrar violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 467 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo y del 84 del mismo Código, por falta de aplicación, y el otro, quebrantamiento directo, por falta de aplicación, de los artículos 21, 43, 55, 61, 64, 467, 471 y 476, y de los artículos 47, 66, 61 en su literal a) y 469 del mismo Código por aplicación indebida, cargos que se sustentan con el argumento central que expone el recurrente en la acusación anterior, o sea el de que aceptada por las partes la existencia de la convención no es preciso aducir copia autorizada por funcionario público, tampoco son eficaces para desquiciar la sentencia recurrida, por las mismas razones en que se apoyó esta Sala para rechazar tal acusación.

Deberá, pues, mantenerse la providencia objeto del presente recurso.

En mérito de las breves consideraciones precedentes, 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 del Tribunal Seccional de Cali, materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Ricardo De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

APLICACION INMEDIATA DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO. — TRANSITO DE LEGISLACIONES. — DEROGADO EL DECRETO 893 DE 1955 QUE CREO LA COMISION DE ARBITRAJE AGRARIO OBLIGATORIO, LA CORTE SOLO TIENE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS RECURSOS DE HOMOLOGACION INTERPUESTOS O CONCEDIDOS ANTES DE LA FECHA DE DEROGATORIA

1.—El recurso de homologación contra los fallos proferidos por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio fue consagrado por el artículo 5º del Decreto Legislativo 893 de 1955.

Por Decreto Legislativo número 0291 de 1957 (expedido el 8 de noviembre de dicho año), se produjeron radicales mutaciones en los aspectos procedimental y de jurisdicción respecto del proceso de mejoras rurales, y, en lo que aquí es pertinente, se dispuso:

"Artículo 48.—La Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio continuará funcionando hasta evacuar todos los negocios que estuvieren para su conocimiento".

"Artículo 50.—Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición, y deroga los Decretos 0893 de 1955 y 0186 de 1956, y suspende las disposiciones que le sean contrarias."

Observa la Sala que la derogatoria del Decreto 0893 de 1955, sin limitación distinta a la del artículo 48 del Decreto 0291 de 1957, en que se fijó la actividad de la comisión "hasta evacuar todos los negocios que estuvieren para su conocimiento", produjo los siguientes efectos:

a).—Precisó la competencia de la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio a evacuar los negocios que estuvieren actualmente (en la fecha de la derogatoria que fue el 8 de noviembre de 1957) "para su conocimiento", y se la quitó de plano respecto de aquellos asuntos en trámite que, por hallarse al tiempo de la derogatoria en la etapa de conciliación o instrucción a cargo de los inspectores, estuvieren sólo potencialmente para su conocimiento.

b).—Restringió el recurso de homologación para aquellos casos que "estuvieren para su conocimiento", en los cuales tal recurso hubiera sido interpuesto o concedido antes de la fecha de la derogatoria.

La Sala ha llegado a la conclusión del literal b), mediante las siguientes consideraciones: es sabido que la competencia del funcionario público está determinada exclusivamente por fuente legal positiva y atribución expresa. En otras palabras: el funcionario público sólo puede hacer, en ejercicio de sus funciones, lo que la ley le ordena que haga, y —por ello— a la ley deben estar rigurosamente ceñidos sus actos. En tal virtud es responsable tanto por exceso como por defecto, es decir por actividades extralimitativas de su competencia legal o por omisión de la misma. Respecto de la capacidad de las personas privadas obra el principio contrario: ellas pueden hacer todo lo que la ley no prohiba expresamente.

Si el Decreto 0291 de 1957 derogó el 0893 de 1955 (y por ende el recurso de homologación que este último estatuto consagraba), con la sola salvedad de que la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio continuaría "funcionando hasta evacuar todos los negocios que estuvieren para su conocimiento", es obvio que, en términos generales, dicho recurso lo mismo que los demás procedimientos y ritualidades que sobre mejoras establecía la legislación derogada quedaron sujetos, en cuanto a su aplicación respecto de los asuntos en trámite, a las reglas sobre "tránsito de legislación procedimental", una de las cuales es el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 antes transcrito.

Dicha norma ha sido invariablemente mantenida en todas las situaciones de tránsito a procedimiento nuevo, inclusive en el terreno laboral, como se anota en el mandato del artículo 154 del C. de P. del T.

La misma doctrina legal es mantenida en la norma análoga del Código Judicial —que también es aplicable para llenar los vacíos del procedimiento laboral en su artículo 1.228.

Es, pues, indudable que las normas de

procedimiento tiene efecto inmediato, que la supresión del recurso de homologación por la legislación nueva varió sobre este particular no sólo el procedimiento sino que privó de competencia a la Corte respecto del mismo, y que la legislación anterior sólo se aplica a la tramitación de actuaciones en curso y a los recursos interpuestos o concedidos dentro de su vigencia.

2.— Es sabido que las disposiciones sobre procedimiento son de orden público y, por regla general, de aplicación inmediata. Este último principio está consagrado por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

"Las leyes que regulan la competencia... son de inmediata aplicación a los pleitos pendientes", dice el tratadista Luis Matienzo, en lo cual coincide con los más eminentes expositores de derecho público y alianza jurisprudencias reiteradas de la Corte, una de las cuales asienta que "las leyes que cambian la jurisdicción y competencia son de orden público y por consiguiente tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio". (G. J., XLVIII, 543). Esta misma Corporación ha sostenido que "la facultad de administrar justicia es lo que se denomina jurisdicción; y cuando una norma legal atribuye esa poder a entidad distinta de la que antes tenía la competencia sobre cierta clase de asuntos, su aplicación no puede eludirse generalmente, pues no es aceptable afirmar que sólo por ese se violen situaciones procesales concretas y adquiridas, ya que los litigantes no tienen derecho a que el fallo lo profiera determinado Juez. Ellos sólo tienen la prerrogativa de pedir y obtener que se les decidan sus solicitudes por medio de las instituciones procesales trifadas por el legislador" (G. J., número LIX, página 1045).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá D. E., veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Se va a decidir sobre la admisibilidad y procedencia del recurso de homologación interpuesto por la parte demandante en el proceso sobre reconocimiento y pago de mejoras adelantado por el señor Joaquín Solo contra el señor Ignacio Giraldo López. La homologación impetrada —cuya procedencia va a estudiarse por la Corte— versa sobre el fallo proferido por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio el día 9 de febrero de 1958, por el cual se absolvió al demandado de todas las súplicas de la demanda.

El proceso de mejoras fue promovido por el actor el 13 de febrero de 1957 por ante la Inspección Nacional de Asuntos Campesinos de Manizales. Instruido que fue el correspondiente informativo por dicha dependencia, pasó el expediente a la Comisión de Arbitraje principada, la cual dirimió la controversia mediante el proveimiento que antes se cita. Notificado irregularmente el fallo, la parte vencida —o sea el actor— interpuso la homologación con base en éste y otros errores de procedimiento, y el recurso le fué concedido por la mencionada Comisión para ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Para resolver se considera:

Es necesario establecer si en el caso sub-judice procede el otorgamiento del recurso por parte de la Comisión a-quo, y si, principalmente, tiene la Corte competencia suficiente para resolverlo.

El asunto de autos se tramitó conforme al Decreto Legislativo número 0893 de 1955, y el recurso cuya admisión se estudia fue consagrado por el artículo 5º del Decreto precitado, cuyo texto reza así:

"Artículo 5º.—El fallo proferido por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio pondrá fin al conflicto, tendrá el valor de cosa juzgada, estará revestido de la protección que la ley otorga al Arbitraje y contra él sólo cabrá el recurso de homologación para ante el Tribunal Supremo del Trabajo en la forma y términos del artículo 143 del Código Procesal del Trabajo (Decreto 2.158 de 1948)".

Por Decreto Legislativo número 0291 de 1957 (expedido el 8 de noviembre de dicho año), se produjeron radicales mutaciones en los aspectos procedimental y de jurisdicción respecto del proceso de mejoras rurales, y, en lo que aquí es pertinente, se dispuso:

"Artículo 48.—La Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio continuará funcionando hasta evacuar todos los negocios que estuvieren para su conocimiento".

"Artículo 50.—Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición, y deroga los Decretos 0893 de 1955 y 0186 de 1956, y suspende las disposiciones que le sean contrarias".

Se advierte, por tanto, que el negocio referido está implicado dentro del fenómeno jurídico de

"tránsito de legislación procedimental", de donde resulta necesario dilucidar hasta qué punto debe tramitarse por la legislación antigua (que lo fue el Decreto 0893 de 1955 derogado por el artículo 50 del Decreto 0291 de 1957), y en qué situaciones es inoperante para dar aplicación a la nueva.

Es sabido que las disposiciones sobre procedimiento son de orden público y, por regla general, de aplicación inmediata. Este último principio está consagrado por el artículo 40, de la Ley 153 de 1887, que dispone:

"Artículo 40. — Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Cabe anotar que el Decreto 0291 de 1957 (nueva legislación) prevé no sólo un cambio de procedimientos respecto de la materia indicada sino una modificación de la **competencia** (artículos 1º y 22, ibídem), lo cual encarece notoriamente la importancia de aquélla para el órgano o funcionario público que hayan de afrontar su tramitación. "Las leyes que regulan la competencia... son de inmediata aplicación a los pleitos pendientes", dice el tratadista Luis Mattirolo, en lo cual coincide con los más eminentes expositores de derecho público y afianza jurisprudencias reiteradas de la Corte, una de las cuales sustenta que "las leyes que cambian la jurisdicción y competencia son de orden público y por consiguiente tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio". (G. J., XLVIII, 543). Esta misma Corporación ha sustenido que "la facultad de administrar justicia es lo que se denomina jurisdicción; y cuando una norma legal atribuye ese poder a entidad distinta de la que antes tenía la competencia sobre cierta clase de asuntos, su aplicación no puede eludirse generalmente, pues no es aceptable afirmar que sólo por eso se violen situaciones procesales concretas y adquiridas, ya que los litigantes no tienen derecho a que el fallo lo profiera determinado Juez. Ellos sólo tienen la prerrogativa de pedir y obtener que se les decidan sus solicitudes por medio de las instituciones procesales indicadas por el legislador". (G. J., número LIX, página 1045).

Observa la Sala que la derogatoria del Decreto 0893 de 1955, sin limitación distinta a la del artículo 48 del Decreto 0291 de 1957, en que se fijó la actividad de la comisión "hasta evacuar todos los negocios que estuvieren para su conocimiento", produjo los siguientes efectos:

a).—Precisó la competencia de la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio a evacuar los negocios que estuvieren actualmente (en la fecha de la derogatoria que fue el 8 de noviembre de 1957) "para su conocimiento", y se la quitó de plano respecto de aquellos asuntos en trámite que, por hallarse al tiempo de la derogatoria en la etapa de conciliación o instrucción a cargo de los inspectores, estuvieren sólo potencialmente para su conocimiento.

b).—Restringió el recurso de homologación para aquellos casos que "estuvieren para su conocimiento", **en los cuales tal recurso hubiera sido interpuesto o concedido antes de la fecha de la derogatoria.**

La Sala ha llegado a la conclusión del literal b), mediante las siguientes consideraciones: es sabido que la competencia del funcionario público está determinada exclusivamente por fuente legal positiva y atribución expresa. En otras palabras: el funcionario público sólo puede hacer, en ejercicio de sus funciones, lo que la ley le ordena que haga, y —por ello— a la ley deben estar rigurosamente ceñidos sus actos. En tal virtud es responsable tanto por exceso como por defecto, es decir por actividades extralimitativas de su competencia legal o por omisión de la misma. Respecto de la capacidad de las personas privadas obra el principio contrario: ellas pueden hacer todo lo que la ley no prohiba expresamente.

Si el Decreto 0291 de 1957 derogó el 0893 de 1955 (y por ende el recurso de homologación que este último estatuto consagraba), con la sola salvedad de que la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio continuaría "funcionando hasta evacuar todos los negocios que estuvieren para su conocimiento", es obvio que, en términos generales, dicho recurso lo mismo que los demás procedimientos y ritualidades que sobre mejoras establecía la legislación derogada quedaron sujetos, en cuanto a su aplicación respecto de los asuntos en trámite, a las reglas sobre "tránsito de legislación procedimental", una de las cuales es el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 antes transcrito.

Dicha norma ha sido invariablemente mantenida en todas las situaciones de tránsito a procedimiento nuevo, inclusive en el terreno laboral, como se anota en el mandato del artículo 154 del C. de P. del T. que ordena:

"Artículo 154.--Las disposiciones de este Decreto se aplicarán a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir; pero los términos no vencidos y los recursos interpuestos se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso".

No cabe duda de que el texto anterior es aplicable, por analogía, al negocio sub-lite, a falta de disposición especial, como lo preceptúa el artículo 145 ibídem:

"Artículo 145.—A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este Decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial."

La misma doctrina legal es mantenida en la norma análoga del Código Judicial —que también es aplicable para llenar los vacíos del procedimiento laboral—cuyo artículo 1.228 dispone:

"Artículo 1.228.—Las disposiciones de este Código se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir; pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso o se promovió la tercería o el incidente".

Es, pues, indudable que las normas de procedimiento tienen efecto inmediato, que la supresión del recurso de homologación por la legislación nueva varió sobre este particular no sólo el procedimiento sino que privó de competencia a la Corte respecto del mismo, y que la legislación anterior sólo se aplica a la tramitación de actuaciones en curso y a los recursos interpuestos o concedidos dentro de su vigencia. Aplicando esta doctrina al caso de autos, se ve que el recurso de homologación no es viable porque fue interpuesto el 15 de abril de 1958, cuando ya había sido derogado —con la salvedad dicha— el Decreto que lo establecía.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SE INHIBE de conocer del recurso de homologación interpuesto en este asunto, por falta de competencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase a la oficina de origen.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría S.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA INDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES EN RELACION CON LA FIJACION DE LA CUANTIA DE LA ACCION. — RECURSO DE HECHO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

En la audiencia pública celebrada el 8 de noviembre de 1957, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictó fallo de segunde instancia en el juicio ordinario de trabajo instaurado por Gregorio Amaya contra José María Sánchez, en el sentido de confirmar la decisión del Juzgado Segundo del Trabajo del Circulo de Bogotá que condenó al demandado Sánchez a pagar las cantidades de $ 318.08 por auxilio de cesantía, $ 181.25 por prima de servicios, $ 1.530. por lucro cesante y $ 15.00 diarios desde el 26 de noviembre de 1955 hasta cuando sean canceladas las prestaciones sociales, como indemnización moratoria.

La parte demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, el que le fue negado con fundamento en que la cuantía del juicio ascendía apenas a la suma de $ 3.695.68. En tiempo oportuno, interpuso el recurso de reposición contra este proveído y en subsidio, solicitó las copias pertinentes para recurrir de hecho ante esta Superioridad.

El fallador **ad-quem** mantuvo su providencia, con las mismas razones que tuvo para negar el recurso extraordinario.

Ante esta Corporación, el recurrente sustenta su solicitud en los siguiente términos:

"Insisto en que la interpretación dada por el Honorable Tribunal al precepto contenido en el artículo 86 del C. de P. del T. es absurda, antitécnica e injusta por cuanto limita el derecho sustantivo, de un lado y conculca el derecho de defensa rompiendo el equilibrio procesal que debe existir en todos los juicios incluyendo los de carácter laboral. No es justo H. Magistrado ni equitativo que, de una parte se condene al demandado a pagar salarios caídos no solamente desde la terminación del contrato o desde que se hizo exigible la obligación hasta la fecha en que el pago se verifique, sin restringirlo en cuanto a su operancia a la presentación de la demanda, y de otra parte se tenga en cuenta dicha condena hasta la presentación del libelo para efecto de estimar la cuantía de la petición correspondiente haciendo más gravosa la situación de quien ha sido vencido en el litigio e impidiéndole que pueda hacer uso de un recurso extraordinario que la ley establece. Considero que la actitud del H. Tribunal al denegar el recurso de casación que me permití interponer en tiempo no tuvo en cuenta sino una equivocada interpretación de la tesis adoptada y sostenida por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, limitando el alcance de la norma sustantiva, conculcando el derecho de una de las partes y sacrificando el auténtico contenido de las normas a un concepto anticientífico; que rompe el verdadero equilibrio que debe existir entre los litigantes".

"La cuantía de las pretensiones del actor es muy superior a la suma de CUATRO MIL PESOS y no como caprichosamente lo sostiene el Tribunal, lo cual se demuestra con la sola lectura de la sentencia objeto del recurso denegado. La condena por el sólo concepto de salarios caídos es superior a DIEZ MIL PESOS moneda corriente".

Para resolver se considera:

En este proceso se hallan cumplidas las exigencias legales referentes a la naturaleza del juicio, al carácter de sentencia definitiva de la resolución judicial, a la oportunidad para la interposición del recurso y a la habilidad e interés jurídico de la persona que lo interpuso. El requisito que ha de examinar es el relacionado con la cuantía del juicio.

En la demada la parte actora hizo las súplicas de auxilio de cesantía por $ 387.00, de prima de servicios por $ 181.25, de horas extras por $ 55.56, de horas extras diurnas por $ 46.87, de lucro cesante por $ 1.530.00 y de la sanción de los denominados "salarios caídos" desde el 26 de noviembre de 1955 hasta cuando se verifique el

pago de las sumas que reclama más servicios médicos y drogas, estimados en la suma de $ 50.00.

Sobre la naturaleza de la indemnización moratoria, en lo que concierne a la cuantía para los efectos del recurso de casación, esta Sala, en providencia del 28 de febrero de 1957, dijo lo siguiente:

"En relación con los salarios indemnizatorios por mora en el pago de las deudas laborales al trabajador, fue jurisprudencia constante del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que hoy reafirma esta Sala, que tales salarios, para efectos de fijar la cuantía del juicio frente al recurso de casación, no pueden computarse sino hasta lo que valgan a la fecha de la presentación de la demanda. Al efecto tuvo en cuenta el Supremo diversas consideraciones de orden doctrinario, así como también la jurisprudencia civil de la Corte que en desarrollo del principio de unidad de la relación procesal, ha sostenido que el momento en que se determina el valor del juicio es el momento de la demanda judicial. Y como dichos salarios indemnizatorios no son en el fondo otra cosa que un medio legal y específico de sancionar la mora del patrono en el pago de las deudas laborales del trabajador, debe considerarse que ellos participan de la naturaleza de los accesorios necesarios, en relación con las prestaciones y salarios que sean objeto del pleito, por lo cual ingresan a la masa valuable del juicio, pero solamente en la cuantía en que se hubieren causado hasta el día de la presentación de la demanda, sin que haya lugar a contabilizar los que puedan causarse con posterioridad a esta fecha, pues éstos no existen en el momento en que se constituye la relación jurídico-procesal". (GACETA JUDICIAL, números 2177-2178).

Aplicando este criterio al caso que se estudia y teniendo en cuenta que el demandante devengó un salario de quince pesos, diarios y que entre la fecha de terminación del contrato (25 de noviembre de 1955) y la de la presentación de la demanda (1º de marzo de 1956) transcurrió un lapso de noventa y cinco días, la indemnización moratoria ajcanzaría a la suma de $ 1.425.00, que agregada al valor de las otras peticiones da un resultado de $ 3.675.68, cantidad inferior a la que exige el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956 para la procedencia del recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— considera BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por el apoderado de José María Sánchez contra la sentencia de fecha 8 de noviembre del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Gregorio Amaya contra el recurrente.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal Superior para que conste en autos.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Luis Alberto Bravo—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García, Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR DAÑO EMERGENTE. — NECESIDAD DE LA CITA DE LA DISPOSICION QUE CONSAGRA EL DERECHO DESCONOCIDO POR EL SENTENCIADOR Y CUYA INFRACCION SE ACUSA EN CASACION

1.— El recurrente se abstuvo de indicar, como disposición violada por la sentencia recurrida el artículo que consagra la indemnización perseguida en el petitum de la demanda. Esta omisión, imposibilita a la Sala para ir más allá de los límites fijados por la respectiva acusación, pues no puede oficiosamente entrar a buscar disposiciones que no se han señalado como infringidas por el adquem.

2.—El daño emergente, no estando fijado cualitativa y cuantitativamente de antemano, en la legislación laboral, como acontece con el fuero cesante, deberá demostrarse en el juicio su existencia y cuantía para que sea reparado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintitrés de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Campo Elías Chaparro, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario laboral a las sociedades denominadas "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A." y "Cervecería de Duitama S .A." con domicilio principal en Bogotá y representadas por su Presidente el doctor Vicente de la Cuesta, para que se las condenase, solidariamente, a pagarle: $ 586.50, por concepto del saldo insoluto del auxilio de cesantía; $ 675.00, por concepto de preaviso; $ 17.000.00, por perjuicios causados por despido injusto y por las costas del juicio, en caso de oposición.

Como hechos para fundamentar su demanda, relató los siguientes:

Que fue contratado por el "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A." para prestar sus servicios, por tiempo indeterminado, en la fábrica de Duitama, desde el 25 de mayo de 1944, en donde trabajó durante diez años, once meses y veinticuatro días, es decir, hasta el 18 de mayo de 1955, en que fue despedido. Que al tiempo de su despido, la sociedad "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A." había sido sustituída por "Cervecería Duitama S. A.", constituída como filial de la primera, que englobó todas las actividades que aquélla tenía en Duitama y se hizo cargo de las prestaciones sociales de los trabajadores, en forma solidaria con el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. Que, aunque se le liquidaron y pagaron las prestaciones sociales al tiempo del despido, estima que la liquidación fue defectuosa, pues se tomó como base un sueldo o salario promedio mensual inferior al que en realidad había devengado, ya que sólo se tuvo en cuenta el salario fijo y la prima eventual, habiéndose debido incluir para sacar el promedio, además de los factores indicados, el valor de las horas extras trabajadas por él. Que la empresa le liquidó el auxilio de cesantía, dividiendo el tiempo trabajado en tres etapas, o períodos que le fueron liquidados teniendo en cuenta un sueldo promedio mensual inferior al real, por lo cual la empresa quedó a **deberle la suma de $ 586.50, como saldo insoluto de su cesantía.** Que la empresa lo despidió sin darle el preaviso de 45 días, el que debió pagársele sobre la base del último salario devengado que era de $ 450.00 mensuales, por lo cual le adeuda la suma de $ 675.00. Que la empresa "se limitó a pagarle el resto del plazo presuntivo que eran seis días". Que el despido se causó estando el demandante gravemente enfermo de una pierna, a consecuencia de un fuerte golpe sufrido en ella que le produjo la fractura y lo incapacitó totalmente para moverse desde el 14 de febrero de 1955, afirmando, además, que esa lesión no se produjo en accidente de trabajo y que la empresa lo atendió y le pagó las operaciones quirúrgicas que se necesitaron, hecho éste que, en su concepto, "pone más en evidencia la gravedad de la enfermedad y hace resaltar más aún la injusticia con que procedió la empresa al despedir a un trabajador sin pagarle preaviso, y en los momentos en que se hallaba reducido al lecho, incapacitado para conseguir trabajo en otra parte y para sostener a su esposa y sus dos hijas pequeñas". Que el despido verificado en

tales circunstancias le causó gravísimos perjuicios materiales y morales que la empresa debe indemnizarle y que estima en $ 17.000.00.

En derecho apoyó su demanda en lo dispuesto por los artículos 64, 248 y concordantes del C. S. del T. y en el Decreto 616 de 1954.

El representante de las sociedades demandadas, por medio de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas por el actor. En cuanto a los hechos aceptó unos, en parte; negó categóricamente otros, y, los demás también los negó, pero haciendo algunas aclaraciones al respecto.

Tramitada la controversia, el Juez del Círculo del Trabajo de Duitama, que fue el del conocimiento, la desató en sentencia de fecha 17 de mayo de 1957, absolviendo a las demandadas de los cargos formulados y condenando en costas al demandante.

A virtud de apelación interpuesta por el actor contra el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Laboral, por sentencia de fecha 23 de agosto de 1957, lo confirmó en todas sus partes, y condenó en costas de la instancia al apelante.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de Campo Elías Chaparro. Habiéndose admitido y tramitado en legal forma, se va a decidir mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito de oposición.

EL RECURSO

Aunque expresado en forma deficiente, la impugnación persigue se case parcialmente el fallo recurrido y que la Corte, convertida en Tribunal de instancia, proceda a dictar sentencia condenando a la parte demandada a pagarle al actor la indemnización de perjuicios a que se refiere el libelo con que se inició el juicio.

Formula un solo cargo en que acusa la sentencia de ser "violatoria de la ley sustantiva, por infracción indirecta", procedente de error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal, por errónea apreciación de las pruebas que señala.

La disposición que estima violada es el artículo 51 numeral 1º del C. S. del T., que dice: "Artículo 51.—El contrato de trabajo se suspende: 1º.—Por fuerza o caso fortuito, que temporalmente impida su ejecución".

Las pruebas que considera apreciadas erróneamente por el sentenciador, son: a) Las posiciones absueltas por el propio demandante a solicitud de la parte demandada y, concretamente, las respuestas a las preguntas 7ª, 8ª y 9ª; b) Las declaraciones rendidas por Daniel Acevedo (folio 37), Ambrosio Higuera (folio 39), y Carlos Ayala (folio 21).

Para sustentar el cargo, razona así: "Si el 14 de febrero de 1955 Chaparro quedó imposibilitado por seis meses para seguir trabajando, el contrato de trabajo se suspendió por seis meses. Luego durante esa suspensión a la empresa le estaba vedado despedirlo; y si lo suspendió, o mejor dicho, si lo despidió, el despido fue ilegal y la empresa debe indemnizarle los perjuicios consiguientes, cuya existencia también quedó acreditada con las mismas declaraciones.

"El Tribunal apreció erróneamente esas pruebas y esa apreciación errónea lo hizo incurrir en el error de hecho de declarar que el despido fue ilegal (sic). Y con esa declaración el Tribunal violó el artículo 51 ya citado".

Por su parte el opositor hace un juicioso análisis de la demanda de casación, anotando las fallas de que adolece por su aspecto técnico, que, en su concepto, imponen el rechazo o desestimación del cargo; aduce otras observaciones sobre el fondo mismo de la controversia que plantea la acusación y termina oponiéndose a que se case la sentencia recurrida.

Se considera.

Al señalar el alcance de la impugnación, se ha visto que persigue la casación parcial de la sentencia con el único objeto de que se acoja, de las súplicas de la demanda, la referente al extremo de la indemnización de perjuicios por razón del incumplimiento del contrato laboral o por ruptura unilateral e ilegal del mismo.

Este derecho indemnizatorio lo consagra el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, para los casos en que opere la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, prevista en todo contrato de trabajo. Como acertadamente anota el opositor, el recurrente se abstuvo de indicar, como disposición violada por la sentencia recurrida, el referido artículo 64, que consagra la indemnización perseguida en el petitum de la demanda. Esta omisión, imposibilita a la Sala para ir más allá de los límites fijados por la respectiva acusación, pues no puede oficiosamente entrar a buscar disposiciones que no se han señalado como infringidas por el ad-quem. La sola cita que hace el recurrente del numeral 1º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, como violado por la sentencia del Tribunal, constituye una proposición jurídica incompleta

que no es suficiente para permitir el análisis del cargo, ya que esa disposición se refiere a una de las causas por las cuales el contrato de trabajo se suspende, pero no a la norma que consagra o reconoce la indemnización de perjuicios que se ha impetrado.

Por otra parte, la norma invocada no constituye soporte de la conclusión desestimatoria del adquem ya que éste consideró que en el caso subjudice se trataba de un contrato de trabajo de duración indeterminada, al que debía aplicarse la presunción de plazo presuntivo que contempla el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo; y que la empresa cumplió con las normas laborales al dar por terminado legalmente el contrato de trabajo existente con Chaparro, por expiración de uno de los términos en que operaba el plazo presuntivo, conforme a la causal contemplada en el literal a) del artículo 61 de la obra citada. Estos soportes de la sentencia no han sido atacados por el recurrente y, manteniéndose intactos, es lógico que, por este aspecto, tampoco puede prosperar el cargo.

Es de advertir, finalmente, que si con un criterio de amplitud se estudia la impugnación formulada, para considerar que el despido del demandante se produjo seis días antes de vencerse el plazo presuntivo por el cual debía regirse el contrato de trabajo existente entre el demandante y la sociedad demandada, y que al efectuarse sin justa causa debía operar el resarcimiento de los perjuicios correspondientes por incumplimiento de lo pactado, se llega a la conclusión de que los únicos perjuicios causados al demandante por la ruptura unilateral e ilegal del contrato, estarían limitados al lucro cesante, consistente en el monto de los salarios correspondientes a los seis días que faltaban para cumplirse el plazo presuntivo, por los cuales se le indemnizó, pues aparece que fueron pagados al trabajador al tiempo de su despido según consta de la liquidación que obra a folios 35 y 36, como lo reconoce el Tribunal, en su sentencia. El otro aspecto de los perjuicios compensatorios reclamados, consistente en el daño emergente, no estando fijado cualitativa y cuantitativamente de antemano en la legislación laboral, como acontece con el lucro cesante, deberá demostrarse en el juicio su existencia y cuantía para que sea reparado. En el caso sub-lite el daño emergente no aparece demostrado ni puede configurarse a través de los testimonios que señala el recurrente como mal apreciados, ni menos deducirse de la propia declaración del demandante contenida en las posiciones que absolvió a petición de la parte demandada. No prospera el cargo.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— 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.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA PRODUCCION DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA LABORAL, SE SUJETA A LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO JUDICIAL. — DICTAMEN MEDICO EN CASO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL. — EL ERROR DE DERECHO NO SE REFIERE AL CASO DE QUE CAREZCA DE LAS FORMALIDADES PROCESALES QUE LE SON PROPIAS

1.—En materia de prueba pericial, el Código de Procedimiento del Trabajo sólo contempla unas pocas normas que disponen que es privativo del Juez la designación del perito único y que éste es susceptible de tacha de igual manera que los Jueces. Mas nada especial dispone ese estatuto sobre la ritualidad de la aludida prueba ni específicamente sobre su forma de notificación a las partes, lo que constituye el aspecto esencial del cargo en estudio.

Ante ese vacío, es indispensable acudir a la aplicación analógica de que trata el artículo 145 del C. de P. L., disposición en la que se encuentra una referencia directa al empleo de las normas del Código Judicial.

El artículo 720 del Código Judicial prescribe que el dictamen de los peritos se ponga en conocimiento de las partes por tres (3) días; esta notificación, que desde luego debe hacerse en audiencia pública, persigue la finalidad de permitir a cualquiera de los interesados solicitar explicaciones, ampliaciones o mayor claridad del dictamen. O, también, objetarlo por error grave, fuerza, dolo, soborno o seducción, según lo determina el artículo 720 ibidem. El requisito de la notificación, pues, no debe omitirse por razón de que las reglas sobre procedimiento judicial son de orden público, vale decir, que prevalecen sobre el interés particular y que los Jueces y Magistrados no deben sustraerse a su cumplimiento. Y esta exigencia judicial en manera alguna contradice los principios de oralidad e inmediación que informan el procedimiento del trabajo. Se descarta esta posibilidad por razón de que ya se ha visto que se trata de una prueba no regulada por las disposiciones procesales laborales lo que determina la necesidad de acudir a lo que sobre el particular establece el Código Judicial; y al aplicar las normas pertinentes de éste resulta imprescindible sujetarse a la ritualidad que él prescribe a fin de que la producción de la prueba tenga un exacto y legal cumplimiento. Sobre esta materia ya existen decisiones jurisprudenciales que ilustran suficientemente el tema tratado. (Sentencias del Tribunal Supremo de septiembre 7 de 1950, abril 30 de 1951 y septiembre 22 de 1954).

2.—El Decreto número 332 de 1963 establece la reglamentación administrativa especial para los casos de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales sometidas a la clasificación del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo. En la letra d) del artículo 32 del citado Decreto, se ordena que el dictamen de los médicos oficiales se notifique a las partes para que éstas tengan la oportunidad de poder interponer los recursos de reposición y de apelación, según sea el caso. De lo anterior claramente se deduce que es necesario llevar al conocimiento de los interesados, por medio de la notificación, el experticio médico.

3.—En el caso debatido no se trata de un posible error de derecho. No es aceptable este planteamiento por razón de que en casación laboral el error de derecho está taxativamente consagrado para los casos en que "se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esa naturaleza, siendo el caso de hacerla". (Artículo 87 del C. P. L.). Y éste no es el problema jurídico que se contempla en el caso subjudice, en el cual de lo que se duele es de deficiencia en la producción de la prueba

pericial, es decir, que dicha prueba se practicada conforme a las reglas procesales pertinentes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., agosto veintiséis de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Jairo Quintero Rodríguez demandó, por medio de apoderado a la empresa Tejidos Leticia Limitada, de la ciudad de Medellín, para que fuese condenada a pagarle indemnización por invalidez, complemento del auxilio monetario por enfermedad no profesional; 40% de aumento de salario que no le fue reconocido; indemnización por lucro cesante o preaviso; indemnización especial por un mil pesos o cuanto más se probare por razón de despido encontrándose incapacitado, e indemnización por mora

Según el relato de los hechos de la demanda de instancia, Quintero trabajó al servicio de la sociedad demandada desde el 24 de junio de 1954 hasta el 30 de noviembre del mismo año, como carpintero; devengó un jornal de $ 3.50 pero manifiesta que un mes antes de su despido hubo aumento del cuarenta por ciento para los trabajadores de la empresa, el cual no le fue reconocido; el 30 de noviembre de 1954 sufrió un accidente de tránsito, en la carretera de Bello, cuando viajaba del lugar de trabajo a su casa, debido a un "choque del vehículo en que viajaba con otro"; a consecuencia de este accidente, Quintero sufrió graves lesiones en la pierna izquierda, las cuales lo tuvieron incapacitado durante seis (6) meses en la clínica del Instituto Colombiano de Seguros Sociales de Medellín; de allí pasó a su casa incapacitado aún pero sin pago del auxilio monetario por veinte días; volvió a trabajar en la empresa en muy malas condiciones pues tenía que usar muletas para movilizarse, y así estuvo hasta el 22 de diciembre de 1955, fecha en que lo despidieron sin previo aviso, causa justificativa ni cláusula de reserva; a pesar de encontrarse incapacitado se le hizo trabajador hasta el día de su despido; no le fue pagado completo el auxilio monetario durante el período de incapacidad; la empresa le negó la indemnización por su lesión y por este motivo Quintero acudió a la Inspección del Trabajo de Medellín, en donde se celebró una audiencia entre las partes, en la cual se convino someter el caso a la decisión de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial; el Médico Industrial dictaminó que Quintero presentaba lesiones que disminuían su capacidad laboral en un setenta por ciento (70%); no obstante lo anterior, la empresa se ha negado a reconocerle el pago por invalidez.

La empresa demandada negó todos los hechos del libelo e interpuso las excepciones de ilegitimidad de la personería adjetiva de la sociedad demandada, la de inepta demanda y la de inexistencia de la obligación por pago oportuno y retiro voluntario.

Conoció de la litis el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín, el cual dictó su fallo en sentido totalmente absolutorio para la sociedad demandada. Esta decisión fue apelada por el apoderado del actor ante el Tribunal Seccional del Trabajo de aquella ciudad, entidad que revocó el proveído de primer grado y condenó a Tejidos Leticia Limitada a pagarle al trabajador reclamante un auxilio por invalidez por la suma de doscientos diez pesos ($ 210.00) y tres pesos con cincuenta centavos ($ 3.50), como indemnización por mora, desde el nueve de julio de 1956 hasta cuando se "verifique el pago".

Contra esta última providencia ha recurrido en casación el apoderado de la empresa demandada y habiéndose admitido y tramitado legalmente el recurso, corresponde decidirlo a esta Sala mediante el estudio de la respectiva demanda y escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira el recurrente a que se case totalmente el fallo de segunda instancia y a que sea confirmado el proferido por el Juzgado del conocimiento.

MOTIVOS DE CASACION:

Invoca el recurrente la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo y plantea cuatro cargos en desarrollo de su acusación.

PRIMER CARGO:

Está formulado en los siguientes términos:

"La sentencia impugnada violó los artículos 719 del Código Judicial, 145 del C. P. L. (Decreto 2.158 de 1948) y 3º, ordinal d) del Decreto 832 de 1953, infracción medio, que llevó al Honorable Tribunal del Trabajo de Medellín, a infringir, por la vía indirecta los artículos 278 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, normas éstas nacionales de carácter sustan-

tivo, a consecuencia de evidentes y ostensibles errores de hecho consistentes en haberse apoyado para proferir las condenas sobre auxilio de invalidez y salarios caídos (indemnización por mora en el pago de prestaciones), en pruebas que carecen de eficacia legal, como luégo se demostrará"

"Las probanzas que tuvo en cuenta el Honorable Tribunal y que adolecen de eficacia probatoria para dar por establecido que al demandante le ha sobrevenido una invalidez que lo incapacita para procurarse una remuneración mayor de un tercio a la que estuviera devengando y por consiguiente que tiene derecho a la indemnización de uno a diez meses de salario, según graduación que haga el médico que califique la incapacidad, en este caso de dos meses, y que la Sociedad debe pagar como sanción por el no pago o consignación de dicha prestación, un día de salario por cada día de retardo, desde la notificación del auto admisorio de la demanda, son los siguientes:

"a) Dictamen médico número 0023 de 2 de febrero de 1956, rendido por el Médico Seccional Industrial de Medellín, que obra a los folios 2 y 24 de los autos;

"b) Dictamen médico rendido por el doctor Eduardo Emilio Escobar Gómez, Médico Seccional Industrial, el 20 de noviembre de 1956 (folio 35), mediante el cual calificó el grado de invalidez del demandante, ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín.

"Las normas procesales que se indican como infringidas por el sentenciador de instancia, son del siguiente tenor, en lo pertinente:

"Artículo 719 del Código Judicial.—"El dictamen de los peritos se pone en conocimiento de las partes por tres días para que, dentro de este término, puedan pedir que aquellos lo expliquen, amplíen o lo rindan con mayor claridad si hay oscuridad o deficiencia en la exposición.."

"Decreto 032 de 1953, artículo 3º.—"Cuando se susciten controversias por la calificación de la incapacidad establecida por el médico particular, las partes podrán solicitar de los Médicos del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo, o, en su defecto, de los médicos legistas, el estudio del caso y la correspondiente clasificación, previo el cumplimiento del siguiente trámite...."

"d) Los médicos oficiales emitirán concepto de acuerdo con las normas legales vigentes sobre la materia. Pero cuando se suscite alguna inconformidad fundamentada, de cualquiera de las partes por el dictamen de los médicos seccionales de Medicina e Higiene Industrial, o por el de los médicos legistas, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del dictamen, la parte inconforme podrá interponer el recurso de reposición ante el mismo médico o, en subsidio, el de apelación ante el Médico Director del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial".

"Artículo 145 del Decreto 3.158 de 1948.—"A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este Decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial".

"De conformidad con las normas transcritas y teniendo en cuenta el principio de contradicción de las pruebas, claramente se observa que el dictamen pericial, que por virtud de la ley, en estos casos está encomendado a los Médicos del Departamento de Medicina e Higiene Industrial, no tiene ningún valor probatorio porque de él no se corrió traslado a las partes, notificándolo como dice el Decreto mencionado antes, para que éstas hubieran podido atacarlo o conocerlo siquiera. El dictamen fue rendido con fundamento en el acta de conciliación que obra al folio 1 de los autos, pero que no puede ser apreciada ya que no obra en copia auténtica. Así las cosas este dictamen médico es una pieza suelta en el expediente que no tiene ningún valor. Cierto es que fue acompañado en copia auténtica por el actor, pero en forma incompleta, faltaba y falta la notificación del mismo, hecho a la sociedad demandada".

"Ahora bien: al producirse la decisión del Tribunal de ordenar que el Médico Seccional del Trabajo calificara la invalidez del demandante, cosa no pedida en la primera instancia, se está en presencia de un nuevo dictamen que ha debido ser puesto en conocimiento de las partes, para que si contra él no hubiera objeción quedara en firme, o si por el contrario, las partes y en especial la demandada, no estuviere de acuerdo, pudiera hacer uso de los recursos legales".

"La prueba pericial tenida en cuenta por el H. Tribunal, carece pues de eficacia probatoria".

"Habiéndole dado el Honorable Tribunal eficacia probatoria a dicho dictamen o experticio, lo llevó a cometer un ostensible error de hecho que implicó la infracción de las normas sustantivas contenidas en los artículos 278 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por indebida aplicación de las mismas. Mal podía el Honorable Tribunal dar por demostrado que al demandante le sobrevino un estado de invalidez, ni que dicha in-

validez debía ser indemnizada con dos meses de salario, y mucho menos que el patrono, de mala fé, no había pagado a éste, ni había consignado lo que creyera deber por dicho concepto, para condenarlo como lo hizo, a pagar un día de salario diario por cada día de retardo en el pago de esta indemnización".

"Si no hubiera sido por este evidente y ostensible error de hecho en que incurrió el Tribunal y a lo cual lo llevó la infracción de las normas procesales citadas, el fallador se hubiera abstenido de hacer las condenas que profirió en la sentencia que se acusa".

Se estudia el cargo.

En materia de prueba pericial, el Código de Procedimiento del Trabajo sólo contempla unas pocas normas que disponen que es privativo del Juez la designación del perito único y que éste es susceptible de tacha de igual manera que los jueces. Mas nada especial dispone ese estatuto sobre la ritualidad de la aludida prueba ni específicamente sobre su forma de notificación a las partes, lo que constituye el aspecto esencial del cargo en estudio.

Ante ese vacío, es indispensable acudir a la aplicación analógica de que trata el artículo 145 del C. de P. L., disposición en la que se encuentra una referencia directa al empleo de las normas del Código Judicial.

Pero antes de hacer relación a las disposiciones del procedimiento civil para el trámite de la prueba de perito, conviene recordar que también existe el Decreto número 532 de 1953, el cual establece la reglamentación administrativa especial para los casos de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales sometidos a la clasificación del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo. En la letra d) del artículo tercero del citado Decreto, se ordena que el dictamen de los médicos oficiales se notifique a las partes para que éstas tengan la oportunidad de poder interponer los recursos de reposición y de apelación, según sea el caso. De lo anterior claramente se deduce que es necesario llevar al conocimiento de los interesados, por medio de la notificación, el experticio médico. La Sala mencionó este Decreto por razón de que el dictamen que reposa a folio 24 del primer cuaderno, da a entender que hubo un diligenciamiento administrativo previo a la acción judicial y que existió la posibilidad de que el accidente sufrido por Jairo Quintero pudiera considerarse como de trabajo; mas esta hipótesis quedó desvirtuada con la demanda de instancia en donde se habla de enfermedad no profesional y se reclama pensión de invalidez. Finalmente, debe observarse que el citado dictamen no presenta constancia alguna de notificación a las partes.

En lo que atañe a las disposiciones del Código Judicial, qué son las aplicaciones analógicamente al caso sub-lite, se aprecia que su artículo 719 preceptúa que el dictamen de los peritos se ponga en conocimiento de las partes por tres (3) días; esta notificación, que desde luego debe hacerse en audiencia pública, persigue la finalidad de permitir a cualquiera de los interesados solicitar explicaciones, ampliaciones o mayor claridad del dictamen. O, también, objetarlo por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, según lo determina el artículo 720 ibídem. El requisito de la notificación, pues, no debe omitirse por razón de que las reglas sobre procedimiento judicial son de orden público, vale decir, que prevalecen sobre el interés particular y que los Jueces y Magistrados no deben sustraerse a su cumplimiento. Y esta exigencia judicial en manera alguna contradice los principios de oralidad e inmediación que informan al procedimiento del trabajo. Se desarta esta posibilidad por razón de que ya se ha visto que se trata de una prueba no regulada por las disposiciones procesales laborales lo que determina la necesidad de acudir a lo que sobre el particular establece el Código Judicial; y al aplicar las normas pertinentes de éste resulta imprescindible sujetarse a la ritualidad que él prescribe a fin de que la producción de la prueba tenga un exacto y legal cumplimiento. Sobre esta materia ya existen decisiones jurisprudenciales que ilustran suficientemente el tema tratado. En efecto, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de septiembre 22 de 1954, se pronunció en la siguiente forma:

"La impugnación se hace consistir sustancialmente en que el sentenciador no debió dar mérito alguno al dictamen que fijó en cien pesos mensuales el valor del arrendamiento a que tenía derecho Ortiz, por no haber sido puesto en conocimiento de las partes en la forma y términos del artículo 719 del Código Judicial, que resultó infringido de esta suerte y su violación condujo a la de los textos sustantivos que el cargo reseña..

"Al examinarla se observa que, ciertamente, el hecho ocurrió en la forma acusada, esto es, que el dictamen en cuestión, aunque rendido en audiencia pública, no recibió el trámite a que debía someterse para su validez y apreciación en

juicio. En efecto, el acta correspondiente no registra la actuación judicial que la ley requiere al respecto; y si bien el opositor objeta que tal exigencia sería meramente formal, no la estima así esta Superioridad que en jurisprudencia constante ha venido reclamándola para el perfeccionamiento de la prueba en examen, debiéndose recalcar en que lo exigido no es la fórmula acostumbrada para que se cumpla el acto procesal correspondiente, la cual —sobra decir— no tiene carácter sacramental, sino el acto mismo, en el que se ordena poner a disposición de las partes el dictamen pericial, que aparece completamente omitido, es decir, no realizado según el acta de la audiencia en que él fue rendido".

"Sobre el particular es doctrina de esta Corporación: "Pero el Tribunal Supremo observa que el dictamen de los peritos no fue puesto en conocimiento de las partes, por lo cual no alcanzó su perfeccionamiento jurídico; y, conforme a jurisprudencia reiterada que se fundamenta en los textos 719 y 720 del Código Judicial, aplicables a los juicios laborales según el artículo 145 del Decreto 2.158 de 1948, es inconducente para llevar al ánimo del juzgador la plena convicción acerca de la verdad del hecho". (Sentencia de 7 de septiembre de 1950, juicio de Jaime Glen de Castro contra Republic Pictures de Colombia)".

"Y en otra oportunidad:

"El Tribunal sentenciador se abstuvo de darle mérito probatorio a los dictámenes de los peritos designados para establecer el alcance de las lesiones sufridas por el trabajador y los perjuicios ordinarios, por no haberse puesto en conocimiento de las partes. El recurrente estima que ese requisito no cabe en el derecho laboral porque el principio de inmediación quiere que las pruebas se reciban directamente por el Juez y el de la oralidad impone que si no se concurre a las respectivas audiencias no hay lugar a quejarse por no haberse dado la oportunidad de objetar aquellos dictámenes'.

"No comparte el Tribunal Supremo estas opiniones.

"El principio de la inmediación consiste en que el Juez practique las pruebas personal y directamente, con el objeto de que pueda ponerse en contacto de modo efectivo no solamente con las partes sino con cuantos elementos hayan de intervenir en los juicios laborales, para de este modo formar mejor su criterio mediante la apreciación que de todos los factores aducidos pueda hacer".

"Chiovenda lo define así: "El principio de la inmediattezza de las actividades procesales consiste en que las partes se comuniquen directamente entre sí y con el Juez que debe proveer, y el Juez se comunica directamente con las partes y con las demás personas que intervienen en los procesos (testigos), mientras que según el principio opuesto, esta comunicación es indirecta. El principio de la inmediattezza tiene una estrecha relación con el principio de la oralidad, puesto que en la aplicación más consecuente de la oralidad, la relación entre las partes, y entre las partes y el Juez, es precisamente directa e inmediata; pero no existe así coincidencia absoluta entre los dos principios y puede tenerse inmediattezza en proceso escrito y mediattezza en proceso oral".

"De acuerdo con esta noción, la inmediación no puede entenderse en el sentido de que el Juez deba tener como prueba aquélla que no ha sido recibida con las formalidades que la ley señala. No puede admitirse que prevalido el funcionario del llamado principio de inmediación admita testimonios producidos extrajudicialmente sin que sean ratificados debidamente en el juicio, o que le dé mérito a una confesión judicial, sin requerir el previo juramento, o a las declaraciones de los testigos. Todo ello porque cuando la ley reviste de ciertas formalidades esas pruebas es necesario que ellas se llenen a cabalidad para que sean tenidas como tales, y sean objeto de apreciación por el fallador. Y si la prueba pericial no es completa en tanto que el dictamen correspondiente no se haya puesto en conocimiento de las partes, es forzoso concluir que cuando falta este requisito, no suple la inmediación la deficiencia de la prueba".

"Tampoco vale decir que imperando en el procedimiento laboral el principio de la oralidad, en virtud del cual éste se desenvuelve en su mayor parte en forma verbal, dentro de las respectivas audiencias, ello coloque al juzgador en condición de poder prescindir del lleno de los requisitos legales en la producción de las pruebas. Así pues, para el caso que examina, sea porque las partes se hallaran presentes o no, en la respectiva audiencia, el auto para dar conocimiento a ellas de los dictámenes emitidos en el juicio ha debido proferirse en la debida oportunidad, a fin de que cumplida esa formalidad pudieran hacer las observaciones que la ley permite.

"La jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema es constante en el sentido de que la prueba pericial no es completa en tanto que no se haya dado conocimiento a las partes del experti-

cio, y esta Corporación lo tiene decidido de la misma manera. Y como la libre apreciación probatoria que la ley confiere al juzgador en asuntos laborales se refiere a la tarifa legal, "no es admisible que a la prueba que no se ha producido en forma completa en el juicio se le pueda dar un valor de que carece". (Sentencia de 30 de abril de 1951, juicio de Julio César Cano contra Pedro María Palacio).

Ahora bien, ¿qué se puede decir del dictamen médico confirmado y ampliado dentro de la audiencia pública celebrada ante el Tribunal fallador?. Que tiene razón el recurrente en cuanto afirma que no fue puesto legalmente en conocimiento de las partes. Evidentemente, como antes se dijo, el documento de folio 24 del primer cuaderno no contiene dato alguno que acredite la notificación del experticio médico y éste más que todo se refiere a una eventual clasificación de accidente de trabajo, que no es la lesión objeto de la controversia, como anteriormente tuvo oportunidad de puntualizarlo la Sala. Tampoco en el Acta que recoge la actuación de la audiencia pública arriba mencionada, se aprecia ordenamiento especial para la notificación de dicho dictamen, máxime cuando es en esa audiencia donde propiamente se hace la clasificación de la enfermedad no profesional del trabajador demandante y se fija el grado de invalidez y la pensión que le corresponde. En consecuencia, el dictamen del médico oficial carece de fuerza probatoria por cuanto se omitió uno de los requisitos esenciales para la producción de la prueba de peritos. De tal manera que la acusación está bien formulada, ya que el **ad-quem** incurrió en el error de hecho apuntado por el recurrente infringiendo indirectamente el artículo 719 atrás citado y aplicando indebidamente los artículos 278 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Estas dos últimas disposiciones no fueron aplicadas correctamente por el sentenciador por razón de que no habiéndose demostrado en forma legal el grado de invalidez del trabajador Quintero al resultar incompleto o imperfecto el dictamen pericial, no se ha debido aplicar el artículo 278 ni lógicamente el 65 que es una consecuencia directa del primero.

En el caso debatido no se trata, como lo pretende el opositor, de un posible error de derecho. No es aceptable este planteamiento por razón de que en casación laboral el error de derecho está taxativamente consagrado para los casos en que "se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo". (Artículo 87 del C. de P. L.). Y éste no es el problema jurídico que se contempla en el caso **sub-judice**, en el cual de lo que se trata es de deficiencia en la producción de la prueba pericial, es decir, que dicha prueba no fue rituada conforme a las reglas procesales pertinentes.

Por todo lo expuesto, el cargo prospera y en tal virtud la Sala ha de casar el fallo recurrido; y con base en lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial se abstiene de estudiar las otras acusaciones puesto que ellas persiguen el mismo propósito de la que ha prosperado.

En virtud de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia —SALA DE CASACION LABORAL—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, objeto de este recurso, y en su lugar CONFIRMA la absolución del juzgador de primer grado.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

"ACTIO IN REM VERSO". — LOS INTERESES DEBEN COMPUTARSE DESDE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA O REQUERIMIENTO DE PAGO CON QUE SE INICIO EL JUICIO

La "actio in rem verso" se endereza únicamente a buscar el restablecimiento económico del empobrecido y éste no estaría compensado completamente si no se pagaran los intereses legales de las sumas invertidas y reconocidas, los cuales deben ser abonados a partir de la fecha de la contestación de la demanda o requerimiento de pago con que se inició el juicio. Con lo anterior está acorde la doctrina de los franceses, tales como Planiol y Ripert que dicen:

"Si el empobrecimiento consiste en una suma de dinero pagada por cuenta del empobrecido, éste tendrá que abonar los intereses solamente desde el día de la interpelación de la demanda o del requerimiento del pago" (Derecho Civil Francés. Traducción al español. Tomo 7º, página 68).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio catorce de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra).

ANTECEDENTES:

1—Entre los Ingenieros Alfonso Guzmán Vanegas, Jorge Laverde Esguerra y Manuel J. Muñoz Faux, por una parte, y la Nación, por la otra, se celebró el contrato de fecha 11 de octubre de 1951.

2—Dicho contrato tuvo por objeto los estudios, proyectos y diseños para la construcción de veinte (20) represas en la Guajira.

3—De este convenio hacía parte integrante la cláusula segunda, ordinal b), en cuya parte final se estipuló que si fuese necesario, el Gobierno ordenaría sobre la necesidad de efectuar estudios en las fuentes adicionales recomendadas por los contratistas antes de que éstos hubieran terminado las labores de exploración, y que las especificaciones y pagos de estos estudios serían materia de un contrato adicional según acuerdo entre las partes.

4—En desarrollo de esta estipulación los contratistas ejecutaron diversos trabajos adicionales los cuales constan en las cinco actas suscritas por el señor Interventor del Ministerio de Agricultura y Ganadería (cuaderno número 2, folios 62 y siguientes). Además, figura el informe rendido por éste al Director de la División de Recursos Naturales del citado Ministerio en que se dice que el área para estudios fotogramétricos, con sus planos restituídos, incluída en el contrato "es de 1.200 kilómetros cuadrados y el área realmente estudiada con autorización posterior, es de 2.064 kilómetros cuadrados", quedando una deuda adicional pendiente por el exceso de 864 kilómetros cuadrados, cuyo valor no se estipuló. (Cuaderno número 2, folio 71).

5º—El Ministerio de Agricultura y Ganadería, por medio de la Resolución número 1.147 de septiembre 24 de 1953 y por medio de la sin número de noviembre 14 del citado año, declaró caducado administrativamente aquél.

6º—Demandadas ante la Corte las resoluciones antedichas, esta Corporación, por medio de sentencia de 8 de noviembre de 1955, declaró su nulidad y dispuso que la Nación estaba obligada a pagarle a los demandantes una cantidad líquida de dinero, de acuerdo con el contrato. En cuanto a la súplica relacionada con el reconocimiento del pago de los trabajos adicionales ejecutados por los demandantes, se resolvió en esa oportunidad que por no provenir de fuente contractual la Corte no podía conocer de dicha reclamación por el procedimiento de la única instancia establecido en el artículo 40 del Código

Judicial, dejándoles el camino abierto para que iniciaran un juicio distinto.

7º.—Ante el Tribunal Superior de Bogotá, los referidos actores, por medio de apoderado, demandaron a la Nación para que mediante el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía se hiciera la siguiente condenación:

"La Nación está obligada a pagarle a mis mandantes dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de cincuenta y un mil ochocientos cuarenta pesos ($ 51.840.00) o la cantidad mayor o menor que resulte acreditad en el proceso, por concepto de los trabajos adicionales realizados por los mencionados ingenieros en los estudios, proyectos y diseños de veinte (20) represas en la Guajira, más los intereses legales de dicha suma contados a partir del 28 de septiembre de 1953, fecha en la cual la Nación recibió la última parte de los trabajos adicionales referidos". (Cuaderno número 1, folio 2).

8º.—El referido Tribunal desató la litis el 24 de octubre de 1957, condenando a la Nación a pagar en conjunto a los señores Alfonso Guzmán Vanegas, Jorge Laverde Esguerra y Manuel J. Muñoz Faux, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de dicha sentencia, la cantidad de cincuenta y tres mil cuatrocientos once pesos con setenta y seis centavos ($ 53.411.76) moneda corriente, valor de los estudios adicionales de 861 kilómetros cuadrados con 49 hectáreas de aerofotografía y aerofotogrametría restituída y negando la petición referente al pago de los intereses.

9º—De dicho fallo las partes apelaron y el negocio vino a la Corte, en donde se ha surtido el trámite pertinente, que se encuentra agotado, siendo por tanto del caso decidir.

LA APELACION

Solicita el señor apoderado del actor se revoque el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia que dice:

"Niégase la petición referente al pago de los intereses" y que en su lugar se decrete el pago de los intereses de dicha suma.

La misma finalidad persigue la apelación del señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil de la Nación, a fin de que se le dé la correcta interpretación que requiere la acción "in rem verso", aquí promovida, la cual no puede detenerse únicamente en la restitución del valor que ocasionó el enriquecimiento y empobrecimiento correlativos de la Nación y los actores, sino que también debe extenderse hasta el reconocimiento de los intereses legales que ese valor ha debido producir, "bien desde la entrega de los trabajos, ora desde la contestación de la demanda".

En lo que se relaciona con el aspecto materia de la apelación expresó el Tribunal:

"Se pide también condena al pago de los intereses legales de la suma a que ascendiera el valor de los trabajos adicionales y desde el 28 de septiembre de 1953, "fecha en la cual la Nación recibió la última parte de los trabajos adicionales". Como en la acción de "in rem verso" no se persigue una plena indemnización, sino la restitución del valor que ha ocasionado el enriquecimiento y empobrecimiento correlativos, siendo equivalente los intereses demandados al lucro cesante sufridos por los actores, constituye su reconocimiento una indemnización lo que es contrario a la acción en este juicio intentada y reconocida, motivo por el cual esta parte de la petición habrá de ser negada". (Cuaderno número 1, folio 33 vuelto).

A las consideraciones del fallador de instancia opone el señor apoderado de la parte actora las consideraciones de que si la acción "in rem verso" tiende al resarcimiento del enriquecimiento y empobrecimiento correlativos es lógico que, como aquél lo reconoce, al realizar dichos trabajos los actores por un costo de $ 53.411.76, en provecho de la Nación, se privaron de un rendimiento de por lo menos el interés legal (6 % anual) del capital invertido. "De manera que no es extraña a la índole de la acción de in rem verso, el pago de intereses del principal. Sostener lo contrario, repito, equivaldría a desvirtuar la obtención condenada. El empobrecimiento no sería adecuadamente resarcido". (Cuaderno número 3, folio 4 vuelto).

Por su parte, el señor Procurador Segundo de la Nación manifiesta:

"..... si el espíritu de la acción "in rem verso" es establecer el equilibrio entre dos patrimonios en presencia, y en realidad existe tal desequilibrio con menoscabo o empobrecimiento de un patrimonio, por una parte, y enriquecimiento correlativo por la otra, determinándose el momento en que se produjo tal desequilibrio de patrimonios, se debe concluir que el valor o monto de los trabajos también debe ser reajustado, por decirlo así, con los intereses que fueren del caso".

"Ese es el verdadero espíritu de la "actio in rem verso" precisamente; obtener una suma igual al monto del enriquecimiento realizado por el demandado, más lo que tal monto en suma de

dinero hubiere podido producir, en este caso, intereses legales, bien desde la entrega de los trabajos, ora desde la contestación de la demanda".

"Cumplido esto, el desequilibrio jurídico ha desaparecido que, es lo que se debe obviar, cuando quiera se trate de un enriquecimiento ilegítimo". (Cuaderno número 3, folio 21).

En sentir de la Sala, los argumentos expuestos por las partes son de un valor indiscutible, motivo por el cual los acepta ya que, como se ha dicho, esta acción se endereza únicamente a buscar el resarcimiento económico del empobrecido y éste no estaría compensado completamente si no se pagaran los intereses legales de las sumas invertidas y reconocidas.

Resta declarar que los referidos intereses deben ser abonados, no a partir de la fecha en que los trabajos adicionales fueron entregados a la Nación como lo pide el demandante, sino a partir de la fecha de la contestación de la demanda o requerimiento de pago con que se inició este juicio. Con lo anterior está acorde la doctrina de los tratadistas, tales como Planiol y Ripert que dicen:

"Si el enriquecimiento consiste en una suma de dinero pagada por cuenta del enriquecido, éste tendrá que abonar los intereses solamente desde el día de la interposición de la demanda o del requerimiento de pago" (Derecho Civil Francés. Traducción al español. Tomo 7º, pág. 69).

Lo anteriormente expuesto es suficiente para dar lugar a reformar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este negocio, el día 24 de octubre de 1957, en el sentido de que deben reconocerse los intereses legales de la suma reconocida en el numeral primero de dicho fallo, a partir de la fecha de contestación de la demanda y hasta cuando el pago se efectúe.

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:

1º.—Confirmar la primera parte de la sentencia materia del recurso; y

2º.—Revocar el numeral segundo de dicho fallo y en su lugar condenar a la Nación al pago de los intereses legales de la cantidad de cincuenta y tres mil cuatrocientos once pesos con setenta y seis centavos ($ 53.411.76), desde la fecha de la contestación de la demanda hasta cuando el pago se efectúe.

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

Héctor Martínez Guerra—Roberto Goenaga—Samuel De Sola Roncallo—Jorge Cambria—Jorge García Merlano, Secretario.

EJECUCION CONTRA LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. — ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA PERFECCIONAR SU EXIGIBILIDAD, CUANDO LA OBLIGACION A CARGO DE UN DEPARTAMENTO NACE DE UNA ORDENANZA QUE TIENE POR FUNDAMENTO LA SOLA VOLUNTAD DEL OBLIGADO. — LA CORTE REITERA SU DOCTRINA AL RESPECTO

Cuando los Departamentos actúan como personas de derecho privado, cualquier documento emanado de los que tienen su representación, con motivo de esa clase de actividades, similar a los que expiden los particulares con ocasión de sus negociaciones privadas, si tiene el valor de plena prueba y contiene obligaciones a cargo de la entidad que lo emite, expresas, claras y actualmente exigibles de hacer, de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género o de pagar una cantidad líquida de dinero ,presta mérito ejecutivo y, por consiguiente, permite ejecutar al Departamento deudor, sea que la obligación, si es de dinero, esté o no contenida en su presupuesto de rentas y gastos;

Igual cosa acontece cuando la obligación exigible a cargo de una persona de derecho público, emana de una decisión judicial;

Cuando la obligación a cargo de un Departamento nace de una ordenanza que tiene por fundamento la sola voluntad del obligado, lo que constituye un acto administrativo de los llamados actos-condiciones, su exigibilidad no se perfecciona mientras no se cumplen los otros actos administrativos que deben ejecutar nuestras entidades de derecho público para cargar sus fondos, como la inclusión del gasto en el respectivo presupuesto y la expedición por quien deba hacerlo, del correspondiente giro u orden de pago contra el tesoro público, documento este último que sí presta mérito ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, quince de julio de novecientos cincuenta y ocho.

Va a decidir la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del municipio de Flandes contra el auto del Tribunal Superior de Ibagué, fechado el diecinueve de febrero último, por el cual se denegó al recurrente el mandamiento de pago que por la vía ejecutiva solicitó, contra el Departamento del Tolima, por la suma de dos millones cuatrocientos dieciséis mil ciento quince pesos sesenta centavos ($ 2'416.115.60).

El título aducido por la parte actora como fuente de la obligación a su favor es la Ordenanza número 1 de 1949 (octubre 17), expedida por la Asamblea del Tolima, mediante la cual se creó el municipio de Flandes y se le cedió, por el término de cinco años, "un veinticinco por ciento extraordinario de lo que se recaude en dicho Municipio por concepto de rentas Departamentales, porcentaje que será entregado directamente por los respectivos Recaudadores Departamentales al Tesorero Municipal mediante la presentación de las correspondientes cuentas de cobro".

La vigencia de la mencionada Ordenanza fue aplazada hasta el día 1º de enero de 1950, según el artículo único de la número 13 del mismo año de 1949; pero posteriormente, por Decreto número 0010 expedido el 5 de enero de 1954, la Gobernación, teniendo en cuenta que hasta esa fecha no se había dado cumplimiento a dicha Ordenanza y que en la misma se facultaba al Gobernador para dictar las medidas indispensables para la correcta organización y funcionamiento del nuevo municipio dispuso, entre otras cosas:

"Artículo 1º.—A partir de la fecha del presente decreto, se le da observancia a la Ordenanza número 1 de 1949 de la Asamblea del Tolima, y en consecuencia tendrá existencia legal el Municipio de Flandes, con cabecera en la población del mismo nombre, en este Departamento".

Afirma el demandante que en desarrollo de estas disposiciones el Departamento entregó al Municipio de Flandes $ 30.670.02 en 1954 y $ 17.042.80 en 1955, cancelando así parte de las cantidades correspondientes al veinticinco por ciento

de las rentas departamentales recaudadas en aquellos años en el citado municipio, pero que no ha pagado el resto de ellas, ni las que por el mismo concepto debe por los años de 1956 y1957 hasta noviembre inclusive, todas las cuales ascienden a la suma antes expresada. Y agrega:

"6º—El Tesoro Municipal de Flandes ha debido percibir las sumas cedidas directamente de los Recaudadores Departamentals, conforme lo dispone la Ordenanza número 1 de 1949 citada, pero el Departamento del Tolima ha recibido y retenido dichas cantidades, razón por la cual se halla en mora de efectuar la entrega de los dineros retenidos.

"7º—En esta demanda se reclama el pago por lo recaudado durante los años de 1954, 1955, 1956 y hasta el mes de noviembre de 1957, quedando pendiente para una posterior demanda, el 25% de lo que se recaude en diciembre de 1957 y en el presente año.

"8º—El Departamento del Tolima ha eludido el pago de las cantidades que debe entregar al Tesoro Municipal de Flandes, correspondientes a las sumas que le fueron cedidas a este Municipio por la Asamblea del Tolima".

A la Ordenanza y el Decreto en referencia agregó el demandante las certificaciones de la Contraloría Seccional del Tolima sobre las sumas recaudadas por el Deportamento en Flandes durante los años de 1954, 1955, 1956 y hasta noviembre de 1957, y las entregadas a éste por aquél, ($ 30.670.02 en 1954 y $ 17.042.80 en 1955), por concepto del 25% cedido.

o o o

El Tribunal, para denegar la ejecución, principia por distinguir, en relación con los auxilios dados por los Departamentos a los Municipios, dos categorías: los ordinarios o meramente legales, y los extraordinarios suministrados potestativamente en desarrollo de un ACTO DE IMPERIO. Con respecto a los primeros, los que por un claro y expreso mandato de la ley deben pagar los Departamentos a los municipios, es procedente —dice— su reclamación por la vía ejecutiva. En cuanto a los segundos, cita el Tribunal una doctrina de la Corte publicada en la GACETA JUDICIAL, tomo LIV, página 335, según la cual su exigibilidad "está condicionada a las normas del derecho público administrativo entre las cuales opera la de que no se puede hacer ninguna erogación que no figure en el presupuesto de gastos". De aquí que en concepto del fallador de primera instancia la parte actora debe demostrar que "el auxilio cuyo cobro ha iniciado en este caso..... ha tenido plena vigencia durante los años a que se refiere, que no es oponible con las normas fiscales de la entidad demandada y que..... tuvo la consiguiente notificación en cada uno de los respectivos presupuestos anuales".

o o o

En esta instancia se dio traslado del negocio al señor Procurador Delegado en lo Civil, —de conformidad con los artículos 502 y 175, numeral 5º, del Código Judicial, por no tener la entidad demandada constituído su representante ante la Corte— quien se abstuvo de alegar. En cambio el apoderado del actor ha expuesto los fundamentos de su recurso en forma que se resume así:

Los auxilios concedidos por una Ordenanza no constituyen en ningún caso una liberalidad como para que sea necesaria su ratificación en el presupuesto de gastos a fin de que puedan hacerse efectivos, pues las entidades de derecho público jamás pueden actuar con ese criterio en la distribución de los bienes de la comunidad, sino que obran siempre, o deben obrar, en función de servicio público. Además, la pura liberalidad o beneficencia también es causa lícita y legal de las obligaciones, como lo previene el artículo 1.524 del Código Civil y por tanto, una vez constituídas deben cumplirse, porque cuando la ley, la Ordenanza o los particulares quieren obligarse en forma condicional, así deben expresarlo. Por esto, y porque la creación del municipio de Flandes le imponía al Departamento la obligación legal de proveerlo de los medios rentísticos indispensables para su subsistencia, la cantidad que en este negocio se reclama no tiene por causa la mera liberalidad del demandado.

Es errónea hacer distinción entre las obligaciones originadas en una ley y las emanadas de una Ordenanza, porque ello introduce confusiones en el campo del régimen legal de ellas, convirtiendo algunas en obligaciones que pueden o no cumplirse, según lo quiera el obligado. La ley y la Ordenanza tienen toda la fuerza dispositiva que les da la Constitución y la prevalencia de aquélla sobre ésta sólo ocurre cuando las disposiciones de una y otra son contradictorias. De otra parte, si en cuanto a auxilios pudiera ser admisible la tesis que sostiene el Tribunal, ella no tiene aplicación tratándose, como en el caso de autos, de una cesión por la cual el traslado del patrimonio departamental al del cesionario

ocurre en el momento en que la Ordenanza entra en vigencia; tanto más cuando los términos empleados demuestran que el legislador seccional quiso hacer la cesión en forma plena desde el momento mismo en que se obtuvieran los recaudos por rentas departamentales en el municipio demandante; pues dispuso que el porcentaje cedido fuera entregado "DIRECTAMENTE" por los recaudadores al Tesoro Municipal, mediante la presentación de las correspondientes cuentas de cobro. Es decir, que dicho porcentaje no debía ir a las arcas departamentales y en consecuencia no siendo materia de ingreso, tampoco podía serlo de egreso y por ende no es indispensable que aparezca en el respectivo presupuesto anual de gastos para que pueda prosperar su exigibilidad.

* * *

La cuestión jurídica sobre la cual desarrolla sus argumentos el recurrente fue estudiada ampliamente por la Sala en fallo de 16 de junio de 1945, publicado en el Tomo LIX de la GACETA JUDICIAL, páginas 265 a 271. Tratábase de un juicio ejecutivo promovido contra el Departamento del Magdalena, en el que se adujeron como títulos de la deuda: la Ordenanza que reconocía una jubilación a favor de los ex-gobernadores del Departamento, mediante el lleno de ciertos requisitos, otra Ordenanza cuyo artículo tercero hizo el reconocimiento de la deuda en determinado valor por concepto de la pensión decretada por la Ordenanza anterior, a favor del causante de la ejecutante, y en la que se dispuso, además, la inclusión de dicha suma en el presupuesto de la próxima vigencia y se facultó al Gobernador para abrir el crédito correspondiente en el caso de no cumplirse aquella formalidad; otra, contentiva del presupuesto para la vigencia del año siguiente, en la que se incluyó una suma global para el pago de las pensiones en referencia, y concretamente la que ya había sido reconocida a favor del causante de la parte actora; y copia auténtica de la resolución expedida por la Secretaría de Hacienda Departamental en la que se le reconoció al susodicho causante, el derecho a gozar de las pensiones mencionadas y se dispuso el pago de ellas de acuerdo con ordenamientos de la vigencia en curso.

Dijo la Sala, al decidir el recurso de apelación interpuesto contra el mandamiento de pago proferido por el Tribunal:

"El problema planteado se concreta, pues a resolver: Si procede la ejecución contra el Departamento, con apoyo en los documentos presentados por la actora; y si su extensión corresponde a los límites legales de la obligación que se reclama..... I. **Ejecución contra las entidades de Derecho Público.** En principio, ni el Estado ni las demás personas administrativas que lo estructuran pueden ser sujetos pasivos de ejecución forzosa por razón de las obligaciones a su cargo, ya se trate de deudas contraídas por la vía del derecho público, o por las comunes o de derecho privado. Explican los autores esta posición privilegiada de aquellas personas, por su misma calidad y por la índole de las funciones que les competen en la organización de la sociedad moderna. El Estado —lo mismo que las secciones en que éste se descompone— realiza una serie de actos de gobierno, de tutela de la sociedad civil y de gestión de los servicios públicos, en todos los cuales va envuelto un interés de carácter general distinto y superior al del simple interés de los particulares que componen la colectividad política. De ahí que en todas las zonas de las manifestaciones del orden jurídico existan regulaciones especiales, bien distintas por cierto de las que gobiernan la conducta social de los particulares entre sí; aun bajo el concepto de un estricto régimen de Estado de derecho. La Administración —en el más amplio sentido de la palabra— como organización superior de los servicios públicos, está sometida a un régimen jurídico conforme con la naturaleza de sus actividades. Estas elementales nociones del Derecho Administrativo contemporáneo tienen su más simple expresión y su más frecuente campo de aplicación en las regulaciones atañederas al manejo del patrimonio público, en cuanto éste goza de ciertas formas privilegiadas de actuación, que tutela ampliamente sus fines sociales. Paralelamente a la imprescriptibilidad y a la inalienabilidad de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades públicas, se desarrollan los principios y las normas positivas de acuerdo con las cuales igualmente gozan las mismas propiedades del beneficio de la no embargabilidad. Consecuencia de lo anterior, es que la vía de la ejecución forzada, medio idóneo para hacer cumplir a los particulares el contenido de las obligaciones que contraen en sus relaciones recíprocas, no puede ser el instrumento apropiado para que la administración cumpla oportunamente por su parte, las que contrae en el ejercicio de sus actividades jurídicas. Es unánime la doctrina que excluye de la ejecución forzada al Estado y a las demás personas de derecho público; y en muchas legisla-

ciones positivas —en la de Francia por ejemplo— está expresamente reconocido este beneficio. En Colombia, existe sobre el particular —como es sabido— una doctrina mixta que establece que el Estado no puede ser ejecutado, y que al mismo tiempo permite implícitamente el procedimiento ejecutivo contra los Departamentos y los Municipios, pero que de modo expreso prohibe el embargo de ciertas clases de bienes de propiedad de estas entidades (casas consistoriales, edificios destinados a la instrucción pública, cárceles y demás oficinas y las dos terceras partes de las rentas respectivas). Pero de la existencia de estas disposiciones positivas no puede deducirse que en realidad las reglas del derecho privado sean exactamente aplicables a las entidades departamentales y municipales, sino que, por el contrario, es preciso investigar hasta donde puede extenderse su campo de aplicación y medir los efectos y consecuencias resultantes de una asimilación de los procedimientos y los métodos del cobro compulsivo. La primera cuestión que debe decidirse es la de la idoneidad del documento por medio del cual se exige ejecutivamente la obligación que se cobra a un Departamento, un Municipio u otra persona administrativa distinta del Estado; y la segunda, el contenido material y la naturaleza de la obligación que se reclama. La ley colombiana (artículo 982 del Código Judicial) señala los límites del procedimiento ejecutivo, respecto a estas dos cuestiones fundamentales. En tesis general puede decirse que la vía de la ejecución forzosa sólo tiene cabida cuando la obligación que se reclama está contenida en un acto jurídico o emana de una decisión jurisdiccional. Si lo primero, es necesario que el documento en que el acto jurídico se expresa formalmente provenga del deudor o de su causante, y la ley le haya otorgado por sí sólo el caráácter de plena prueba contra él. En tratándose de la ejecución con base en una decisión jurisdiccional, son comunes a las personas públicas —excepto el Estado— y a las personas de derecho privado, las reglas del Título XV, Capítulo I del Código mencionado. Mas si se está frente a una ejecución forzosa con causa en un acto jurídico, entonces se contempla el problema de determinar hasta dónde son identificables los que surgen de un acuerdo de voluntades sancionado por el derecho común o de la voluntad unilateral de la administración. En ambos casos la ley ha exigido que del documento o de la decisión judicial aparezca a cargo del demandado "una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género o de pagar una cantidad líquida de dinero". La ley y las aplicaciones jurisprudenciales enseñan cuáles son las pruebas documentarias que por sí solas constituyen base de la ejecución forzada, cuando el negocio jurídico se refiere a relaciones entre particulares, o también cuando las entidades de derecho público escogen la vía común para sus actuaciones o se obligan conforme a las regulaciones del derecho común. Pero no hay texto legal ninguno que expresamente determine el valor probatorio de los documentos emanados de la voluntad unilateral de la administración, ni el grado de su idoneidad para exigir ejecutivamente el cumplimiento de las obligaciones que puedan contener. De acuerdo con los principios de derecho público las autoridades, funcionarios y corporaciones del orden administrativo, expresan regularmente su voluntad por medio de actos jurídicos, denominados actos administrativos o actos-condiciones. No otra cosa son las ordenanzas de las Asambleas Departamentales, los Acuerdos de los Concejo Municipales, las Resoluciones de los funcionarios administrativos en una palabra. Es de la esencia de estos actos jurídicos, su modificabilidad o reforma por quien los profiere o por el superior en la jerarquía administrativa, así como su nulidad por parte de los organismos jurisdiccionales competentes. Y esta circunstancia, así como la de poder ser derogables en cualquier tiempo, la de tener que ajustarse a las normas superiores y la de que la competencia para dictarlos debe estar expresamente atribuida a su autor, son indudablemente características especiales de esta clase de actos jurídicos que no se encuentran en la zona de los que en la actividad privada sirven de vehículo constitutivo de las obligaciones que contraen los particulares. Además, si tales actos jurídicos, ni los documentos en que éstos se exteriorizan formalmente, tienen el destino de constituir pruebas, sino la finalidad única de provocar la actuación de la administración..... Tanto las Ordenanzas referidas como la mencionada Resolución de la Gobernación del Departamento son actos unilaterales, cuyo objeto es el de proveer —aquella por vía general y esta última con carácter particular— al reconocimiento de las obligaciones inherentes a una prestación periódica que el Departamento tomaba a su cargo. Por sí mismos estos actos administrativos no contienen una obligación de naturaleza expresa, clara y actualmente exigible de hacer, de entregar o de

pagar una suma líquida de dinero. Son apenas creadores de una situación individual o particular, susceptible en todo momento de ser modificada o revocada y no más. Y de otro lado, constituyen la base jurídicamente apta para una operación administrativa posterior que se concreta en el deber jurídico de incluir en el presupuesto de cada año las partidas necesarias para atender a las prestaciones acordadas, mientras las ordenanzas respectivas estuvieran en vigencia y mientras el beneficiario conservara su actitud para percibirlas. De la misma manera, tampoco las ordenanzas sobre presupuesto en las cuales se inscribieron las cantidades asignadas para cubrir aquellas prestaciones, son constitutivas de una obligación exigible por la vía de la ejecución forzosa. El presupuesto de rentas y gastos, ya se trate de la ley, la ordenanza o el acuerdo municipal, es un simple acto-condición o sea un acto jurídico que tiene por objeto contabilizar el patrimonio activo y pasivo del Estado o de las entidades departamentales o municipales, al mismo tiempo que habilitar a los funcionarios correspondientes para el ejercicio del poder legal de recaudar los ingresos y de cubrir los gastos de la administración. En otros términos, es la condición indispensable y necesaria para que puedan percibirse las rentas u ordenarse y realizarse efectivamente los egresos públicos. Ni aisladamente, pues, la inscripción de la partida en el presupuesto, ni del conjunto de este acto con los que crean o establecen la prestación a cargo del patrimonio público del Departamento puede determinarse una obligación incondicional que abra la vía ejecutiva al titular del derecho reconocido. En efecto, el acto creador puede ser modificado, derogado o anulado, y a su vez la ley adjetiva presupuestal de acuerdo con poderes generales o especiales de la administración, modificarse en la cuantía de las cantidades en ella inscritas, o desaparecer por el procedimiento de los traslados, por motivos de necesidades administrativas como son, por ejemplo, las de dar preferencia a otros menesteres, etc. Pero aun sin ocurrir ninguno de estos eventos ni de que haya resistencia por parte de la administración para cumplir la obligación determinada en aquellos actos administrativos, pueden ser estos idóneos por sí mismos para forzar ejecutivamente a la administración y obligarla a su cumplimiento. La actuación administrativa, cuyo resultado final es el egreso del tesoro público de una cantidad determinada de dinero, no es completa aún. De acuerdo con las normas que rigen la ejecución de los presupuestos —y aunque éstas no son uniformes sino esencialmente variables en cada localidad departamental— no basta que el gasto decretado esté inscrito en la ordenanza del presupuesto sino que a este acto debe subseguir el giro contra el tesoro por parte del funcionario que tiene la competencia para ello. El ordenamiento de pago es igualmente una operación administrativa sin la cual el egreso de los fondos públicos no puede realizarse efectivamente. Se expresa este acto en un documento que puede afectar diversos nombres (giros, libranzas, orden de pago, etc.), pero cuyo contenido es siempre el mismo: un mandamiento incondicional e irrevocable dirigido contra el tesoro. En resumen, el título de la obligación es la resultante de la serie de actos complejos que queda descrita, sin perjuicio de los demás que puedan imponer las normas fiscales, de carácter general o seccional. De lo dicho puede concluirse que sólo cuando se expida el título, con la plenitud de las formas expresadas, puede tenerse a la administración como obligada pecuniariamente, y al titular del crédito en capacidad legal de hacerse cubrir su valor por la vía ejecutiva. El carácter de ejecutorio del título es indiscutible como expresivo de una obligación clara, expresa y actualmente exigible de la administración, de quien el documento emana. Desde luego, sobra advertir que únicamente para las prestaciones que se conforman por los medios del derecho público tienen cabida las reglas anteriores por imponerlo así la naturaleza de las obligaciones que la administración contrae y el contenido de los actos jurídicos por medio de los cuales se expresa su voluntad unilateral de obligarse. Porque, cuando la administración actúa por los medios del derecho privado, sus obligaciones están entonces representadas en títulos o documentos que revisten la forma prevista en el derecho común: se trata de escrituras públicas, pagarés, letras de cambio, cupones de renta, en una palabra, de documentos ejecutorios por sí mismos, conforme a las disposiciones de las leyes civiles y de las especiales sobre comercio; por lo que entonces tienen su plena aplicación las reglas del artículo 982 del Código de Procedimiento Civil, exactamente como si la vinculación jurídica se produjera entre particulares. Esta especialidad en el régimen jurídico propio de las obligaciones que adquieren las personas públicas cuando actúan conforme a los preceptos del derecho administrativo, no lleva a la conclusión de que sean libres de cumplirlas o no, de

que puedan impunemente abstenerse de atender los créditos que contraen con motivo de la gestión y funcionamiento de los servicios públicos. No. Sólo quiere decir que las deudas de la administración, por lo mismo que obedecen a principios y a métodos particulares para producirse, igualmente están sujetas a procedimentos especiales para su solución, ya sea ésta voluntaria o forzada. Si a pesar del acto creador de la obligación y de la inscripción en el presupuesto la administración se resiste al pago por motivos justificados, o injustificadamente, el acreedor, sealo a título oneroso o gratuito puede recurrir a la vía administrativa o a la jurisdiccional para constreñirla al cumplimiento de su obligación. Obtenida la condenación, queda abierta la vía de la ejecución forzada, obteniéndose así la tutela jurídica del derecho que se invoca y la imposibilidad de que la administración la desconozca".

De la doctrina transcrita en la que la Sala insiste, se desprenden entre otras, las siguientes conclusiones:

a) Que cuando los Departamentos actúan como personas de derecho privado, cualquier documento emanado de los que tienen su representación, con motivo de esa clase de actividades, similar a los que expiden los particulares con ocasión de sus negociaciones privadas, si tiene el valor de prueba plena y contiene obligaciones a cargo de la entidad que lo emite, expresas, claras y actualmente exigibles de hacer, de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género o de pagar una cantidad líquida de dinero, presta mérito ejecutivo y, por consiguiente, permite ejecutar al Departamento deudor, sea que la obligación, si es de dinero, esté o no contenida en su presupuesto de rentas y gastos;

b) Que igual cosa acontece cuando la obligación exigible a cargo de una persona de derecho público emana de una decisión judicial;

c) Que cuando la obligación a cargo de un Departamento nace de una ordenanza que tiene por fundamento la sola voluntad del obligado, lo que constituye un acto administrativo de los llamados actos-condiciones, su exigibilidad no se perfecciona mientras no se cumplen los otros actos administrativos que deben ejecutar nuestras entidades de derecho público para erogar sus fondos, como la inclusión del gasto en el respectivo presupuesto y la expedición por quien deba hacerlo, del correspondiente giro u orden de pago contra el tesoro público, documento este último que sí presta mérito ejecutivo.

De acuerdo, pues, con la parte pertinente de la doctrina copiada, la ordenanza que, acompañada con el certificado de la Contraloría del Tolima que permite determinar el guarismo de la ejecución, presentó el demandante como título ejecutivo, no tiene ese mérito y, por consiguiente, debe confirmarse la providencia recurrida, aunque en parte por razones diferentes a las aducidas por el Tribunal a-quo. Sin que pueda decirse que no es aplicable dicha doctrina al asunto controvertido porque en el caso contemplado los porcentajes de rentas departamentales reclamados por el municipio de Flandes, no debían incluirse en los presupuestos del Tolima, ni estar sometidos a las demás formalidades correspondientes a las erogacione públicas, ya que la aludida ordenanza ordenó a los Recaudadores Departamentales entregarlos directamente al Tesorero de Flandes contra la presentación de las respectivas cuentas de cobro pues no es incompatible lo ordenado con la referida inclusión, ni los Departamentos pueden efectuar desembolsos no previstos en sus presupuestos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 207 de la Constitución.

Por lo expuesto se

RESUELVE:

Confírmase el auto recurrido.

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

El Magistrado,

MANUEL DE SOLA RONCALLO

El Secretario,

Jorge Godoy Medina

INTERPRETACION DE LA DEMANDA. — AL JUZGADOR, UNA VEZ VERIFICADA LA PROCEDENCIA DE LA ACCION, SOLO LE INCUMBE ESTUDIAR SI ELLA SE HA O NO JUSTIFICADO. — PRUEBA DE LA REALIZACION DEL TRABAJO PUBLICO EN EL CASO DE QUE SE EDIFIQUE DE ACUERDO CON LA LICENCIA DE CONSTRUCCION, CEDIENDO UNA ZONA PARA AMPLIACION DE LA VIA.—COMO SE REALIZA LA OCUPACION DE LA PROPIEDAD PRIVADA CUANDO MEDIA UNA LICENCIA DE CONSTRUCCION. — NO ES LA MERA LICENCIA LA QUE DA NACIMIENTO AL DERECHO DE EJERCITAR LA ACCION, SINO EL HECHO FISICO DE LA CONSTRUCCION AJUSTADA A LA LICENCIA, PUESTO QUE SIMULTANEAMENTE, A LA EDIFICACION SE PRODUCE EL ENSANCHE DE LA VIA PUBLICA PROYECTADA

1.— Al juzgador, una vez verificada la procedencia de la acción, solo le incumbe estudiar si ella se ha justificado o no, y si deduce que no lo está, por falta de prueba de alguno de los elementos que la informan, su papel no es el de variarla para acomodarla a otra distita, sino decidir que no se halla probada.

2.—Es suficiente, para comprobar el trabajo público y la ocupación de la propiedad privada, la demostración de que se ha edificado con sujeción de las condiciones de la licencia, pues si el propietario levanta la edificación se produce automáticamente el ensanche de la vía pública y la destinación de la zona privada al servicio público, sin que sea necesario entonces que en tal zona se hayan realizado obras de arreglo y pavimentación, ya que la obra pública consiste en la ampliación de la vía. Estos conceptos han sido expresados ya por la Corte, como puede verse en la sentencia de fecha 6 de julio de 1936 (G. J. Tomo LXXXIII, páginas 327 y ss.).

3.—El acto administrativo de la expedición de la licencia para construir, condicionando la construcción a retroceder el paramento, o sea cediendo una zona destinada a la ampliación de la vía pública, por sí solo no tiene operancia alguna, pues si el particular resuelve no construir en las condiciones mencionadas, la entidad de derecho público tampoco puede realizar sus planes de ensanche parcelino de las vías utilizando o sirviéndose del dominio particular, y en tales circunstancias, el propietario particular carecería de causa o razón para ejercitar una acción de restablecimiento del derecho violado, conforme al artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, o para demandar indemnizaciones por ocupación de hecho, al tenor del artículo 263 del mismo Código. Esto sin desconocer desde luego que el acto administrativo coarta la libertad del uso y goce pleno del dominio, pero ello tampoco se debe a la licencia misma sino a ordenamientos de orden superior, constitucionales y legales, que si bien es cierto que amparan el derecho de propiedad, también consagran el principio de que la propiedad tiene una función social, y que por motivos de utilidad pública o de interés social el interés privado debe ceder a aquellos. Por consiguiente, no es la mera licencia la que dá nacimiento al derecho de ejercitar la acción, como no lo sería tampoco el ordenamiento superior que faculta a las entidades de derecho público para tomar esas medidas, sino el hecho físico de la construcción ajustada a la licencia, puesto que simultáneamente a la edificación se produce el ensanche de la vía pública proyectada. En términos semejantes ha expuesto la Corte su criterio sobre este punto, según puede verse en fallo de 25 de octubre de 1956 (G. J. Tomo LXXXIII, página 636).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio dieciocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Sanabria).

Por vía de consulta procede revisar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente juicio, promovido por el BANCO DE LOS ANDES, sociedad anónima domiciliada en esta ciudad, contra el MUNICIPIO DE BOGOTA, acción que se encamina a obtener la indemnización correspondiente a la ocupación permanente de dos zonas de terreno con destino a la ampliación de las vías públicas, del inmueble distinguido con los números 61-04|10 de la carrera 13, y 11-38|72 de la calle 61 de esta ciudad.

La sentencia lleva fecha 14 de marzo de 1952, y en su parte resolutiva expresa:

"Condénase al Municipio de Bogotá a pagar al Banco de los Andes, sociedad anónima con domicilio en Bogotá, la cantidad de cincuenta y tres mil ciento noventa y cuatro pesos con sesenta y ocho centavos ($ 53.194.68) moneda legal. La expresada cantidad debe pagarse por el Municipio a la sociedad demandante tan pronto como quede ejecutoriado este fallo.

"Parágrafo.—Para obtener este pago deberá la sociedad demandante otorgar previamente la respectiva escritura a favor del Municipio de Bogotá de las zonas a que se refiere este fallo y que fueron destinadas a la ampliación de las vías públicas, para que sirva de título de dominio sobre las referidas zonas".

El trámite pertinente a la consulta se surtió ante el Consejo de Estado, y ha correspondido a la Corte Suprema proferir la decisión a que hay lugar, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 0293 de 1955, dictado como consecuencia del fallo de 20 de junio del mismo año, sobre inexequibilidad de las disposiciones del Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo, "en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública.

Los hechos fundamentales de la acción se refieren:

1º. A la propiedad del Banco de los Andes sobre el inmueble materia de la ocupación.

2º. A la segregación de las dos zonas de terreno, una por la calle 61, de doscientas ochenta y nueve varas cuadradas con sesenta y ocho centésimos de vara cuadrada (289, 78 v2) y la otra por la carrera 13, de treinta y cinco varas cuadradas con veintiocho centésimos de vara cuadrada (35, 28 v2), con destino al ensanche de las respectivas vías.

3º. Al valor de tales zonas de terreno que el demandante estima en total en la suma de $ 59.216.40 moneda corriente, o sea a razón de $ 200. la vara cuadrada en la carrera 13, y a $ 180.00 la vara cuadrada en la calle 61.

Primer hecho.—Está acreditado en los autos: a) con la copia de la escritura pública número 1.233, de 2 de diciembre de 1948, de la Notaría Sexta de Bogotá, debidamente registrada, sobre la venta que hace la señora María Tadea Durán de Vengoechea al Banco de los Andes, de "un solar o lote de terreno situado en esta ciudad, junto con las edificaciones en él existentes.., distinguido en sus puertas de entrada con los números once treinta y ocho (11-38) a once setenta y ocho (11-78) de la calle sesenta y una (61) y números sesenta y uno cero cuatro (61-04) a sesenta y uno catorce (61-14) de la carrera 13 de esta ciudad, cuyos linderos son: Por el Occidente, con la carrera trece (13); por el Norte, con casa y solar que fueron de propiedad de Gustavo Restrepo; por el Oriente, con solar que es o fue de Hermógenes Cortés, y por el Sur, con la calle sesenta y una (61)", cuya cabida total es de 1.366 varas cuadradas. Este inmueble lo hubo la vendedora por dación en pago, del señor Hisandro Durán, según escritura pública número 458, de 31 de julio de 1902, de la Notaría Tercera de Bogotá. Y, b) con el certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, sobre tradición del inmueble en más de treinta años y libertad del mismo (Folios 3 a 6, cuaderno número 1).

Segundo hecho.—Se ha probado este hecho con los siguientes documentos: 1—Original de la licencia número 3.629, fechada el 25 de agosto de 1949, expedida por la Secretaría de Obras Públicas Municipales de Bogotá —Departamento de Control— para construir un edificio en el inmueble del Banco de los Andes, "ciñéndose —dice tal licencia— a la demarcación número 2.768 de 1949 que dice: Por la calle 61: retroceder el paramento 3m60 en el extremo occidental y 3m35 en el extremo oriental. Por la carrera 13: retroceder el paramento 1m05 en el extremo norte y 1m70 en el extremo sur". (Folio 7, cuaderno número 1). 2—Certificados expedidos por la Secretaría de Obras Públicas Municipales, que dicen: "Que la finca distinguida con los números 11-28|72 de la calle 61 y 61-04'10 de la carrera 13, ha sido

afectada por el proyecto de ampliación de esta vía en una zona cuya cabida es de 22,58 m2 igual a 35,28 v.2. y, que la misma finca ha sido afectada por el proyecto de ampliación de la calle 61 en una zona cuya cabida es de 185,46 m2. igual a 289,78 v2." (Folio 8, cuaderno número 1). 3—Plano elaborado por la Oficina del Plan Regulador del Municipio de Bogotá, debidamente autenticado, en el cual se halla el trazo de las zonas cedidas al Municipio por el Banco de los Andes y se anota como cabida total de ellas la de 203.38 metros cuadrados o 317,778 varas cuadradas. Se advierte que este plano fue allegado a los autos como prueba por parte del Municipio de Bogotá. (Folio 2, cuaderno número 3), 4.—Acta de la inspección ocular llevada a cabo por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual consta que el personal de la diligencia procedió a identificar, e identificó el inmueble por sus linderos, y que comprobó que en los costados sur y occidental fueron segregadas unas zonas con destino a la ampliación de las vías públicas. El señor apoderado de la parte demandante aceptó como prueba el plano aducido por el Municipio, y pidió en la misma diligencia que los peritos elaboraran su dictamen con base en dicho plano. (Folios 6 y 7, cuaderno número 2). 5—Dictamen pericial sobre el área del solar del Banco de los Andes anexada a las vías públicas, a la cual se le fija un total de 317,77 varas cuadradas, o sea una cabida igual a la deducida por el Municipio en su plano a escala. (Folio 8, cuaderno número 2).

Tercer hecho.—El valor de las zonas ocupadas está acreditado con el dictamen uniforme que rindieron los peritos designados por cada una de las partes, quienes previo examen de los diversos factores que lo determinan y mediante fundamentación razonada, conceptúan que la vara cuadrada del terreno valía en agosto de 1949, fecha de la ocupación, ciento ochenta pesos, y que hasta la fecha del dictamen —noviembre de 1951—, no se había verificado valorización alguna. Como resumen de sus conclusiones expresan lo siguiente: "RESUMEN: A) Indemnización por capital: 317,77 vs.2 a $ 180.00 cada una..... $ 57.198.60. Menos 20%, artículo 263 C. C. A..... $ 11.439.72. Diferencia $ 45.758.72. B) Lucro cesante: del 24 de agosto de 1949 hasta el 24 de octubre de 1951, 8% anual de $ 57.198.60..... $ 7.435.80. Si el lucro cesante —añaden— se liquida hasta el día del pago, a esa última cifra deberá agregarse lo que corresponde a $ 0.53 por día, del 25 de octubre de 1951 en adelante". Este dictamen no fue objetado.

* * *

En la sentencia que se revisa halla el Tribunal Administrativo de Cundinamarca perfectamente deducido el derecho del demandante a la indemnización que reclama, por haber acreditado todos los elementos constitutivos de la acción indemnizatoria consagrada en los artículos 263 y 264 del Código Contencioso Administrativo, por la ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, lo cual encuentra la Sala ajustado a la realidad del proceso y a las normas sustantivas que consagran ese derecho.

* * *

El señor Fiscal del Consejo de Estado en su vista de fondo para esta instancia del juicio, acepta que está debidamente comprobada la propiedad del Banco de los Andes en el inmueble objeto de la acción, y que para construir su edificio aquél obtuvo la licencia correspondiente, en desarrollo de la cual quedaron segregadas las zonas de terreno mencionadas en la demanda, pero agrega:

"Se observa, sin embargo, que en los autos no están debidamente probados ni la ocupación de hecho ni los trabajos públicos que realizara el Municipio de Bogotá para la ampliación de las vías públicas antes relacionadas, trabajos públicos que se alegan como determinantes de los perjuicios causados, por lo cual se llega a la conclusión de que no es posible ubicar la acción aquí instaurada dentro del Capítulo XXII del Código de lo Contencioso Administrativo, como indebidamente lo ha hecho el actor, siendo procedente, por lo tanto, reconocer y declarar probada la excepción de "petición de un modo indebido"".

"No puede negarse que al Banco demandante le asistía el derecho a que el Municipio de Bogotá le indemnizara los perjuicios de orden patrimonial que sufrió al imponerle la obligación de ceder, para la ampliación de las vías públicas relacionadas, las zonas de terreno indicadas en la licencia transcrita, pero no mediante el ejercicio de la acción de indemnización 'por trabajos públicos' de que trata el citado Capítulo XXII, sino con fundamento en lo estatuido en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941 sobre restablecimiento del

derecho y consiguiente indemnización de perjuicios cuando la causa de la violación es un hecho u operación administrativa, cosa quiere que fue la licencia preinserta concedida al Banco de los Andes la que originó el perjuicio cuya reparación o indemnización se reclama por dicha entidad, pues por tal acto administrativo se le impuso la obligación de correr el paramento hacia el interior del lote destinado para la construcción y ceder parte de él para el ensanche de la vía pública en el sector comprendido entre la calle 61 y la carrera 13 de esta ciudad". (Los subrayados son de la Sala).

La tesis del Ministerio Público en el primer párrafo transcrito es la de que, en este juicio, no están probados ni la ocupación ni el trabajo público, y que por lo tanto "se llega a la conclusión de que no es posible ubicar la acción aquí instaurada dentro del Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo". Para la Fiscalía pues, si estuviesen demostrados la ocupación y el trabajo público, la acción sería la consagrada en el Capítulo XXII, artículo 283; pero como esa demostración no existe, según ella, la acción procedente es otra.

La Sala observa; en el libelo de demanda con que se inició este juicio dice el actor: "Presento demanda de indemnización por trabajos públicos..... con el fin de que se condene al Municipio de Bogotá a pagar al Banco de los Andes las zonas de terreno ocupadas para la ampliación de la carrera trece", etc. Y en derecho cita los artículos 281 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, como fundamentos legales de sus pretensiones. El artículo 283 citado, es del tenor siguiente: "La demanda para que se pague la indemnización debida cuando, a causa de un trabajo público, se ocupe o daña una propiedad particular, se dirigirá etc.".

Son tan claros los términos de la demanda en cuanto a los hechos aducidos y el derecho invocado, que no dá lugar a interpretaciones diversas. Los fundamentos de derecho expresados en la demanda son congruentes con la causa petendi y ésta con las súplicas impetradas, formando en conjunto los elementos constitutivos de la acción a que se contrae el artículo 283 citado. Luego al juzgador, una vez verificada la procedencia de la acción, sólo le incumbe estudiar si ella se ha justificado o no, y si deduce que no lo está, por falta de prueba de alguno de los elementos que la informan, su papel no es el de variarla para acomodarla a otra distinta, sino decidir que no se halla probada. La tesis, pues, por este aspecto no es aceptable.

Y en cuanto se refiere a la prueba del trabajo público y la ocupación de la propiedad privada, es suficiente la demostración de que se ha edificado con sujeción a las condiciones de la licencia, pues si el propietario levanta la edificación se produce automáticamente el ensanche de la vía pública y la destinación de la zona privada al servicio público, sin que sea necesario entonces que en tal zona se hayan realizado obras de arreglo y pavimentación, ya que la obra pública consiste en la ampliación de la vía. Estos conceptos han sido expresados ya por la Corte, como puede verse en la sentencia de fecha 8 de julio de 1956 (G. J. Tomo LXXXIII, páginas 327 y siguientes).

Pero es que además, en este caso, la ampliación de la carrera 13 y de la calle 61, se encuentran demostrados, como ya se dijo, con los siguientes elementos probatorios: acta de la inspección ocular en la que consta que "se pudo comprobar que en los linderos sur y occidental le fue segregada una zona con destino a la ampliación de las vías públicas" (Folio 6 vuelto, cuaderno número 2); dictamen pericial por el cual se ratifica que "se verificó que las zonas que antes pertenecían al Banco de los Andes,... están ocupadas por la vía pública". (Folio 8, cuaderno número 2); y además, los planos y certificaciones mencionados atrás. Cada uno de estos elementos por sí solo, y en conjunto, forman la plena prueba de la ocupación por trabajos públicos de que se trata.

En la segunda parte transcrita, después de expresar la Fiscalía que no puede negarse que al Banco le asiste el derecho a que el Municipio le indemnice los perjuicios que sufrió "al imponerle la obligación de ceder, para la ampliación de las vías públicas relacionadas, las zonas de terreno indicadas en la licencia", insiste en afirmar que la acción no es la indemnizatoria por ocupación permanente de la propiedad privada por trabajos públicos, sino la establecida en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, "como quiera —dice— que fue la licencia preinserta concedida al Banco de los Andes la que originó el perjuicio..... pues por tal acto administrativo se le impuso la obligación de correr el paramento... y ceder parte de él para el ensanche de la vía pública".

Sostiene pues el Ministerio Público que la causa del perjuicio sufrido no radica en el hecho de la ocupación de la propiedad, sino en el acto administrativo por el cual se concede la licencia

para construir, pues es por tal acto por el que se obliga a "correr el paramento" y a "ceder parte" del terreno para el ensanche de la vía pública. Estima la Sala que el acto administrativo de la expedición de la licencia para construir, condicionando la construcción a retroceder el paramento, o sea cediendo una zona destinada a la ampliación de la vía pública, por sí solo no tiene operancia alguna, pues si el particular resuelve no construir en las condiciones mencionadas, la entidad de derecho público tampoco puede realizar sus planes de ensanche paulatino de las vías utilizando o sirviéndose del dominio particular, y en tales circunstancias, el propietario particular carecería de causa o razón para ejercitar una acción de establecimiento del derecho violado, conforme al artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, o para demandar indemnizaciones por ocupación de hecho, al tenor del artículo 263 del mismo Código. Esto sin desconocer desde luego que el acto administrativo coarta la libertad del uso y goce pleno del dominio, pero ello tampoco se debe a la licencia misma, sino a ordenamientos de orden superior, constitucionales y legales, que si bien es cierto que amparan el derecho de propiedad, también consagran el principio de que la propiedad tiene una función social, y que por motivos de utilidad pública o de interés social el interés privado debe ceder a aquéllos. Por consiguiente, no es la mera licencia la que dá nacimiento al derecho de ejercitar la acción, como no lo sería tampoco el ordenamiento superior que faculta a las entidades de derecho público para tomar esas medidas, sino el hecho físico de la construcción ajustada a la licencia, puesto que simultáneamente a la edificación se produce el ensanche de la vía pública proyectada. En términos semejantes ha expuesto la Corte su criterio sobre este punto, según puede verse en fallo de 25 de octubre de 1956 (G. J. Tomo LXXXIII, página 660).

Estudiada así y resuelta la objeción del Ministerio Público que —se repite— acepta el derecho que le asiste al demandante para que el Municipio le indemnice los perjuicios que sufrió; y analizados los fundamentos del fallo que deducen correcta y legalmente la comprobación de los hechos y la aplicación del derecho, se impone la confirmación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes el fallo de catorce de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente juicio.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Héctor Martínez Guerra—Samuel de Sola Gonzalo—Roberto Goenaga—Jorge Sanabria—Jorge García Merlano, Secretario.

EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL NO CABE EL RECURSO DE SUPLICA CONTRA LAS RESOLUCIONES DE MERO TRAMITE QUE DICTEN LOS TRIBUNALES COLEGIADOS, SINO QUE ESTA GOBERNADO POR EL DE REPOSICION

Es improcedente suplicar un auto en que se deniega la reposición de uno de sustanciación. Estos recursos son autónomos e independientes y cada uno tiene su aplicación en la respectiva oportunidad procesal.

El recurso de súplica, ni por su contenido, ni por su estructura difieren substancialmente del de reposición, pero en nuestro sistema procesal no cabe el primero contra las resoluciones de mero trámite que dicten los Tribunales colegiados, sino que está gobernado por el segundo.

Corte Suprema de Justicia— Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio veintiséis de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra).

Contra el auto de citación para sentencia dictado por el H. Magistrado Sustanciador en este negocio (folio 77) "y con el sólo propósito de mejorar el procedimiento y hacer más precisa y exacta (si ello fuera humanamente posible) la eclosión de la justica", el doctor Diego Llinás Pimienta, apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de reposición.

Mediante auto de 19 de junio del año en curso (folios 78 vuelto a 79 vuelto) el señor Magistrado resolvió dicho recurso, manifestando las razones de orden legal en que se halla basado dicho proveído y denegando, por consiguiente, la reposición impetrada.

En tales circunstancias el demandante interpuso recurso de súplica de este último auto, y el señor Magistrado pasó el negocio al que le sigue en turno "para que por el resto de la Sala se decida acerca de la procedencia o improcedencia del recurso interpuesto en precedente escrito".

Para resolver, se considera:

Estima la Sala que el auto de citación para sentencia primeramente recurrido es un auto de sustanciación sujeto al exclusivo gobierno del Magistrado Sustanciador. Contra esta clase de autos sólo cabe el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 487 del Código Judicial.

Como se ve, el recurso impetrado fue resuelto oportunamente por aquél, y al señor apoderado del actor le quedaba la oportunidad de pedir otra nueva —contra el auto que decidió sobre el recurso de reposición— en caso de considerar que este proveído contuviera puntos no decididos en la primera providencia (artículo 489 del Código Judicial).

Es improcedente suplicar un auto en que se deniega la reposición de un auto de sustanciación. Estos recursos son autónomos e independientes y cada uno tiene su aplicaicón en la respectiva oportunidad procesal.

El recurso de súplica, ni por su contenido, ni por su estructura difieren substancialmente del recurso de reposición, pero en nuestro sistema procesal no cabe el primero contra las resoluciones de mero trámite que dicten los Tribunales colegiados, sino que está gobernado por el segundo.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte conceptúa que el recurso interpuesto es improcedente y dispone, en consecuencia, que vuelvan los autos al Despacho del señor Magistrado Sustanciador para que el negocio siga su curso legal.

Cópiese y notifíquese.

Héctor Martínez Guerra—Samuel de Sola Roncallo—Jorge Sanabria— Jorge García Medina, Secretario.

ACCIÓN DE PERTURBACION. — NULIDAD CONSTITUCIONAL. — COSTAS POR EQUIVOCACION EN EL TRAMITE DEL NEGOCIO. — CUANDO PROCEDEN CONTRA EL FUNCIONARIO

1.—Es confusa la demanda para la que el libelista solicita se le dé la tramitación señalada por el Título 29, Libro Segundo del Código Judicial, que comprende los artículos 888 a 892 de la obra, juicios posesorios especiales y a la par que invoca como fundamentos de derecho los artículos 972, 974, 976, 980, 981, 982 y pertinentes del Código Civil, indica para el procedimiento los artículos 877 a 892 del Código Judicial, es decir, que se le dé a su demanda no sólo el trámite indicado antes, sino también el correspondiente a los juicios de despojo y perturbaciones, lo cual es imposible por ser diferente el de los dos últimos al primero. Y es desconcertante que, basando su demanda el actor, como se deduce de lo anterior, en el Título 13, Libro Segundo del Código Civil, "De las Acciones Posesorias", pida al principio de la misma que se le dé el trámite correspondiente a las acciones posesorias especiales de que trata el Título 14, Libro Segundo de este Código.

Para la Sala, el hecho de haberse tramitado las acciones de perturbación instauradas como si hubieran sido especiales, vale decir, de conformidad con el Título 29, Libro Segundo del Código Judicial y no de acuerdo con el Capítulo III, Título 26 del mismo Libro y de la misma obra, comporta una nulidad procedimental de las llamadas constitucionales que afecta todo el proceso.

2.—No es acertado condenar en costas a un funcionario, cuando por la escasa claridad de la demanda se equivocó al tramitarla, pues esta sanción sólo procede cuando a él cabe alguna responsabilidad en lo ocurrido (artículo 458 del Código Judicial). En tal caso, únicamente deben imponérsele al actor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, seis de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel De Sola Roncallo).

Por libelo presentado en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 30 de agosto de 1957, el doctor Peregrino Díaz Villota, en ejercicio del poder conferido por la señora Cecilia Rosero viuda de Dulce, solicitó:

"PRIMERO.—Que con observancia de los trámites señalados en el Título XXIX del Libro Segundo del Código Judicial dictéis fallo previniendo al Departamento de Nariño, representado en la actualidad por el señor Gobernador doctor Carlos Albornoz R. a quien indico como demandado para que se **abstenga u ordene a la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, no continuar abriendo un camino de herradura que pretende convertirlo en carretera,** (la subraya es de la Sala), dentro de un predio rural denominado "Cajaruro", de propiedad de mi mandante, situado en el Corregimiento de "El Peñol", jurisdicción del Municipio de El Tambo (Nariño) comprendida (sic) por los siguientes linderos: "Cabecera, con terrenos de Saturia Díaz de Guerra, el carreteable que va a Yaracueva por medio; por el costado derecho mirando desde la cabecera, con propiedades de herederos de Adeodato Burbano y Cecilio López, mojones y alambrados por medio; y por el costado izquierdo, con propiedades de Samuel Cabrera, zanjón y alambrados al medio".

"SEGUNDO.— **Que dé las seguridades que el Tribunal estime prudente exigirle contra el temor fundado que tiene mi mandante de que el Departamento por intermedio de la Secretaría de Obras Públicas lleve a cabo la construcción de caminos de herradura o carreteables atravesando y ocupando terrenos de la finca "Cajaruro"** (la subraya es de la Sala) de propiedad de mi poderdante y que antes se denominaba "Guambuyaco", imponiéndole la obligación señalada en el artículo 886 del Código Judicial a favor de mi mandante por cada acto realizado o subsiguiente de perturbación sin descartar las responsabilida-

des civiles que puedan reclamarse, respecto de la finca "Cajaruro" de propiedad de la misma, determinada en el punto anterior.

"TERCERO.—Que se notifique esta demanda al señor Fiscal del H. Tribunal Superior de Pasto, en armonía con el numeral 3º del artículo 176 del Código Judicial.

"CUARTO.—Que me reconozca la personería que exhibo".

Como hechos fundamentales de la acción expuso el demandante:

"La señora Cecilia Rosero de Dulce es poseedora regular e inscrita, del inmueble denominado "Cajaruro' alinderado como se expresa en la petición primera de esta demanda, inmueble que es parte integrante del que se denomina "Guambuyaco", como se demuestra con la escritura pública número 145 de 27 de abril de 1946 de la Notaría de El Tambo (N.) la cual fue oportuna y legalmente registrada.

"2º.—Mi mandante ha poseído ese predio en forma material, tranquila y no interrumpida.

"3º.—La Secretaría de Obras Públicas del Departamento servida por el doctor Peregrino Chaves, pretende convertir en carretera una trocha que principió a abrir hace mes y medio atravesando la finca "Cajaruro" en una zona que partiendo del puente del río Guambuyaco ocupa terrenos de esa finca de propiedad de mi mandante, hasta llegar a un punto denominado Yaracueva. Todo sin la aquiescencia de la dueña y obrando como si se tratara de terrenos baldíos, o de propiedad del Departamento. Para ello pretende movilizar tractores y demás implementos de ingeniería.

"4º.—La Secretaría de Obras Públicas Departamentales es una dependencia de la Gobernación del Departamento.

"5º.—Con la apertura del camino de herradura hecha por la misma Secretaría de Obras Públicas Departamentales se han ocasionado positivos perjuicios a la dueña de "Cajaruro", por cuanto que sus cultivos quedaron sin posibilidades de control eficaz, y sus semovientes han quedado a merced de cuatreros y ladrones que no encuentran vallas para entrarse a la finca.

"Los hechos relatados generan el derecho de mi mandante a solicitar el amparo para la posesión pacífica y el disfrute de su propiedad en armonía con el Título 13 del Libro 2º del Código Civil y el 877 (sic) del Código Judicial".

Con la demanda fueron presentados la escritura en ella citada, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la vigencia del registro de dicho título, otro certificado, de la Oficina Seccional de Catastro de Nariño, con respecto a la inscripción del fundo denominado "Cajaruro", a nombre de la señora Cecilia Rosero de Dulce, y seis declaraciones rendidas extrajuicio.

Como disposiciones de derecho citó el demandante los artículos 972, 974, 976, 980, 981 y 982 y pertinentes del Código Civil y 877 a 892 del Código Judicial.

De la demanda se dio traslado al señor Gobernador, por el término de tres días, quien la evacuó oponiéndose a las peticiones formuladas en ella y advirtiendo: que no se sabía cuál era la acción instaurada ni el procedimiento correspondiente pues el demandante indicaba unas veces las disposiciones relativas al despojo y otras las correspondientes a los juicios posesorios especiales; que en cuanto a la posesión de la actora, las declaraciones de nudo hecho, presentadas con la demanda, no la establecen, y la escritura citada en el libelo demuestra que la señora de Dulce compró una cuota de dominio equivalente a la tercera parte del inmueble llamado "Guambuyaco", y ahora se dice poseedora de un cuerpo cierto, o sea del fundo denominado "Cajaruro" que no está completamente identificado; que la Secretaría de Obras Públicas del Departamento no ha abierto ningún nuevo camino de herradura, sino que ha reconstruído el existente desde hace mucho tiempo por "Guambuyaco" y, por tanto, la actora no ha sido despojada de la posesión que dice tener en "Cajaruro", ni perturbada en ella.

El juicio se abrió a prueba por el término de diez días de conformidad con el artículo 888 del Código Judicial, y se practicaron las pedidas por la parte actora, después de lo cual fue fallado. Del fallo, fechado el 8 de noviembre de 1957, apeló el demandante, y concedido el recurso se remitió el expediente a esta Sala. Aquí, por tratarse de un juicio que en primera instancia se tramitó por el procedimiento especial señalado en el Título XXIX de Libro Segundo del Código Judicial, se siguió el indicado por el artículo 502 de la misma obra, en armonía con el 504 ibidem, y agotado este trámite se procede a resolver. Pero antes debe averiguarse si hay alguna nulidad procesal que invalide lo actuado.

El Tribunal se abstuvo de fallar en el fondo el presente juicio por falta de demanda en forma, para lo cual hizo las consideraciones que se resumen así:

Que la demanda es confusa y no es posible determinar si el demandante ejercitó la acción

de perturbación o de despojo o ambas a la vez, pues, en su sentir, la primera súplica de la demanda implica aquella y la segunda la otra, confusión que refuerza el hecho tercero del libelo que denota un verdadero despojo. Que las acciones de despojo y perturbación son incompatibles porque la una se basa en la pérdida de la posesión y la otra denota que no se ha perdido, razón por la cual no pueden acumularse en una misma demanda, según el artículo 209 del Código Judicial y, en acuerdo con la jurisprudencia de la Corte contenida en la G. J. número 2.145, página 349, falta de demanda en forma, el negocio debía resolverse de la manera como se resolvió.

Se considera:

En verdad que la demanda que motivó este juicio es un poco confusa. En efecto, como se desprende de la primera súplica transcrita, el libelista solicita que a su demanda se le dé la tramitación señalada por el Título 29, Libro Segundo del Código Judicial, que comprende los artículos 868 a 892 de la obra, juicios posesorios especiales, y en la parte final de la misma dice: "Derecho: Indico los artículos 972, 974, 978, 980, 981, 982 y pertinentes del Código Civil. Y en procedimiento los artículos 577 a 892 del Código Judicial", es decir, que se le dé a su demanda no sólo el trámite indicado antes, sino también el correspondiente a los juicios de despojo y perturbaciones, lo cual es imposible por ser diferente el de los dos últimos al primero. Igualmente desconcierta que basando su demanda el actor, como se deduce de la parte de su libelo que se acaba de copiar, en el Título 13, Libro Segundo del Código Civil, "De las Acciones Posesorias", pida al principio del mismo que se le dé el trámite correspondiente a las acciones posesorias especiales de que trata el Título 14, Libro Segundo de este Código. Mas como de acuerdo con jurisprudencia constante de la Corte, al juzgador le es permitido interpretar las demandas dentro de ciertos límites, ya que en nuestro procedimiento no existen palabras sacramentales, para darle su derecho a quien lo tenga y demuestre, así yerre en la cita de las disposiciones legales impetradas, antes de entrar en el fondo de la cuestión sub-judice, deben determinarse, como es lógico, cuales son las acciones propuestas por el demandante.

El actor, como se ha visto, en la primera súplica de su libelo pide se diga al Gobernador, representante de la entidad demandada, "SE ABSTENGA U ORDENE A LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEPARTAMENTALES, NO CONTINUAR ABRIENDO UN CAMINO DE HERRADURA QUE PRETENDE CONVERTIRLO EN CARRETERA, DENTRO DE UN PREDIO RURAL DENOMINADO "CAJARURO", DE PROPIEDAD DE MI MANDANTE, SITUADO... etc.", y en la segunda: "QUE DE LAS SEGURIDADES (el Departamento) QUE EL TRIBUNAL ESTIME PRUDENTE EXIGIRLE CONTRA EL TEMOR FUNDADO QUE TIENE MI MANDANTE DE QUE EL DEPARTAMENTO POR INTERMEDIO DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS LLEVE A CABO LA CONSTRUCCION DE CAMINOS DE HERRADURA O CARRETEABLES ATRAVESANDO Y OCUPANDO TERRENOS DE LA FINCA "CAJARURO" DE PROPIEDAD DE MI PODERDANTE Y QUE ANTES SE DENOMINABA "GUAMBUYACO" IMPONIENDOLE LA OBLIGACION SEÑALADA EN EL ARTICULO 836 DEL CODIGO JUDICIAL A FAVOR DE MI MANDANTE POR CADA ACTO REALIZADO O SUBSIGUIENTE DE PERTURBACION, SIN DESCARTAR, etc." (Las mayúsculas son de la Sala).

Las peticiones en referencia no dejan duda de que la demandante que se dice poseedora del inmueble "Cajaruro", sintió turbada su posesión con la iniciación de la apertura de un camino que presintió que el Departamento iba a convertir en carretera, por lo que pidió se ordenara a éste prescindiere de los actos iniciales de tal vía, y se le dieran seguridades de que los hechos no se repetirían como era de temerse. Esas peticiones, en sentir de la Sala, tendientes a evitar se le embarazara a la actora el goce de su posesión por actos de los agentes del demandado, actuales o de posible acaecimiento, no pueden ser otras que las de perturbación consagradas por el artículo 977 del Código Civil.

La interpretación anterior está corroborada por la circunstancia de que si la acción hubiera sido la de despojo, el apoderado de la señora Rosero de Dulce no habría afirmado en el libelo que su mandante era poseedora de la finca "Cajaruro"; que solicitaba para ella "el amparo para la posesión pacífica y disfrute de su propiedad en armonía con el Título 13 del Libro Segundo del Código Civil", ni que "la Secretaría de Obras Públicas del Departamento servida por el doctor Peregrino Chaves, pretende convertir en carretera una trabe que principió a abrir hace mes y medio atravesando la finca 'Cajaruro', etc.". Además, de varios pasajes de los memoriales del doctor Díaz Villota dirigidos al Tribunal y a la

Corte para pedir aclaración de la sentencia de primera instancia y sustentar el recurso de apelación interpuesto contra ella, se colige que las acciones incoadas son las de perturbación, para muestra de lo cual es suficiente transcribir el siguiente párrafo del último de sus escritos citados: "En atención a esos actos de perturbación, demandamos el amparo posesorio por esos actos de perturbación ya iniciados y que pretendían seguirse desarrollando".

Pero aún hay más: Tampoco cabe suponer que el demandante hubiera incoado la acción de despojo, pues si su mandante hubiera sido privada en parte de la propiedad que dice poseer por la construcción de una vía pública, la acción tendría que ser otra. Ni es posible pensar que esas acciones hubieran sido algunas o alguna de las posesorias especiales de que trata el Título 14 del Código Civil por lo dicho antes y, además, porque, como es sabido, ellas, a diferencia de las generales, se refieren a obras ejecutadas en propiedad ajena que perturban el goce de la propia.

Establecido que las acciones posesorias instauradas por el apoderado de la señora Rosero de Dulce son las de perturbación, pasa la Sala a determinar si el hecho de haberse tramitado las acciones de perturbación instauradas como si hubieran sido especiales, vale decir, de conformidad con el Título 29, Libro Segundo del Código Judicial y no de acuerdo con el Capítulo II, Título 28 del mismo Libro y de la misma obra, comporta una nulidad procedimental de las llamadas constitucionales que afecta todo el proceso.

En sentencia de fecha 31 de mayo de 1940, publicada en la G. J., números 1.957 y 1.958, páginas 504 a 510, dijo, entre otras cosas, la Corte:

".....Las leyes que fijan el juicio en cada caso son leyes de orden público, no susceptibles de variaciones, ni acomodaciones a casos y situaciones particulares. De ahí, por qué la equivocación en que se incurra en la escogencia de la vía procedimental afecta de invalidez la actuación irremediablemente..... En efecto, la ley procesal, en cuanto regula las formas de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público, y por consiguiente tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio...."

Esos conceptos son consecuencia de lo consagrado por el artículo 26 de la Carta, es decir, que nadie puede ser juzgado sino "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Luego, de conformidad con esos principios, la Sala tendrá que declarar nulo todo lo actuado en el presente proceso, declaración que se hará de plano pues dada la naturaleza de la nulidad, no cabe su ratificación. Y ello a pesar de que, como en el caso de autos, pueda decirse que no debe darse aplicación a la doctrina invocada pues no se ha violado el derecho de defensa que consagra el artículo constitucional aludido, ya que el procedimiento inadecuado escogido concede al demandado igual término que el del juicio de perturbación para contestar la demanda, y mayor término probatorio a ambas partes para que demuestren sus derechos, porque por encima de esa consideración hay otra de mayor trascendencia: Que es imposible establecer una excepción a la tesis enunciada que entrañe la anarquía en las leyes de procedimiento pues el admitirla equivaldría a decir que las acciones judiciales pueden incoarse por el procedimiento que quiera escoger el demandante y no por el que determina el Código Judicial para cada una de ellas.

Resta manifestar que al declarar la nulidad anunciada, no se condenará en costas al Magistrado sustanciador de primera instancia, pues esta sanción procede cuando a él le cabe alguna responsabilidad en lo ocurrido, (artículo 458 del Código Judicial), y ello no acaece en este juicio porque dada la poca claridad de la demanda, como se demostró en otro lugar, cualquier funcionario pudo fácilmente equivocarse al tramitarla. En cambio, sí habrá de condenarse en costas al actor.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—,

RESUELVE:

Declárase nulo todo lo actuado en el presente juicio, desde el auto admisorio de la demanda.

Condénase en costas al demandante.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Roberto Gocnaga—Samuel De Sola Boncallo—Héctor Martínez Guerra—Jorge Saavedra—Jorge García Merlano, Secretario.

TRANSITO DE LA LEY ANTERIOR A LA NUEVA EN MATERIA ADUANERA. — EFECTOS CONSECUENCIALES DEL CAMBIO DE JURISDICCION EN LAS CAUSAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN MATERIA ADUANERA. — INTERPRETACION DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 0188 DE 4 DE JUNIO DE 1958. — RESOLUCION ADOPTADA POR LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE, EN TODOS LOS NEGOCIOS ENVIADOS POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ADUANAS, EN VIRTUD DE LA EXPEDICION DEL DECRETO ANTES CITADO

Esta Sala, ante el Decreto Legislativo número 0188, cuya vigencia empezó el 4 de junio del presente año, fecha de su expedición, ha llegado en su interpretación a estas conclusiones:

Al sustituirse la jurisdicción especial aduanera que reglamentaba el Decreto 700 de 1954, por la jurisdicción ordinaria que consagra el Decreto 0188, es evidente que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia tiene hoy competencia para conocer en segunda instancia de los juicios sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera, en fuerza de lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 0188 y de los artículos 76, numeral 1º, y 37, numeral 1º, los dos artículos del Código Judicial.

La ley nueva que modifica la organización de los Tribunales de justicia o las reglas relativas a la jurisdicción o las que determinan la jerarquía de la jurisdicción misma —como ocurre con el Decreto Legislativo 0188— tiene efecto general inmediato, y estriba ello en la razón fundamental que —según Pasquale Fiore— es siempre la misma: "Que siendo motivadas tales leyes por razones de interés público y de los particulares a quienes corresponde el derecho judicialmente, no puede ostentar contra él ningún otro el derecho de impedir al legislador el mejorar el sistema del ordenamiento judiciario y de las reglas que convienen a las jurisdicciones, y por lo tanto, no pueden sustraerse al imperio de la ley nueva que hubiere sancionado nuevas reglas con relación a esto". (Obra "de la irretroactividad e interpretación de las leyes". Página 515 y siguientes).

Quiere expresar lo anterior que cuando la ley nueva haya abolido una jurisdicción, en el caso de autos la aduanera, y la haya sustituido por otra — la ordinaria — las causas pendientes ante la jurisdicción abolida deberán ser continuadas ante la que lo hubiera sustituido.

En tal orden de ideas, no se oculta a la Sala que si de las causas pendientes a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 0188 de 1958 debe ella conocer en segunda instancia, es sin embargo ostensible que los recursos legales creados ya, en virtud de actos procesales realizados antes de entrar en vigor la ley nueva, deberán seguir la tramitación impuesta por la ley anterior y decidirse por quienes corresponda, pues a ellos abarca la autoridad retroactiva de las leyes concernientes al proceso civil, como quiera que en tales eventos las partes tienen un derecho adquirido, relacionado con lo fundamental de la acción controvertida, que merece ser respetado, pues alude al poder legal que dichas partes tuvieron para investir al juzgador de la competencia necesaria en relación con la correspondiente instancia procesal.

Para la Sala es incuestionable que la ley nueva debe aplicarse inmediatamente aún para las causas iniciadas bajo el imperio de la ley anterior, en todo lo relativo a los actos que constituyen el proceso civil hasta la decisión del litigio y la ejecución de la sentencia, es decir, en lo que concierne a las formalidades meramente procesales, que son los medios por los cuales deben ser ejecutados los actos necesarios para instruir una causa o un juicio. Pero también es evidente que tratándose de la admisibilidad o inadmisibilidad de aquellos actos

que puedan surgir en el periodo de la instrucción y que son conexos con el fondo del derecho debatido —como el de los recursos contra las decisiones judiciales— deberán regirse por la ley anterior, es decir, por la ley vigente en el momento de su interposición.

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 consagra la doctrina expuesta cuando dice: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Y el artículo 1.128 de la Ley 105 de 1931, aplicable en el caso de autos por analogía, porque el Decreto 0188 citado nada dispuso sobre tránsito de la ley antigua a la nueva, en desarrollo del citado artículo 40, más explícitamente estatuye: "Las disposiciones de este Código se aplicarán a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir; pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos (subraya la Sala), y las tercerías e incidentes intentados, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Sanabria).

El Tribunal Superior de Aduanas ha enviado a esta Sala de la Corte el presente juicio, porque considera que es la Sala de Negocios Generales y no aquél, la que tiene competencia para resolver la segunda instancia, en virtud de lo estatuido por el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto número 0188 de 4 de junio de 1958, en armonía con los artículos 76, numeral 1º y 37, numeral 1º, ambos artículos del Código Judicial.

El parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 0188 citado, dice:

"En los casos a que se refieren los ordinales b) y c) del artículo 3º del Decreto 700 de 1954 conocerá la justicia ordinaria o la de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con las normas legales ordinarias".

El parágrafo preinserto derogó el artículo 3º del Decreto 700 de cinco de marzo de 1954 que atribuía a la jurisdicción aduanera, en su ordinal b), el conocimiento de los juicios sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera.

Esta Sala, ante el Decreto Legislativo número 0188, cuya vigencia empezó el cuatro (4) de junio del presente año, fecha de su expedición, ha llegado en su interpretación a estas conclusiones:

Al sustituirse la jurisdicción especial aduanera que reglamentaba el Decreto 700 de 1954, por la jurisdicción ordinaria que consagra el Decreto 0188, es evidente que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia tiene hoy competencia para conocer en segunda instancia de los juicios sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera, en fuerza de lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 0188 y de los artículos 766, numeral 1º, y 37, numeral 1º, los dos artículos del Código Judicial.

La ley nueva que modifica la organización de los Tribunales de justicia o las reglas relativas a la jurisdicción o las que determinan la jerarquía de la jurisdicción misma —como ocurre con el Decreto Legislativo 0188— tiene efecto general inmediato, y estriba ello en la razón fundamental que —según Pasquale Fiore— es siempre la misma: "Que siendo motivadas tales leyes por razones de interés público y de los particulares a quienes corresponde el derecho judicialmente, no puede ostentar contra él ningún otro el derecho de impedir al legislador el mejorar el sistema del ordenamiento judiciario y de las reglas que convienen a las jurisdicciones, y por lo tanto, no pueden sustraerse al imperio de la ley nueva que hubiere sancionado nuevas reglas con relación a esto". (Obra "de la irretroactividad e interpretación de las leyes". Página 515 y ss.).

Quiere expresar lo anterior que cuando la ley nueva haya abolido una jurisdicción, en el caso de autos la aduanera, y la haya sustituído por otra —la ordinaria— las causas pendientes ante la jurisdicción abolida deberán ser continuadas ante la que le hubiera sustituído.

En tal orden de ideas, no se oculta a la Sala que si de las causas pendientes a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 0188 de 1958 debe ella conocer en segunda instancia, es sin embargo ostensible que los recursos legales creados ya, en virtud de actos procesales realizados antes de entrar en vigor la ley nueva, deberán seguir la tramitación impuesta por la

ley anterior y decidirse por quienes corresponda, pues a ellos abarca la autoridad retroactiva de las leyes concernientes al proceso civil, como quiera que en tales eventos las partes tienen un derecho adquirido, relacionado con lo fundamental de la acción controvertida, que merece ser respetado, pues alude al poder legal que dichas partes tuvieron para investir al juzgador de la competencia necesaria en relación con la correspondiente instancia procesal.

Para la Sala es incuestionable que la ley nueva debe aplicarse inmediatamente aún para las causas iniciadas bajo el imperio de la ley anterior, en todo lo relativo a los actos que constituyen el proceso civil hasta la decisión del litigio y la ejecución de la sentencia, es decir, en lo que concierne a las formalidades meramente procesales, que son los medios por los cuales deben ser ejecutados los actos necesarios para instruir una causa o un juicio. Pero también es evidente que tratándose de la admisibilidad o inadmisibilidad de aquellos actos que pueden surgir en el período de la instrucción y que son conexos con el fondo del derecho debatido —como el de los recursos contra las decisiones judiciales— deberán regirse por la ley anterior, es decir, por la ley vigente en el momento de su interpretación.

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 concreta la doctrina expuesta cuando dice: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Y el artículo 1.228 de la Ley 105 de 1931, aplicable en el caso de autos por analogía, porque el Decreto 0188 citado nada dispuso sobre tránsito de la ley antigua a la nueva, en desarrollo del citado artículo 40, más explícitamente estatuye: "Las disposiciones de este Código se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir; pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos (subraya la Sala), y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente".

En el caso de autos, la Sala, en aplicación de terminantes disposiciones legales y de constante doctrina sobre el particular, decide que de este litigio debe seguir conociendo en segunda instancia el Tribunal Superior de Aduanas, pues el recurso surgió dentro de la vigencia de la ley anterior, que así lo disponía.

En tal virtud, se ordena, devolver el presente juicio al Tribunal Superior de Aduanas, para los efectos legales pertinentes.

Cúmplase.

Héctor Martínez Guerra—Samuel De Solz Escallón—Roberto Goenaga—Jorge Sanabria—Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA.

Delegados de la Corte Suprema de Justicia a la Corte Electoral 477

La Corte en ejercicio de facultad constitucional, concede licencia a un Magistrado de la Corporación para separarse de su cargo.—Por causa de enfermedad, se concede licencia para separarse de su cargo de Magistrado de esta Corporación al señor doctor Benjamín Iragorri Díez.—Resolución aprobada en sesión de Sala Plena de 4 de julio de 1958 477

La Corte y el retiro temporal del Magistrado doctor Benjamín Iragorri Díez.—La Corte le expresa que vería complacida su pronto reintegro a esta Corporación, en donde se ha distinguido por sus relevantes prendas intelectuales y morales.—Proposición aprobada en sesión de Sala Plena de 10 de julio de 1958 478

La Corte nombra dos Magistrados interinos para las Salas Penal y Civil de la Corporación.—En Acuerdo número 3 de 18 de julio de 1958, la Sala Plena designa al señor doctor Simón Montero Torres Magistrado interino de la Corte Suprema de Justicia, por el término de la licencia que por enfermedad se le concedió al señor doctor Benjamín Iragorri Díez; igualmente, designa al señor doctor Julio Pardo Dávila, Magistrado de la misma Corporación, para llenar la vacante producida por el fallecimiento del Magistrado interino señor doctor Armando Latorre Rizo, mientras se hace el nombramiento en propiedad por la entidad que corresponde; finalmente, se dispone poner en conocimiento de la Honorable Junta Militar de Gobierno, por el alto conducto del señor Ministro de Justicia, los anteriores nombramientos, para efectos de la posesión ante la misma Honorable Junta, de conformidad con lo que estatuye el artículo 283 de la Ley 4ª de 1913 479

Recurso de queja.—La recusación por mora no se refiere únicamente a la actual sino que puede extenderse a la pasada.—Procedimiento.—Como los hechos imputados no constituyen siquiera falta disciplinaria, no es el caso de ordenar investigación por delito alguno contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango.. 480

Facultades del Presidente de la República para dictar Decretos de carácter legislativo durante el estado de sitio.—Interpretación del artículo 121 de la Constitución Nacional.—Se declara inexequible el Decreto Legislativo número 279 de 1953, por el cual se reglamenta el ejercicio de la Medicina y de la Odontología.—Así lo resuelve la Corte en fallo de Sala Plena.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 483

La Corte, respecto de la demanda de inexequibilidad de los arts. 1º, 2º, 12º, 13º, 15º y 16º del Decreto Legislativo número 0279 de 1953, por el cual se reglamenta el ejercicio de la Medicina y de la Odontología, hace la historia de las leyes que reglamentan las aludidas profesiones, ordena estarse a lo resuelto en sentencia de 5 de agosto de 1958 que declaró inexequible la totalidad del mencionado Decreto y señala la situación jurídica resultante de la inexequibilidad declarada.—La Corte ordena estarse a lo resuelto por la Sala Plena, en su sentencia de 5 de agosto de 1958.—Magistrado Ponente: Dr. Samuel de Sola R. 487

Se declara exequible el Decreto número 1.241 de 1944, por el cual se dictan medidas tendientes a la exacta recaudación de las Rentas Públicas.—La pérdida de un empleo

Págs.

público, por la no presentación del certificado de paz y salvo para poderse posesionar, no genera perjuicios materiales ni morales a cargo de la Nación.—Así lo resuelve la Corte en fallo de Sala Plena.—Magistrado Ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra.. 493

Sanciones disciplinarias contra Magistrados de Tribunales Superiores, por faltas, omisiones e irregularidades en el desempeño de sus cargos.—Competencia de la Corte para conocer de esta clase de acciones.—Declaración por medio de certificación jurada.—En materias estrictamente penales no puede el juzgador dar aplicación por analogía a las leyes de carácter sustantivo.—Modo de notificar un mandamiento ejecutivo a Jueces y Magistrados.—La mora de un Magistrado en el pago de sus deudas, aunque no se haya demostrado que es habitual e injustificada, es por demás censurable por cuanto que su conducta debe ajustarse a las más estrictas normas de la ética y la moral.—Se resuelve que no es el caso de requerir al Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Enrique Roa, ni el de imponerle sanción disciplinaria alguna.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria 496

Se ratifica la doctrina sentada por la Corte en sentencia de 28 de junio de 1956 y 5 de agosto de 1953, en el sentido de que son inexequibles los Decretos expedidos con fundamento en el artículo 121 de la Constitución cuando la materia sobre que versan no tienen relación con el orden público. Se declara inexequible el artículo 9º del Decreto Legislativo número 2597 de 3 de agosto de 1950 en cuanto por él se suspende la primera parte del artículo 9º de la Ley 35 de 1929.—Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas 502

SALA DUAL

En la parte resolutiva de la sentencia debe condenarse o absolverse por todas las infracciones a que se llamó a juicio.—Para los efectos indicados en la parte motiva del fallo, se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio de injuria y calumnia adelantado contra José Jaramillo Zuleta.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 506

SALA DE CASACION CIVIL

La estipulación en los contratos de promesa de venta sobre precio indeterminado pero determinable, no sólo es principio consagrado en nuestra legislación sustantiva, sino también doctrina de la legislación contemporánea y tesis propugnada por civilistas de reconocida autoridad.—Error de hecho en la interpretación de la cláusula contractual referente al precio convenido entre los contratantes de la venta.—La Corte no puede modificar las apreciaciones probatorias de un Tribunal, sino en los casos de error de derecho demostrado o de error de hecho evidente.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta, adelantado por Claudina Forero de Saavedra y otro contra Serviliano Garcés.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 508

Acción de dominio o reivindicatoria.—Errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas.—Reconocimiento del dominio ajeno sobre un inmueble, por la aceptación de una garantía hipotecaria sobre el mismo.—Lapso de la prescripción extraordinaria de la Ley 153 de 1887 y de la Ley 50 de 1936. Causal de incongruencia.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Berta Vélez v. de Vélez contra Juan A. Restrepo y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 513

El contrato de transacción que recaiga sobre el estado civil de las personas es nulo de nulidad absoluta.—Esta puede ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato.—Las causales especiales establecidas por la Ley, en manera alguna, derogan las generales a que se refieren los artículos 1740 a 1756 del C. C.—No se casa el fallo

Págs.

proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Elvia Ceballos Martínez, como representante legal de sus menores hijos Luis Alfonso Villarraga Ceballos y otros contra la sucesión de Alfonso Villarraga Bonilla.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 517

Declaración judicial de prescripción extraordinaria.—Quien la alega está exento de presentar título alguno. — La prescripción adquisitiva puede ser materia de acción o de excepción, en tanto que la extintiva sólo se puede implorar en forma de acción.—Salvo en el recurso de casación, la prescripción extraordinaria puede ser alegada en cualquier tiempo. — El criterio del fallador en materia de estimación de pruebas no puede ser modificado por la Corte, salvo en los casos de error de derecho, o de hecho que aparezca en forma ostensible y manifiesta en los autos—Las certificaciones expedidas por los Tesoreros Municipales sobre que no figura como propietaria de determinado lote de terreno en los Libros de Catastro, no tienen eficacia alguna probatoria para demostrar que el demandado no haya tenido el mismo dominio sobre dicho lote.—La simple inclusión de un lote en los inventarios de una sucesión no es prueba del dominio de ésta sobre ellos, ni desvirtúa el animus domini que haya tenido el demandado sobre dicho lote.—Causal primera.—Las costas, como lo enseñan los tratadistas de casación y la jurisprudencia, son asuntos que compete resolverlos a los jueces de instancia. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Nicolás Muñoz contra Florentino Castro A. y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón.. 520

Compraventa efectuada por procuración y situación entre mandante y mandatario.—Accesión de mueble a inmueble—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre simulación adelantado por Luis Mora Baquero contra María Isabel Riaño y otros.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 526

Págs.

Criterio que debe adoptarse para la fijación de agencias en derecho. — En el ordinario sobre indemnización de perjuicios adelantado por el "Almacén Tía S. A." contra "Leonidas Lara e Hijos", no se reforma el auto por medio del cual se fijó el monto de las agencias en derecho.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 533

Casos en que puede hallarse el comunero en relación con un gravamen hipotecario constituido por él mismo.—Eficacia de la hipoteca constituída sobre gananciales.—Quien alega un derecho pendiente de una condición, debe demostrar el cumplimiento del hecho en que consiste la condición.—Para el pago de los gastos comunes, lo mismo da que se adjudique en la porción debida una cuota de los bienes sucesorales agregada a su derecho hereneial a los asignatarios que los han hecho, o que se forme hijuela separada.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Hermelinda Osorio de Zuluaga contra Mario Avila Hurtado y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 534

Posesión del estado de hijo natural y relaciones sexuales estables y notorias—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Victoria Bustos, en su condición de madre natural del menor Jaime Bustos, contra la sucesión de José Lozano Rodríguez. — Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango..... 543

Resumen histórico sobre los antecedentes y desarrollo de las normas jurídicas que regulan la navegación fluvial y que se hallan consignadas en el Código de Comercio Marítimo.—El artículo 326 del Código de Comercio Marítimo no ha sido derogado hasta la fecha.—Error de derecho.—Cuando existe disposición especial para un caso determinado, ella debe ser aplicada de preferencia sobre las normas generales consignadas en la ley.—La Corte ha reconocido en varios de sus fallos la vigencia del Código Marítimo y su aplicación al transporte y navegación

Págs.

fluviales.—Principios que rigen la interpretación del artículo 326 del Código Marítimo. Concurrencia de culpas cuando en caso de siniestro la víctima se expuso por infringir los reglamentos de la empresa transportadora.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario, sobre pago de perjuicios morales y materiales ocasionados por un accidente de navegación fluvial, adelantado por Carmen Durán Gómez contra la sociedad anónima denominada "Naviera Colombiana". — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón..... 547

No se aclara la sentencia anterior—Error aritmético.—Así lo resuelve la Corte, en providencia dictada en el ordinario, sobre pago de perjuicios morales y materiales ocasionados por un accidente de navegación fluvial, adelantado por Carmen Durán Gómez contra la sociedad anónima denominada "Naviera Colombiana".—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 555

Resolución de un contrato de promesa de venta.—Técnica de la demanda de casación.—Confesión en posiciones.—Límite de la soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas.—Arras.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta, adelantado por Joselín Jiménez contra Fabriciano Sánchez N.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 556

Son susceptibles de nulidad, por adolecer de vicio en el consentimiento, las enajenaciones de inmuebles, cuando el comprador aprovechádose de las circunstancias de un clima de violencia que ha infundido temor en el ánimo del vendedor, le compra sus bienes.—Para la prosperidad de estas acciones, debe establecerse plenamente en el litigio, que quien la ha demandado se hallaba coaccionado por una fuerza moral, pero no de cualquier clase, sino capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio. — Vedado le está a la Corte, por no ajustarse a la técnica del recurso de casación, entrar oficiosamnete en una nueva valoración de pruebas.—Es definitivo para la procedencia de una acción rescisoria por concepto de lesión enorme, el dictamen pericial, pero debidamente explicado y fundamentado.—Causal segunda. — Cuándo procede.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre nulidad de una venta por lesión enorme, adelantado por Miguel Angel Ríos y otro contra José Montoya Duque. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón..... 559

Técnica de la demanda de casación. — Causal primera.—Error de hecho y de derecho por la no apreciación de pruebas.—Para la prosperidad de la acción reivindicatoria, es requisito esencial la comprobación del derecho de dominio que el demandante pretende hacer valer.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario sobre restitución de un lote de terreno, adelantado por Joaquín Torres Cabrera contra Jorge Hernández y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea. 565

Acción reivindicatoria. — Contra quién debe dirigirse.—La petición del actor de que se le restituya el bien que pretende reivindicar, conlleva implícitamente la afirmación de que el demandado se encuentra precisamente en posesión del inmueble.—Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario reivindicatorio adelantado por María J. Villa Santamaría contra Juan Esteban Puerta.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 567

La asistencia profesional de un abogado, es un convenio bilateral que se rige por las reglas respectivas del mandato.—Quien ejerce la representación legal de menores de edad, no necesita obtener previamente licencia judicial para contratar los servicios profesionales de un abogado que defienda sus intereses, siempre y cuando que para garantizar el pago de sus honorarios no enajene inmuebles de propiedad de aquéllos. — Excepciones perentorias.—Cuándo deben ser reconocidas por el Juez.—Incongruencia. — Se casa

Págs.

el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario sobre pago de honorarios profesionales adelantado por el doctor Francisco de P. Vargas contra Sara Isaacs Sierra, en su carácter de madre natural de los menores Carol Barbosa Isaacs y otro. — Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón 571

Alcance de la tradición verificada por quien no es verdadero dueño.—Venta como cuerpo cierto de un bien perteneciente a sociedad conyugal disuelta e ilíquida. — Formas de cesión de derechos hereditarios. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario reivindicatorio adelantado por la sucesión de Tomás Rueda contra Irene Montejo de González y otra.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 576

La presentación en la Corte, de la demanda de casación, antes de haberse ordenado dar traslado del proceso para la formulación de ella, no es óbice para que el recurso se considere fundado oportunamente.—Causal 6ª. Técnica de la demanda de casación.—El hecho de que dentro de un sucesorio se hubiera suscitado una oposición en la diligencia de entrega de un predio de la misma, y como consecuencia del incidente se hubiera iniciado juicio ordinario contra la poseedora, por más que el auto admisorio de la demanda ordinaria la haya estimado introducida dentro del sucesorio, no puede reputarse éste convertido en ordinario, ni las pruebas solicitadas en el incidente de oposición a la entrega pueden estimarse en el ordinario.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Peregrino Noguera contra Eudoxia Ramos. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 581

Los bienes de un deudor constituyen para sus acreedores una prenda genérica que puede hacerse efectiva en la forma como lo determina la ley para cada caso.—Valor probatorio de los certificados expedidos por los Secretarios de los Juzgados.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de unos contratos de compraventa, adelantado por Pedro Pablo Vargas Espinosa y otro contra Eusebio H. García y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón..... 589

No es incongruente la sentencia que no se pronuncia sobre el fondo del negocio por falta de un presupuesto procesal. — Impugnación de las actas del estado civil. Procedimiento de articulación. — Técnica de casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Cecilio Gutiérrez M. contra Marcelino Romero y otros.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 595

El Ministerio Público no es necesariamente parte en todos los juicios sobre filiación natural.—Interpretación del artículo 12 de la Ley 45 de 1936. — Para el otorgamiento de poderes no se requieren fórmulas sacramentales. — Las cédulas de ciudadanía son únicamente documentos de identificación personal y no constituyen plena prueba, respecto del estado civil del ciudadano, los datos que sobre el particular se suministran a quienes las expiden. — En casación es improcedente presentar escritos de personas ajenas al juicio y traer documentos con la pretensión de que se tengan como pruebas en este recurso extraordinario. — Quienes obtienen la declaración judicial de hijas naturales, han de ser reputados como tales desde su concepción.—La acción de petición de herencia es consecuencia de la de filiación natural.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por José Lisandro Chunguná contra Mariano Chingal y otra. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 598

El antiguo socio carece de personería sustantiva para reivindicar en nombre de la sociedad mientras no sea declarado ineficaz el contrato por el cual cedió su interés social. Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario sobre validez y vigencia de una escritura de cons-

Págs.

titución de una sociedad y otras peticiones, adelantado por Matías Cerquera contra Mario Silva y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 604

Poder discrecional del sentenciador para apreciar la conducencia de las pruebas pedidas por las partes.—Caso en que por medio de inspección ocular se hacen llegar a los autos copias de varios documentos.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales causados por la muerte violenta de una persona, juicio adelantado por Beatriz Serpa v. de Muñoz y otros contra la sucesión de David Vega Luna.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 608

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo C. Posada, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 611

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de las acciones indemnizatorias por daños causados a la propiedad privada, con ocasión de la construcción de obras públicas de carácter permanente.—Las entidades de derecho público son civilmente responsables de los daños y perjuicios que en detrimento de los derechos civiles de terceros, sobrevengan como consecuencia de la obra o obras públicas por aquellos realizadas—Las colectores, como el alumbrado público, o el acueducto, son servicios públicos que por su naturaleza reclaman no sólo el control y vigilancia de la administración pública, sino que en guarda de la comodidad y seguridad de la ciudadanía, es deber del respectivo Distrito mantenerlos en buen estado de servicio.—Indebida apreciación probatoria.—Cuándo procede como motivo de casación.—Titulación que incumbe presentar al demandante en las acciones de perjuicios por razón de obras públicas.—Extremos esenciales de la acción sobre pago de perjuicios causados por culpa extracontractual.—Técnica de la demanda de casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre pago de perjuicios causados por culpa extracontractual adelantado por Gabriel Uribe Vélez y otra contra el Municipio de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 614

Error de hecho en la interpretación de pruebas.—Requisitos para que una confesión sea indivisible.—Partiendo de una confesión del demandado o de un determinado escrito de los que se derive la constitución de una obligación de más de $ 500.00, es admisible la prueba de testigos.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario sobre disolución y consiguiente liquidación de una sociedad de ganado, adelantado por Luis Soto contra Celmira Alzate Gutiérrez.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 623

En sucesión no puede adjudicarse al acreedor la cosa hipotecada.—Caso del cónyuge que remata un bien que su consorte había adquirido gravado con anterioridad.—Mandato sin representación.—Prueba.—Efectos de la sentencia que lo reconoce.—Casación por no haberse declarado de oficio nulidades absolutas.—Cuándo deben declararse.—La partición no suprime el título de heredero.—Valor del dictamen pericial cuando no se han pagado los honorarios.—En reconvención no puede pedirse lo que debe resolverse por vía especial.—Autonomía del sentenciador para ordenar la iniciación de procesos por faltas en el ejercicio de la abogacía. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre dominio adelantado por Julio F. Argüelles contra Arquímedes Ramírez.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez.. 627

Acción de entrega de una mercancía, o su precio, y pago de perjuicios por incumplimiento de un contrato de mandato.—Resolución de un contrato de promesa verbal de compraventa.—Mandato sin representación.—Confesión de éste.—Facultades del juzgador para interpretar la demanda.—Errores en que puede incurrir.—Error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas del proceso.—Causal primera.—No se casa el

Págs.

fallo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona, en el ordinario sobre entrega de una mercancía o su precio, y pago de perjuicios por incumplimiento de un contrato de mandato, juicio adelantado por Víctor Manuel Leal S. contra Tito Livio Morelli M. Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada. 641

La responsabilidad extracontractual o aquiliana es independiente de un vínculo contractual.—Organización Romana de esta institución. — Jurisprudencia dentro del texto de la sentencia.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios, ocasionados por quemaduras producidas por la aplicación de bolsas de agua caliente, juicios acumulados de Natividad Salas de Mariño y otros contra la sociedad "Clínica de Marly".—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 650

Causal primera.—Técnica de la demanda de casación.—Soberanía de los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas mientras no sean contrarias a la evidencia. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario reivindicatorio adelantado por María Alvarez v. de Alvarez, como representante legal de sus menores hijos Fernando Alvarez y otros, contra Roberto Saldarriaga y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 657

Condiciones requeridas para que la falta de apreciación de una prueba, correctamente llevada al proceso, habilite en casación, según la doctrina y la jurisprudencia constante de la Corte.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario reivindicatorio adelantado por María Solarte v. de Castro y otros contra Ramón María Delgado y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 660

Ausencia de causa en una permuta cuando una de las partes está formada por varias personas.—Imposibilidad y nulidad del negocio jurídico.—Satisfacción del acto a que faltan solemnidades ad-sustantiam.—Casación por errónea interpretación de cláusulas contractuales.—Error manifiesto de hecho.—En el ordinario sobre nulidad de un contrato de permuta, adelantado por Jesús Emilio Pino Ríos contra Arturo Henao López, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez.. 666

Liquidación del derecho de superficie.—Hipótesis diferentes que gobiernan el artículo 739 del Código Civil y su inciso.—La gobernada por el artículo otorga indudablemente al dueño del terreno una opción claramente delineada en el mismo, y consiste en que el dueño del terreno puede, conservando su propiedad, hacer suyas las mejoras, a constreñir al dueño de éstas a pagarle el terreno.—La transmisión de la propiedad de mejoras no es solemne.—La hipótesis del inciso aludido, supone necesariamente un contrato expreso o tácito, entre el dueño del terreno y el dueño de las mejoras.—El derecho real de superficie supone necesariamente dos derechos reales de propiedad en cabeza de titulares diferentes, pero la legislación positiva colombiana no lo ha reglamentado como derecho real definitivo y estable.—Derecho de retención.—Características de éste.—Competencia de los jueces ordinarios para decidir las controversias que puedan suscitarse al aplicar el artículo 739 del C. C.—La comisión de arbitraje agrario obligatorio creada por el Decreto 823 de 1955, sólo tiene facultad para decidir asuntos de mejoras que tengan como consecuencia un contrato laboral. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre exclusión de unas mejoras de una sucesión, adelantado por Rafael Aristizábal contra la sucesión de Antonio María Aristizábal.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 372

La Corte reafirma su doctrina sostenida ya en innumerables fallos a partir de octubre de 1945, y conforme a la cual la acción sobre filiación natural puede promoverse aún después de muerto el presunto padre, contra los herederos de éste. — Efecto de estas sentencias.—Ambito de acción de los artículos 401 a 403 del C. C. en la Ley 45 de 1936.

Págs.

No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Emilia Arango de Gil contra la sucesión de Himesio Posada Restrepo.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 682

Salvamento de voto del Conjuez doctor José F. Gómez R., en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 690

En acción de indemnización de perjuicios por ocupación permanente de propiedad privada con trabajos públicos, es indispensable que por el actor se demuestre su derecho de dominio sobre la zona ocupada.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre pago de indemnizaciones por ocupación permanente de propiedad privada inmueble, con ocasión de trabajos públicos, adelantado por Joaquín Restrepo contra el Municipio de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 695

La acción para obtener la declaración de nulidad de la compra-venta de derechos de menores, por falta de licencia judicial para venderlos, es personal y exclusiva de los menores, por tratarse de una nulidad relativa establecida en su beneficio.—Objeto ilícito en una enajenación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa, adelantado por Heriberto Rosero contra Miguel A. Rosero y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 703

SALA DE CASACION PENAL

Siempre que se invoque la causal 2ª de casación, es necesario que el actor realice un completo examen lógico-jurídico sobre las pruebas que el fallo condenatorio estima eficaces para demostrar la responsabilidad. La errada interpretación o apreciación de los hechos debe surgir clara de un examen crítico de las pruebas.—Si el Tribunal apreció jurídicamente los elementos que integran la figura básica del delito de estafa, deducidos de pruebas directas e indicios concordantes, la Corte no puede destruir su convicción atendiendo a pruebas extemporáneas que, por tal vicio, sería imposible considerarlas.—Estafa presunta.—En el proceso adelantado contra Manuel Antonio Díaz Zapata, por el delito de estafa, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Benjamín Iragorri Díez 708

Extradición solicitada por el Brasil.—La prescripción en la Ley brasileña.—La Corte estima que no es el caso de conceder la extradición del ciudadano portugués Bernardo Francisco Ribeiro, formulada por el señor Embajador de los Estados Unidos del Brasil, mientras no se esclarezca si la sentencia adjunta en copia al expediente se encuentra en firme o si fue apelada sólo por el reo.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 720

Técnica de la demanda de casación.—Causales cuarta y primera.—La primera experiencia carnal de la mujer tiene el carácter de hecho trascendental de difícil o casi imposible olvido.—Aspecto negativo que suelen tener las declaraciones sobre buena conducta del procesado.—El resultado positivo del examen de grupos sanguíneos, no sirve para acreditar, por sí mismo, quién sea el padre de un niño: pero sí permite conocer, a veces, con seguridad, quién no lo es.—Examen de indicios.—Confesión.—En qué casos es divisible.—La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso adelantado contra Lucio Nacaza, por el delito de estupro.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 722

Término de la prescripción para los delitos de prevaricato y falsedad en documentos.—Se confirma la cesación del procedimiento seguido por el Tribunal Superior de Barranquilla contra el doctor Zenón Hernández More, por los posibles delitos de prevaricato y falsedad en documentos, en razón del tiempo transcurrido (prescripción).—Ma-

Págs.

gistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 735

Técnica de la demanda de casación. — No es pertinente alegar la causal segunda de casación en los juicios en que interviene el jurado.—Sistema imperante para la formación de los cuestionarios al jurado. — Omisión de las firmas del defensor y del Secretario del Juzgado en las actas de audiencia. Qué consecuencias acarrea.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado a Jesús Guerra Ramos, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas 737

Causal cuarta.—Problema que se plantea con relación a esta causal, cuando el recurrente la funda en el artículo 26 de la Constitución Nacional, el cual contiene una garantía pro reo.—Incongruencia de la sentencia con el veredicto del jurado, cuando éste calificó al sindicado como cooperador nada más, y los falladores de primera y segunda instancia lo condenaron partiendo de una especie agravada ajena al veredicto, o sea la cooperación necesaria.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado a Froilán García Mendoza y otro, por homicidio y lesiones.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 742

Competencia de la Sala Penal de la Corte para conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o Leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Magistrados de los Tribunales Superiores. La Corte considera que no es el caso de abrir investigación contra el Magistrado del Tribunal Superior de Cali doctor Alfonso Cárdoza Ortiz, por los hechos denunciados. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 747

Distinciones indispensables para determinar la autoridad que debe resolver la recusación propuesta en materia penal contra un Magistrado de Tribunal Superior.—Pruebas.—

Págs.

Cuándo deben presentarse.—Motivos para no reconocer la existencia en el fallo de una causal no alegada cuando se propuso el incidente de recusación.—Se declara infundada la recusación propuesta contra un Magistrado, dentro del proceso que, por el delito de bigamia, se adelanta en el Tribunal Superior de Barranquilla contra Ana María Polo de Seni.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 749

Competencia de la Corte para conocer, por apelación, de lo resuelto por el Tribunal Militar acerca de amnistía.—El hurto de armamentos con evidentes propósitos de lucro, no puede calificarse de delito político. Se revoca el auto proferido por el Tribunal Superior Militar, y en su lugar dispone que por conducto de dicha entidad o de quien corresponda, se adelante y concluya el sumario contra el sargento de Policía Departamental de Antioquia Luis Guillermo Isaza, en averiguación del delito de hurto en que haya podido incurrir.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 752

Como la sociedad constituida entre varias personas forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, no constituye falta contra la ética profesional, la circunstancia de demandarla ejecutivamente, por el solo hecho de haber sido el actor apoderado de uno de los socios en un juicio de sucesión.—Se confirma la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el proceso adelantado contra el doctor Jorge Soto Olarte, por faltas contra la ética profesional, y se ordena sacar las copias de que trata el segundo inciso del artículo 12 de la Ley 69 de 1945. — Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas 754

Elementos constitutivos del peculado culposo. Al Juez está encomendada la seguridad de las secciones y depósitos, pero para desempeñar esta labor, sin perjuicio de la diligencia y cuidado que le incumba, debe a fortiori que proceder con el concurso de sus empleados subalternos y depositar en ellos un mínimum de confianza.—Se confirma el

Págs.

sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en favor del doctor Ricardo Monsalve Duque, por el delito de peculado.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 758

Sanciones disciplinarias. — No pueden imponerse sino a abogados titulados, previa demostración de esa calidad.—Prueba adecuada para acreditarla.— Se revoca la sentencia absolutoria profecida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso adelantado contra el doctor José Sarmiento Mantilla, por faltas contra la ética profesional, y ordena devolver el expediente al inferior, para que lleve a los autos la prueba que se echa de menos en la parte motiva del fallo.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 761

No puede haber delito político, desde un punto de vista meramente racional, sino cuando concurre un mínimum de circunstancias personales y objetivas.—Requisitos para que el incendio y destrucción de centros poblados y el despojo que recae sobre ganados y animales domésticos, asuman el carácter de infracción política.—Se confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior Militar, por medio de la cual concedió el beneficio de amnistía a los presos Joaquín Arango Cossio y otros, por los delitos de asociación para delinquir, rebelión, robo, incendio, homicidio, etc.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino..... 762

Extinguida la Corte Militar, es a la Corte Suprema en Sala Penal a quien corresponde decidir de la apelación interpuesta contra lo resuelto por el Tribunal Militar acerca de amnistía.—Se confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior Militar, por medio de la cual concedió el beneficio de la amnistía, a los procesados Adolfo Pañilla y otros, por homicidio, incendio y otras infracciones.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 764

Las amenazas del Ministerio Público a los Jurados, como violación de las garantías constitucionales.—La advertencia de que el veredicto pueda declararse contraevidente, no constituye intimidación para los jueces de hecho.—La coacción o fuerza moral no se perfecciona por sí misma, sino según la capacidad de recepción del coaccionado.—La eficacia de la coacción como elemento de su valor jurídico.—Función de la defensa frente a las prevenciones o intentos de intimidación del Ministerio Público. — El asentimiento de los demás a los conceptos ajenos, puede reputarse como un bien; pero el disentimiento no es generalmente un mal, y mucho menos mal grave. — Veredicto contradictorio.—Para considerarlo como tal, no se deben comparar las expresiones del jurado con las pruebas, sino que deben ponerse en relación unas y otras expresiones.—Si de esta comparación exclusiva de los términos, aparecen inconciliables, en razón de su significado contrapuesto, el veredicto es contradictorio, de lo contrario no. — El veredicto "sí, en riña imprevista", es absolutamente lógico y no arguye contradicción en sus términos, aunque al procesado se le declare no responsable de lesiones personales causadas a persona distinta del muerto. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso adelantado contra Samuel Molano Rincón, por los delitos de homicidio y lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 765

El recurso de queja contra un funcionario o entidad no se ejercita ante éstos sino ante su respectivo superior jerárquico.—La Sala resuelve que no tiene jurisdicción para conocer del asunto adelantado ante el Tribunal Superior de Tunja, relacionado con un recurso de queja contra los Magistrados de la aludida entidad. —Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino..... 774

Intervención en política de funcionarios de la Rama Jurisdiccional.—Cuando dos disposiciones legales reglamentan una misma materia respecto de un mismo sujeto, puede decirse que son incompatibles, vale decir, contrarias, repugnantes o excluyentes entre sí; pero si las materias a que ellas se refieren son sustancial o formalmente dis-

Págs.

Unas, o si los sujetos son diversos, no hay identidad de contenido en las normas, ni, por lo mismo, incompatibilidad alguna, pues ambas pueden subsistir y aplicarse independientemente la una de la otra. Para el correcto entendimiento de los artículos 172 de la Carta y 180 del C. P., debe aplicarse la regla 1ª del artículo 59 de la Ley 57 de 1887. El hecho de que un funcionario judicial entrometa el designio de participar en un debate político, es sin duda censurable, y puede estar eventualmente sujeto a sanciones disciplinarias, pero no constituye más que un acto preparatorio del delito en referencia.—Si en la primera instancia el Ministerio Público conceptuó favorablemente sobre aplicación del artículo 153 del C. de P. P., tal requisito no es indispensable para confirmar el fallo en la segunda.—Se confirma la providencia consultada del Tribunal Superior de Popayán, por medio de la cual ordenó cesar todo procedimiento criminal en el proceso adelantado al doctor César Ernesto Muñoz, por no haber incurrido en violación de las normas legales vigentes que prohiben la intervención en debates políticos a los miembros del Poder Judicial. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 775

Cuando la Corte ha dictado sentencia de segundo grado en un proceso penal, es extemporáneo formular nulidades. — La Corte resuelve que no ha lugar a declarar la nulidad alegada en el proceso que se venía adelantando contra el doctor Manuel José Hurtado, ex-Juez Segundo Superior de Popayán, por ejercicio ilegal de la abogacía.— Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 783

Amnistía.—Es procedente, aunque se trate del delito de robo, en los casos en que el móvil haya sido esencialmente político. — Tal elemento político viene a predominar en dichos casos sobre el ánimo de lucro, o a dar a éste una categoría particular.—Se confirma la amnistía concedida a Carlos Otálora Ramos y otros, en el proceso adelantado en el Tribunal Superior Militar, por los delitos de asociación para delinquir, incendio y robo.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 784

Amnistía e indulto. — Noción legal de delito político.—Razones para considerarlo infaccionario.— Se revoca el auto proferido por el Tribunal Superior Militar, en el proceso adelantado contra Lucio Albarracín y otros, y en su lugar concede el beneficio de amnistía por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas 786

Asociación para delinquir. — Causal cuarta.— Su estudio tiene prelación sobre las demás que se invoquen. — Cómo deben redactarse los cuestionarios en los procesos en que el juzgamiento no requiere auto de proceder. Nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, al elaborar el cuestionario.—Cuando no se pregunta sobre el factor "propósito permanente de cometer delitos", en el cuestionario relativo a la incriminación por el delito de asociación para delinquir, y en el que se contrae al saqueo —dentro de la hipótesis del inciso 2º del artículo 185 del Decreto 1125 de 1965—, "por el propósito de lucro", se incurre en nulidad supralegal.—Se casa el fallo proferido por el Comando General de las Fuerzas Militares, en el proceso adelantado contra Juan Arias y otros, por los delitos de asociación para delinquir y robo.—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 789

Toda letra se presume girada en consideración a un valor. — Tacha de simulación. — Prejudicialidad en proceso sobre faltas contra la ética profesional.—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso adelantado contra el doctor Luis Olmedo Quintero, por faltas contra la moral profesional. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez. 795

En casación, el actor goza de libertad para seleccionar y disponer los cargos que desea esgrimir contra la sentencia.—Necesidad de declarar nula la actuación subsiguiente a un veredicto tachado de contradictorio, para que pueda invocarse la causal 3ª en relación con el último fallo del Jurado.—No se

Págs.

casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso adelantado contra Adalberto, Edelberto o Alberto Arbeláez Montes, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 797

Colisión de competencias. — Delitos conexos. Rapto y estupro.—Se dirime la colisión de competencias —de carácter negativo—, suscitada en el proceso que se adelanta en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago contra Próspero Pinzón Trejos, por los delitos de rapto y estupro.—Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas..... 800

Como los Fiscales Superiores no son, frente a las normas procesales, funcionarios de instrucción, son nulas sus actuaciones cuando asumen tal carácter al instruir un proceso por faltas de los abogados contra la moral profesional.—Se revoca la providencia consultada por el Tribunal Superior de Pamplona, por medio de la cual declara que de la denuncia presentada contra el abogado Alfredo Vergel Cabrales, no se desprende cargo alguno contra la ética en el ejercicio profesional.- Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 802

La notificación por estado al defensor o defensores de la providencia confirmatoria del auto de proceder, aunque se admita que ha debido hacerse en forma personal, entraña a lo sumo el vicio de nulidad previsto por el numeral 3º del artículo 198 del C. de P. P. — El auto que declara extinguida la acción penal por muerte de un procesado, no queda afectado de nulidad constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio. — Reemplazo irregular de un defensor.—Hecha al Juez la manifestación de que el procesado se acoge al beneficio de la amnistía, no puede aquél, por gratuito o absurdo que considere tal planteamiento, declararlo así y negarse a ordenar el trámite indicado por el Decreto 1823 de 1954.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra Félix María Charry y otros, por los delitos de homicidio, robo y encubrimiento. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 805

SALA DE CASACION LABORAL

Falta grave del trabajador como causal de terminación unilateral del contrato.—Apreciación de esta circunstancia. — Indemnización por salarios caídos.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por John Pineda Sosa contra la sociedad denominada Bulldozer Ltda., domiciliada en Medellín. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García 815

Alcance de las liquidaciones parciales de cesantía efectuadas bajo la vigencia de las Leyes 48 de 1942, 6ª de 1945 y artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo—Determinación del salario promedio.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, en el ordinario laboral adelantado por Alfredo Ortega V. contra la sociedad denominada "Cine Colombia S. A.", domiciliada en Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García 823

Cuantía de la demanda para los efectos del recurso de casación.—Se estima bien denegado el recurso de casación interuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Oscar Alfredo Orejuela contra "Acerías Paz del Río, S. A." — Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo..... 832

Casa en que el patrono tiene la doble calidad de contratista independiente e intermediario.—Testimonio de quien es empleado del demandante.—El Juez Laboral no está sujeto a la tarifa legal de pruebas del Código Judicial.—Error de hecho.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Unitario Seccional del Trabajo de Cúcuta, en el ordinario laboral adelantado por José Olmos contra la Colombian Petroleum Company y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 834

Págs.

Recurso de hecho. — Término para interponer el recurso de casación. — Aclaración y corrección de sentencias.—Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario laboral adelantado por José Ulloque Meneses contra Carmen Higgins. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes..... 846

Para que haya lugar a indemnización por mora es indispensable que preceda condena al pago de prestaciones sociales.—Error de hecho.—Interpretación errónea de la ley.—Término de casación. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga, en el ordinario laboral adelantado por Gonzalo Vargas contra Pedro Luis Suárez. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 849

Revocación del mandato mercantil y terminación del contrato de trabajo al despido del Gerente.—Empleado. — Período del Gerente nombrado en propiedad.—Caso en que el contrato a plazo fijo no se pacta por escrito. Efecto obligatorio de los estatutos de una Cooperativa.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en el ordinario laboral adelantado por Alberto Alvarez contra la "Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico, Ltda.".—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 859

Accidentes de trabajo, enfermedad profesional y enfermedad no profesional. — Concurrencia del derecho a asistencia médica y auxilio monetario. — Preaviso.—Régimen jurídico del artículo 68 del Código Sustantivo del Trabajo.—Indemnización moratoria cuando no se cancelan las deudas laborales antes del preaviso.—Técnica de casación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Alfonso Casas Abadie contra el Banco Comercial Antioqueño S. A.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 867

El trabajador es responsable de los riesgos o daños causados por su falta de diligencia y cuidado en el desarrollo del contrato. — La proposición de celebrar un nuevo contrato de trabajo no implica la terminación del anterior. — Compensación de deudas laborales como exoneración de la indemnización por mora. — Casación por violación de normas que no tienen carácter laboral. — Costas.— No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Francisco Luis Palacios contra Alfonso Vélez Montoya—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 879

Acción de cobro de seguro de vida a causa de muerte ocurrida por enfermedad profesional después de terminado el contrato de trabajo. — El error de hecho en la apreciación de pruebas.—Casación por violación de normas constitucionales y procedimentales.—La incompetencia de jurisdicción en casación laboral.—En el ordinario laboral adelantado por Trinidad Corzo v. de Duarte contra la Colombian Petroleum Company, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes 887

Presunción de capital de una empresa. — La causal 1ª de casación sólo prospera por violación de ley sustantiva. — Violación medio. Técnica del recurso—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Jorge A. Chauta contra la sociedad denominada "Carboneras San Francisco-Muñoz y Aldana Ltda." — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 896

Es válido el contrato de trabajo firmado por un representante del patrono sin que se requiera que esté suscrito por el Gerente de la Empresa.—Empleados de Dirección.—Reconocimiento tácito de documentos.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja, en el ordinario laboral adelantado por Anatolio Jiménez Rodríguez contra "Acerías Paz del Río, S. A."—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 991

Págs.

Facultad patronal para descontar o no el período de suspensión del contrato de trabajo del tiempo total servido por el trabajador.— No se casa la sentencia proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Zoilo Quintero contra la Empresa "Texas Petroleum Company".—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 907

Cómputo de la indemnización por mora para efectos de la fijación de la cuantía.—Recurso de hecho.—Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Lia Telecho Rendón contra la sociedad "Emilio Peláez y Cía. Ltda."—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.. 912

El depósito de un ejemplar de la convención colectiva en el Departamento Nacional del Trabajo como requisito para su validez. — Manera de acreditarlo en juicio.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Albetro Salazar Acosta contra Cervecerías de Buga, S. A.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 914

Aplicación inmediata de las leyes de procedimiento. — Tránsito de legislaciones.—Derogado el Decreto 893 de 1955 que creó la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatoria, la Corte sólo tiene competencia para conocer de los recursos de Homologación interpuestos o concedidos antes de la fecha de la derogatoria.—Por falta de competencia, se inhibe la Corte de conocer del recurso de Homologación interpuesto contra el fallo proferido por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, en el proceso sobre reconocimiento y pago de mejoras adelantado por Joaquín Soto contra Ignacio Giraldo López. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García 917

La indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales en relación con la fijación de la cuantía de la acción.—Recurso de hecho.—Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Gregorio Amaya contra José María Sánchez. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 921

Indemnización por daño emergente.—Necesidad de la cita de la disposición que consagra el derecho desconocido por el sentenciador y cuya infracción se acusa en casación. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario laboral adelantado por Campo Elías Chaparro contra "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A." y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 923

La producción de la prueba pericial en materia laboral, se sujeta a las disposiciones del Código Judicial.—Dictamen médico en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.—El error de derecho no se refiere al caso de que carezca de las formalidades procesales que le son propias.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Jairo Quintero Rodríguez contra Tejidos Leticia, Ltda. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 926

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

"Actio in rem verso". — Los intereses deben computarse desde la contestación de la demanda o requerimiento de pago con que se inició el juicio.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre pago del valor de trabajos adicionales verificados en relación con una obra pública, adelantado por Alfonso Guzmán Vanegas y otros contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra 932

Ejecución contra las entidades de derecho público. — Actos Administrativos que deben cumplirse para perfeccionar su exigibilidad, cuando la obligación a cargo de un Depar-

Págs.

dimiento nace de una ordenanza que tiene por fundamento la sola voluntad del obligado.—La Corte reitera su doctrina al respecto.—Se confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual denegó al Municipio de Flandes el mandamiento de pago que por la vía ejecutiva solicitó contra el Departamento del Tolima. — Magistrado Ponente: Dr. Samuel de Sola Roncallo..... 935

Interpretación de la demanda.—Al juzgador, una vez verificada la procedencia de la acción, sólo le incumbe estudiar si ella se ha o no justificado.—Prueba de la realización del trabajo público en el caso de que se edifique de acuerdo con la licencia de construcción, cediendo una zona para ampliación de la vía.—Cómo se realiza la ocupación de la propiedad privada cuando media una licencia de construcción.—No es la mera licencia la que da nacimiento al derecho de ejercitar la acción, sino el hecho físico de la construcción ajustada a la licencia, puesto que simultáneamente a la edificación se produce el ensanche de la vía pública proyectada. Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos, adelantado por el Banco de los Andes contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria 941

En nuestro sistema procesal no cabe el recurso de súplica contra las resoluciones de mero trámite que dicten los Tribunales Colegiados aun que esté gobernado por el de reposición.—Se declara improcedente el recurso de reposición interpuesto contra el auto de citación para sentencia, dictado por la Sala en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por Inversiones Montes Limitada contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra 946

Acción de perturbación.—Nulidad constitucional.—Costas por equivocación en el trámite del negocio. — Cuándo proceden contra el funcionario.—Se declara nulo todo lo actuado en el juicio sobre perturbación, adelantado ante el Tribunal Superior de Pasto, por Cecilia Rosero vda. de Dulce contra el Departamento de Nariño.—Magistrado Ponente: Dr. Samuel de Sola Roncallo..... 947

Tránsito de la Ley anterior a la nueva en materia aduanera.—Efectos consecuenciales del cambio de jurisdicción en las causas sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera. Interpretación del Decreto Legislativo número 0133 de 4 de junio de 1958.—Resolución adoptada por la Sala de Negocios Generales de la Corte, en todos los negocios enviados por el Tribunal Superior de Aduanas, en virtud de la expedición del Decreto antes citado.—Se decide que del juicio ordinario sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia Aduanera, adelantado ante el Tribunal Superior de Aduanas por la "Compañía Suramericana de Seguros, S. A." contra la Nación, debe seguir conociendo en segunda instancia la referida entidad, por haber surgido el recurso dentro de la vigencia de la ley anterior, que así lo disponía.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria..... 951

NOTA — Con el presente número se termina el Tomo LXXXVIII de la GACETA JUDICIAL. El número 2201 estará destinado para el Indice del Tomo.

ERRATAS ADVERTIDAS

Título, renglón 3º, página 496, dice: "SUR", en vez de SUS.

Título, renglón 3º, página 547, dice: "CONSIGNADOS", en vez de CONSIGNADAS.

Título, renglón 3º, página 556, dice: "EN LA APRECIACION DE PRUEBAS", en vez de EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS.

Título, renglón 1º, página 581, dice: "LA PRESENTACION EN LA CORTE DE LA DEMANDA DE CASACION ANTES DE"; léase: LA PRESENTACION EN LA CORTE, DE LA DEMANDA DE CASACION. ANTES DE.

Título, renglón 3º, página 886, dice: "RATIFICACION DE ACTO", en vez de: RATIFICACION DEL ACTO.

Título, renglón 4º, página 708, dice: "CONCORANTES", en vez de: CONCORDANTES.

Página 724, columna 2ª, renglón 1º, dice: "Friolán", en vez de Froilán.

Página 753, columna 2ª, renglón 11, dice: "ezpuesto", en vez de expuesto.

Título, renglón 12, página 805, dice: "EL DECRETO 1823 1823 DE 1954" en vez de "EL DECRETO 1823 DE 1954.

Título, renglón 2º, página 887, dice: "ASISTENCIA MEDICA Y AL" en vez de ASISTENCIA MEDICA Y.

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 CARLOS MANUEL GUTIERREZ E.

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXVIII BOGOTA — 1960 NUMERO 2.201

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXXXVIII (Nos. 2.198 a 2.200, JUNIO, JULIO Y AGOSTO DE 1958), DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

— 1 —

ABOGADOS

Como la sociedad constituida entre varias personas forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, no constituye falta contra la ética profesional, la circunstancia de demandarla, habiendo sido el actor apoderado de uno de los socios en juicio distinto. (Sala Penal. Agosto 6/58. Nos. 2199-2200).....757, 1ª

— 2 —

ABORDAJE FLUVIAL (Disposiciones que lo rigen)

El 11 de julio de 1870, el Presidente de los Estados Unidos de Colombia, Excelentísimo señor Eustorgio Salgar, sancionó el Código de Comercio Marítimo de la Unión. Este Código que consta de 11 títulos y de 532 artículos fue tomado en su mayor parte de la legislación chilena y rigió no solamente bajo el régimen federal, sino bajo el imperio de las instituciones de 1886, pues al decretarse en los comienzos de este último régimen la unificación de la legislación penal y civil del país, y en desarrollo de ella, se adoptó expresamente, el Código Marítimo ya mencionado, como complemento del Código de Comercio Terrestre de Panamá, y ello se hizo por medio de la Ley 57 de 1887.

Con posterioridad a la fecha en que fue sancionado el Código de Comercio Marítimo, el legislador de 1873, lo modificó por medio de la Ley 10ª, modificación encaminada a establecer que las naves extranjeras surtas en los puertos de la Unión, podían ser embargadas y detenidas, por deudas contraídas en el territorio de la Unión, e igualmente fue derogado en forma expresa, el artículo 31 del Código anterior citado.

Años más tarde, el legislador de 1875, expidió la Ley 35 del citado año, disponiendo en su artículo 2º lo siguiente:

"Las disposiciones contenidas en el Código de Comercio de la Unión, sancionado en 1870 y modificado en 1873 (Ley 10ª de 11 de marzo), se harán extensivas al comercio fluvial,

en cuanto sean aplicables, por manera que todo cuanto en dicho Código se diga de mar y de comercio marítimo, se extiende también a los ríos y comercio fluvial".

Así, pues, según la disposición antes transcrita la navegación y el comercio fluviales del país, quedaron regidas por el Código de Comercio Marítimo de 1870, uno de cuyos artículos, que conviene subrayar, es el 326, según el cual, el abordaje se presume fortuito, salvo en los casos taxativamente señalados en la disposición citada.

Al reunirse en 1907, la Asamblea Nacional Constituyente, expidió durante el curso de sus sesiones, la Ley 18 del mismo año, que en su artículo 24 dispuso lo siguiente:

"Los artículos 350, 351, 356, 357, 358 y 359 del Código de 1870, modificado en 1873, y que fue adoptado por la Nación por la Ley 57 de 1887, no tendrán aplicación en asuntos referentes a la navegación fluvial".

Siendo esto así, es obvio, que aquellas disposiciones que no fueron expresamente derogadas por el legislador de 1907, quedaron vigentes, entre los cuales se halla el artículo 326 del Código de Comercio Marítimo, tantas veces mencionado. Desde el año de 1907, a esta fecha, ha venido expidiéndose una copiosa legislación referente a reformas al C. de Comercio y sobre transportes, pero toda aquella legislación ha dejado vigentes las disposiciones del Código de Comercio Marítimo, aplicables a la navegación fluvial, lo que vale decir, que el artículo 326 del citado Código no ha sido derogado, y es éste el concepto de la Corte. (Casación Civil. Junio 10/58. Nº 2198) 551, 2ª

— 3 —

ABUSO DE CONFIANZA

Si la nota dominante del abuso de confianza es la apropiación de una cosa mueble ajena entregada por el dueño, por un título no traslaticio de dominio, o por un uso indeterminado, lo esencial es saber si la persona acusada dispuso de ella en provecho personal o de un tercero, o se salió de la órbita de sus atribuciones, sean éstas las de mandatario, comisionista, consignatario, agente, depositario, etc. (Casación Penal. Junio 23/58. Nº 2198) ..... 280, 1ª y 2ª

— 4 —

ABUSO DEL DERECHO (Por denuncia criminal)

El criterio social de la culpa y que sirve para apreciar la responsabilidad extracontractual en razón de los actos humanos, es igualmente aplicable al correcto ejercicio de los derechos o facultades de las personas.

No tiene mayor interés hoy día discutir si la doctrina del abuso de los derechos debe gobernarse por métodos y criterios diferentes a los de la responsabilidad extracontractual, o si debe considerarse como un capítulo de la misma. Si se dice que hay abuso del derecho cuando falta un interés legítimo en ejercitarlo en la forma que se ejercitó, se está hablando implícitamente de una culpa; y si se dice que el abuso consiste en desviar el ejercicio del derecho de su finalidad económica y social, también se tropieza con el concepto de culpa.

La jurisprudencia nacional ha seguido en general el método de gobernar el abuso del derecho con los criterios que regulan la responsabilidad extracontractual.

Es verdad que la ley penal exige a los ciudadanos el deber de dar noticia a los funcionarios del crimen de la comisión de los delitos de que tengan conocimiento.

Igualmente toda persona tiene el legítimo derecho de defender y conservar sus bienes. Desde este punto de vista es apenas lógico y natural que quien pierde uno de sus bienes trate de recuperarlo; para ello bien puede recurrir a la autoridad para que ésta le obtenga la recuperación del bien perdido.

Pero ni el cumplimiento de los deberes, ni el ejercicio de derechos o facultades pueden realizarse o ejercitarse sin miramiento alguno.

Un derecho debe ejercitarse en forma que a nadie se dañe; si se acredita que hubiera podido ejercerse sin causar el daño causado, se hace responsable y debe ser condenado a reparar. - (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) .....139, 2ª y 140, 1ª

— 5 —

ACCESION (Edificación en predio ajeno)

Nada más natural que el derecho de dominio sobre las cosas se extienda a sus accesorios, como también es de necesidad admitir que todo cuanto sobresale de la superficie reviste el carácter de accesorio del suelo en que encuentra sustentación: **superfifies solo cedit.**

Las normas están fundadas en lo que comúnmente acontece. Y así como por regla general el propietario se encuentra en posesión de sus bienes, de donde el hecho permite presumir el derecho, en principio los edificios son levantados por sus dueños en terrenos que asimismo les pertenecen: el propietario del solar se presume dueño de la edificación y aunque en juicio se demuestre que otra persona ha construído de su peculio, la titularidad sobre el suelo atrae el dominio sobre el todo en armonía con las reglas de la accesión: **accesorium sequitur principale.**

No se trata de que los principios jurídicos se pongan al servicio del enriquecimiento torticero sino sólo de dirimir conforme a la razón y en guarda de la equidad el conflicto de intereses suscitado cuando alguien a sus expensas edifica en solar ajeno.

Porque no se encuentra en la misma relación quien actúa movido por error excusable a quien lo hace a sabiendas y por vías tortuosas o quien procede a ciencia y paciencia del dueño. Varía el tratamiento para acomodarlo al régimen de prestaciones mutuas en juicio reivindicatorio según la buena o mala fe del constructor, y cuando hay acuerdo de voluntades no menos claro por lo implícito en la edificación a ciencia y paciencia del dueño del solar, la efectividad actual de la acción de recobro se subordina al pago previo del valor del edificio.

Pero es indispensable siempre que se pruebe a plenitud el hecho mismo de la edificación a expensas de una persona en suelo ajeno. Es necesario destruir en juicio la presunción de que el dueño edificó a su costa en su propio terreno y no es bastante para conseguirlo el aporte de una serie de testimonios que el sentenciador desecha por no encontrarlos responsivos dentro de sus legítimos poderes de apreciación al respecto sin incurrir así en error de derecho y menos cuando su juicio escrutó en consonancia con la tarifa y la crítica probatoria los medios aportados al debate en forma armónica y no fragmentariamente. (Casación Civil. Julio 4/58. Nos. 2199-2200).....530, 1ª y 2ª

— 6 —

ACCESION (Edificación, plantío o siembra en terreno ajeno)

No hay duda de que los dos párrafos de que se compone el artículo 739 del Código Civil, gobiernan hipótesis diferentes, por cuanto, si se refieren a una sola hipótesis, sobraría uno de los dos párrafos.

El primer párrafo, se refiere a los casos en que alguien edifica, planta o siembra en terreno ajeno, sin conocimiento del dueño de aquel terreno. El segundo párrafo, se refiere a los casos en que alguien edifica, siembra o planta en terreno ajeno con conocimiento del dueño del terreno, es decir, con autorización del mismo, o como lo dice el Código "a ciencia y paciencia del dueño del terreno".

La hipótesis gobernada por el primer pá-

rrafo del artículo 739 otorga indudablemente al dueño del terreno una opción claramente delimitada en tal párrafo:

a) El dueño del terreno puede acogerse a las reglas de la accesión, caso en el cual pasa a ser dueño automáticamente de las mejoras, con la obligación de pagar su valor al dueño de las mismas, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa;

b) Puede rechazar las reglas de la accesión y obligar entonces al que edificó o plantó, a pagarle el correspondiente precio del terreno con los intereses legales, por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder.

Así, pues, la opción del primer párrafo del artículo 739 consiste en que el dueño del terreno puede, conservando la propiedad del terreno, hacer suyas las mejoras; o constreñir al dueño de las mejoras a pagarle el terreno.

Si el dueño del terreno opta por lo primero, no necesita sino una declaración de voluntad sin sujeción a forma alguna para adquirir la propiedad de las mejoras, con la consiguiente obligación de indemnizar su valor al vendedor, plantador o edificador.

Si opta por la segunda solución, debe emitir una declaración solemne de voluntad por cuanto debe ser por escritura pública que le transmita la propiedad del terreno al dueño de las mejoras.

Esto de acuerdo con una jurisprudencia que ha establecido que la transmisión de la propiedad de mejoras no es solemne.

La segunda hipótesis del artículo 739, es desde luego diferente por cuanto supone necesariamente un contrato expreso o tácito, entre el dueño del terreno y el dueño de las mejoras.

Aquí, cabe entonces preguntar ¿qué situación jurídica se sigue antes de que el dueño del terreno resuelva recobrar la tenencia del suelo y la propiedad de las mejoras?

No otra sino la de que, en relación con el inmueble mejorado una persona es dueña del terreno, o sea de la superficie del inmueble mejorado; y otra distinta, es la propietaria de las mejoras sembradas o plantadas sobre la superficie. ¿Constituye esta situación jurídica un derecho real de superficie?

El derecho real de superficie supone necesariamente dos derechos reales de propiedad en cabeza de titulares diferentes. Pero la legislación positiva colombiana no ha reglamentado el derecho real de superficie, como derecho real definitivo y estable, como sucede en otras legislaciones de que son ejemplo la alemana y la suiza. El párrafo segundo del 739 contempla simplemente una situación jurídica provisional que es necesario liquidar en algún momento.

Se observa que el segundo párrafo del artículo 739 le otorga un derecho de preferencia al dueño del terreno para liquidar a su favor la situación jurídica de que se acaba de hablar.

En efecto, no otra cosa se deduce de los principios del glosado párrafo segundo del artículo 739, que dice que el dueño del terreno será obligado a pagar el valor del edificio, plantación o sementera, si quiere recobrarlo. De manera que en tratándose de liquidación de tal situación jurídica, debe previamente pagar el valor de las mejoras al dueño de las mismas. En resumen: el mejorador no puede ser desposeído hasta que medie la liquidación de que se habla mediante el pago de las mejoras. (Casación Civil. Agosto 28/58. Nos. 2199-2200). 677, 1ª y 2ª y 678, 1ª

— 7 —

ACCIDENTE Y ENFERMEDAD (Régimen laboral)

Los conceptos sobre accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y enfermedades no profesionales son diferentes e inconfundibles. Los dos primeros constituyen prestaciones patronales comunes que rigen para categorías económicas de empresas dentro

de una especial clasificación que oscila entre los $ 10.000.00, los $ 50.000.00 y los $ 125.000.00, o más. La enfermedad no profesional, en cambio, tiene el doble carácter de prestación social común en cuanto al auxilio en dinero establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y de prestación social especial previsto en el artículo 277 ibidem, referente a asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria pero únicamente para empresas de un capital superior a $ 800.000.00. (Casación Laboral. Julio 30/51. Nos. 2199-2200) ..... 874, 2ª y 875, 1ª

— 8 —

ACCION (Su examen por el juzgador)

Al juzgador, una vez verificada la procedencia de la acción, sólo le incumbe estudiar si ella se ha justificado o no, y si deduce que no lo está, por falta de prueba de alguno de los elementos que la informan, su papel no es el de variar para acomodarla a otra distinta, sino decidir que no se halla probada. (Negocios Generales. Julio 18/58. Nos. 2199-2200) .....944, 1ª y 2ª

— 9 —

ACCION DE DOMINIO (Su conocimiento corresponde al poder judicial)

De la lectura de los textos que la demanda presenta a la manera de normas que hubiesen consumado la reforma de sustraer la acción de dominio del conocimiento de la justicia ordinaria, para atribuírlo a reparticiones administrativas del Ministerio del Trabajo, se deduce que en realidad no se contempla nada más que un sistema para resolver por vía de conciliación y arbitraje los conflictos de carácter económico-social entre patronos, arrendatarios, aparceros, ocupantes, colonos y similares, "o que sean producidos por virtud de las relaciones, modalidades, naturaleza, efectos y ejecución del contrato de trabajo", en materia de predios rústicos.

Fijada la competencia en razón de la naturaleza de la causa según el libelo inicial, el presupuesto no ha de variar a tiempo de la sentencia porque la acción de dominio prospere para una de las personas que integran la parte actora, en tanto que para la otra apenas surja el derecho a que se le abone el valor de mejoras. La dislocación del fallo rompería la continencia del proceso; y esto, como es obvio, resulta ser también notoriamente inadmisible. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) 69, 1ª

— 10 —

ACCION DE DOMINIO (Su finalidad)

Tradición del dominio es lo mismo que entrega de la propiedad en cumplimiento de negocio traslaticio. Y quien recibe el dominio tiene derecho perfecto a poseer lo que es suyo, cualesquiera que sean las manos en que el objeto se encuentre a virtud de relación posesoria. No otra es la finalidad sustancial de la acción de dominio. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) 70, 2ª

— 11 —

ACLARACION DE SENTENCIAS (No pueden adicionarse)

El artículo 482 del C. J. permite aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, pero no adicionar un fallo con una resolución no hecha en él. Si la sentencia no dice nada, ni en su parte motiva ni en la resolutiva, sobre mejoras realizadas por el demandado, para hacer la declaración que se pretende sobre ellas, habría que estudiar las pruebas existentes al respecto y, con el pretexto de aclarar conceptos

oscuros o dudosos que no se han expresado, adicionar la sentencia, lo que claramente riñe con los términos y el espíritu del artículo 482 del C. J. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....87, 2ª y 88, 1ª

— 12 —

ACTAS DEL ESTADO CIVIL (Son documentos auténticos)

Las actas del estado civil por su naturaleza y solemnidades de que están investidas, son documentos auténticos que se hallan amparados por una presunción de autenticidad y pureza, la cual sólo puede desvirtuarse cuando el impugnador aduzca la plena prueba que demuestre irrefragablemente los vicios internos de que adolece, o la falta de solemnidades o formalidades exigidas por la ley. (Casación Civil. Junio 3/58. Nº 2198). 146, 1ª y 2ª

— 13 —

ACTAS DEL ESTADO CIVIL (Son idóneas para legitimar hijos naturales)

Las actas de registro civil de matrimonio sentadas con las formalidades legales, ante el Notario respectivo, son documentos aptos, como lo eran las partidas de origen eclesiástico antes de la vigencia de la ley sobre registro civil, para contener la manifestación sobre legitimación que hicieran los contrayentes de conformidad con lo preceptuado en el artículo 239 del Código Civil. Y son las copias auténticas de tales actas, las conducentes para establecer como prueba principal el estado civil de las personas. (Artículo 18, Ley 92 de 1938). (Casación Civil. Junio 3/58. Nº 2198).....145, 2ª y 146, 1ª

— 14 —

ACTAS DEL ESTADO CIVIL (Su valor probatorio)

La Ley 92 de 1938, orgánica del registro civil, erigió a la categoría de prueba principal para establecer el estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones, las copias auténticas de las partidas de registro del estado civil expedidas por los respectivos funcionarios. (Artículo 19 de la Ley 92).

Tales partidas no sólo tienen como documentos auténticos el valor de plena prueba que les dá el artículo 632 del Código Judicial, sino que por ley especial tienen el carácter de prueba principal. (Casación Civil. Junio 3/58. Nº 2198).....146, 2ª y 147, 1ª

— 15 —

ACUMULACION (De un juicio ordinario a uno de sucesión)

El hecho de que dentro de un juicio de sucesión se hubiera suscitado una oposición en la diligencia de entrega de un predio de la misma, y, como consecuencia del incidente, se hubiera iniciado juicio ordinario contra la poseedora, por más que el auto admisorio de la demanda la haya estimado introducida dentro del juicio de sucesión, no puede reputarse éste convertido en ordinario, ya que no hay norma que lo autorice, ni puede autorizarlo, porque aquel es un juicio de jurisdicción voluntaria y el ordinario es el contencioso por excelencia; tampoco puede considerarse acumulado el ordinario al de sucesión, dado que la acumulación de autos está circunscrita a casos especiales y contenciosos, entre los cuales no cabe el juicio de sucesión (artículo 397 del Código Judicial), y porque la acumulación no puede decretarse sino mediante el trámite especial

que señala el Código Judicial (artículos 402, 403 y siguientes).

No existiendo acumulación de procesos, las piezas que contiene el sucesorio, solicitadas como pruebas en el incidente de oposición a la entrega de los bienes, no pueden estimarse en el ordinario, ya que a tenor del artículo 597 del Código Judicial, para poder apreciar el mérito de las pruebas es necesario que se hayan pedido dentro de los términos señalados al efecto, y según el 632 del mismo estatuto, los documentos auténticos, distintos de las escrituras públicas y de los certificados especificados en la misma disposición, tienen el valor de plena prueba originales o en copia expedida formalmente y "autorizada por los Secretarios o encargados de tales archivos". (Casación Civil. Julio 30/58. Nos. 2199-2200).....585, 2ª

— 16 —

ADUANAS (Jurisdicción competente para conocer de las controversias que ocurran)

Esta Sala, ante el Decreto Legislativo número 0188, cuya vigencia empezó el 4 de junio del presente año, fecha de su expedición, ha llegado en su interpretación a estas conclusiones:

Al sustituírse la jurisdicción especial aduanera que reglamentaba el Decreto 700 de 1954, por la jurisdicción ordinaria que consagra el Decreto 0188, es evidente que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia tiene hoy competencia para conocer en segunda instancia de los juicios sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera, en fuerza de lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 0188 y de los artículos 76, numeral 1º, y 37, numeral 1º, los dos artículos del Código Judicial.

La ley nueva que modifica la organización de los Tribunales de justicia o las reglas relativas a la jurisdicción o las que determinan la jerarquía de la jurisdicción misma —como ocurre con el Decreto Legislativo 0188— tiene efecto general inmediato, y estriba ello en la razón fundamental que —según Pascuale Fiore— es siempre la misma: "Que siendo motivadas tales leyes por razones de interés público y de los particulares a quienes corresponde el derecho judicialmente, no puede ostentar contra él ningún otro el derecho de impedir al legislador el mejorar el sistema del ordenamiento judiciario y de las reglas que convienen a las jurisdicciones, y por lo tanto, no pueden sustraerse al imperio de la ley nueva que hubiere sancionado nuevas reglas con relación a ésto". (Obra "de la irretroactividad e interpretación de las leyes". - Página 515 y siguientes).

Quiere expresar lo anterior que cuando la ley nueva haya abolido una jurisdicción, en el caso de autos la aduanera, y la haya sustituído por otra —la ordinaria— las causas pendientes ante la jurisdicción abolida deberán ser continuadas ante la que le hubiera sustituido.

En tal orden de ideas, no se oculta a la Sala que si de las causas pendientes a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 0188 de 1958 debe ella conocer en segunda instancia, es sin embargo ostensible que los recursos legales creados ya, en virtud de actos procesales realizados antes de entrar en vigor la ley nueva, deberán seguir la tramitación impuesta por la ley anterior y decidirse por quienes corresponda, pues a ellos abarca la autoridad retroactiva de las leyes concernientes al proceso civil, comoquiera que en tales eventos las partes tienen un derecho adquirido, relacionado con lo fundamental de la acción controvertida, que merece ser respetado, pues alude al poder legal que dichas partes tuvieron para investir al juzgador de la competencia necesaria en relación con la correspondiente instancia procesal.

Para la Sala es incuestionable que la ley nueva debe aplicarse inmediatamente aun para las causas iniciadas bajo el imperio de la ley anterior, en todo lo relativo a los actos que constituyen el proceso civil hasta la decisión del litigio y la ejecución de la sentencia, es decir, en lo que concierne a las formalidades meramente procesales, que son los medios por los cuales deben ser ejecutados los actos necesarios para instruír una causa o un juicio. Pero también es evidente que tratándose de la admisibilidad o inadmisibilidad de aquellos actos que pueden surgir en el período de la instrucción y que son conexos con el fondo del derecho debatido — como el de los recursos contra las decisiones judiciales— deberán regirse por la ley anterior, es decir, por la ley vigente en el momento de su interposición.

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 concreta la doctrina expuesta cuando dice: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Y el artículo 1.228 de la Ley 105 de 1931, aplicable en el caso de autos por analogía, porque el Decreto 0188 citado nada dispuso sobre tránsito de la ley antigua a la nueva, en desarrollo del citado artículo 40, más explícitamente estatuye: "Las disposiciones de este Código se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir; pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos (subraya la Sala), y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente". (Negocios Generales. Agosto 8/58. Nos. 2199-2200) .....952, 2ª y 953, 1ª y 2ª

— 17 —

ALIMENTOS (Su tramitación judicial con anterioridad al nuevo Código Judicial)

Las viejas leyes procesales vigentes en Colombia hasta cuando entró a regir la Ley 105 de 1931 "Código de Procedimiento Civil" y en cuanto se refiere a notificaciones, clasificaban las providencias judiciales en sentencias definitivas y sentencias interlocutorias.

Las sentencias que tenían el carácter de definitivas debían notificarse por edicto publicado en un lugar del Juzgado o Tribunal, una vez transcurridos 30 días de dictadas.

Es un hecho cierto que en materia de alimentos, exigiendo las viejas leyes procesales su tramitación mediante juicio ordinario, sólo las sentencias proferidas en tales juicios, tenían el carácter de definitivas.

En cambio las providencias sumarias sobre alimentos sólo podían tener el carácter de interlocutorias.

Comete un error de derecho el Tribunal que confunda las sentencias definitivas de alimentos, esto es, las proferidas previa la tramitación propia de los juicios ordinarios, con las pronunciadas mediante procedimiento sumario, porque las primeras se notifican por medio de edicto y las segundas como auto interlocutorio. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) 116, 2ª

— 18 —

AMNISTIA (A quién corresponde conocer de la apelación)

Extinguida la corte militar, es a la Corte Suprema en Sala Penal a quien corresponde decidir de la apelación interpuesta contra lo resuelto por el Tribunal Militar acerca de amnistía. (Sala Penal. Agosto 12/58. Nos. 2199-2200) 764, 2ª

— 19 —

AMNISTIA (Trámite a seguir)

Es indudable que la aplicación del Decreto 2.062 de 1954 puede dar lugar a soluciones inconvenientes, por cuanto dispone el envío indiscriminado de cualquier proceso al Tribunal Superior Militar para que resuelva sobre la procedencia de la amnistía, tan pronto como se haga por parte interesada la solicitud del caso. Por no haberse señalado siquiera una base objetiva mínima —existir, por ejemplo, un principio de prueba sobre el carácter político de la infracción pertinente—, como fundamento de dicha solicitud, el Juez está obligado a remitir, cuando ello le sea pedido por quien tiene derecho a hacerlo, aun los procesos en que se ventilen delitos absolutamente desconectados de la política, con grave perjuicio para la pronta administración de justicia y para los acusados que consideren inconducente invocar el beneficio. Pero estas son razones de **jure condendo,** que no pueden ser tenidas en cuenta por el intérprete de los textos claros de sus disposiciones.

Dice, en efecto, el artículo 1º del referido Decreto que "corresponde privativamente al Tribunal Superior Militar resolver las solicitudes de amnistía que se formulen con base en el Decreto 1.823 del año en curso", y el artículo sexto que "las autoridades civiles o militares que conozcan de los procesos a que se refiere el Decreto número 1.823 de 1954..., los remitirán... al Tribunal Superior Militar..., tan pronto como se les haga por parte interesada la respectiva solicitud", y que "cuando se presente una solicitud dentro de un proceso... el Tribunal entrará a decidir la situación en que con respecto a la amnistía..., se encuentre la totalidad de los procesados que figuren en ese expediente".

Despréndese de lo anterior, con absoluta nitidez, que hecha al Juez la manifestación de que un procesado se acoge al beneficio de la amnistía, no puede aquel, por gratuito o absurdo que considere tal planteamiento, declararlo así y negarse a ordenar el trámite indicado, porque ello equivale a desatar una cuestión de previo y especial pronunciamiento cuya decisión "corresponde privativamente al Tribunal Superior Militar". No importa que la resolución del Juez sea en lo sustancial la jurídica, justa y hasta provechosa para todos, porque el delito imputado no tenga en realidad ni siquiera un asomo de índole política. Lo que interesa destacar es que carece de competencia para calificar los hechos, como tampoco la tiene la Corte para decir si dicha calificación estuvo, en el fondo, bien o mal hecha, aunque lo primero resulte evidente de las pruebas que obran en el informativo.

Expresada, pues, la voluntad de un reo en el sentido de que desea acogerse al beneficio de la amnistía, al Juez del conocimiento se le suspende la jurisdicción, por ministerio de las citadas normas, en el correspondiente proceso, hasta que el Tribunal Militar Superior se lo devuelva después de haber decidido sobre la legalidad de dicho pedimento. Y si aquel, arrogándose atribuciones que le corresponden a éste, resuelve el asunto y se queda con el negocio, su actuación será nula a partir de este instante procesal, conforme a lo dispuesto por el art. 198, 1º del Código de Procedimiento Penal. Aquí sucede lo propio que en las recusaciones: presentado un incidente de esta índole, por infundado y caprichoso que sea, al funcionario respectivo no le queda más alternativa que enviar el negocio a quien le corresponde resolver el asunto.

Contra esto no cabe argüir que el Juez no debe enviar la totalidad del proceso cuando la parte interesada le solicite que remita sólo copia de una providencia, porque la amnistía es una institución de orden público, y, de consiguiente, el procedimiento para otorgarla no puede estar sujeto a la voluntad de los particulares, sino a lo establecido por la

ley. Por la misma razón, tampoco puede admitirse la tesis de que el silencio del interesado sobre la determinación del Juez subsana la nulidad de lo actuado por él sin competencia.

Las mencionadas disposiciones del Decreto 2.062, que parecen inspiradas en una desconfianza, sin justificación aparente, de las autoridades militares en la rectitud o eficacia de los Jueces ordinarios, no pueden ser entendidas de manera distinta, aunque, como lo reconoce la Sala, pueda abusarse de ellas. (Casación Penal. Agosto 29/58. Nos. 2199-2200).....813, 1ª y 2ª y 814, 1ª

— 20 —

AMNISTIA E INDULTO (Delitos cobijados por esta gracia)

Los beneficios de amnistía e indulto solamente pueden otorgarse cuando se trate de delitos políticos, cometidos antes del 1º de enero de 1954 por nacionales colombianos. El primero debe solicitarse durante la tramitación del proceso y el segundo cuando exista sentencia ejecutoriada.

El articulo 1º del Decreto 1.823 de 1954 da el calificativo de políticos a los delitos "cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos.

Esta noción de delito político ha sido razonablemente censurada por cuanto comprende, sin discriminación, todos los delitos comunes: homicidios, lesiones, incendios, robos, etc., cometidos "por aversión o sectarismo políticos". El calificativo de políticos solamente puede darse, doctrinariamente hablando, a los delitos que se consuman dentro del normal desarrollo de un levantamiento en armas contra el gobierno legítimo, siempre que ideológica, consecuencial u ocasionalmente tengan conexidad con el hecho político que determina su comisión.

Pero como los decretos sobre amnistía e indulto se inspiraron en el deseo de poner término a una delicada situación de orden público, se explican y aun se justifican sus disposiciones siempre que los encargados de otorgar esos beneficios se abstengan de reconocerlos a los acusados de "los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral" o cuando sean "militares desertores de las filas del ejército, a quienes se les hubiere comprobado que combatieron contra las Fuerzas Armadas". (Casación Penal. Agosto 22/58. Nos. 2199-2200).....787, 1ª y 2ª

— 21 —

APELACION (Cuando el superior revoca la sentencia condenatoria por las súplicas principales y en su lugar acoge las subsidiarias)

El argumento de que cuando el demandante no apeló del fallo, el juzgador no tiene que resolver sino sobre lo que es objeto de la apelación, constituye muy a las claras un grave error, una grave equivocación. Es lógico y natural que el demandante que gana un pleito en razón de que el juzgador falla favorablemente las súplicas principales, no tiene por qué apelar del fallo. Ha ganado el pleito. Y el argumento enunciado al principio no haría otra cosa sino convertir en apelantes a las partes vencedoras en un litigio judicial. Por ningún motivo, pues, debe aceptarse tal tesis.

Es verdad que el artículo 494 del C. J. al estatuír que la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, ha prohibido la figura jurídica de la **reformatio in pejus.**

Pero la **reformatio in pejus** no inhibe al juzgador de segundo grado del estudio de las súplicas subsidiarias en los casos en que uno de los litigantes gana el pleito en primera instancia por haber prosperado alguna de las súplicas principales, y la parte venci-

da apela y es revocada la sentencia, aunque el vencedor no haya apelado.

Si el sentenciador de segundo grado estima que la parte que ganó el pleito en primera instancia por la prosperidad de súplicas principales, no debe ganarlo por tales súplicas sino por las subsidiarias, así debe declararlo sin que ello constituya **reformatio in pejus.** (Casación Civil. Junio 24/58. Número 2198).....247, 2ª y 248, 1ª

— 22 —

ARTICULACION (Pruebas producidas en ella)

En los procedimientos judiciales la articulación no es otra cosa que un juicio accesorio en diminutivo sobre materias cuyo juzgamiento interesa al proceso en curso. Hay siempre traslado del escrito que la introduce y si el punto por resolver no es de puro derecho, el incidente se abre a pruebas (395 del Código Judicial). Por consiguiente, las que se acompañan a la demanda incidental y las producidas dentro del respectivo término de la articulación, ingresan al proceso en conformidad con la letra, espíritu, significado y alcance del artículo 597 del Código Judicial. (Casación Civil. Agosto 6/58. Nos. 2199-2200) 596, 1ª

— B —

— 23 —

BUENA CONDUCTA (Apreciación de la prueba testimonial)

Las declaraciones sobre buena conducta suelen tener un aspecto negativo: no les consta a los testigos nada malo contra la persona de cuyo buen comportamiento juzgan. En cambio, las contrarias sobre mala conducta, se suelen edificar sobre hechos concretos, cuya valoración hace primero el testigo y después la justicia. Por ello, al ponerse en comparación los dos grupos de esta clase de elementos probatorios, suelen ser más convincentes los últimos, llenados, por otra parte, los demás requisitos de una buena prueba testimonial. (Casación Penal. Julio 11/58. Nos. 2199-2200).....729, 2ª

— 24 —

BUENA FE (Cualificada o creadora de derechos)

La buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos o situaciones, tiene efectos superiores a los de la buena fe simple.

Como su nombre lo indica, tiene la virtud de crear de la nada una realidad jurídica, vale decir, de dar por existente ante el orden jurídico, un derecho o situación que realmente no existe.

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: **"Error communis facit jus".**

Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada **buena fe cualificada** o **buena fe exenta de toda culpa.**

Se pregunta: ¿quien ha cometido un error semejante debe ser tratado en la misma forma en que es tratado quien obra con una buena fe simple o buena fe no cualificada, o

si por el contrario, habrá necesidad de dotar de efectos jurídicos superiores la buena fe exenta de culpa?.

El derecho antiguo al decir que un error común creaba derecho, pretendió gobernar con otro criterio la buena fe exenta de culpa. Para ello se llegó al extremo de expropiar el derecho al titular verdadero para adjudicarlo a quien había obrado con una fe exenta de culpa, vale decir, convirtió lo que resultó aparente en realidad, o lo que es lo mismo, el propio orden jurídico creaba por sus propias energías el derecho o situación que realmente no existía. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198).....234, 2ª y 235, 1ª

— 25 —

BUENA FE (Distintas aplicaciones de la cualificada creadora de derechos)

Prescindiendo de las aplicaciones hechas en materia de matrimonio y sin pretender agotar todas las posibles aplicaciones hechas por el código de la buena fe creadora de derechos, los siguientes seis casos son aplicaciones concretas de la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa (**Error communis facit jus**).

Primera aplicación. — Adquisición de bienes muebles en establecimientos comerciales.—Establece el artículo 947 del Código Civil: "Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

"Exceptúanse las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

"Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituír la cosa si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla".

El artículo 947 no se refiere a la buena fe simple, sino a un grado superior, a la que se ha denominado buena fe cualificada o creadora de derechos y situaciones. Si se refiriera a la buena fe simple, resultaría que el adquirente de cosa mueble comprada en establecimiento comercial, sería obligado a restituírla a su verdadero dueño con la única facultad de hacer suyos los frutos durante el tiempo que lo tuvo en su poder. Pero no es así. El adquirente de la cosa no puede ser desposeído de ella, mientras no se le pague lo que le costó y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. Por tanto, el 947 del Código Civil se refiere a otra clase de buena fe, a la que se ha denominado buena fe creadora de derechos. El comprador, desde luego, ha debido adquirir la cosa en un establecimiento comercial, o sea, en un establecimiento abierto al público en el que usualmente se venden cosas de la misma naturaleza.

La buena fe protegida por el artículo 947 reúne ampliamente las condiciones ya anotadas, o sea, conciencia de adquirir la cosa de quien es dueño, y certeza de que el tradente es el verdadero dueño. Porque, según la costumbre, el comprador que quiere estar seguro de comprar de quien es dueño, se dirige a uno de tales establecimientos autorizados por la ley y los usos sociales para vender cosas al público. Nadie concibe que un comerciante con autorización del propio orden jurídico y a la vista de todos, abra un establecimiento para vender cosas de que no es propietario o que no se encuentra debidamente autorizado para venderlas.

En resumen: quien compra una cosa mueble en sitio diverso a un establecimiento comercial, ha comprado apenas con una buena fe simple. Y si resulta adquiriendo de quien no es propietario, queda gobernado por los artículos 752 y 964 del Código Civil; pero quien compra en establecimientos comerciales queda gobernado por el artículo 947 del Código Civil.

Esta es una razón muy clara, si es que se aspira a interpretar el Código Civil según

sus principios esenciales, de que existen dos grados de buena fe: la buena fe simple y la buena fe creadora de derechos.

Segunda aplicación.—La resolución de los contratos. — Si alguien adquiere por título escriturario debidamente inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, un inmueble bajo condición resolutoria, pero ésta no se expresa en el título y lo enajena a un tercero, el cumplimiento de la condición no afecta al tercero adquirente, según las voces del artículo 1.548 del Código Civil.

Si no contuviera ese texto legal una reglamentación de la buena fe creadora de derechos, justamente la condición resolutoria obraría también contra el tercer adquirente, pues desapareciendo el dominio en el tradente, lógicamente debiera desaparecer el dominio adquirido por el tercero. Y sin embargo, no es así; el tercero que encuentra el dominio radicado correctamente en cabeza del tradente; que no tiene maneras o formas de descubrir la condición resolutoria que lo afecta, ha obrado con una buena fe exenta de culpa y es por ese motivo que se hace definitivamente propietario.

Tercera aplicación.—Nulidades de contratos frente a terceros de buena fe.—Según el artículo 2.048 del Código Civil "la nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe, contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho."

Este texto legal no representa otra cosa sino una aplicación del principio de la buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos. Justamente la nulidad del contrato lo extingue, extingue todos los efectos que haya producido. Pero frente a terceros de buena fe, la ley restringe los efectos de tal nulidad para considerar existente y válida la sociedad anulada y que degeneró en una de hecho.

En el mismo sentido prescribe el artículo 472 del Código de Comercio, que la omisión de la escritura social, y la de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470, producen nulidad absoluta entre los socios. Estos, sin embargo, responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho.

Esta mencionada responsabilidad solidaria, en verdad no tiene otro fundamento sino la aplicación del principio de la buena fe exenta de culpa.

Confirma la idea expuesta en el artículo 477 del mismo Código, según el cual los socios no podrán alegar la nulidad del contrato de sociedad, por vía de acción o excepción, contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad. Además, estos terceros podrán acreditar la existencia de una sociedad por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por el Código del Comercio.

Limítanse, pues, en nombre de la buena fe cualificada, o buena fe creadora de derechos, los efectos normales que corresponden a la declaración de nulidad de una sociedad.

Y con carácter más general, el artículo 1.748 del Código Civil advierte que "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuico de las excepciones legales".

Es entendido, dentro de los principios lógicos, que si un tercero ha adquirido un derecho y la fuente de adquisición de su antecesor es inválida, también se invalida la suya (**Resolutio jure dantis resolvítur accipientis**); ya este texto legal advierte que tales efectos tienen excepciones legales. Una de tales excepciones, unánimemente enseñadas por la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la necesidad de proteger la buena fe creadora, o sea la buena fe cualificada. Es por tal motivo que la declaración de nulidad no alcanza al tercero que ha obrado con una fe invencible, es decir, cuando el derecho que

adquirió el tercero aparecía regularmente constituído por el tradente.

Tal sucede cuando en tratándose de la adquisición de un inmueble, no existe manera de examinar el vicio de nulidad de algunos de los títulos adquisitivos, por ser un vicio oculto.

Aquí lo mismo que en el caso reglamentado por el artículo 1.548 del Código Civil y los reglamentados por los artículos 472, 476 y 477 del Código de Comercio, la ley transforma la simple apariencia en realidad y crea a favor de terceros un derecho, pues a ello equivale el hacerlo inmune frente a la acción reivindicatoria ejercida por quien pidió la nulidad.

Cuarta aplicación.—Los efectos de los negocios simulados frente a terceros.—Dispone el artículo 1.766 que las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros, y agrega que "tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de su escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero". De tal texto legal se deduce que la simulación en los contratos no produce efectos frente a los terceros de buena fe.

En efecto, a un tercero le es imposible estar al tanto de los pactos secretos de los contratantes que alteran lo declarado en un acto público. El adquirente que se atiene al acto público (escritura pública) y con base en tal escritura adquiere un derecho o una situación jurídica, ha obrado con una buena fe exenta de culpa, con una buena fe cualificada. El hecho de que más tarde se declare que el contrato público era simulado, tal declaración sólo produce efectos entre las partes, pero no alcanza al tercero de buena fe.

Aquí como en las situaciones anteriores, la ley ha estimado prudente convertir en realidad lo meramente aparente. Crear a favor del tercero una situación que aplicando un riguroso criterio lógico, no existía.

Quinta aplicación. — Pagos hechos a un falso acreedor.—Ordena el artículo 1.634 en su primer párrafo, que el pago para que sea válido debe hacerse al acreedor mismo o a quien lo represente. Por tanto, por regla general, el pago hecho a un falso acreedor es inválido. Pero también es cierto que el segundo párrafo de tal texto legal agrega que "el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".

Indudablemente este segundo párrafo del 1.634 contiene una aplicación de la buena fe creadora de derechos. Quien paga a quien se encuentre en posesión del crédito, sin duda puede cometer un error, pero es un error que se justifica ampliamente, pues cualquier persona que quiere pagar al verdadero acreedor se cerciora previamente de que se encuentre en posesión del crédito y si aún así tal posesión resulta aparente, la ley convierte el pago inválido en un pago válido, para satisfacer la exigencia del comercio.

En resumen: el deudor que paga al acreedor que se encuentra en posesión del crédito, no ha cometido ninguna culpa y ha reunido las dos condiciones de la buena fe cualificada o la buena fe exenta de culpa: conciencia recta y certeza.

Tal sucede cuando el acreedor muere y la acreencia pasa a los herederos. El deudor para no incurrir en un error, espera que la justicia indique quiénes son tales herederos. Y una vez que sabe quiénes fueron declarados como tales, y que ha entrado en posesión de los créditos del causante, cancela la deuda.

Pero resulta que si la justicia declaró como herederos a los padres cuando en realidad el muerto tenía hijos, vendrá una nue-

va sentencia judicial que dejará sin efectos la primera declaración de herederos y serán declarados como herederos definitivos los hijos.

Pero si entre tanto el deudor pagó indebidamente a los padres, no tendrá que pagar dos veces, pues el anterior pago se mira como válido.

Obsérvese de cómo el legislador sacrifica al legítimo acreedor (los hijos) para declarar válido el pago hecho al primer acreedor, es decir, al acreedor que resultó falso, simplemente aparente.

Obsérvense nuevamente los requisitos que exige la ley para que pueda valer la excepción que se estudia: 1º Pago de buena fe, y 2º Error invencible al tomar por verdadero un falso acreedor pues la ley exige que se trate de un acreedor que esté "en posesión del crédito", es decir, lo haya adquirido por medios legítimos. Aquí el legislador sin más, transforma la simple apariencia en realidad, crea de la nada un derecho.

Sexta aplicación.—Herederos o legatarios putativos reconocidos por decreto judicial.— El artículo 766 advierte que no son justos títulos de adquisición de derechos los falsificados, los conferidos por personas en calidad de mandatarios de otra sin serlo, el que adolece de un vicio de nulidad y los meramente putativos.

Pero el párrafo final de tal texto legal agrega que al heredero o legatario putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

Esta hipótesis se realiza cuando alguien se hace declarar heredero por la justicia y obtiene la posesión efectiva y más generalmente la adjudicación de determinados bienes de la herencia. Si enajena un tercero, éste adquiere definitivamente el derecho, aunque posteriormente resulten inválidos los decretos judiciales de reconocimientos de herederos y las sentencias judiciales que otorgaron ya la posesión efectiva o aprobaron la partición y adjudicación de la herencia. Aquí se protege una buena fe cualificada, una buena fe exenta de culpa.

Estas aplicaciones son de interpretación restrictiva, o por el contrario, son apenas aplicaciones de un principio superior no inscrito expresamente en el Código Civil, pero vigente dentro del ordenamiento jurídico que los jueces deben aplicar a todos los casos que guarden analogía, es decir, que obedezcan a la misma orientación de los que expresamente reglamenta el Código Civil?

La respuesta a esta pregunta la dio esta misma Corte en su sentencia de 20 de mayo de 1936 (G. J., Tomo XLIII, página 44 y siguientes). Después de examinar la Corte varios artículos del Código Civil que contienen aplicaciones de la **buena fe creadora** o **buena fe exenta de culpa,** advirtió que aquellas disposiciones no podían "ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador —para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente— del principio general y superior de derecho consignado en la máxima **"error communis facit jus"**, de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico positivo colombiano...., y que a su turno no es otra cosa que la explicación y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe".

Y la solución que dio la Corte en aquel entonces sobre la pregunta planteada, armoniza perfectamente con claras disposiciones de la ley positiva. El artículo 8º de la Ley 153 de 1887, prescribe que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, las reglas generales del derecho.

Así, pues, que la analogía en sus dos variedades principales, analogía **legis** y analo-

gía **juris**, son de perfecta aplicabilidad en derecho civil colombiano por mandato expreso de la ley. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198).....235, 2ª a 238, 1ª

— 26 —

BUENA FE (En qué consiste)

Principio vigente en el derecho positivo es el de la buena fe. La expresión "buena fe" (**bona fides**) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones, y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobla en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás, esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente.

En el sistema jurídico de los romanos es posible indicar estas dos condiciones generales de la buena fe, las que se encuentran también en nuestro Código Civil, según se verá después. Pero en todo caso, una estructuración total de este principio se debe a los juristas germanos, quienes han reemplazado dichos términos por los de **Treu** y **Glauben**. Treu: nuestro deber de ser leales para con los demás; Glauben: nuestra creencia es la lealtad de los demás.

¿Cómo se determina la lealtad o buena fe?

Si la buena fe hace relación a una conciencia honesta, es decir, a un sentimiento de honradez —tener la conciencia de que se obra decorosamente, la confianza legítima de que los demás obran honestamente en sus negocios—, no obstante, es un sentimiento que tiene la virtud de objetivarse, de darse a conocer mediante ciertos módulos de conducta preestablecidos en una agrupación de hombres.

Obrar con lealtad, es decir, de buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado **standard** de usos sociales y buenas costumbres.

Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.

Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre.

El derecho, desde los más antiguos tiempos, ha protegido siempre al hombre de buena fe y condenado al de mala fe. El orden jurídico dicta sus normas teniendo siempre presente al hombre probo, al hombre recto, no a aquel que obrando con astucia, con rapacidad o viveza, trate de aprovecharse de la ingenuidad, de los pocos conocimientos o

falta de experiencia de otras personas, para sacar ventajas para sí, que repugnan al pensar del hombre que obra con decoro social.

La más moderna doctrina advierte que la lealtad o buena fe de las personas debe equipararse o a la conducta de quien obra "con espíritu de justicia y de equidad"; al proceder razonable del "comerciante honesto y cumplidor". - (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198).....233, 1ª y 2ª y 234, 1ª

— 27 —

BUENA FE (Simple)

Mirando a los efectos de la buena fe, ésta es susceptible de dos grados: **la buena fe simple y la buena fe cualificada** (buena fe creadora, o buena fe exenta de culpa).

La **buena fe simple** es la exigida normalmente en los negocios. Esta buena fe simple es definida por el artículo 768 del Código Civil, al referirse a la adquisición de la propiedad como "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio".

Los efectos de esta buena fe consisten en cierta protección que se otorga a quien de tal manera obra. Si alguien de buena fe obtiene un derecho, no protegida su adquisición por la ley, en razón de no ser el transmitente titular de aquel derecho o no estar autorizado para transmitirlo, no obstante la falta de protección del derecho que se pretendió adquirir, la ley otorga a quien obró de buena fe ciertas garantías o beneficios. Sin duda tal persona será vencida en un debate judicial, pero el ordenamiento jurídico aminora los efectos de la pérdida del derecho.

Tal sucede cuando alguien de buena fe pretende adquirir la propiedad de una cosa y entra en posesión de la misma. Si posteriormente se descubre que el enajenante carecía de derecho para hacerle la mencionada transmisión de la propiedad, será condenado el poseedor de buena fe a entregar la cosa a su verdadero propietario. Pero la ley atempera aquí los efectos de la condena de la entrega de la cosa absolviendo al poseedor de buena fe, de pagar los frutos o provechos que le produjo la cosa durante el tiempo que la tuvo en su poder (art. 964, párrafo 3º).

Aquí estima la ley prudente hacer una expropiación por motivos de utilidad privada, de los frutos que tenía derecho a reclamar el dueño de la cosa. También el poseedor de buena fe adquiere facultad para hacer suya la cosa poseída, junto con un título idóneo de transferencia, por el tiempo necesario para adquirir por prescripción ordinaria (artículos 2.528 y 2.529).

La buena fe simple es también un elemento fundamental de interpretación de los negocios jurídicos. Desde este punto de vista obliga la ley a cada contratante a celebrar y ejecutar su compromiso según enseñan las buenas costumbres, es decir, los usos vigentes en la sociedad. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198).....234, 1ª y 2ª

— 28 —

BUENA FE (Simple y cualificada. Diferencias).

A fin de interpretar correctamente los principios que informan el Código Civil y los diversos textos legales del mismo, y evitar confusiones, es necesario dar unas aclaraciones complementarias para diferenciar los casos en que el Código se refiere a una buena fe simple que no crea derechos, sino que simplemente atempera los efectos de la buena fe cualificada y que es objeto de examen aquí.

La buena fe simple tan sólo exige una conciencia recta, honesta, pero no exige una especial conducta. Es decir, la buena fe simple puede implicar cierta negligencia, cierta culpabilidad en el contratante o adquirente de un derecho. Así, la definición del artículo

768 corresponde únicamente a la buena fe simple y sólo se hace consistir en la conciencia de adquirirse una cosa por medios legítimos. Una aplicación importante de esa buena fe es la ya examinada del artículo 964 del Código Civil. En general, quien compra una cosa mueble a otra persona, actúa con una buena fe simple y no adquiere el dominio si el tradente no era el verdadero dueño, según lo dispone el artículo 752 del Código Civil. Ello, porque tan sólo se tuvo la conciencia de que el tradente era el propietario, pero no se hicieron averiguaciones o exámenes especiales para comprobar que realmente era propietario.

En cambio, la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana **"Error communis facit jus"**) exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario, lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fe simple exige tan sólo conciencia, la buena fe o cualificada creadora de derechos, **conciencia y certeza.** (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198).... 235, 1ª

— 29 —

BUENA O MALA FE PATRONAL (Su apreciación para efectos de la indemnización moratoria)

La apreciación de la mala o de la buena fe del patrono —para los efectos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo— no es materia de incidente especial dentro del juicio del trabajo. La jurisprudencia que propone aquellos elementos como causantes de la aplicación o inaplicación de la pena, ha considerado que ellos se deducen por el juzgador en forma de presunción simple o judicial, de acuerdo con la regla de la libre formación del convencimiento (artículo 61 del C. de P. L.)—, sin que sean materia especial de gravamen probatorio. Otra cosa es que las partes al proponer sus acciones y excepciones o en el curso del proceso le señalen al juzgador hechos constitutivos de uno u otro elemento, según su respectivo interés en la contienda. Mas la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acogida por la Corte, es la que antes se enuncia. En sentencia de 19 de julio de 1954, dijo aquel:

"En uno y otro caso previo el estudio completo de las probanzas que obren en el juicio, el Juez formará su criterio y decidirá concretamente si lo depositado por el deudor o la negativa a depositar suma alguna es o no justificada y se atempera a la realidad procesal". - (D. del T. Volumen XX, números 115/17, página 80). Esta misma tesis fue expresada en sentencia proferida el 1º de julio de 1955, así: "Al trabajador corresponde demostrar solamente que al terminar el contrato no le fueron pagados sus derechos, porque es ésta la base objetiva que el artículo 65 señala para que la sanción sea procedente. Será en la defensa que asuma el patrono y en los hechos probados en que la apoye, de donde habrá de deducirse en cada caso por el Juez si aquella falta de pago es imputable o no a la mala fe suya y si, de consiguiente, debe o no responder por el valor de los salarios constitutivos de la indemnización moratoria". - (D. del T. Volumen XXII, números 127/29, página 62). Y estas nociones fueron repetidas en sentencia de 20 de septiembre de 1955. (D. del T. Volumen XXII, números 130/32, página 235), de todo lo cual se colige que el principio universal de carga probatoria consagrada por el artículo 1.757 del Código Civil no es por tanto aplicable a una cuestión, que, como los elementos de la buena fe o mala fe del patrono, es materia deducible por el juzgador con apoyo en las reglas de la libre convicción. (Casa-

ción Laboral. Junio 3/58. Nº 2198).310, 2ª y 311, 1ª

— C —

— 30 —

CAMBIO DE RADICACION (No es causal para ello el que el juzgador de 2ª instancia se haya pronunciado sobre el auto de detención)

El hecho de que un Tribunal no confirme la detención del procesado, no indica que no pueda revocar posteriormente la sentencia absolutoria y condenarlo, ni equivale tampoco a que el proceso se quede sin segunda instancia.

Lo contrario llevaría a la conclusión de que para garantizar la recta administración de justicia habría necesidad de cambiar de radicación todos los procesos penales, siempre que el funcionario de segunda instancia, antes de proferir sentencia, se hubiera visto precisado a emitir opinión sobre el fondo del negocio, bien al calificarlo, o al resolver cuestiones tan importantes como la legalidad del auto de detención preventiva. Esta circunstancia que la Corte se ha negado a admitir como causal de impedimento, con base en lo dispuesto en la parte final del ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, mucho menos puede servir para ordenar el cambio de radicación de los procesos penales. Si así no fuera, esta medida, que solamente puede decretarse en casos excepcionales y por muy claras razones de orden público y de conveniencia social, se generalizaría ante el absurdo de que la segunda instancia deba ventilarse en un Distrito Judicial distinto de aquel en que el superior, por las vías legales y en ejercicio de sus funciones, ha emitido concepto sobre el fondo del negocio. (Casación Penal. Junio 9/58. Nº 2198).....269, 1ª

— 31 —

CAMBIO DE RADICACION (Por la sensación que ha creado el proceso)

El argumento, para justificar el cambio de radicación, de que el proceso ha causado "sensacionalismo" y que se sigue y observa con significativas muestras de curiosidad, sólo sirve para demostrar lo contrario. Si lo primero equivale a sensación exagerada o enfermiza y lo segundo al deseo de inquirir lo que no debiera importarnos, resulta a todas luces inconducente un cambio que sólo busca sustraer el proceso a la mirada de los curiosos o de gentes "sensacionalistas" o sensibleras. - (Casación Penal. Junio 9/58. Nº 2198) 269, 2ª

— 32 —

CAMBIO DE RADICACION (Posición del sindicado)

La posición política, social o económica del sindicado —ha dicho muchas veces la Corte— "no es circunstancia que por sí sola pueda determinar el cambio de radicación; para ello se requiere que aparezca comprobado que dicho ciudadano la ha aprovechado o ha intentado aprovecharla para desviar, en su favor, el criterio de sus Jueces....". (Casación Penal. Junio 9/58. Nº 2198).... 269, 1ª

— 33 —

CASACION CIVIL

A la Corte de casación no le corresponde penetrar en los motivos que hayan determinado el ánimo del juzgador cuando, en lo conducente al deber que a los Tribunales está impuesto por la Ley 69 de 1945, dispuso la compulsa de copias. - (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....636, 2ª

— 34 —

CASACION (Ambito del recurso)

En el recurso extraordinario de casación, basta el incumplimiento de cualquiera de las formalidades que para fundar los cargos exige la ley, para que no puedan prosperar aquel o aquellos que no cumplan con ellas, dado el carácter excepcionalísimo del recurso.

En él, no puede resolverse sino exclusivamente con los medios de juicio que tuvo a la vista el fallador de segunda instancia. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198)..214, 2ª

— 35 —

CASACION (Contra sentencia dictada en juicio especial de pertenencia)

Establece el artículo 4º de la Ley 120 de 1928, que si el juicio se sigue contra personas determinadas se adoptará el procedimiento ordinario, es decir, el señalado en el Título XVIII del Código Judicial. A su vez, el artículo 6º prescribe que en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados, el juicio se regirá en concordancia con el procedimiento especial que al efecto se halla determinado en los artículos 7º, 8º y 9º de la precitada Ley 120.

Si el actor del juicio instauró su demanda contra comuneros inciertos de un latifundio, es obvio que la acción por él instaurada, tiene el carácter de un **juicio especial**, aun cuando el demandante lo haya denominado ordinario, pues no compete a las partes denominar a su arbitrio la clase de acción incoada, ni menos aún, señalarle a su discreción las normas procedimentales que deben regular su desarrollo procesal.

Según normas jurisprudenciales vigentes, las leyes que regulan y gobiernan la organización judicial determinan la jurisdicción y las formas propias de cada juicio, son de orden público y por ende, no pueden estar condicionadas a la voluntad de las partes.

De conformidad con nuestro régimen procedimental, la casación es un recurso extraordinario gobernado por preceptos de carácter taxativo, es decir, de aplicación restrictiva. Entre tales preceptos se halla el artículo 419 del Código Judicial, el cual enumera con carácter limitativo las sentencias susceptibles de acusación por medio del recurso de casación ante la Corte; y entre tales sentencias no figuran las dictadas en juicios especiales, como el que es materia de este recurso de hecho. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....62, 2ª y 63, 1ª

— 36 —

CASACION (Contra sentencia dictada en juicio sobre identidad de una persona)

Cuando no se trata de una acción de reclamación de estado civil sino de una cuestión relativa a aclaración de unas actas del estado civil, a fin de precisar la identidad de una persona llamada con diversos nombres en diferentes actas, es obvio que no cabría recurso de casación contra la sentencia que se profiera en ella, en razón de versar, como se acaba de exponer, sobre identidad de una persona a quien se conoció con diversos nombres al través de su vida. (Casación Civil. Junio 26/58. Nº 2198).....263, 1ª

— 37 —

CASACION (Estudio de las causales cuando se alega la 6ª)

Cuando, entre otras causales, el recurrente invoca la 6ª del artículo 520 del C. Judicial, por estimar que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 448 del mismo estatuto, la Corte, con la facultad que le da el artículo 537 ibidem para examinar en orden lógico las

aducidas, estima que debe estudiarse en primer término, pues si el juicio resultare viciado por la nulidad impetrada, ésta comprendería la actuación de las dos instancias, y sería antiprocesal la previa consideración de las otras, ya que, en caso de prosperar alguna de ellas, se llegaría a una casación que dejaría vigente una tramitación nula.

No importa que el recurrente haya propuesto el cargo referente a dicha causal, subsidiariamente, pues fuera de que no existe disposición que autorice el planteamiento de los cargos en esta forma, como sí la hay respecto de las acciones (artículo 209 C. J.), es la Corte misma, según los claros términos del citado artículo 537, la que tiene la atribución de estimar cuáles cargos son principales y cuáles subsidiarios o condicionales, para examinarlos en ese orden. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198)....83, 2ª y 84, 1ª

— 38 —

CASACION (Formulación por apreciación sobre la buena o mala fe del poseedor)

Porque comúnmente acontece que el propietario está en posesión de sus bienes, del hecho posesorio abstrae el ordenamiento la presunción normativa de que el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo (2º, 762). Precisamente sobre esta contraprueba versa el juicio reivindicatorío y, si prospera, es porque entonces no coincide la titularidad del propietario con quien de hecho ejerce los atributos que el derecho de dominio comporta. La relación jurídica directa entre persona y bienes, reconocida por la norma objetiva, vale **erga omnes** y, por ello, contra quien sea el actual poseedor, sujeto pasivo de la condenación conducente a restituir al dueño los objetos reivindicados (946).

Claro ha de ser, en consecuencia, que si la posesión es un hecho, todo punto referido a sus elementos, calidades o vicios, corresponde también por modo fundamental a la cuestión de hecho debatida en el litigio reivindicatorio, por más que sea necesario considerar estados anímicos concernientes a la voluntad posesoria y a sus características de buena o de mala fe. Que estos elementos no sean susceptibles de prueba directa, en nada significa que no sean inferidos de los hechos, por donde el querer y las intenciones de los hombres se manifiestan. Así aparece que el cargo por violación directa de ley sustantiva al dar el fallo a los demandados el carácter de poseedores de mala fe, no puede trascender al recurso, desde luego que la cuestión, por ser de hecho, ha de tener incidencia necesaria en el mérito de las pruebas aportadas al pleito. - (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....65, 2ª y 66, 1ª

— 39 —

CASACION (No es admisible presentar pruebas)

Es procedimiento insólito presentar en casación escritos de personas ajenas al juicio y traer documentos con la pretensión de que se tengan como pruebas en este recurso extraordinario. (Casación Civil. Agosto 6/58. Nos. 2199-2200) 601, 2ª

— 40 —

CASACION (No puede decidirse sobre ilegalidad de actos del Ejecutivo)

La afirmación de que el Decreto 1.003 de 1939 carece de fuerza legal, por haberse extralimitado en sus funciones el órgano ejecutivo al reglamentarlo, es inaceptable, por cuanto el recurso de casación, no brinda oportunidad para decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos realizados por el poder ejecutivo en virtud de la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución.

Otros son los procedimientos que deben adoptarse para plantear estos asuntos, y otras son las autoridades a quienes compete decidir en el fondo sobre las acusaciones contra actos gubernamentales, como el de que se ha hecho referencia. (Casación Civil. Junio 3/58. Nº 2198).....145, 2ª

— 41 —

CASACION (Por apreciación de indicios)

Los indicios, aunque pueden llegar a ser plena prueba y conducir a la convicción judicial, no son de carácter absoluto, por su naturaleza apenas probable, y su mérito se mide subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, a menos que, por excepción, el indicio obedezca a causalidad necesaria, por ser tal la correspondencia con el hecho que se averigua, que, si el uno existe, no puede menos que existir o haber existido el otro (663, C. J.).

La correspondencia necesaria entre el hecho indicativo y el que se ventila en el juicio, no difiere de la inferencia cierta que se desprende del cumplimiento invariable de las leyes manifiestas de la naturaleza. Por eso, en todos los casos el indicio necesario prueba con plenitud. Habrá también hechos que, sin fundar relación necesaria de causa a efecto, son sin embargo de tal gravedad y precisión que un solo indicio sirve al juez para disipar la duda e inclinar su ánimo de acuerdo con su propio convencimiento para proveer la declaración jurisdiccional (664).

Pero ello no es lo que comúnmente acontece, sino que la plenitud probatoria no llega a producirse a través de hechos indicativos si no son en número plural, graves, precisos, conexos entre sí, y concurrentes a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. El hecho índice no puede ser establecido por inferencias, porque entonces la serie de conjeturas solo alcanzaría a formar un simple indicio (665, 666, 667).

Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza. (Casación Civil. Junio 12/58. Nº 2198) 176, 1ª y 2ª

— 42 —

CASACION (Por costas)

Siendo las costas un factor secundario en la secuela del juicio o una simple consecuencia procesal, extraña en rigor a los extremos materia de controversia, el reparo que se haga a una sentencia por este concepto, no da cabida a la casación, cuyo recurso extraordinario se halla de acuerdo con nuestro régimen procedimental regulado por un ordenamiento jurídico de carácter taxativo.

No sobra advertir que las costas, como lo enseñan los tratadistas de casación, por su carácter accesorio que tienen, con relación a la acción principal y no entrañando problemas de fondo, son asuntos que compete resolverlos a los jueces de instancia. Así lo tiene también la Corte establecido, uno de cuyos numerosos fallos, es el de fecha 15 de

febrero de 1940 (G. J. número 1.953, página 104, dice así:

"Las costas son una cosa accesoria del derecho principal deducido en el juicio, las cuestiones relativas a su reconocimiento, no pueden fundar la casación del fallo, en cuanto a derecho procesal".

La anterior jurisprudencia está vigente, y el presente recurso le brinda a esta Corte, una oportunidad más para reiterar, como al efecto reitera, su adhesión a ella, pues no hay razón alguna para modificarla ahora. (Casación Civil. Julio 4/58. Nos. 2199-2200) .524, 2ª

— 43 —

CASACION (Por indebida apreciación de la demanda)

En la mala apreciación de la demanda, como una prueba que es, puede haber un error de hecho o de derecho. El haber estimado el fallador que el reo fue demandado como coheredero o comunero y así lo condena, a pesar de haber sido citado como poseedor exclusivo y a nombre propio, sería el tipo del error de hecho en la apreciación de la demanda o de una prueba. Constituiría error de derecho si a la confesión que puede encerrar una demanda se le da un valor que no reconoce la ley. Cuando en la apreciación de la demanda se ha incurrido en esta clase de errores, la acusación de la sentencia solamente procedería por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

Podría dar base la mala interpretación de la demanda a que la sentencia fuera acusada por la causal segunda, pero cuando la mala estimación de ella hubiera llevado al sentenciador a dejar de fallar sobre alguna de las cuestiones planteadas en la litis, o sobre puntos ajenos a la controversia, o se hubiera resuelto sobre la excepción o excepciones perentorias resultantes en el proceso. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198) 220, 2ª

— 44 —

CASACION (Por interpretación de los contratos)

No siempre la censura de la interpretación contractual encuentra base plausible en error de hecho. Cuando no es susceptible de reparo la apreciación del sentenciador acerca del significado natural y obvio de los vocablos que las partes emplearon, puede sin embargo equivocarse en la calificación de los elementos que configuran determinado negocio, pero en este evento el yerro no es de hecho sino directamente jurídico en sentido estricto, esto es con abstracción de la prueba. (Casación Civil. Agosto 28/58. Números 2199-2200) 668, 2ª

— 45 —

CASACION (Por no haber reconocido el juzgador nulidades declarables de oficio)

Cuanto a la cuestión fundamental de la potestad que compete al juzgador para declarar de oficio las nulidades absolutas, es importante establecer que no se trata ciertamente de que la Corte en casación entre a decidir en ejercicio de atribuciones que competen exclusivamente al Juez de instancia. Su papel se limita a determinar si el sentenciador, al no declarar la nulidad absoluta, violó las normas sustantivas. (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200) .632, 1ª

— 46 —

CASACION (Presentación de la demanda)

La presentación de la demanda de casación antes de la oportunidad establecida por el artículo 530 del Código Judicial, esto es, antes de haberse admitido el recurso y de haberse mandado dar traslado del proceso

para la formulación de ella, no es óbice para que el recurso se considere fundado oportunamente. Así lo tiene aceptado la Corte en doctrina que revaluó la que en contrario había sostenido hasta entonces, a propósito de una demanda presentada antes de que hubiera comenzado a correr el término señalado al recurrente para fundar el recurso, como puede verse en sentencia de 5 de julio de 1935, Tomo XLII, número 1.899, página 308). Casación Civil. Julio 30/58. Nos. 2199-2200) .....582, 2ª y 583, 1ª

— 47 —

CASACION (Técnica de)

Abundante y uniforme jurisprudencia tiene sentada la Corte respecto a que el recurso extraordinario de casación no es, ni puede ser una tercera instancia, en la que se reviva el debate probatorio; que en tratándose de acusaciones derivadas de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, dichos errores deben resaltar de tal modo en la sentencia acusada que no quede el menor margen de duda de que el Tribunal incurrió en ellos; que, por otra parte, el fallador de instancia es autónomo en la apreciación de las pruebas y que en casación sólo es pertinente la infirmación del fallo cuando se acredita en la demanda correspondiente al recurso extraordinario, en forma irrefragable, los errores manifiestos de hecho en que incurrió el Tribunal. (Casación Civil. Junio 11/58. Nº 2198).....169, 1ª y 2ª

— 48 —

CASACION (Técnica de)

Carece de toda técnica en materia de casación, la demanda que no indica en la forma clara y categórica exigida por el artículo 520 del Código Judicial si la violación de la ley sustantiva proveniente de la falta de apreciación de determinadas pruebas presentadas por la parte actora, se debe a un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, o a un error de derecho, ni hace, por consiguiente, la demostración ordenada por la misma norma. (Casación Civil. Julio 30/58. Nos. 2199-2200).....584, 2ª

— 49 —

CASACION (Técnica de)

Contradictorio resulta el cargo formulado al confundir el recurrente la violación directa de la ley, con su no aplicación, pues siendo distinta la configuración jurídica de dichas causales, responden ellas a conceptos diferentes, dentro de la técnica de casación. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198)..... 43, 1ª

— 50 —

CASACION (Técnica de)

Cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independientes pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar aun en el supuesto de que fueran destruídos los motivos restantes de la sentencia acusada. (Casación Civil. - Agosto 6/58. Nos. 2199-2200).....596, 2ª y 597, 1ª

— 51 —

CASACION (Técnica de)

En casación no es procedente enderezar la acusación contra la sentencia de primer grado, aunque el Tribunal la haya confirmado sin modificación. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....34, 1ª

— 52 —

CASACION (Técnica de)

Vedado le está a la Corte entrar oficiosamente en una nueva valoración de pruebas, lo cual no se ajusta a la técnica del recurso, que no puede prosperar cuando el recurrente sólo se ha concretado a enunciar en forma abstracta los cargos, pero sin demostrar los errores del fallador que incidieron en la violación de la ley sustantiva. (Casación Civil. Julio 28/58. Nos. 2199-2200).....563, 2ª

— 53 —

CASACION PENAL (Demanda de)

Cuando el demandante se limita a invocar la causal cuarta de casación, esbozando tan sólo los cargos de nulidad, sin que aparezca alegación o razonamiento alguno que sostenga, siquiera superficialmente, los cargos hechos, resulta meridiano, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Corte, que no es el caso de entrar a considerar a fondo los cargos aludidos.

Es uniforme la doctrina según la cual la demanda de casación no es un alegato de instancia, ni los cargos contra las sentencias recurridas se pueden desvanecer con la simple referencia que se haga a otras piezas procesales, por importantes y profundas que se consideren.

Una demanda de casación debe ajustarse a esta difícil técnica, para que imponga siquiera al fallador el deber de entrar en análisis tendiente a verificar la procedencia o improcedencia de los cargos. Mas sería excesivo consagrar un rigorismo técnico tal, que desembocara en un puro formulismo jurídico, lo cual haría excepcional el buen suceso de los recursos de casación y cedería en desmedro de la justicia objetiva. En resumen, el recurso dicho no se estableció en la ley por el recurso mismo, y el fin inmediato de unificar la jurisprudencia nacional, que de suyo tiene, debe dejar campo a la realización de otros fines trascendentes que, sin desvirtuar el primero, conduzcan a que campee la justicia en su plenitud. (Casación Penal. Julio 11/58. Nos. 2199-2200)..723, 2ª, 724, 1ª y 725, 1ª

— 54 —

CASACION (Estudio de los cargos)

Cuando en la demanda de casación se invoca, entre otras causales, la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, ésta debe estudiarse en primer término porque si prospera resulta improcedente la revisión de las otras. (Casación Penal. Agosto 22/58. Nos. 2199-2200).791, 2ª y 792, 1ª

— 55 —

CASACION (Estudio de los cargos)

Si el reo o su representante alegan en casación una causal que conduce a la absolución, y luego otra que traería como consecuencia la nulidad del procedimiento, aun sin decir que la última es subsidiaria de la primera, deben examinarse en el orden propuesto, porque así se consulta la voluntad del recurrente, la cual no puede ser otra que se decida de preferencia la cuestión que podría resultar más favorable a sus intereses. Y esto, porque en virtud de la índole misma del recurso, el actor goza de libertad para seleccionar y disponer los cargos que desea esgrimir contra la sentencia. (Casación Penal. Agosto 25/58. Nos. 2199-2200).799, 1ª

— 56 —

CASACION (Soberanía del sentenciador)

Si el Tribunal apreció jurídicamente los elementos que integran la figura básica del delito de estafa, deducidos de pruebas directas o indicios concordantes, la Corte no pue-

de destruír su convicción atendiendo a pruebas extemporáneas, que, por tal vicio, sería imposible considerarlas de otra parte, tampoco serviría para desvirtuar aquellas que apreció la sentencia como fundamnetales para declarar la responsabilidad, cuidadosamente examinadas. (Casación Penal. Julio 2/58. Nos. 2199-2200).....718, 1ª

— 57 —

CASACION (Técnica de)

En casación, debe demostrarse el cargo que se le formula a la sentencia, puesto que la legalidad de ésta se presume, siendo como es resultado de un juicio que permitió un amplio debate probatorio.

En el estudio de las demandas de casación debe atenderse no tanto al orden en que se presenten las causales invocadas, ni a su fuerza o poder intrínseco, como al entendimiento en que se aduzcan; pues sólo cuando el demandante no señale el grado de importancia que a la una le concede sobre la otra, será aconsejable, de acuerdo con la técnica del recurso, ocuparse en primer término en la que tenga más relevante condición. (Casación Penal. Junio 23/58. Nº 2198).....
290, 1ª y 291, 1ª

— 58 —

CASACION LABORAL (Alegación de nulidades)

Se presenta una causal de error in **procedendo**, no como simple medio sino como fin en sí mismo considerado, puesto que se persigue la declaración de uno de los motivos a que se contrae una de las causales de la casarión civil, la contemplada en el ordinal 6º del artículo 520 del Código Judicial, que no tiene operancia en casación laboral. En efecto, el aspecto frontal del cargo, está contenido en la afirmación de que el Tribunal carecía de competencia para conocer y decidir en segunda instancia del caso **sub-lite**, lo que de prosperar en casación, no podía producir otros efectos que los de declarar la nulidad en que hubiere incurrido el Tribunal, por incompetencia de jurisdicción, invalidando todo lo actuado por éste, sin más consideraciones y por causas distintas a la infracción de las normas sustantivas laborales que consagran los derechos que se consideran vulnerados. (Casación Laboral. Agosto 5/58. Nos. 2199-2200).....895, 1ª y 2ª

— 59 —

CASACION (Interés jurídico para recurrir)

La sentencia del **a-quo** tomó en consideración las pretensiones deducidas por el recurrente en el libelo con que se inició este juicio, resolviéndolas del modo que estimó acomodado a derecho. Contra este fallo no interpuso recurso alguno la parte demandandante, es decir se conformó con esa decisión, consintiendo así el pronunciamiento dictado en la primera, lo que hace suponer que no consideró sufrir agravio alguno a sus intereses, por no hallar contraste entre el contenido de lo resuelto y el interés puesto en juego en la litis.

Las anteriores consideraciones que hacen referencia al alcance de los cargos contra la sentencia proferida por el Tribunal se reafirman si se considera que el interés de la impugnación va íntimamente ligado a la idea de vencimiento en instancia, que, a su vez, se percibe, como lo expresa Carnelutti, por el contraste entre el contenido de lo resuelto y el interés puesto en juego en la litis, si no ha sufrido alteración o no ha sido renunciado. De ese modo, se conjugan con la idea inicial del interés, otras complementarias, dado que la tutela que se pretende ha de referirse a un interés actual, y, en otro aspecto, no puede alcanzar a los supuestos en que por acto voluntario de la parte haya desaparecí-

do, como ocurre por el aquietamiento ante la resolución de primera instancia, o lo que es lo mismo, por el asentimiento tácito a lo resuelto, pues en este caso, existiendo inicialmente interés éste ha desaparecido o se ha limitado, por las causas anotadas, lo que constriñe a estar y pasar por una situación que la parte recurrente ha creado irrevocablemente. Todo esto lleva, además, a afirmar que las situaciones procesales consentidas en instancia, se mantienen o deben mantenerse, a pesar del recurso, por haber sido renunciado o limitado el interés inicial al no interponerse apelación contra el fallo de primer grado, por la parte recurrente en casación. (Casación Laboral. Junio 26/58. Nº 2198)..... 367, 2ª y 368, 1ª

— 60 —

CASACION (Por apreciación de indicios)

Una antiquísima jurisprudencia de la Corte —aún no modificada— sustenta la tesis de que el juzgador de instancia dispone de plena autonomía y libertad para las apreciaciones indiciarias, las cuales se escapan al ámbito de la casación cuando en su inferencia o conclusión el inferior no ha obrado en oposición manifiesta a la evidencia de los hechos. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198) 353, 1ª

— 61 —

CASACION (Por costas)

Por habérsele venido repitiendo desde hace largo tiempo, es muy conocida la jurisprudencia según la cual lo relativo a costas, por ser punto accesorio del debate, no es base de ataque de una sentencia en casación. Además no emanando de normas sustàntivas laborales, esa materia resulta extraña a la finalidad de este recurso extraordinario, que es la de unificar la jurisprudencia nacional en relación precisamente con tales normas y no con otras. (Casación Laboral. Julio 31/58. Nos. 2199-2200).....886, 2ª

— 62 —

CASACION (Por violación de normas constitucionales)

Los artículos 26 y 30 de la Carta, que cita el recurrente entre las disposiciones violadas, hacen parte del Título III de la Constitución Nacional y como consagran principios aplicables en el derecho del trabajo, es el caso de examinarlos. Al respecto, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de fecha 21 de marzo de 1950, que corre publicada en la G. del T. Tomo V, números 41-52, página 169, expresó:

"Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que las disposiciones de la Constitución, en general, no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el concepto de violación de la ley sustantiva porque aunque indudablemente tienen ese carácter por su jerarquía dentro de la ordenación jurídica, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales en forma que puedan hacerlas objeto de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. Pero, dice la misma Corte, en tratándose de las disposiciones que integra nel Título III dé 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, por lo cual las normas contenidas en dicho Título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación".

Además, los preceptos que establecen la organización y determinan el funcionamiento de las diversas autoridades que componen el órgano judicial del poder público, para

ejercer, por autoridad de la ley, la jurisdicción que corresponde a la República, son normas fundamentales de Derecho Público, que a la vez estructuran el órgano, limitan sus órbitas funcionales y constituyen garantías permanentes para la efectividad del derecho, como ha dicho la Corte. (Casación Laboral. Agosto 5/58. Nos. 2199-2200) .894, 1ª

— 63 —

CASACION (Por violación de normas distintas del derecho laboral)

La cita de normas de procedimiento o de estatutos distintos al que regula las relaciones entre patronos y trabajadores, acerca de las cuales se afirma que han sido quebrantadas, sólo es eficaz en casación cuando se establece su incidencia sobre alguna de estas últimas, que a su turno aparezca violada. (Casación Laboral. Julio 31/58. Nos. 2199-2200) 885, 1ª

— 64 —

CASACION (Por violación de normas distintas de las laborales)

Los textos legales acusados son normas relativas a la tarifa legal del Código Judicial, y es sabido que el juzgador laboral no está sometido a dicha tarifa. De suerte que, si se tratara de disposiciones sustantivas, no sería procedente acusar la sentencia por su violación comoquiera que el juzgador ni las tuvo en cuenta ni las aplicó, por no hallarse sujeto a su mandato (artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral). (Casación Laboral. Julio 15/58. Nos. 2199-2200). 845, 1ª

— 65 —

CASACION (Por violación de normas procesales)

Como tiene establecido la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo, como de esta Sala de la Corte, la violación de una norma adjetiva, cuando incide sobre una de carácter sustantivo, hace impugnable la sentencia mediante el recurso extraordinario, porque el señalamiento de la primera constituye la premisa de la violación de la segunda, ya que por este medio el error **in procedendo** se convierte en el presupuesto inseparable del error **in judicando**, para hacer viable la casación. (Casación Laboral. Agosto 5/58. Nos. 2199-2200).....894, 1ª

— 66 —

CASACION (Técnica de)

El recurrente se abstuvo de indicar, como disposición violada por la sentencia recurrida el artículo que consagra la indemnización perseguida en el **petitum** de la demanda. Esta omisión, imposibilita a la Sala para ir más allá de los límites fijados por la respectiva acusación, pues no puede oficiosamente entrar a buscar disposiciones que no se han señalado como infringidas por el **adquem**. (Casación Laboral. - Agosto 23/58. Nos. 2199-2200).....924, 2ª

— 67 —

CASACION (Técnica de)

La simple lectura de todos y cada uno de los cargos indica que el demandante-recurrente se limitó en su formulación a un brevísimo enunciado de los mismos sin ningún desarrollo o sustentación aceptable de ellos. No se concatenan los preceptos legales acusados con los diferentes conceptos de infracción legal expuestos, relacionándolos o explicándolos en sus diversos alcances y con la debida referencia al proveído del **adquem**. Por este solo aspecto, las acusaciones resultan formuladas en forma imcompleta y, por lo mismo, no son susceptibles de prosperar. (Casación Laboral. Julio 30/58. Nos. 2199-2200) 872, 2ª

— 68 —

CASACION (Técnica de)

No consulta la técnica especial del recurso de casación un cargo, como el analizado, que involucra imprecisamente la acusación por aplicación indebida y por interpretación errónea. Sobre este particular, ha dicho el extinguido Tribunal Supremo, en jurisprudencia que acoge esta Sala: "...son distintos los conceptos de la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea por lo cual no pueden predicarse conjuntamente de una misma norma sustantiva, ni plantearse en forma imprecisa. Es pues, forzoso repetir que el concepto de la infracción debe expresarse en forma clara y que cada una de sus modalidades ha de proponerse separadamente, a fin de permitir la labor de confrontación de la sentencia acusada con el precepto legal que se pretenda infringido". (**Gaceta del Trabajo**, Tomo VII, página 120). (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198).....343, 2ª y 344, 1ª

— 69 —

CASACION (Técnica de)

Para que pueda prosperar una casación por error de hecho, éste debe surgir de una manera ostensible y manifiesta. Asimismo, que para que esa forma de impugnación tenga éxito, es indispensable que el recurrente no deje por fuera uno o más elementos probatorios que hayan podido influír en el pronunciamiento del inferior. Sobre este último particular, recientemente esta Sala ha dicho:

"...mientras un ataque basado en errores de hecho deseche el señalamiento de una o algunas pruebas que tuvo en cuenta el fallador para pronunciar la decisión impugnada, y sólo se refiera a parte de ellas, tal decisión debe mantenerse por conservar aún soportes probatorios intactos". - (Casación Laboral. Julio 22/58. Nos. 2199-2200)..... 852, 2ª

— 70 —

CASACION (Violación de normas distintas del derecho laboral)

En varios cargos conjuntamente con normas sustantivas laborales, tanto en acusaciones por infracción directa como indirecta, se citan también como violadas en igual forma disposiciones de carácter procedimental del trabajo, del Código Civil, inclusive del Código de Régimen Político y Municipal, etc., que dentro de la técnica especial del recurso de casación, jurídicamente no puede decirse que se infringen de la misma manera. Esto no es procedente porque aquellas (las sustantivas laborales) son las que consagran los derechos que tutelan al trabajador; en cambio, las otras (las de naturaleza no laboral), si son sustantivas de otro orden deben relacionarse con las laborales, y las de simple procedimiento son apenas medios o instrumentos para obtener el reconocimiento de esos derechos primordiales. Por lo mismo, no es admisible que de unas y otras pueda predicarse que se violan de idéntica manera, sin las necesarias aclaraciones y distinciones, tal como lo hace el recurrente. Sobre todo, cuando se debe tener presente que la misión interpretativa que compete a esta Sala está encaminada a la unificación de la jurisprudencia nacional del trabajo que lógicamente sólo puede adelantarse sobre los preceptos primeramente mencionados. (Casación Laboral. Julio 30/58. Números 2199-2200).....873, 1ª

— 71 —

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL

Es bien sabido que cuando se alega la pri-

mera causal de casación a que se refiere el artículo 520 del Código Judicial, y en forma especial la consistente en un error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, es de urgente necesidad que se acredite qué textos legales de la ley sustantiva fueron violados con semejante error de hecho o de derecho. (Casación Civil. Julio 28/58. Números 2199-2200).....565, 2ª y 566, 1ª

— 72 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Por falta de apreciación de una prueba)

De acuerdo con la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, son casables las sentencias que provengan de falta de apreciación de determinada prueba, cuando inciden en la violación de determinados textos de la ley sustantiva.

Para que la falta de apreciación de una prueba, correctamente llevada al proceso, incida en casación se requiere, según la doctrina y según la jurisprudencia constante de esta Corte, que reúna tres condiciones: 1ª Que el error de hecho en la falta de apreciación de una prueba aparezca de modo manifiesto en los autos; 2ª Que dicho error incida en el desconocimiento de algún texto legal; 3ª Que haya incidido en la parte resolutiva del fallo. (Casación Civil. Agosto 27/58. Nos. 2199-2200).....665, 1ª

— 73 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Técnica de cargo)

Teniendo en cuenta que la causal primera del artículo 520 del Código Judicial se refiere a aspectos diversos y distintos, es preciso que en la demanda de casación fundada en esa causal se indiquen con toda claridad los textos legales que se consideran violados en la sentencia recurrida, y que, además, y como cosa fundamental, que se determine el concepto de esa pretendida violación. Cuando en la demanda faltan esos requisitos, los cargos formulados no pueden prosperar. (Casación Civil. Agosto 26/58. Nos. 2199-2200). . 658, 2ª

— 74 —

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL

Es cierto que la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal ofrece dos motivos: errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal. Mas ocurre que el segundo casi siempre proviene del primero, puesto que si la ley se aplica mal es porque se ha interpretado erróneamente. De modo que el no haberse precisado en la demanda a cuál de los dos motivos se acoge quien invoca la causal ya referida, no constituye una de aquellas deficiencias que dificultan averiguar cuál es el cargo concreto que se le hace a la sentencia o si este cargo viene formulado con asidero en causal que no corresponde a la crítica. (Casación Penal. Junio 9/58. Nº 2198).....271, 2ª

— 75 —

CAUSAL 1ª DE CASACION LABORAL (Interpretación errónea de la ley)

Sabido es que de conformidad con reiterada jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Corte, la interpretación errónea de la ley consiste "en la equivocada estimación o entendimiento de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho". Dentro de tal criterio, considera la Sala que, para que pueda hablarse de tal forma de violación legal, es requisito imprescindible que el Tribunal de segundo grado se haya apoyado en la norma que se acusa como erróneamente interpreada; en otras palabras, sea para apli-

carla o para dejar de aplicarla. Empero, ocurre que en el caso **sub-lite** el **ad-quem** para nada cita ni mucho menos se apoya en el texto legal acusado. (Casación Laboral. Julio 22/58. Nos. 2199-2200).....857, 2ª

— 76 —

CAUSAL 2ª DE CASACION CIVIL

La causal segunda de casación, conforme al artículo 520 del Código Judicial, no procede y por ende no da lugar a la infirmación del fallo sino cuando el sentenciador haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos en el respectivo libelo o cuando haya decidido sobre cuestiones que no fueron sometidas a la controversia o cuando, como dicen las normas jurisprudenciales, se haya fallado con exceso o con defecto.

Cuando el fallo es absolutorio, el reparo que se le haga por incongruencia es desde todo punto de vista inaceptable, como lo ha dicho reiteradamente la Corte en numerosas sentencias. (Casación Civil. Julio 28/58. Números 2199-2200).....564, 2ª

— 77 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

No es operante la causal 2ª de casación cuando en acción reivindicatoria, se pide librar condena contra el demandado como poseedor de mala fe y el sentenciador lo condena como poseedor de buena fe. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....27, 1ª

— 78 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuando la acción prospera para alguno de los actores)

Cuando el sujeto de la reivindicación ha estado constituido por dos personas físicas, de las cuales, según el fallo, una se legitimó en la causa y la otra apenas alcanzó a demostrar acreencia al pago de mejoras en el inmueble perseguido a través del proceso, si la sentencia se pronuncia sobre el contenido fundamental de la acción, declara el dominio en cabeza de uno de los actores, decreta las restituciones consecuenciales y regula el pago de mejoras, no cabe tacharla de incongruente, porque los extremos de la litis quedan resueltos y habrá de entenderse que en todo lo demás no prosperaron las súplicas del libelo inicial. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....69, 1ª y 2ª

— 79 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuando no se hace pronunciamiento sobre las súplicas subsidiarias)

Véase el aparte **Apelación** en el número 21 de este Indice.

— 80 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (En juicio reivindicatorio)

Si se considera que la condena en juicio reivindicatorio lleva en forma no menos clara, por lo implícita, la declaración de no estar probadas las excepciones (desde luego que en caso contrario se habría absuelto), surge como consecuencia necesaria que en nada se agrava la suerte del litigante vencido por hacer explícito lo que en el fallo de primera instancia contiene y significa de acuerdo con su propia virtud jurídica. (Casación Civil. Junio 17/58. Nº 2198)..185, 2ª

— 81 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (En negocio donde se discute simulación)

El plano de confianza y firmeza que sustenta el desarrollo normal de la contratación, exige que la voluntad declarada tenga

eficacia plena para regir el contenido y efectos del negocio jurídico, mientras no se demuestre plenamente que la voluntad real de las partes fue otra.

Sobre esa plenitud de comprobación versa el proceso tendiente a obtener que por la justicia se declare que determinado negocio es aparente apenas, o porque las partes no quisieron celebrar ningún género de contrato (**simulación absoluta**), o porque el acto ostensible fue querido nada más que para servir de medio que ocultara el verdadero propósito de efectuar un negocio diferente (**simulación relativa**).

Está en la naturaleza de la simulación, en ambas hipótesis, que la voluntad real de las partes se encuentre desprovista de efectos contra terceros, quienes pueden abrigar su interés al amparo de la voluntad declarada, a menos que prefieran el ejercicio de la acción conducente a permitirles destruír, por todos los medios probatorios de la tarifa, el negocio aparente, para que rija, si es valedera en derecho, la voluntad real de las partes, o para que no produzca efecto alguno, si fuere el caso.

Pero desde luego que en los juicios de simulación ha de partirse del supuesto general de que la voluntad declarada expresa el verdadero consentimiento de los contratantes, la cuestión primera y principal consiste en descubrir si efectivamente se presenta el caso de excepción en que el consentimiento real de los contratantes es diverso del que hicieron ostensible.

Y si en concreto se alega simulación relativa de renta vitalicia para encubrir liberalidad, el sentenciador no se encuentra llamado a cosa distinta que que a confirmar el supuesto básico de coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada, si el demandante no logra probar, por los medios admisibles, que el consentimiento fue simulado. Prevalece la declaración de voluntad. Y si a través de la controversia el negocio ostensible se mantiene incólume, quedan por fuera del elenco todas las súplicas referentes al pretendido acto oculto, por lo que el fallo plenamente absolutorio se predica, y cubre todos los extremos contemplados en el litigio, sin asidero posible para la segunda causal de casación. (Casación Civil. Junio 12/58. Nº 2198).....174, 2ª y 175, 1ª

— 82 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Por falta de un presupuesto procesal)

Sin el lleno de los presupuestos procesales no se configura el vínculo jurídico que la sentencia de fondo está llamada a desatar, de modo que la falta de uno cualquiera de tales presupuestos impide que las pretensiones de los litigantes sean deducidas en juicio, de donde es claro que no hay lugar a pronunciamiento de fondo ni a incongruencia, por sustracción de materia. - (Casación Civil. Agosto 6/58. Nos. 2199-2200).....596, 1ª

— 83 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Técnica de)

El artículo 471 del Código Judicial dispone que las sentencias además de ser claras y precisas, deben estar en consonancia con las demandas y las demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

De esta norma se desprende la segunda causal de casación, que el artículo 520 hace consistir en "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

Una constante jurisprudencia tiene establecido que esta causal sólo es procedente cuando en la sentencia se ha resuelto sobre puntos ajenos al debate, o cuando deja de resolver sobre alguna o algunas de las peticiones sometidas a la controversia, o cuando se condena a más de lo pedido, o no se falla sobre alguna de las excepciones perentorias oportunamente alegadas, si era el caso. So-

lamente cuando incurre el fallo en alguno de estos excesos u omisiones, se da la inconsonancia entre lo resuelto por el fallador de segunda instancia y las pretensiones oportunamente deducidas.

De este se infiere que, para decidir si en verdad se configura la causal de incongruencia, han de tenerse en cuenta las acciones instauradas en la demanda, las excepciones o medios de defensa invocados por la parte demandada y la parte resolutiva del fallo. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198). 76, 1ª

— 84 —

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL (En los juicios con jurados)

La Corte, durante muchos años, ha venido sosteniendo que —en los juicios por jurado— el examen de los hechos y pruebas del proceso y su calificación corresponde a los jueces de conciencia y que, por consiguiente, no se puede invocar la causal segunda contra sentencias fundadas en un veredicto. Se ha inspirado esta doctrina en que el jurado es completamente libre para apreciar el mérito de las pruebas creadas en el proceso, según su íntima convicción, y en que si la Corte pudiera someterlas a nuevo examen, el resultado no sería otro que la declaración de ser la sentencia contraria a la evidencia de los hechos, y ésta no ha sido establecida por la ley como causal de casación. (Casación Penal. Agosto 1º/58. Nos. 2199-2200) 740, 1ª

— 85 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Técnica de)

Siempre que se invoque la causal segunda de casación, es necesario que el actor realice un completo examen lógico-jurídico sobre las pruebas que el fallo condenatorio estima eficaces para demostrar la responsabilidad. De manera que las afirmaciones y enunciados propios de alegatos de instancia, no se compadecen con la naturaleza de aquella causal, que se orienta a destruír la persuasión que el Tribunal se formó mediante el estudio de los elementos probatorios. La errada interpretación o apreciación de los hechos debe surgir clara de un examen crítico de las pruebas. Trátase —como lo ha dicho la Corte reiteradamente— de un juicio sobre la sentencia, para destruír sus bases probatorias; conduce a la absolución del procesado por haberse establecido que las pruebas no cumplen la eficacia exigida para dictar sentencia condenatoria. Con razón anota el expositor Jorge A. Claría Olmedo que "la apreciación de los hechos por el Tribunal de casación, ha de ser meticulosamente practicada, sobre todo en materia penal, para no transformar la institución en una verdadera segunda instancia o en una casación impropia". Pero esta apreciación de los hechos, para negarles el valor primitivamente asignado por el Tribunal de instancia, requiere aportes técnicos: que el actor, fuera de invocar la causal segunda, demuestre que las pruebas fueron mal apreciadas en la sentencia impugnada; dejaron de considerarse aquellas que modificaban o destruían la responsabilidad; se les atribuyó un valor del cual carecen lógica y jurídicamente. Y esto indica que el actor debe elegir, no el sistema de los comentarios o críticas, sino realizar un estudio metódico y completo de las pruebas, con este fin de dinámica jurídica: destruir la persuasión equivocada que se formó el Tribunal; en otras palabras, conseguir la invalidación de la sentencia, lo cual comporta la absolución del procesado. (Casación Penal. Julio 2/58. Nos. 2199-2200)....716, 2ª

— 86 —

CAUSAL 3ª DE CASACION PENAL (En proceso fallado sobre un tercer veredicto)

Para que la Corte pueda, con base en la

causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (segunda hipótesis), casar una sentencia fundada en el veredicto proferido en una tercera vista pública por haber sido declarado contradictorio el pronunciado en la segunda, y ajustar a este último el fallo que deba reemplazar aquella, es necesario que antes, por la vía de la causal cuarta, se haya obtenido la declaración de que es nula la actuación a partir del auto que, con fundamento en la contradicción anotada, ordenó convocar nuevo jurado. Porque ninguna norma legal autoriza para considerar que no existen las diligencias cumplidas y las providencias dictadas en obedecimiento a lo dispuesto en un proveído firme del Juez competente. (Casación Penal. Agosto 25/58. Nº 2199-2200).....799, 1ª

— 87 —

CAUSAL 4ª DE CASACION PENAL (Formulada con apoyo en el artículo 26 de la Constitución)

Cuando el recurrente funda la causal cuarta en el artículo 26 de la Constitución, el cual contiene una garantía **pro reo**, el problema que se plantea con relación a esta causal, consiste, ante todo, en cerciorarse de si el conjunto de la pregunta y el veredicto afirmativo, hubiera sido **mejor** o **peor** para el sindicado, especificando la cooperación como "necesaria" (artículo 19 C. P.), o sin tal especificación (artículo 20 ibidem). Hecho este planteamiento —que es el lógico— no hay duda de que la situación **empeora** para el reo si a la "cooperación" se agrega la "necesidad" de la misma en el acto punible. De ahí que no resulta viable, en este caso, la causal cuarta de casación con el solo apoyo del artículo 26 de la Superley. (Casación Penal. Agosto 1º/58. Nos. 2199-2200). .745, 1ª

— 88 —

CAUSAL 6ª DE CASACION CIVIL (No se puede alegar por informalidades en la acumulación)

La causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, se refiere a las nulidades de que trata el artículo 448 del mismo, ninguna de las cuales comprende la falta de las formalidades exigidas para decretar la acumulación, pues ella no toca con la incompetencia de jurisdicción, ni con la ilegitimidad de la personería adjetiva del demandante, ni con la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio. Y bien sabido es que estas nulidades son de aplicación estricta, y que en casación no pueden considerarse otras distintas de las tres mencionadas. (Casación Civil. Julio 30/58. Nos. 2199-2200).....583, 2ª

— 89 —

CAUSAL 7ª DE CASACION CIVIL

Es improcedente alegar la causal 7ª del artículo 520 del C. J., cuando el Tribunal no se abstuvo de conocer del asunto de su competencia, ni lo declaró en el fallo, sino que por el contrario lo estudió y analizó con detenimiento y llegó a la conclusión de que la sentencia dictada por el Juez era incompleta y debía devolverse para efectos de dictar un nuevo fallo. Indudablemente son dos cosas absolutamente distintas la de abstenerse de conocer de un asunto y declararlo así, a entrar a estudiarlo, para concluír que debía devolverse al Juzgado de origen con el fin de que fallara sobre los distintos puntos que le habían sido propuestos.

Como se desprende del texto de la causal 7ª del artículo 520 del C. J. y de la Jurisprudencia, un procedimineto de esta índole acogido por cualquier Tribunal implica un ver-

dadero caso de denegación de justicia, del cual no hay antecedente.

"La causal 7ª se funda en una razón de orden público por equivaler a la denegación de justicia, y solo puede presentarse cuando un Tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer de un negocio que le está jurisprudencialmente atribuído por la ley de organización judicial. En semejante ocurrencia, no registrada por la Sala de Casación, la prosperidad del recurso impone simplemente la devolución de los autos al Tribunal de origen u a otro que esté próximo a éste, para que determine lo procedente con arreglo a derecho". (Sentencia de 17 de noviembre de 1945, LIX, 788). (Casación Civil. Junio 26/58. Nº 2198)..... 258, 2ª y 259, 1ª y 2ª

— 90 —

CEDULA DE CIUDADANIA (Como prueba del estado civil)

Que en la cédula de ciudadanía expedida a favor de una persona se diga que es hijo de fulano de tal, no quiere decir que esta declaración constituya plena prueba respecto del verdadero padre de quien posee dicha cédula. Bien sabido es que la cédula de ciudadanía es un documento de identificación personal, lo que significa que quien la exhibe es la misma persona a que ella se refiere. Pero no significa que los datos que se suministran a quien expide tal documento, sean constitutivos del estado civil del ciudadano. (Casación Civil. Agosto 6/58. - Nos. 2199-2200) 601, 2ª

— 91 —

CERTIFICADOS (De los Tesoreros Municipales sobre inscripciones en el catastro)

Las certificaciones expedidas por los Tesoreros Municipales, sobre que no figura como propietario de determinado lote de terreno en los libros de Catastro, no tienen eficacia alguna probatoria para demostrar que el demandado no haya tenido el **animus domini** sobre dicho lote, en el cual ha ejercido actos de verdadero dueño, tales como haberlo arrendado, sembrado, haberle hecho mejoras, esto es, actos de verdadero poseedor, cuyo carácter define así el doctor Valencia Zea, en su obra de Derecho Civil:

"Son poseedores, todas las personas que según los usos sociales, explotan económicamente las cosas en provecho propio a semejanza de los propietarios". (Casación Civil. Julio 4/58. Nos. 2199-2200).....524, 1ª

— 92 —

CERTIFICADOS (De un Registrador de instrumentos públicos y privados)

El Registrador de instrumentos públicos, es un funcionario en el cual reposa la fe pública, y los certificados que expida en uso de atribuciones conferidas al respecto por la ley, son documentos auténticos, como lo reconocía antiguamente nuestro régimen procedimental, según el inciso primero del artículo 678 del Código Judicial, y como lo reconoce ahora expresamente el artículo 632 del citado estatuto. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....59, 2ª y 60, 1ª

— 93 —

CESACION DE PROCEDIMIENTO (Concepto del ministerio público en la consulta)

El artículo 153 del Código de Procedimiento Penal exige el concepto fiscal favorable solo para dictar la sentencia en que "se ordene cesar todo procedimiento contra el reo" lo cual supone que el Juez respectivo proceda a este respecto como funcionario de primer grado, esto es, que sea él quien imparta la orden expresada. Mas si ya se libró

en la providencia de primera instancia, tal requisito no es indispensable para confirmarla en la segunda, pues el objeto de ésta es revisar la actuación del inferior, para ver si estuvo o no conforme a la ley, y en los trámites propios de ella no figura esa exigencia. (Casación Penal. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200) 783, 2ª

— 94 —

CESANTIA (Liquidación para adquisición de vivienda bajo el amparo de la Ley 6ª de 1945)

Durante la vigencia de la Ley 6ª de 1945 (inciso 3º del parágrafo 3º del artículo 13), se autorizaban liquidaciones de cesantías de carácter parcial para adquirir casa de habitación o liberar a ésta de gravámenes.

Esta fracción legal fue reglamentada, en su orden, por el Decreto 3.424 de 1946 y por el 530 de 1947. El primero de estos reglamentos mantuvo el carácter parcial y no definitivo de las liquidaciones, mas el último, extralimitando la ley reglamentada, consignó en su artículo 6º que las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía para los fines atrás indicados, tendrían el carácter de exhaustivas y no estarían sujetas a posterior revisión, salvo en caso de error. Habida cuenta de la manifiesta ilegalidad de este texto, el Honorable Consejo de Estado, procediendo en juicio en que se incoaba acción de simple anulación, hubo de pronunciarse en el sentido de declarar nulo dicho artículo sexto, por ser en este punto el reglamento extralimitativo de la ley reglamentada, según sentencia del 7 de octubre de 1953 (Anales del Consejo de Estado, Tomo LIX, números 372 a 376, páginas 201 y 202).

Ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones en torno al alcance de tal anulación, en el sentido de acceder a la revisión de liquidaciones semejantes (Jesús María Navarro contra "Torres y Torres Limitada". Septiembre 23 de 1954, y Manuel Hernández contra "Empresa Colombiana de Curtidos, S. A.", noviembre 17 de 1955, etc.). Ha razonado, en síntesis, para acceder a tales revisiones, diciendo que "el contenido ilegal de este acto reglamentario que llevó al Consejo de Estado a declarar su nulidad... impide a la Sala el reconocimiento de la exhaustividad de tales liquidaciones, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887". (Casación Laboral. Julio 11/58. Nos. 2199-2200)..... 830, 2ª y 831, 1ª

— 95 —

CESANTIA (Liquidación parcial para adquisición de vivienda)

Anotado como se halla el hecho de que las liquidacionse tuvieron por objeto la compra de vivienda y ejecución de reformas en la misma, con la autorización de funcionario competente, resulta de rigor colegir que ninguna de ellas ostenta la exhaustividad que se le atribuyó, en contra de la interpretación uniforme que la jurisprudencia le ha dado al artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo en el sentido de entender como simplemente parciales las liquidaciones autorizadas por este texto, para los fines preindicados. (Casación Laboral. Julio 11/58. Nos. 2199-2200) 831, 1ª

— 96 —

CESANTIA (Su liquidación bajo el imperio de la Ley 48 de 1942)

La Ley 48 de 1942 dispuso:

"Artículo 1º — Las empresas particulares que a bien lo tengan, procediendo al efecto de acuerdo con sus servidores, cuya voluntad manifestada expresamente será necesaria

para perfeccionar el acto, podrán efectuar liquidaciones parciales y definitivas de las cesantías que a estos corrrespondan, y para fines que a ellos interesen".

El texto anterior ha sido uniformemente interpretado por el Tribunal Supremo del Trabajo y por la Corte como determinante de exhaustividad en las liquidaciones de cesantía efectuadas durante su vigencia y en acuerdo con los elementos de su mandato. Ha entendido la jurisprudencia que los términos de "acuerdo con sus servidores" y la frase incidental explicativa "cuya voluntad manifestada expresamente será necesaria para perfeccionar el "acto", fueron propuestos por el legislador con el fin de impedir que las empresas y patronos pudieran hacer uso unilateral de una ley que indudablemente les beneficiaba particularmente a ellos, sin la aquiescencia del trabajador, y, aún más, sin la manifestación expresa de su voluntad para perfeccionar el acto. La jurisprudencia entiende asimismo que "el acto" era la liquidación misma de la cesantía, mas no los efectos de ésta, que por mandato de la ley se tenían por exhaustivos y de completo poder liberatorio. Empero, hubo casos en los cuales, bajo la vigencia de dicha ley, los patronos y trabajadores convinieron expresamente en que la liquidación fuera parcial y no exhaustiva, y la jurisdicción hubo de mantener tal alcance respetando la voluntad expresa de las partes y salvaguardiando los intereses del trabajador que de esta manera resultaban mejor protegidos, sin que se cometiera injusticia para con el patrón por haber éste convenido en el limitado alcance de los efectos del acto.

A un caso de esta índole se refiere precisamente la jurisprudencia que invoca el impugnador (juicio de la Compañía de Tejidos de Occidente en liquidación vs. Samuel Uribe Restrepo), en que la empresa por conducto de su junta directiva había facultado a la gerencia para "hacer estas liquidaciones y pagos parciales o totales, bien como cancelación definitiva o como anticipo a buena cuenta...", y en que el trabajador hubo de acogerse expresamente al último término de opción alternativa. A este respecto dijo el Tribunal: "Ya se vio que la voluntad del trabajador fue la de que se le imputara como simple anticipo y que la Junta autorizó al Gerente para que hiciera pagos totales de lo liquidado y les diera carácter de anticipos a buena cuenta". (Sentencia del 13 de diciembre de 1955). A la luz de esta doctrina se planteaban dos eventos: la liquidación de cesantía durante la vigencia de la Ley 48 de 1942, de acuerdo con el trabajador y con la necesaria manifestación de su voluntad para perfeccionar a aquélla, producía exhaustividad; pero ante la opción de una liquidación parcial o exhaustiva, era meneter que se estableciera expresamente el voluntario consentimiento del trabajador respecto de uno de estos extremos. Por ello el Tribunal Supremo dijo, para el caso opcional como es el que se viene analizando, que no era cierto que la cesantía liquidada el 30 de junio de 1944 a favor del trabajador hubiera sido convenida de acuerdo con lo preceptuado por la Ley 48 de 1942, "ya que para tales efectos (en el caso de opción se entiende), era necesaria la manifestación expresa del trabajador en el sentido de que tal liquidación produjera los efectos de la mencionada Ley, y en el caso de autos aparece que tal manifestación no tuvo lugar, pues la autorización de la Junta se extendía también a los anticipos de buena cuenta, **cosa completamente diferente de la materia regulada por la ley citada**" (ibidem, subraya la Sala).

De lo anterior se desprende que la recta exégesis jurisprudencial sostiene que, por regla general, todas las liquidacionse de cesantía efectuadas en ejercicio del mandato consagrado por la Ley 48 de 1942 fueron de carácter exhaustivo y liberatorio, y sólo por excepción fueron parciales cuando patrono y trabajador le dieron expresamente tal alcance. En le primer caso se requería el con-

sentimiento del trabajador para la liquidación y su voluntad expresa para perfeccionarla; en el segundo se requería que patrono y trabajador dejaran establecido expresamente, mediante la voluntad y consentimiento recíprocos, que la liquidación era parcial, "cosa completamente diferente de la materia regulada por la ley citada" como lo dijo el Tribunal. (Casación Laboral. Julio 11/58. Nos. 2199-2200).....829, 1ª y 2ª

— 97 —

CESIONARIO (Titularidad del de derechos hereditarios)

Conforme a lo preceptuado por el artículo 1.377 del Código Civil, el cesionario de los derechos de un coasignatario tiene igual derecho que el vendedor o cedente para pedir la partición e intervenir en ella. Siendo la partición de los bienes herenciales la finalidad perseguida por los diversos trámites que componen el juicio de sucesión, es principalmente en éste donde el cesionario tiene que hacer valer su carácter de tal, presentando la escritura registrada, cuando se trata del caso contemplado sobre sucesión hereditaria en el artículo 1.857 del mismo Código, para que, reconociéndole su calidad de cesionario, se haga parte en el juicio y pueda intervenir en la partición, a fin de que se le adjudiquen los bienes de la masa herencial que correspondan al derecho de sus cedentes. Es, por lo tanto, en el juicio sucesorio donde deben obrar las actas del estado civil que acrediten los nexos matrimoniales o de consanguinidad de los que se pretenden herederos del causante, el reconocimiento de los sucesores a título universal, y del que se presenta como cesionario de los derechos de alguno o algunos herederos.

Cuando en un juicio se presenta la hijuela de adjudicación de bienes en el trabajo de partición a una persona, como cesionaria de herederos, hay que aceptar que en el sucesorio a que alude la cartilla obraron todos los documentos indispensables para que el Juez le hubiera reconocido tal calidad, para llegar a la aprobación de la partición.

Solamente cuando el cesionario no ha hecho valer su derecho en el juicio de sucesión, puede presentarse en un reivindicatorío contra el mismo cedente, o un tercero, y entonces sí necesitaría presentar la escritura de venta o cesión de los derechos, además de la hijuela de adjudicación en la mortuoria de que se trata. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198).....214, 1ª

— 98 —

COMERCIANTES (Aplicación de las disposiciones del C. C. a falta de norma expresa del C. de Co.)

El parágrafo del artículo 248 del Código de Comercio Terrestre, no fue incidentalmente incluído allí por el legislador. Su incorporación se hizo teniendo en cuenta la circunstancia de que en el vasto campo de las relaciones jurídico-contractuales, entre comerciantes, podrían surgir conflictos cuya solución no estaba prevista en las reglas del citado Código, y para tal evento, dispuso la ley, deferir a las normas del Código Civil, cuyas disposiciones especialmente en materia contractual, no solo son claras y precisas sino de singulares proyecciones jurídicas en la actividad mercantil. Por ello el artículo 182 del Código de Comercio Terrestre, dice:

"Los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse, rescindir y su prueba, son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvo las modificaciones que establecen las leyes especiales de comercio".

De acuerdo con la anterior disposición, puede decirse, que generalmente toda obligación contractual entre comerciantes, tiene relación directa e indirecta con los preceptos

consignados en el Código Civil. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....49, 1ª

— 99 —

COMPENSACION (De deudas en materia laboral)

En jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que esta Sala acoge, se dijo acerca de la compensación lo siguiente: "Las prohibiciones que sobre el particular consagra la legislación del trabajo y concretamente las del artículo 59 del C. S. tienen un carácter protector del salario y de las prestaciones, determinado por el espíritu general de este derecho y encaminado a defender al trabajador de posibles abusos, explotaciones, fraudes, coacción, etc., a que está expuesto, o presumiblemente puede estarlo, en razón de su inferioridad económica y moral y de su subordinación jurídico-personal. Pero no constituyen ellas, ni podrían constituír, un privilegio de tal naturaleza que coloque fuera del comercio jurídico los dineros en que se concreten dichos salarios y prestaciones, en términos de que no puedan aplicarse a la solución de las deudas del trabajador, ni aun a las provenientes del mismo vínculo de trabajo. Semejante entendimiento es contrario a las reglas del dominio obligacional, al espíritu de coordinación económica y equilibrio social que procura el nuevo derecho y hasta a las propias conveniencias del trabajador, que hallaría recortado su haber laboral por condiciones, causas y supuestos limitadores de su capacidad económica para contraer obligacionse y extinguirlas. Considera, por tanto, el Tribunal Supremo que el fenómeno de la compensación es lícito y jurídico en el derecho laboral, en donde constituye también un modo de extinguir las obligaciones; que él puede tener lugar respecto de prestaciones debidas al trabajador, con la sola condición, para que sea reconocido en juicio de esta índole, de que se establezca con otra deuda que provenga igualmente del contrato de trabajo, como en el caso de autos, a fin de que ambas obligaciones puedan ser conocidas y decididas por la misma jurisdicción especial". (Sentencia de fecha 20 de noviembre de 1954). Cooperativa de Consumo de Bogotá, Limitada, vs. Hernando Estévez León). (Casación Laboral. Junio 19/58. Nº 2198)..... 330, 2ª

— 100 —

COMPETENCIA (Para conocer de acción indemnizatoria por perjuicios causados por un municipio al construír y mantener una obra pública)

La sentencia de fecha 20 de junio de 1955, por medio de la cual se declararon inexequibles algunas disposiciones de la Ley 167 de 1941, no sólo resolvió las dudas sobre jurisdicción a que dio lugar la aplicación de la precitada Ley 167, sino que prácticamente señaló la órbita de acción de los tribunales ordinarios y de la rama administrativa para conocer de aquellas acciones indemnizatorias procedentes de daños causados en propiedad ajena por razón de obras públicas realizadas por el gobierno, ya sea nacional, departamental o municipal.

La doctrina sostenida por el mencionado fallo ha sido acogida por el Consejo de Estado y en desarrollo de ella, la mencionada Corporación ha dictado varias providencias sobre el particular, siendo una de llas la de fecha 25 de julio de 1956, que dice así:

"La competencia para conocer de los perjuicios derivados de tales trabajos no está unificada en nuestra legislación —como es lo técnico y sería lo deseable—; así, ella corresponde:

"A lo contencioso administrativo, cuando el trabajo público no comporta la ocupación permanente de la propiedad privada (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fe-

cha 20 de junio de 1955) y siempre que se aunen estas dos condiciones: que los daños causados tengan origen en el conjunto de operaciones materiales realizadas para su construcción, reparación o conservación; y que el perjuicio sea directo —que exista una relación de causa o efecto entre éste y aquél —, en otras palabras, que no se haya interpolado ningún elemento extraño productor del daño.

"A la justicia ordinaria, cuando la ocupación de la propiedad privada sea de carácter permanente (sentencia citada); cuando los daños son resultantes de la obra pública ya concluída —como secuela de hechos o aun de faltas o culpas por su uso o explotación— y no del trabajo público; y cuando el perjuicio no es directo, en el sentido ya estudiado".

Según los antecedentes jurisprudenciales citados, y cuando en un litigio no se trata de reclamar perjuicios por una obra pública en construcción, ni se refiere a daños causados en propiedad ajena por órdenes o providencias administrativas de las previstas en la Ley 38 de 1918, ni el debate judicial versa sobre la legalidad de un acto de la administración pública lesivo del interés particular, sino que se trata de una acción privada de orden inconfundiblemente civil, en la cual, quien demanda los perjuicios afirma haberlos sufrido por errores y fallas de orden técnico en los cuales incurrió el Municipio (o la Nación o el Departamento, según el caso), al construír la obra pública de carácter permanente, y por no haber ejercido sobre dicha obra después de su construcción el control y vigilancia que reclama todo servicio público, es obvio, que la competencia para conocer de la mencionada demanda corresponde al órgano judicial, pues aquella se endereza, en resumen, a obtener una indemnización por culpa extracontractual, que es del resorte del derecho común. Expresamente así lo consignó la Comisión Redactora de la Ley 167 de 1941, en los siguientes términos:

"En esta forma la acción para reclamar queda limitada a los casos en que la ocupación o el daño provienen de un trabajo, de una obra pública, pues, es natural que los daños extracontractuales de otra naturaleza, ejecutados por la Administración, se ventilen y decidan de acuerdo con los preceptos del derecho común desde luego que se trata de una responsabilidad simplemente civil".

Por lo demás, la competencia del Organo Jurisdiccional del Poder Público, emana también de nuestro Código de organización judicial, el cual en el numeral 1º del artículo 109 dice lo siguiente:

"Los Jueces del Circuito entienden en primera instancia en los asuntos siguientes de carácter civil:

"1º—En los contenciosos en que sea parte un Municipio y en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado".

Dentro del orden de ideas expuesto, la Corte considera que los Jueces de fondo que han conocido de un litigio de esta índole, obran dentro de la respectiva órbita de acción fijada por las leyes sobre jurisdicción y competencia que son de orden público, y en consecuencia, un proceso de tal naturaleza no se halla viciado por la causal de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, como podría afimarse sin fundamento. (Casación Civil. Agosto 12/58. Número 2199-2200)....618, 1ª y 2ª y 619, 1ª

— 101 —

COMPETENCIA (Para conocer de delitos conexos)

La Corte ha resuelto en numerosas ocasiones que, en tratándose de delitos conexos, cometidos en lugares diferentes y sometidos a diversas jurisdicciones, pero de los cuales conocen en primera instancia los Jueces Penales del Circuito, la competencia se determina por la norma del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal.

Entre los numerosos proveídos que se han

dictado al respecto basta citar los de junio 17 de 1952 (G. J., tomo LXXII, números 2116-17), 23 de agosto de 1955 (G. J., tomo LXXXI, números 2157-58), noviembre 15 de 1955 (G. J., números 2160-61) y marzo 9 de 1956 (G. J., tomo LXXXII, números 2165-66). (Casación Penal. Agosto 27/58. Nos. 2199-2200) .....801, 1ª y 2ª

— 102 —

COMPRAVENTA (De derechos de menores sin licencia judicial)

Las nulidades tanto absoluta como relativa, son fenómenos jurídicos que responden ambas a conceptos distintos en el campo de las relaciones jurídico contractuales, como distintos son sus consecuencias o efectos civilmente hablando.

Porque si las primeras, consagradas como se hallan, en interés general de la moral y de la ley, pueden y deben ser declaradas de oficio por el Juez, según lo prescribe el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, pudiendo aquellas sanearse como lo prescribe la norma citada cuando no son generadas de objeto o causa ilícitos. Las segundas en cambio, que son en el fondo una facultad temporal otorgada a favor de determinadas personas para destruír los efectos de un acto o contrato afectado de vicio subsanable, no pueden ser materia de declaración judicial, sino a petición de parte o del Ministerio Público, como lo enseña en su ordenamiento el artículo 1.743 del Código Civil, pudiendo ellas sanearse como expresamente allí se predica por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes.

La circunstancia de no haberse cumplido con la ritualidad de la autorización judicial al enajenar derechos de menores, no configura la nulidad absoluta, sino que tal omisión únicamente generaría la nulidad relativa, que como medida establecida para proteger los intereses patrimoniales de los menores, no podía ser alegada sino por éstos, pero en ningún caso correspondía tomar la iniciativa de ella al vendedor pues es principio universal que nadie puede alegar su propia culpa.

La acción para obtener la declaración de nulidad de la compraventa de derechos de menores por falta de licencia judicial para venderlos, es personal y exclusiva de los menores, por tratarse de una nulidad relativa establecida en su beneficio. Habiendo sido creadas esta clase de acciones en beneficio de determinadas personas, es obvio, que si son promovidas por quienes no tienen interés jurídico en la litis, no pueden proceder por falta de legitimación en el proceso que constituye uno de los presupuestos para el fallo de fondo. (Casación Civil. Agosto 29/58. Nos. 2199-2200) .....704, 2ª y 705, 1ª y 2ª

— 103

COMPRAVENTA (Objeto ilícito)

No puede hablarse de objeto ilícito en una enajenación, sino cuando ella ha versado, como taxativamente lo prescribe el artículo 1.521 del Código Civil, sobre cosas que no están en el comercio o sobre derechos intransferibles a otra persona, o sobre cosas embargadas por decreto judicial, o sobre especies cuya propiedad se litiga, salvo que en estos dos últimos casos el Juez autorice la enajenación. (Casación Civil. Agosto 29/58. Nos. 2199-2200) .....705, 1ª y 2ª

— 104 —

COMPRAVENTA POR CABIDA (Acción para computarla)

Cuando la venta de un predio rústico se ha hecho por cabida, y la real es menor de la declarada, el artículo 1.888, inciso 2º del Código Civil, le da al comprador la acción para

que el vendedor complete la cabida. Si esto no fuere posible o no se le exigiere, deberá sufrir el comprador la disminución proporcional del precio.

Cuando el precio de la cabida que falta, alcanza a más de un décima parte del área completa, el comprador podrá, a su arbitrio, pedir la disminución del precio o desistir del contrato con indemnización de perjuicios.

Declarada la prescripción de la acción seguida en los términos del artículo 1.888 del Código Civil, no cabía pronunciamiento especial sobre indemnización de perjuicios que, derivados de la menor cabida del inmueble, debían sufrir las mismas consecuencias de la acción principal. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....76, 2ª

— 105 —

CONFESION (Divisibilidad)

De acuerdo con la doctrina jurídica la división de la confesión, en materia penal, no puede hacerse sino en el caso de que las cualificaciones introducidas estén perfectamente contradichas o desvirtuadas por otros elementos de prueba.

No corresponde al procesado probar las circunstancias que introduzca en su indagatoria como exculpativas de su conducta, o en que desconozca el carácter ilícito de su comportamiento.

Cuando el procesado no acepta en su indagatoria los hechos centrales o jurídicamente significantes, pero sí algunos hechos circunstanciales, no puede hablarse en sentido estricto de una confesión. No obstante si tales hechos meramente circunstanciales se interpretan en sentido amplio, como fragmentos de una confesión, al interpretar el valor de éstos se debe aplicar en su integridad lo dispuesto en el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto resulte pertinente. (Casación Penal. Julio 11/58. Nos. 2199-2200).....731, 1ª

— 106 —

CONFESION (Por curadores ad-litem)

El curador **ad-litem** no ha recibido facultad de la ley para confesar en el juicio en que se le designa para representar al demandado en los casos autorizados por los artículos 317 y 1.001 del Código Judicial.

Al contrario, puede afirmarse que no la tiene, y baste al efecto citar el artículo 621 del mismo Código, que, por disposición de su último inciso, no permite la confesión ficta en los juicios en que el demandado ha estado representado por curador **ad-litem**. Este artículo prescribe la forma como se debe proceder "cuando habiendo juicio en curso no se encuentra la persona a quien se piden posiciones", para obtener la declaración de confeso, con la salvedad de que lo allí dispuesto "no es aplicable al demandado que por falta de notificación personal de la demanda esté representado por curador **ad-litem**".

Se puede concluir que, si con la presencia de un curador **ad-litem** no es posible dar por surtida la notificación personal de la citación a posiciones a fin de declarar ciertos los hechos preguntados y admisibles, tampoco se puede aceptar que esté autorizado para confesar o reconocer tácitamente un documento privado, suscrito por el demandado, a quien representa en el juicio.

No comete error un Tribunal cuando estima que un recibo no puede tenerse por reconocido de conformidad con el artículo 645, por cuanto que la persona que lo suscribió no estuvo representada en juicio por medio de apoderado, sino por un curador **ad-litem.**

Esto mismo permite deducir que si no podía tenerse por reconocido el recibo, debido a que la parte que lo suscribió no estuvo representada en el juicio por medio de apoderado, no era indispensable para tal finalidad que el curador **ad-litem** lo objetara o redarguyera de falso. Esta formalidad es indis-

pensable solamente cuando el demandado actúa directamente o por medio de apoderado judicial o de representante legal, que no lo es el curador **ad-litem**, como equivocadamente puede creerse. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....80, 1ª y 2ª

— 107 —

CONTRATO DE TRABAJO

Es obvio que el patrono, a quien le está vedado modificar unilateralmente las condiciones de un contrato en curso, bien puede proponer la celebración de uno nuevo, y ello, si el trabajador no accede, y no media presión indebida, en manera alguna implica la terminación del vínculo existente, y menos configura un despido. (Casación Laboral. Julio 31/58. Nos. 2199-2200).....881, 2ª

— 108 —

CONTRATO DE TRABAJO (A término fijo)

Como tesis general el contrato celebrado a término fijo debe constar siempre por escrito.

Lo anterior significará que sólo en el contrato individual escrito sea válido el acuerdo sobre plazo fijo? No, porque en un momento dado se puede estar en presencia de un ordenamiento jurídico positivo de superior jerarquía a la del contrato individual de trabajo que, no contrariando los principios de la Ley Laboral, en cuanto tienden a tutelar en un mínimum los derechos del trabajador, establezca condiciones más favorables a éste, según la doctrina que consagra el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 21 ibidem. (Casación Laboral. Julio 23/58. Nº 2199).865, 1ª y 2ª

— 109 —

CONTRATO DE TRABAJO (Cargos de dirección)

El extinguido Tribunal Supremo, en casación de fecha 1º de junio de 1954 expresó lo siguiente: "Los cargos de dirección se caracterizan por quienes los desempeñan: a) Actúan en función no simplemente ejecutiva sino conceptiva, orgánica y coordinativa, múltiple, esencialmente dinámica que persigue el desarrollo y buen éxito de la empresa o servicio considerado como abstracción económica o técnica, a diferencia del trabajador ordinario que no lleva sino su propia representación y cuya labor se limita a la ejecución concreta de determinada actividad dentro de los planos señalados de antemano por el impulso directivo; b) Ocupan una posición especial de jerarquía en la empresa o servicio con facultades disciplinarias y de mando sobre el personal ordinario de trabajadores y dentro de la órbita de la delegación, jerarquía que por regla general coincide con el alto rango del cargo, pero sin que esta coincidencia sea forzosa o esencial, pues el criterio no es formal sino sustancial, y, por lo tanto, se estructura únicamente sobre la naturaleza de la función que realice el trabajador. Así lo había expresado ya este Tribunal en sentencia de 15 de octubre de 1948 (**Gaceta del Trabajo**, Tomo III, números 17 a 28, página 598); c) Obligan al patrono frente a sus trabajadores, según lo preceptuado por el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo; d) Están dotados de determinado poder discrecional de auto-decisión cuyos límites resultan de la ubicación que ocupen en la escala jerárquica o, en último término, de la voluntad superior del empleador; e) Cuando la gestión no es global, son elementos de coordinación o enlace entre las secciones que dirigen y la organización central; f) Finalmente y por todo lo anterior, constituyen un tipo intermedio de

trabajador entre el patrono a quien representan y el común de los demás asalariados. En esta categoría, y como ejemplos puramente enumerativos, están incluídos los gerentes, administradores, mayordomos, capitanes de barco, etc....". (Casación Laboral. Agosto 13/58. Nos. 2199-2200).905, 1ª y 2ª

— 110 —

CONTRATO DE TRABAJO (Consecuencias de la muerte del patrono y del trabajador)

La muerte o inhabilitación del patrono, cuando éste sea una persona natural y cuando ella traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión del trabajo, constituye apenas una causal de suspensión, conforme a lo estatuído por el ordinal 2º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo. De otra parte en el artículo 61 del mismo Código, que enumera las causales por las cuales se termina el contrato de trabajo no se contempla o consagra la consistente en el hecho de la muerte del patrono, pues lo normal u ordinario en estos casos es que el contrato continúe con sus causahabientes o herederos o que se suspenda cuando "la muerte del patrono traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo", para reanudarse posteriormente con éstos desaparecidas las causas de suspensión temporal. La razón para que la muerte del patrono no produzca la terminación del contrato de trabajo, estriba en que éste ha perdido el carácter de **intuitu personae** para quedar sustituído por la relación entre el trabajador, como factor de la producción de la empresa y esta la razón para que opere el fenómeno de la sustitución patronal, pues al obrero no interesa, de manera fundamental, la persona del propietario, sino el conjunto de derechos que le confiere su permanencia en la empresa. En cambio, la muerte del trabajador sí produce ese efecto —la terminación del contrato—, porque es elemento esencial del mismo la actividad personal del trabajador, que le impone la obligación de realizarla por sí mismo, y ese deber u obligación no se transmite a sus herederos. (Artículos 23, 61, ordinal d) del Código Sustantivo del Trabajo).

Puede sobrevenir una modificación en la situación jurídica del patrono, por la muerte de éste, operándose un cambio o suspensión del primitivo por otro, constituído por sus causahabientes o herederos en la sucesión, por causa de la transmisión a título universal, siempre que, por otra parte, subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios, con la consecuencia de mantener íntegra la continuidad de la relación de trabajo, ya que la sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes. (Artículos 67 y 68 del Código Sustantivo del Trabajo).

Sólo cuando las causas susceptibles de impedir a los trabajadores y a los patronos el cumplimiento de sus obligaciones obran definitivamente, se produce la terminación de las relaciones de trabajo. En el caso de muerte del patrono, el hecho impeditivo del cumplimiento de las obligaciones puede obrar definitivamente, cuando tenga como consecuencia ineludible y forzosa la terminación o clausura del negocio, como acontece cuando éste vive de la actividad personal del patrono; pero en este caso, la muerte del empresario o patrono no es la causa de la terminación del contrato de trabajo; éste concluye o termina por el cierre del negocio, cuando no es posible su continuación. (Artículos 61, ordinal f) del Código Sustantivo del Trabajo). (Casación Laboral. Junio 26/58. Nº 2198).....371, 2ª y 372, 1ª

— 111 —

CONTRATO DE TRABAJO (Gerente nombrado en propiedad)

El Consejo de Adminisrtación no señaló período fijo al efectuar el nombramiento del Gerente. Luego, si no hizo esa fijación hay que aplicar lo que dicen los estatutos de la Cooperativa sobre el particular, puesto que la elección fue hecha de acuerdo con tales normas y no de cualquier manera sino **en propiedad.** (Casación Laboral. Julio 23/58. Nos. 2199-2200).....863, 1ª

— 112 —

CONTRATO DE TRABAJO (Suscrito por representante del patrono)

El hecho de que el contrato de trabajo no aparezca suscrito a nombre de la empresa demandada por el gerente general de la misma, en nada demerita su valor legal, ni destruye sus efectos jurídicos porque él aparece suscrito por el Superintendente de la Empresa, y, como tal, constituye un representante del patrono con capacidad para obligarlo frente a sus trabajadores, no sólo por ese carácter que puedan conferirle los reglamentos de la misma, sino también, por ser un empleado a su servicio, con funciones de dirección o administración y quien ejercitó el acto de representación de la sociedad, con la aquiescencia expresa o tácita de ésta, tal como lo preceptúa el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo. (Casación Laboral. Agosto 13/58. Nos. 2199-2200).....905, 1ª

— 113 —

CONTRATO DE TRABAJO (Suspensión)

No es exacta la tesis del **ad-quem** cuando expresa que: "la simple suspensión debe entenderse para los contratos a término fijo", porque este fenómeno jurídico puede acaecer en todo contrato de trabajo, cualquiera que sea su forma, contenido y duración, pues el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no establece la limitación ni consagra las modalidades que pretende el Tribunal. (Casación Laboral. Junio 26/58. Nº 2198)..
372, 1ª y 2ª

— 114 —

CONTRATO DE TRABAJO (Suspensión y terminación)

La ley laboral consagra y regula dos instituciones bien distintas, a saber: la suspensión del contrato de trabajo (artículos 51, 52 y 53 del Código Susantivo del Trabajo) y la terminación del contrato de trabajo (artículos 61, 62 y 63 ibidem). La suspensión de las relaciones individuales de trabajo, como institución que es, comprende el conjunto de normas que señalan las causas justificadas de incumplimiento temporal de las obligaciones de los trabajadores de los patronos y los efectos que se producen. Ella deriva de la existencia de circunstancias que impiden la prestación de los servicios; su finalidad es, evitar la disolución o terminación de las relaciones de trabajo y, consecuencialmente, contribuir a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos; tiene por objeto relevar temporalmente a los trabajadores y a los patronos del cumplimiento de sus obligaciones, con la consecuencia de que los primeros no prestarán sus servicios y los patronos no pagarán salarios; existiendo causa justificada para la suspensión, ninguno de los dos grupos incurrirá en responsabilidad; su efecto final, consiste en el deber del empresario de utilizar a los trabajadores, tan pronto desaparezca el impedimento que impuso la suspensión. (Artículos 52 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo).

La terminación del contrato de trabajo, produce la disolución de los vínculos jurídicos y, en consecuencia, desparecen, para el

futuro, los derechos y obligacionse de trabajadores y patronos, inherentes a su ejecución, subsistiendo, tan sólo, los impuestos por la naturaleza de ciertas prestaciones, como sucede, por ejemplo, con las pensiones jubilatorias y de invalidez y el seguro de vida.

Como instituciones diferentes que son, tanto la suspensión como la terminación de la relación laboral, se apoyan en diversas causas o motivos que las justifican y tienen efectos distintos. En ambos casos la violación de los principios o normas que regulan cada una de esas instituciones, puede producir diversa responsabilidad.

La suspensión de las relaciones de trabajo concluye con la desaparición de la causa que la motivó. El trabajador debe presentarse al trabajo dentro de los términos contemplados para los diversos casos de suspensión en los artículos 51 y 52 del Código Sustantivo del Trabajo, pues de lo contrario, podría configurarse abandono del empleo y dar ocasión a su despido; el empresario, a su vez, setá obligado a reanudar las labores y admitir a sus ocupaciones anteriores a todos los trabajadores que se presenten dentro de los tres días siguientes a la notificación o aviso que debe efectuar en los casos y en la forma estatuida por el citado artículo 52. Desaparecidas las causas de la suspensión temporal del trabajo, o vencido el tiempo máximo establecido de modo expreso en los casos del numeral 3º del artículo 51 ibidem, si el patrono no reanuda las labores, dichá suspensión, puede convertirse en despido, con todas las consecuencias que este último conlleva, pues el exceso del plazo de la suspensión, removidas las causas que la hicieron posible, o el vencimiento del término legal, permitirá al trabajador considerarse en esa situación, o podrá constituír causal para la terminación del contrato de trabajo como lo prevé el ordinal e) del artículo 61 del Código de la materia.

Las cuestiones relativas a la suspensión del contrato de trabajo, pueden estar emparentadas con las ideas sobre terminación del mismo, no sólo por las causas anotadas antes, en los casos de exceso o vencimiento del plazo, sino también, porque en ambas —la suspensión y la terminación— se hace imposible el desarrollo de la relación de trabajo, pues los hechos que las motivan no pueden superarse, al menos durante un cierto tiempo. Pero de esta vinculación no puede deducirse la identidad de causas justificadas o motivos determinantes ilícitos que regulan una y otra institución. (Casación Laboral. Junio 26/58. Nº 2198).....371, 1ª y 2ª

— 115 —

CONTRATO DE TRABAJO (Su retribución)

Concurriendo los elementos esenciales que la ley (artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo) propone como integrantes del contrato de trabajo, éste se configura así se hubiere dado a la retribución de los servicios del trabajador la forma aparente de "precio" de compraventas, pues como lo dice la norma citada el contrato de trabajo, reunidos aquelos elementos, no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198). 351, 1ª

— 116 —

CONTRATO DE TRABAJO (Su terminación unilateral con un gerente sin haber terminado su período)

Dijo el suprimido Tribunal Supremo del Trabajo: "El cargo impugna la condena por lucro cesante con la tesis de que siendo esencialmente revocable el mandato del Gerente de la sociedad anónima, según la legislación

mercantil, no cabe afirmar duración presuntiva de su contrato de trabajo (para el supuesto de que éste exista) ni que la ruptura del mismo, por aquella facultad de revocación, sea ilícita y obligue a los salarios del tiempo faltante para el vencimiento presunto del contrato, como indemnización por el lucro cesante. Tal es, en síntesis, la cuestión de fondo que se propone en el cargo anterior y en el presente, por conceptos distintos de violación".

"Antes de decidirla el Tribunal Supremo observa que el fallo acusado declara la concurrencia, para el caso del Gerente de autos, de un contrato laboral con otro de mandato diferente, en fenómeno especialmente contemplado por el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo. Este precepto constituye, pues, otro de los soportes legales de la sentencia, y el impugnador debió incluirlo en su acusación, para que resultara completa la proposición jurídica a examinar. Sobre todo cuando el asunto principal a definir radica, precisamente, en el fenómeno de concurrencia apuntado. Porque, de una parte, ningún problema se suscitaría, en punto a la facultad de revocación del mandato del Gerente, conforme a la legislación comercial, si no fuera porque el concurrente contrato de trabajo de duración indefinida tiene un término presuntivo, según la ley laboral; ni, a la inversa, ninguna duda existiría respecto de la condena discutida si no fuera porque el mandato del Gerente es esencialmente revocable, según la ley mercantil. Para quien intente conciliar las consecuencias jurídicas de uno y otro ordenamiento (como lo propugna el acusador en párrafo final, no transcrito, del cargo que se estudia, con invocación de los textos 1º y 18 del Código Sustantivo del Trabajo) la solución no puede ser otra que la de reconocer el imperio de aquella revocación, en lo que al mandato se refiere, quedando con ello terminada la relación del Gerente con la sociedad, para todos los efectos de la gestión comercial; mas admitiendo, al mismo tiempo, que el contrato de trabajo concurrente posee un término de duración, según la ley laboral, la cual no registra aquella facultad entre las causales de terminación del vínculo de trabajo, ni tiene establecido un régimen de excepción por cuya virtud el Gerente-empleado carezca de derecho al lucro cesante. Tal es la conclusión obligada, en razón del fenómeno de concurrencia. Y con ella se mantienen los efectos de las normas respectivas, dentro de su ámbito propio".

"Mas si se alegare que dicha solución implica, en el fondo, un desconocimiento de la facultad de revocación, o que equivale a dejar sin operancia la norma mercantil, o restringirle sus efectos, será necesario replicar, para ese planteamiento de conflicto con la ley laboral, que el problema debe desatarse con prevalencia de la última, por mandato categórico del artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo. Y no se diga que esto conduciría, a su vez, a una violación de las reglas sobre preferencia, del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, que asignan al Código de Comercio un lugar apenas aventajado por el Código Civil, pues el texto laboral, último en el tiempo, más acorde con él y especialísimo, además, confirió preferencia a la ley de trabajo sobre cualquiera otra".

"Las razones anteriores obligan a resolver que teniendo el Gerente de autos un contrato de trabajo con la sociedad demandada; que poseyendo tal contrato un término de duración; que habiéndolo terminado unilateralmente la empresa sin causa prevista por el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, se causaban los salarios del tiempo faltante conforme al artículo 64 de la misma obra, que no puede, por ello, resultar infringido por ninguno de los conceptos propuestos". (Juicio seguido por Eduardo Arbeláez contra "Naviera Colombiana, S. A.". Sentencia de 30 de abril de 1956). (Casación Laboral. Julio 23/58. Nos. 2199-2200) . . .863, 2ª y 864, 1ª

— 117 —

CONTRATO DE TRABAJO (Terminación por mala conducta del trabajador)

La conexidad entre el hecho "grave" y los perjuicios no puede erigirse en predicado universal. Lo que es "grave" no siempre produce perjuicios, y en cambio lo que es leve o insignificante a veces puede producirlos.

La gravedad —cuyo neto sentido etimológico es **peso**—y que resulta de tan difícil mensura para el juzgador, suele ser, como en el caso del ordinal 8º del artículo 62, el énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato, etc., sin que ello necesariamente envuelva que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicios al patrono. Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que puedan usarse por una de ellas en su exclusiva conveniencia y como instrumentos lesivos de los intereses de la otra, y por ello ha ocurrido a la calificación de "graves", sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen al juzgador; a este respecto lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo y viceversa. En casos como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo y su "violación grave", expresada así por el ordinal 8º del artículo 62 ibidem, el juzgador califica, con plena libertad pero mediante el justiprecio de las circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos. (Casación Laboral. Julio 7/58. Nos. 2199-2200)....819, 2ª y 820, 1ª

— 118 —

CONTRATOS (Inoponibilidad y nulidad)

La inoponibilidad por falta de concurrencia se funda en el efecto relativo de los contratos que liga a las partes o a quienes ocupen su lugar jurídico mas no a terceros, y supone la validez del negocio. En tanto que por la nulidad se predica la incidencia de vicios que afectan la vida del contrato, por modo absoluto o relativo según los casos. (Casación Civil. Agosto 28/58. Nos. 2199-2200) 670, 2ª

— 119 —

CONTRATOS (Interpretación)

En materia de interpretación contractual, enseña Giorgi en su "Tratado de las Obligaciones", debe procederse de acuerdo con ciertas normas que son precisamente los cánones sobre los cuales ha fundado la práctica los criterios directivos de las investigaciones encaminadas a descubrir la voluntad humana. (Tomo IV, página 183).

Aun cuando el notable civilista no dice en el párrafo transcrito cuáles son aquellas normas, sin embargo los doctrinantes y la jurisprudencia de los Tribunales, de acuerdo están en que el criterio normativo que debe guiar al juzgador, en su labor interpretativa, debe encaminarse siempre, a darle efectividad a la voluntad contractual, y a los actos jurídicos, indagando dentro de los principios generales de la hermenéutica contractual, cuáles fueron realmente los objetivos y finalidades que se propusieron las partes al ajustar la convención.

Aquella tarea de interpretación contractual, se impone en casos como el presente, en que la cuestión controvertida, radica en la manera como sean interpretadas las cláusulas de un pacto huérfano de una configuración jurídica específica, con respecto al cual,

han disentido en su denominación tanto los Jueces de fondo, como las mismas partes comprometidas en el litigio; pues al tiempo que el Juez de primera instancia, dice en la motivación de su fallo, que se trata de un contrato de aparcería agraria, el Tribunal afirma que es una simple opción de compra de carácter unilateral. Y al tiempo de que los contratantes lo denominan en el documento como un contrato de "anticresis", el actor del juicio afirma que se trata de una promesa de venta.

En realidad, las modalidades del contrato suscrito por documento privado, de que se viene hablando, no da base por la heterogeneidad de sus estipulaciones y la pluralidad de sus propósitos comerciales, para poder asignarle una calificación jurídica específica, ya que se trata de un convenio sui generis que no encaja en ninguno de los tipos reglamentados expresamente por nuestro Código Civil. Siendo ello así, es preciso seguir la norma del numeral primero del artículo 1.622 del Código Civil, según el cual, las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Esta norma que consagra en resumen una regla general de hermenéutica contractual, deja al juzgador la facultad de indagar la intención de las partes contratantes, sin violar el principio de la autonomía de la voluntad contractual consignada en nuestro régimen civil.

Y en orden a aquella interpretación que compete al juzgador, doctrina constante de la Corte ha sido, respetar la autonomía de los Tribunales cuya apreciación sólo puede modificarse en el recurso de casación, cuando apareciere de un modo manifiesto en los autos, o se hubiere demostrado que el sentenciador incidió en ostensible error de hecho o en error de derecho. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198)..53, 2ª y 54, 1ª y 2ª

— 120 —

CONTRATOS (No puede demandarse la sola indemnización de perjuicios sin pedirse el cumplimiento o la resolución del contrato)

La súplica sobre resolución de un contrato debe ser expresa, y aun más cuando la parte que pretende el cumplimiento tiene la alternativa legal de exigirlo también de la contraparte, o si lo prefiere, demandar la resolución del contrato, en ambos casos con perjuicios. Por manera que la sola súplica indemnizatoria nada significa sobre el ejercicio de la dicha alternativa legal por el actor, lo cual marca en la demanda un vacío insalvable puesto que, como es obvio, el Juez nunca podría ejercer de oficio aquella facultad de elegir, en reemplazo de la parte actora.

En realidad, al tratar el recurrente ahora, lo referente a la resolución del contrato, que no fue asunto suplicado en la demanda, ni discutido en ninguna de las instancias del juicio, equivale a suscitar en casación, un extremo extraño a la litis, cuyo objetivo indemnizatorio quedó determinado en el respectivo libelo, en términos claros y concretos, no siéndole posible al juzgador salirse de ellos, pues al haberlo hecho así se habría colocado fuera del **status causae** o **controversiae** calificado por los expositores de técnica de casación, como una extralimitación de funciones, generadora de los llamados en derecho procesal vicios de **ultra-petita.** (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198)..50, 1ª y 2ª

— 121 —

CONSEJO DE ESTADO (Competencia para conocer demandas contra un decreto ejecutivo que nombró Consejeros de Estado)

Según el artículo 189 de la Ley 167 de 1941 (C. C. A.), "el Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presiden-

te de la República, Senadores y Representantes a la Cámara. E igualmente conoce de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones **o nombramientos** hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, **el Gobierno o por cualquiera autoridad, funcionario** o corporación del orden nacional". (Los subrayados son de la Sala). Y según el artículo 190 ibidem "la Corte Suprema de Justicia conoce en Sala Plena y en una sola instancia de las demandas relativas **a la elección** de Designados a la Presidencia de la República, de **Consejeros de Estado** y de Magistrados de los Tribunales Administrativos". (Los subrayados de este artículo también son de la Sala). Es decir, el legislador de 1941, al dictar las normas transcritas, hizo clara distinción entre los términos **elección y nombramiento**, los que no deben confundirse en su verdadera acepción gramatical, con la sola finalidad de pretender atribuírle a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de una acción que corresponde privativamente, según la Ley, al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el caso de autos al Consejo de Estado. Según el diccionario de la Academia de la Lengua, "**elección** implica acción y efecto de elegir, deliberación y libertad para obrar, como, por ejemplo, el nombramiento de una persona, que regularmente se hace por votos, para algún cargo, comisión, etc.". Y "nombrar" es "elegir" o señalar a uno para un cargo, empleo u otra cosa", siendo "nombramiento", por tanto, "la acción y efecto de nombrar". De ahí porqué el artículo 190 citado, únicamente dé competencia a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento de las demandas relativas a **la elección** de los empleados que ella cita, esto es, de las personas que deben ser nombradas por medio de votos dados por los miembros de cuerpos deliberantes, y el artículo 189 extienda al Consejo de Estado esa competencia, no sólo para conocer de las demandas que se refieren a elecciones verificadas por cuerpos deliberantes sino a **nombramientos** hechos por el Gobierno, como los de Consejeros de Estado, en defecto de las Cámaras Legislativas.

Lo expuesto encuentra apoyo en los mandatos de los artículos 62 y 67 de la Ley 167 de 1941.

Cuando las pretensiones de la demanda se dirigen concretamente a obtener la nulidad de los Decretos Ejecutivos por los cuales el Gobierno Nacional nombró Consejeros de Estado en interinidad —Decretos que constituyen normas de carácter administrativo— por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad, y el restablecimiento del derecho en el cual se cree lesionado el demandante, para la Sala Plena es incontrovertible —a tenor de las disposiciones legales comentadas— su incompetencia para conocer de ella, porque es al Consejo de Estado y no a la Corte, a quien la ley atribuye competencia privativa para conocer de la acción de plena jurisdicción, como claramente se deduce de las disposiciones transcritas, en armonía con el artículo 34, numeral 10º, de la Ley 167 de 1941, y el artículo 11º del Decreto Legislativo 4120 de 1949. (Sala Plena. Junio 11/58. Nº 2198).....10, 2ª y 11, 1ª y 2ª

— 122 —

CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO
(Prueba de su existencia)

Si para que la convención produzca sus efectos se requiere necesariamente que uno de los ejemplares de ella sea depositado en el Departamento Nacional del Trabajo (hoy División de Asuntos Industriales), con lo cual se le reviste de las formalidades propias de un acto solemne, resulta ineludible acudir a esa fuente, cuandoquiera que se trate de probar su existencia legal, y siendo así, el medio adecuado al respecto es la copia autorizada por dicha dependencia, con la

certificación de que el depósito se efectuó en la oportunidad que exige la ley.

En otros términos, no basta que en un juicio el demandante afirme, y el demandado no admita como cierto el hecho de haberse celebrado una convención colectiva, que en principio los obligue conjuntamente, porque el simple acuerdo sobre las condiciones generales del trabajo y demás puntos que constituyen el contenido de ese acto jurídico laboral, carece de efecto alguno en lo que se refiere a terceros y a las mismas partes, mientras no se haya cumplido el depósito previsto en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, y esto sólo puede acreditarse con la intervención de la correspondiente oficina pública. (Casación Laboral. Agosto 19/58. Nos. 2199-2200).....915, 2ª y 916, 1ª

— 123 —

COOPERATIVAS (Estatutos)

Los estatutos de una Cooperativa, como régimen orgánico de la misma intervenido por el Estado, constituyen un conjunto de normas que no sólo son de obligatorio respeto para los socios, los organismos y personeros internos de la institución, sino también para las autoridades administrativas y judiciales cuando a éstas se acude en demanda de solucionar conflictos cooperativos. Tales normas se deben aplicar en su integridad tanto el relativo a las obligaciones de los servidores de la Cooperativa como a los derechos o garantías establecidos en su favor. (Casación Laboral. Julio 23/58. Nos. 2199-2200) 865, 2ª

— 124 —

COPIAS (Formalidades para expedirlas)

El omitir la inserción en las copias que expida el Secretario, del auto que decretó la compulsa, no invalida la prueba, porque el artículo 632 del C. J. no ordena que haya de constar tal requisito como condición necesaria para su validez. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....111, 2ª y 112, 1ª y 2ª

— 125 —

CORRECCION DE SENTENCIAS (Por error aritmético)

Dentro de la corrección del error aritmético autorizado por el artículo 483 del C. J. no cabe borrar de la parte resolutiva del fallo el guarismo de pesos allí estampado, y poner, en su lugar, uno de un valor superior, porque tal proceder desnaturalizaría la corrección numérica puesto que llevaría "a producir mutaciones sustanciales en las bases del fallo". (G. J. Tomo LXVI).

La coadyuvancia del apoderado de la parte contraria para que, "aunque no se trata de error aritmético", con su autorización se haga la declaración de que el precio estipulado fue el del guarismo de pesos superior al que aparece en la sentencia, dados los términos perentorios del artículo 482 del C. J. de que el fallo no es reformable ni revocable por el mismo Juez o Tribunal que lo ha pronunciado, no es dable hacerla porque ello conduciría a una reforma de la sentencia en la parte resolutiva, lo que iría contra la inmutabilidad de las sentencias.

Tal manifestación de coadyuvancia, constituye un reconocimiento en favor de la contraparte sobre cantidad de dinero que debe restituírle aquella, y que podrá hacer valer en su oportunidad. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....87, 2ª

— 126 —

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (No es competente para conocer de demandas contra decretos ejecutivos que nombren interinamente Consejeros de Estado)

El artículo 136 de la Constitución Nacio-

nal dio a las Cámaras Legislativas la facultad de hacer **"la elección de Consejeros de Estado**... de ternas formadas por el Presidente de la República". Y añade el mismo precepto: "Corresponde al Gobierno la designación de Consejeros interinos".

La norma constitucional transcrita, considera, como es obvio, elección de Consejeros Principales y Suplentes, la que efectúan las Cámaras Legislativas de las ternas formadas por el Presidente de la República, y como designación o nombramiento la que el Gobierno hace de Consejeros interinos.

El artículo 190 de la Ley 167 de 1941 dio a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer "en Sala Plena y en una sola instancia" de las demandas relativas a la elección de Designados a la Presidencia de la República, de Consejeros de Estado y de Magistrados de los Tribunales Administrativos. Relacionando este precepto con el artículo 136 de la Carta Fundamental, se concluye que la competencia que tiene la Corte en Sala Plena se refiere exclusivamente a las demandas de la elección que hagan las Cámaras Legislativas de Consejeros de Estado principales y suplentes, y no a la designación que efectúe el Gobierno de Consejeros interinos. Bien sabido es que las normas sobre competencia y jurisdicción son de carácter restrictivo, y que, por lo mismo, no pueden extenderse a casos o situaciones no contempladas en las leyes que la otorgan.

En cambio, el artículo 189 de la Ley 167 de 1941 sí confiere competencia al Consejo de Estado para conocer **"privativamente"** (subraya la Corte) y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, Senadores y Representantes a la Cámara; y extiende esta competencia a "los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquier autoridad, funcionario o corporación del orden nacional". De lo pertinente al caso, se tiene que es jurisdicción privativa del Consejo de Estado conocer de los juicios que se susciten con motivo de la elección o nombramiento hechos por el Gobierno.

Por manera que si, de lo expuesto, resulta que la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena sólo puede conocer de las demandas relativas a la elección de Consejeros de Estado, hechas, claro está, por las Cámaras Legislativas, y si el Consejo de Estado la tiene privativa para conocer de las elecciones o nombramientos hechos por el Ejecutivo, es manifiesta la incompetencia de la Corte en Sala Plena para aprehender el conocimiento de la demanda que se instaure tendiente a obtener la nulidad de los decretos y demás actos administrativos mediante los cuales se nombraron Consejeros de Estado en interinidad por el Gobierno Nacional.

De otra parte, el artículo 190 de la Ley 167 de 1941 consagra la acción electoral exclusivamente encaminada a obtener la nulidad o invalidez de la elección de Consejeros de Estado, la cual es de carácter público. En tanto que la aquí ejercida es la de plena jurisdicción que se encamina no solamente a declarar la nulidad de los decretos y oficio que forman el acto administrativo mediante el cual el Gobierno Nacional nombró Consejero de Estado, en interinidad, en reemplazo del demandante, sino también a que se decrete su restitución en el empleo, se ordene el pago de los sueldos dejados de percibir por él hasta cuando el reintegro se realice, y los perjuicios morales sufridos por el mismo. Esta acción, que sólo la tiene el perjudicado con el acto administrativo, compete a la jurisdicción contencioso administrativa de conformidad con los artículos 34, 62, 67, 83 y 85 de la citada Ley 167 de 1941. (Sala Plena. Junio 16/58. Nº 2198).....14, 2ª y 15, 1ª y 2ª

— 127 —

COSTAS (Condenación al fallador)

No es acertado condenar en costas a un funcionario, cuando por la escasa claridad de la demanda se equivocó al tramitarla, pues esta sanción sólo procede cuando a él cabe alguna responsabilidad en lo ocurrido (artículo 458 del Código Judicial). En tal caso, únicamente deben imponérsele al actor. (Negocios Generales. Agosto 6/58. Nos. 2199-2200) 950, 2ª

— 128 —

CUANTIA (Efectos de su determinación en la demanda)

La circunstancia de haber sido fijada la cuantía en la demanda, sin objeción del demandado, no convierte en definitiva e intocable tal estimación, cuando puede haber duda al respecto, en cuyo caso, existiendo en el juicio elementos que permitan calcularla, lo indicado es atenerse al resultado que de ellos se obtenga, aun cuando éste se halle en contradicción con la valoración hecha por el demandante, o bien, si el fallo se ha pronunciado ultra o extrapetita, conforme a la facultad que a los Jueces otorga el artículo 50 del C. P. T., tener como punto de referencia, para efecto de los recursos posteriores, la respectiva decisión judicial. (Casación Laboral. Julio 14/58. Nos. 2199-2200)..833, 1ª

— 129 —

CUESTIONARIOS (Manera de contestarlos por los jurados)

El sistema para la formación de los cuestionarios no es hoy el que señalaba el artículo 498 del C. de P. P., sino el que indica el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. Pero del hecho de que en la actualidad no se presenten al jurado "tantos cuestionarios cuantos correspondan a los distintos elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad", no se sigue que no pueda reconocer circunstancias diversas de las sometidas a su estudio, porque el artículo 2º de la Ley citada dispone que los cuestionarios deberán contestarse con un "sí" o con un "no", lo cual no obsta para que se reconozcan circunstancias diversas de las consignadas en la pregunta. (Casación Penal. Agosto 1º/58. Nos. 2199-2200) 740, 2ª

— 130 —

CULPA (Aquiliana en derecho romano)

La Ley Aquilia no trataba directamente de daños causados a personas libres, pero la interpretación le ha dado aplicación al plebiscito romano también en estos casos, lo que es razonable y justo.

Tampoco se refiere la citada Ley a los daños causados por animales, pues ello había sido ya regulado por la misma Ley de las XII Tablas que estableció las acciones noxales y posteriormente los ediles curules introdujeron de Pauperies que es distinta de la emanada de la Ley Aquilia, cuyos límites quedaron bien definidos en el plebiscito. Sin embargo en los tiempos modernos se cuenta como aquiliana la acción por culpa del daño de un animal que descuidado por su dueño causa daño. Lo mismo hay que decir de la responsabilidad de los padres, patronos y empresarios, etc., por los actos de sus hijos, dependientes o criados, que tampoco emana de la Ley Aquilia directamente sino de la Ley de las XII Tablas (acciones noxales), la Ley Aquilia (Damni injuriae) y el Edicto del Pretor. (Op. cit. Parte IV, Título VIII), aunque en estos tiempos entra también en la denominación de culpa aquiliana y se da la acción aquiliana. (Casación Civil. Agosto 26/58. Nos. 2199-2200) 655, 2ª

— 131 —

CULPA (Del trabajador en el desempeño del contrato de trabajo)

Demostrada la culpa del trabajador, que no puede atribuírse a una imprudencia corriente, puesto que, pudiendo hacerlo, no tomó las precauciones que preservaran del peligro de saqueo al cargamento que conducía, resulta aplicable el artículo 1.604 del Código Civil, por tratarse de un contrato celebrado en beneficio recíproco de las partes, y a falta de disposición expresa en el Código Sustantivo del Trabajo.

No es válido el argumento de que tal precepto pugna con el artículo 28 de dicho Código, en cuanto dispone que el trabajador nunca puede asumir los riesgos o pérdidas del patrono, porque el recto entendimiento de esta norma es el de que el trabajador no responde de los riegos o pérdidas que no ocurran por su propia culpa. A **contrario sensu** el trabajador responde del riesgo o pérdida ocasionado por la falta inexcusable de diligencia y cuidado en la ejecución del contrato. (Casación Laboral. Julio 31/58. Nos. 2199-2200).....883, 1ª

— 132 —

CULPA (En el transporte fluvial)

Desde el año de 1935 esta Corte previo un estudio detenido y a la luz de las exposiciones de los doctrinantes, fijó el alcance y la distinción que es necesario hacer al interpretar el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que define la fuerza mayor o caso fortuito.

En primer término cabe observar que tal norma tiene un error de copia, como lo han observado algunos expositores colombianos, entre ellos, el doctor Rodríguez Piñeres, porque el vocablo "autos" empleado en ese artículo fue mal transcrito por el copista, pues la palabra que emplea el legislador es el vocablo actos, y así es como debe entenderse la norma indicada.

En segundo lugar, las doctrinas modernas sobre presunción de culpa y presunción de responsabilidad, invierten la carga de la prueba, para proteger mejor a la víctima, del mismo modo que la culpa **in eligendo**, por ejemplo, recae o incide siempre sobre la empresa que ha nombrado sus dependientes. Así, un accidente por impericia o embriaguez del conductor de una máquina, recae no solamente sobre éste, sino también sobre la empresa a que sirve.

A la luz de estos principios debe interpretarse el artículo 326 del Código Marítimo.

Si esa norma se interpretara en un sentido rígido, que desplazara la carga de la prueba de la empresa o compañía demandada y la trasladara al demandante o a la víctima, los pasajeros de un barco quedarían perfectamente desamparados y a merced de la imprevisión, impericia o descuido de los conductores de la nave. La culpa **in eligendo**, sería inoperante y la jurisprudencia sentada por esta Corte en el sentido de que la culpa se presume siempre contra la empresa respectiva, perdería prácticamente su vigencia, viniendo así a establecerse en resumen la irresponsabilidad de las empresas de transporte, teoría que no acepta hoy ningún Tribunal y contra la cual, se han pronunciado los más autorizados civilistas, entre ellos Giorgi.

La Corte, desde el año de 1935, para adelante, fijó el alcance de los artículos 2.341 y 2.356 del Código Civil, normas éstas que contienen los principios generales que deben condicionar toda decisión en que esté de por medio la culpa. Y en tratándose del tránsito de buques, ferrocarriles, automóviles, etc., es decir, enfocando la cuestión desde el punto de vista contractual, es más claro el asunto, porque según normas expresas el transportador tiene la obligación de llevar sanos y salvos a los pasajeros al lugar de su destino.

Y esa responsabilidad sea contractual o delictual, como la llaman los doctrinantes, puede eliminarse total o parcialmente, cuando acaece el caso fortuito imprevisible, o mejor aún la fuerza mayor, como una avenida, un rayo, o un terremoto al tenor del artículo 2.350 del Código Civil, o cuando el que ha sufrido el daño se expuso imprudentemente al tenor del artículo 2.357 ibidem.

De modo, pues, que el artículo 326 del Código Marítimo no puede interpretarse rígidamente en el sentido de que por presumirse el caso fortuito, el Capitán de la nave o la empresa quedan eximidos de toda responsabilidad, si la víctima o las víctimas del accidente, no demuestran que no hubo tal caso fortuito. Ni la culpa **in eligendo,** la impericia, o descuido por negligencia del conductor o conductores de la nave se traducen en una responsabilidad que debe recaer sobre el capitán o sobre la empresa a la cual pertenezca la nave, y entonces lo único que debe demostrar la víctima es la relación de causalidad, o sea el accidente en sí mismo y el perjuicio o la lesión que sufrió la víctima a consecuencia de ese accidente.

Aun aplicando rígidamente el artículo 326 del Código Marítimo ya citado, se encuentra que el capitán será culpable, o la empresa si a la entrada de una nave al puerto trata de tomar la delantera a otra que la precede o si a la salida no cediere el paso a la nave que entra al puerto. (Casación Civil. Junio 10/58. Nº 2198).....553, 2ª

— 133 —

CULPA (En qué consiste.—Clasificación.—Criterios para determinarla)

Es definida la culpa por la doctrina en los siguientes términos: "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar".

La culpa, pues, se presenta en dos casos:

a) Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así, cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación, la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado.

b) Cuando el autor no prevee el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad.

Conforme a esta definición, la culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico consistente en no haber previsto un resultado dañoso pudiéndose haber previsto, o en haberlo previsto y haber confiado en poder evitarlo.

¿Qué criterio o pauta debe seguirse para saber si una persona ha incurrido en culpa, es decir, si ha obrado negligentemente?

Si se aplica un criterio meramente subjetivo hay que estudiar, en cada caso concreto, el estado mental y social del autor del daño.

La aplicación de un criterio meramente subjetivo ha sido desechado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia contenporánea. La culpa no es posible determinarla según el estado de cada persona; es necesario un criterio objetivo o abstracto. Este criterio abstracto aprecia la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como arquetipo.

De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones.

Un criterio abstracto u objetivo era exigido en el derecho romano para la culpa leve, pues, se exigía la diligencia de un **bonus pater familias.** Sobre este particular advierte el expositor Andrea von Truh, que "la ley quiere que el individuo se atenga para obrar, no a su personal parecer ni a sus costumbres, sino a lo que una persona razonable y ordenada —lo que los romanos decían un **bonus pater familias**— creería estar obligado en tales circunstancias". (Tratado de las Obligaciones, trad. de W. Roces, t. I, número 46-II, Madrid, 1934).

En el mismo sentido Windscheid advierte que la culpa se aprecia comparando la conducta del que causa el daño con la conducta de un **hombre ordenado (eines ordenentlichern mannes)**; hay culpa si un hombre ordenado o medianamente prudente no hubiera cometido el acto ilícito **(Lehrbuch des pandektenrechts,** T. I, número 101, Frankfurt, 1887).

Esta concepción fue decisiva en la elaboración del Código Civil alemán de 1900, uno de cuyos autores fue el citado Windscheid. De ahí que el parágrafo 276 observe que "obra culposamente quien omite la diligencia exigible en el comercio". Este es un criterio abstracto, pues "exigible en el comercio" según la autorizada opinión del expositor Enneccerus, "es aquel grado de diligencia que se considera suficiente por las gentes capaces y conscientes en esas relaciones y en las clases y esferas de personas de que se trate, por ejemplo, en los negocios mercantiles, el cuidado de un comerciante capaz, en la construcción, el cuidado de un arquitecto idóneo; en la operación, la diligencia de un médico capaz; en la conducción de automóviles, el cuidado, la serenidad y presencia de espíritu de un buen conductor". (Tratado de Derecho Civil por Enneccerus, Kipp y Wolff, tomo I, Parte General, número 197, trad. de Pérez y Alguer).

El criterio empleado por el Código Alemán exigible en el comercio, es equivalente a la diligencia del buen padre de familia de que habla el derecho romano; la diferencia estriba en que el Código Alemán "se refiere directamente a las exigencias del comercio, mientras que el derecho romano abstrae, en primer lugar, la figura normal del hombre capaz que cumple esas exigencias empleándolas luego como criterio". (Enneccerus, ob. cit. número 197).

En la doctrina francesa prevalece igualmente un concepto abstracto de culpa. Es célebre la definición de H. y L. Mazeaud para quienes la culpa "es un error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño". - (Traite Theorique et Practique de la Responsabilite Civile, París, 1947, t. I, número 439).

También la doctrina italiana considera que se encuentra en culpa quien no se atiene "al comportamiento del hombre de media y normal diligencia, es decir, del buen padre de familia". (Adriano de Cupis, **Il Danno,** Milán, 1951, p. 88).

Dedúcese, pues, que en derecho civil la culpa aquiliana se aprecia con un criterio objetivo o social, y no meramente con un criterio subjetivo. La prudencia con que los hombres deben obrar no depende de sus particulares puntos de vista, o de sus costumbres, o del retraso de sus facultades mentales, sino de aquella prudencia que se exige a un hombre diligente. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198)..138, 1ª y 2ª y 139, 1ª y 2ª

— 134 —

CULPA (Extracontractual por obra pública)

El artículo 2.341 del Código Civil, consagra el principio básico de la culpa extracontractual; y el 2.346 ibidem, siguiendo las enseñanzas del derecho romano acogidas por la jurisprudencia universal, establece la regla general de que todo daño imputable a malicia o negligencia de otra persona debe ser por ésta reparado. Las precitadas normas en concordancia con el artículo 2.347, son las que en nuestro régimen civil gobiernan el fenómeno jurídico de la culpa extracontractual.

Las entidades de derecho público son civilmente responsables, como lo establece una tradicional doctrina de la Corte, de los daños y perjuicios que en detrimento de los derechos civiles de terceros, sobrevengan como consecuencia de la obra u obras públicas por aquellas realizadas.

Cuando trata de concretarse una responsabilidad civil contra una entidad de derecho público, por razón de una obra por aquella ejecutada, la ley no tiene en cuenta si dicha obra se realizó directamente por la administración o indirectamente por medio de un contrato. A este respecto es muy clara y terminante la doctrina de la Corte, como puede verse en casación de 10 de julio de 1942. (G. J., Tomo LIV-27).

Entre las normas que rigen en nuestro sistema civil lo relativo a la culpa extracontractual, el artículo 2.356 del Código Civil establece la presunción de culpabilidad, la cual no puede desvirtuarse sino probándose plenamente fuerza mayor, caso fortuito o la concurrencia de un factor extraño a la voluntad de la persona que ha sido demandada como responsable del daño causado. Y si ésta no aduce durante el curso del proceso prueba alguna que la exonere ante la ley y ante la justicia de la responsabilidad civil que se demanda, es obvio que el fallo en cumplimiento de la norma dicha debe serle desfavorable. (Casación Civil. Agosto 12/58. Nº 2199-2200).....619, 1ª y 2ª y 620, 1ª y 2ª

— 135 —

CULPA (La extracontractual es independiente de todo contrato)

En concepto de la Corte la culpa extracontractual o aquiliana, haya o no contrato, es absolutamente independiente de éste, o sea que puede haber culpa aquiliana sin que haya precedido contrato y aun fuera de toda manifestación o relación contractual. Este fue el pensamiento del creador de esa acción. (Casación Civil. Agosto 26/58. Nos. 2199-2200) 653, 2ª

— 136 —

CULPA (Y la teoría del riesgo)

La doctrina de la culpa entendida en un sentido abstracto u objetivo es parte integrante de las doctrinas de la responsabilidad subjetiva o responsabilidad fundada en la culpa, y es bien diferente de aquellas otras doctrinas que pretenden fundar la responsabilidad civil en el riesgo (doctrinas de la responsabilidad objetiva). La doctrina del riesgo prescinde totalmente del elemento culpa para deducir la responsabilidad del agente. No debe olvidarse que la teoría del riesgo la enuncian sus partidarios afirmando que **el hombre debe responder de sus actos en razón de que cualquier actividad entraña riesgos, peligros; responde, por tanto, sin nececidad del elemento subjetivo de la culpa.** En responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa se responde, en principio, porque se ha obrado mal, es decir, porque el autor del daño se ha portado de manera diferente a como lo hubiera hecho un hombre normal; en cambio, en la responsabilidad objetiva se responde simplemente porque se ha obrado.

Por la razón anotada se tiene que el concepto de culpa en sentido abstracto no se identifica, como a simple vista pudiera creerse, con la doctrina de la responsabilidad objetiva o teoría del **riesgo creado** o **riesgo profesional**, etc. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) 139, 2ª

— CH —

— 137 —

CHEQUE (Es un principio de prueba por escrito)

Ciertamente el artículo 1.767 del C. C. rechaza la prueba de testigos para acreditar obligaciones que hayan debido consignarse por escrito.

Los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 advierten que deberán hacerse constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de $ 500.00.

Pero también es cierto que el artículo 93 de la misma Ley 153 de 1887 agrega:

"Exceptúanse de lo dispuesto en los artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso.

"Así un pagaré de más de $ 500.00 en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor no hará plena prueba de la deuda porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que por medio de testigos se supla esta circunstancia".

Un cheque reúne estas condiciones, ya que, en su acepción más amplia, es un documento creador o liberador de obligaciones; por cuanto se ordena cancelar un cheque ya sea para que el que lo reciba y cobre quede obligado a restituir esa misma cantidad de dinero al girador; o ya sea para cancelar una obligación previamente constituida. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) ....133, 2ª y 134, 1ª

— D —

— 138 —

DAÑO EMERGENTE

El daño emergente, no estando fijado cualitativa y cuantitativamente de antemano, en la legislación laboral, como acontece con el lucro cesante, deberá demostrarse en el juicio su existencia y cuantía para que sea reparado. (Casación Laboral. Agosto 23/58. Nos. 2199-2200) 925, 2ª

— 139 —

DECLARACIONES (De funcionarios públicos)

El artículo 678 del Código Judicial dispone que todos los funcionarios públicos, Generales en servicio activo y dignidades de la Iglesia que allí se enumeran, entre los primeros también los Magistrados de los Tribunales, al rendir su testimonio ante el inferior, **declaran** por medio de certificación jurado, y con ese objeto se les pasa copia de lo conducente; y que cualquiera de estas personas que se abstenga de dar o demore la certificación a que está obligada, **falta al cumplimiento de sus deberes**, y por tanto, para hacer efectiva esa responsabilidad, el Juez pone el hecho en conocimiento de la autoridad encargada de juzgar a dicha persona.

Es cuestión definida por la doctrina y la jurisprudencia que en materias estrictamente penales no puede el juzgador dar aplicación por **analogía** a las leyes de carácter sustantivo, porque en tales materias rige y tiene absoluta vigencia el principio universal de que no existe delito sin una ley que la establezca y defina y por lo mismo tampoco

hay pena sin una ley que la imponga (**Nullum crimen sine lege.-Nulla pena sine lege**). No obstante también es cuestión definida por la ciencia del derecho que tal principio no incide en el llamado derecho penal disciplinario, que proviene del ejercicio de la potestad disciplinaria que pertenece al Estado, cuyo fin es corregir a sus funcionarios en el caso de que infrinjan los deberes y obligaciones que su reglamentación profesional le impone. (Sala Plena. Agosto 18/58. Números 2199-2200).....499, 1ª y 2ª

— 140 —

DECLARACION DE RENTA (Anexo por personas a cargo)

El anexo sobre "personas a su cargo" no comporta ni puede tener la calidad de una confesión del que declara la renta, tanto porque es la manifestación de terceras personas, como porque no contiene la certeza de lo dicho. (Casación Civil. Junio 4/58. Número 2198).....156, 2ª

— 141 —

DEFENSA (Derecho de)

Sabiendo desde un principio el procesado, cuál era la imputación precisa que se le hacía y de ella y no de otra procuró defenderse, no puede afirmar que se le dificultó la defensa por el hecho de que se hubiera equivocado la cita del capítulo del Código Penal en que está comprendido el delito de abuso de confianza. (Casación Penal. Junio 23/58. Nº 2198).....291, 2ª

— 142 —

DELITO POLITICO (Incendio, devastación y saqueo)

Desde un punto de vista meramente racional, abstracción hecha de ciertas órdenes y pautas expedidas en obscuro ambiente de confusión de conceptos, es claro que no puede haber delito político sino cuando concurre un mínimum de circunstancias personales y objetivas.

El incendio y la destrucción de centros poblados puede ser delito político si se trata de lugares estratégicos convertidos en fortalezas, sin cuyo previo aniquilamiento no podrían los rebeldes alcanzar el poder. El despojo que recae sobre ganados y animales domésticos tampoco asume el carácter de infracción política si no se explica por la necesidad en que están los insurgentes de atender a su propio mantenimiento mientras dura el conflicto.

Para la Sala es dudoso, por lo menos que haya delito político allí donde las víctimas no son funcionarios ni personas prestantes de los partidos sino humildes campesinos inermes y poblaciones enteras cuya posición táctica o estratégica no se ha demostrado; sin duda porque no puede demostrarse. (Sala Penal. Agosto 12/58. Ns. 2199-2200).762, 1ª

— 143 —

DELITO POLITICO (No lo es el hurto de ganado)

Para la Sala constituye un grueso disparate calificar de delito político el hurto de semovientes, llevado a cabo con evidentes propósito de lucro.

Dentro de la definición que sobre delito político contiene el artículo 1º del Decreto 1.823 de 1954 no está incluído el hurto de semovientes entre los delitos políticos. Lo que constituye esencialmente esta clase de hechos punibles es el peligro para la seguridad del Estado y de sus instituciones. Y a nadie se le ha ocurrido que el hurto y aun el robo de semovientes, en pequeña o en grande escala representa amenaza de ninguna

especie para las autoridades en sí mismas o en su normal funcionamiento. (Sala Penal. Agosto 5/58. Nos. 2199-2200)..753, 1ª y 2ª

— 144 —

DEMANDA (En acciones posesorias, de perturbación y despojo)

Es confusa la demanda para la que el libelista solicita se le dé la tramitación señalada por el Título 29, Libro Segundo del Código Judicial, que comprende los artículos 888 a 892 de la obra, juicios posesorios especiales y a la par que invoca como fundamentos de derecho los artículos 972, 974, 976, 980, 981, 982 y pertinentes del Código Civil, indica para el procedimiento los artículos 877 a 892 del Código Judicial, es decir, que se le dé a su demanda no sólo el trámite indicado antes, sino también el correspondiente a los juicios de despojo y perturbaciones, lo cual es imposible por ser diferente el de los dos últimos al primero. Y es desconcertante que, basando su demanda el actor, como se deduce de lo anterior, en el Título 13, Libro Segundo del Código Civil, "De las Acciones Posesorias", pida al principio de la misma que se le dé el trámite correspondiente a las acciones posesorias especiales de que trata el Título 14, Libro Segundo de este Código.

Para la Sala, el hecho de haberse tramitado las acciones de perturbación instauradas como si hubieran sido especiales, vale decir, de conformidad con el Título 29, Libro Segundo del Código Judicial y no de acuerdo con el Capítulo II, Título 28 del mismo Libro y de la misma obra, comporta una nulidad procedimental de las llamadas constitucionales que afecta todo el proceso. (Negocios Generales. Agosto 6/58. Nos. 2199-2200).. 949, 1ª y 950, 1ª

— 145 —

DEMANDA (Error en su interpretación)

No puede casarse la sentencia acusada cuando confrontando la parte resolutiva con las súplicas formuladas en el libelo, se llega a la conclusión de que la sentencia comprende todos los extremos de la demanda y no aparece en forma alguna que el sentenciador hubiese resuelto sobre materias ajenas a la controversia, ni se abstuvo de decidir sobre los que fueron objeto del litigio, ni dejó de fallar sobre las excepciones propuestas al contestar la demanda, ni condenó en más de lo pedido, que son los casos, como lo tiene establecido una constante jurisprudencia de la Corte en que puede proceder la infirmación del fallo acusado por error en la interpretación de la demanda. (Casación Civil. Junio 18/58. Nº 2198).....189, 2ª

— 146 —

DEMANDA (Su interpretación)

Lo primero que debe examinar el juzgador es la clase de acción contenida en las peticiones de la demanda, cuando los términos de éstas no son lo suficientemente claros. Y esta determinación es fundamental, porque es la manera de establecer el derecho cuya tutela o eficacia se impetra de la jurisdicción. De aquí la facultad de interpretar la demanda que tiene el Juez, para cuyo cumplimiento, debe examinar, en conjunto, el libelo, esto es, los hechos, las peticiones y los fundamentos de derecho invocados, y, llegado el caso, las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del juicio. Es incuestionable también, que en la interpretación de la demanda el juzgador pueda incurrir en errores de derecho, cuando se trata, por ejemplo, de determinar la naturaleza de la acción instaurada, o de simple hecho, si versa sobre una circunstancia decisiva, como la personería con que comparece el actor, o en que se

cita al demandado. (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....643, 2ª

— 147 —

DENUNCIA (Cómo debe formularse)

Las denuncias deben formularse de acuerdo con la ley; los cargos tienen que ser concretos y precisos; el denunciante debe indicar en forma clara y sucinta los hechos respectivos y la época exacta o siquiera aproximada y el lugar donde ocurrieron. Si la denuncia se refiere a delitos de responsabilidad por razón de funciones públicas, es necesario, además, que el denunciante señale con nitidez estas circunstancias atendiendo a lo dispuesto en el artículo 14 y concordantes del Código Penal. (Sala Penal. Agosto 4/58. Nos. 2199-2200).....748, 1ª

— 148 —

DENUNCIA CRIMINAL (Responsabilidad civil por)

Véase el aparte **Abuso del Derecho** en el número 4 de este Indice.

— 149 —

DERECHO (Reglas generales de)

El ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuales, sin duda, se han hecho aplicaciones concretas en casos singulares.

Ya el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, prescribe que a falta de leyes aplicables a los casos controvertidos, deberán aplicarse las reglas generales del derecho. Entre los principios generales vigentes en el derecho positivo deben recordarse dos de importancia capital: el que prohibe a una persona fundarse en su propia torpeza o inmoralidad para obtener beneficios a su favor, principio enunciado mediante la máxima de los latinos **"Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"**, y el principio de la buena fe exenta de culpa: **"Error communis facit jus"**. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198) 232, 2ª

— 150 —

DESHEREDAMIENTO (Por grave injuria a los bienes del testador)

La grave injuria a los bienes del testador, por parte de una de sus hijas, se funda en la circunstancia de haber vendido un lote de propiedad del causante; no puede considerarse como tal en el presente caso porque éste tuvo oportunidad de hacer uso de las accionse judiciales pertinentes para recobrar la posesión del predio vendido por quien no era el dueño. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198) 210, 1ª

— 151 —

DESHEREDAMIENTO (Por grave injuria al honor y bienes del testador)

La grave injuria al honor se hace consistir en que las demandantes expresaron o propalaron la especie de que habían sido engañadas o desfavorecidas al efectuarse la partición de bienes de su señora madre, como resultado de una combinación o acuerdo entre su padre y el partidor nombrado para tales efectos; así como también en que algunas de tales demandantes intentaron posteriormente acciones judiciales contra la mencionada partición.

Como puede observarse, las razones en que

el testador funda la grave injuria a su honor carece de importancia desde el punto de vista legal, se apoyan en simples rumores o consejas y no puede dar margen para el desheredamiento de la mayor parte de sus hijas legítimas.

Considera la Corte que esos hechos no constituyen injuria grave que pueda servir para fundamentar un desheredamiento de acuerdo con lo establecido expresamente por los artículos 1.266 y 1.267 del Código Civil. Es necesario tener en cuenta que se trata de personas desprovistas en absoluto de instrucción y cultura que necesariamente emplean términos impropios y excesivos para expresar su descontento por actuaciones que consideran les han causado perjuicio. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198)...209, 2ª y 210, 1ª

— 152 —

DESLINDE (La acción corresponde a quien es dueño)

La acción de deslinde corresponde únicamente a quien sobre un predio tiene el derecho de propiedad, o alguno de los derechos reales principales desmembrados de la misma.

Poseer y deslindar son atributos inherentes a la propiedad inmueble, según lo tiene claramente establecido la doctrina y la jurisprudencia. Surgen de aquí dos acciones reales que integran el núcleo esencial de la propiedad inmobiliaria: **reivindicar**, cuando por algún motivo el propietario ha perdido la posesión; **deslindar**, cuando son oscuros e inciertos los límites de tal propiedad, es decir, el contenido especial de la misma. Sobre esto no cabe discusión de ninguna clase.

La acción de deslinde que organiza el artículo 900 del Código Civil, a semejanza de la reivindicatoría del artículo 950, corresponde siempre a quien sea dueño. Sólo el dueño tiene un interés jurídico para ejercer cualesquiera de las dos acciones mencionadas. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198). 100, 2ª

— 153 —

DESPIDO (Carga de la prueba)

La jurisprudencia laboral ha sido constante en el sentido de establecer que "el despido corresponde demostrarlo al trabajador, y la justificación del mismo al patrono". (Casación Laboral. Julio 30/58. Nos. 2199-2200) 877, 1ª

— 154 —

DICTAMEN PERICIAL (De médicos en accidentes de trabajo y enfermedad profesional)

El Decreto número 832 de 1953 establece la reglamentación administrativa especial para los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales sometidas a la clasificación del Departametno Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo. En la letra d) del art. 32 del citado Decreto, se ordena que el dictamen de los médicos oficiales se notifique a las partes para que éstas tengan la oportunidad de poder interponer los recursos de reposición y de apelación, según sea el caso. De lo anterior claramente se deduce que es necesario llevar al conocimiento de los interesados, por medio de la notificación, el experticio médico. (Casación Laboral. Agosto 26/58. Nos. 2199-2200) 929, 1ª

— 155 —

DICTAMEN PERICIAL (En materia laboral)

En materia de prueba pericial, el Código

de Procedimiento del Trabajo sólo contempla unas pocas normas que disponen que es privativo del Juez la designación del perito único y que éste es susceptible de tacha de igual manera que los Jueces. Mas nada especial dispone ese estatuto sobre la ritualidad de la aludida prueba ni específicamente sobre su forma de notificación a las partes, lo que constituye el aspecto esencial del cargo en estudio.

Ante ese vacío, es indispensable acudir a la aplicación analógica de que trata el artículo 145 del C. de P. L., disposición en la que se encuentra una referencia directa al empleo de las normas del Código Judicial.

El artículo 719 del Código Judicial preceptúa que el dictamen de los peritos se ponga en conocimiento de las partes por tres (3) días; esta notificación, que desde luego debe hacerse en audiencia pública, persigue la finalidad de permitir a cualquiera de los interesados solicitar explicaciones, ampliaciones o mayor claridad del dictamen. O, también, objetarlo por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, según lo determine el artículo 720 ibidem. El requisito de la notificación, pues, no debe omitirse por razón de que las reglas sobre procedimiento judicial son de orden público, vale decir, que prevalecen sobre el interés particular y que los Jueces y Magistrados no deben sustraerse a su cumplimiento. Y esta exigencia judicial en manera alguna contradice los principios de oralidad e inmediación que informan el procedimiento del trabajo. Se descarta esta posibilidad por razón de que ya se ha visto que se trata de una prueba no regulada por las disposiciones procesales laborales lo que determina la necesidad de acudir a lo que sobre el particular establece el Código Judicial; y al aplicar las normas pertinentes de éste resulta imprescindible sujetarse a la ritualidad que él prescribe a fin de que la producción de la prueba tenga un exacto y legal cumplimiento. Sobre esta materia ya existen decisiones jurisprudenciales que ilustran suficientemente el tema tratado. (Sentencias del Tribunal Supremo de septiembre 7 de 1950, abril 30 de 1951 y septiembre 22 de 1954). (Casación Laboral. Agosto 26/58. Nos. 2199-2200)..929, 1ª y 2ª

— 156 —

DICTAMEN PERICIAL (Pago de honorarios)

Claramente corresponde la regulación de la Ley 63 de 1936, artículos 60 y 85, a un modo coercitivo para obtener que en oportunidad se satisfagan los honorarios periciales. Pero no incide en el valor intrínseco de los medios ni en la calificación de su mérito probatorio para efectos del recurso, con fundamento en error de derecho. Y tampoco podría servir como vehículo para presentar ante la Corte objeciones al dictamen, cuando ya en la instancia está agotada la oportunidad de formularlas. (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....639, 1ª

— 157 —

DOCUMENTOS PRIVADOS (Su reconocimiento por curadores ad-litem)

La designación del curador **ad-litem** por el Juez, de conformidad con el artículo 317 del Código Judicial se hace cuando la residencia del demandado no es conocida, cuando se trata de persona incierta, o cuando se oculta.

Habiendo el Código de Procedimiento Civil definido lo que es apoderado judicial, cuando el artículo 645, para tener por reconocido tácitamente un documento privado, exige que éste haya obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, es necesario entender por éste la persona que por acuerdo con el demandado se ha comprometido a representarlo en el juicio, Así lo autoriza aplicar el artículo 28

del Código Civil que, en las reglas sobre interpretación de la Ley, dispone, cuando el legislador ha definido expresamente las palabras de la ley para ciertas materias, darles en ésta su significación legal.

Se explica que el artículo 645 exija el conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, porque, dados el convenio existente entre ellos, las instrucciones que el demandado debe darle a su representante, y la información por parte de éste de cuanto se haya presentado en el proceso, cabe suponer la capacidad del apoderado para guardar silencio u objetar y redargüir de falso un documento. No puede decirse lo mismo del Curador **ad-litem**, que, habiendo sido designado forzosamente para evitar el estancamiento de un juicio en daño de la parte actora, al cual hay que suponer que generalmente obra sin poderse comunicar con el que se dice ha firmado el documento o ha rogado que lo firmaran por él, carece en realidad de elementos de juicio para actuar debidamente en la situación contemplada por el artículo 645 del Código Judicial. Esto no significa que para que se produzca el reconocimiento tácito, siempre debe obrar el apoderado designado por la parte obligada, porque, como lo ha aceptado la jurisprudencia, los herederos, sucesores en las obligaciones del causante de quien procede el documento, y los curadores generales, en razón de la amplia representación que tienen de sus pupilos, bien pueden reconocer también tácitamente un documento privado otorgado por sus representados.

Considerada la cuestión por otro aspecto, reza el artículo 637 del Código Judicial: "Los documentos privados que contengan obligaciones a cargo de los otorgantes o de sus sucesores, tienen fuerza de confesión judicial acerca de las estipulaciones cuando han sido extendidos y registrados o reconocidos en la forma legal por las personas que deben cumplirlas".

El profesor Antonio Rocha, a propósito de este artículo y sobre la fuerza del documento reconocido por cualquiera de los cinco modos que estudia en su obra, entre los cuales se halla el tácito, dice: "Es plena prueba. Es la misma fuerza de una confesión judicial, pues realmente al reconocer un documento como auténtico, por uno de los cinco modos dichos, lo que se hace es confesar". (De la prueba en Derecho, página 172, 3ª edición).

Y la Corte, refiriéndose al alcance del artículo 645, ha expresado: "El mérito probatorio del instrumento privado se origina en su identidad con la confesión, como se advierte con la sola lectura del artículo 63 del Código Judicial". G. J., Tomo 64, pág. 466).

Si el reconocimiento implica una confesión, es indispensable para que ésta se produzca, que la obligación u obligaciones contenidas en el documento sean susceptibles de probarse por ese medio y que quien confiesa tenga facultad para ello.

La confesión del apoderado judicial, al tenor del artículo 607 del Código Judicial vale "cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la que se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas". Y, podría agregarse, para la confesión o reconocimiento tácito de documentos, por mandato del artículo 645 ibidem. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....79, 1ª y 2ª y 80, 1ª

— 158 —

DOLO (Nadie puede alegarlo en su propio beneficio)

El principio que prohíbe a una persona fundarse en su propia torpeza o inmoralidad para obtener beneficios a su favor, enseña que a nadie se le permite aprovecharse de su propio dolo: y que, por tanto, nadie puede presentarse a la justicia para pedir pro-

tección si ella tiene como fundamento la mala fe o dolo en que ha incurrido.

Con razón se ha dicho que constituye inmoralidad (torpeza) pretender beneficiarse de la mala fe o dolo que alguien ha cometido; los culpables de dolo **son indignos de ser escuchados por la justicia.**

Los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es el dolo o mala fe cometido por el demandante, de acuerdo con la máxima: **"Nemo auditur suam turpitudinem allegans"**, pues ello, según advierten los autores, **"es contrario a la moral y a la dignidad de la magistratura".**

Es contrario no sólo a las buenas costumbres sino también al orden público, que el culpable de dolo pretenda sacar ventajas del mismo.

Este principio se encuentra vigente en el derecho civil positivo. Algunos textos legales contienen aplicaciones particulares del mismo. En primer término, el artículo 1.744 del Código Civil, advierte que si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. En segundo término, el artículo 1.525, precisa que no podrá pedirse o repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

Estas aplicaciones no deben considerarse como casos aislados, sino como derivaciones de una regla más general vigente en nuestro derecho, cual es la de que a nadie se le permite beneficiarse de su propio dolo. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198)...233, 1ª

— 159 —

DOMINIO (Presunción de)

La presunción de dominio expresamente establecida por el artículo 762 del Código Civil, no puede alegarla la parte que no tenga un título de propiedad igual o superior al exhibido por su contendiente en la litis. (Casación Civil. Junio 18/58. Nº 2198)..192, 2ª

— E —

— 160 —

EJECUCION (Contra entidades de derecho público)

Cuando los Departamentos actúan como personas de derecho privado, cualquier documento emanado de los que tienen su representación, con motivo de esa clase de actividades, similar a los que expiden los particulares con ocasión de sus negociaciones privadas, si tiene el valor de plena prueba y contiene obligaciones a cargo de la entidad que lo emite, expresas, claras y actualmente exigibles de hacer, de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género o de pagar una cantidad líquida de dinero, presta mérito ejecutivo y, por consiguiente, permite ejecutar al Departamento deudor, sea que la obligación, si es de dinero, esté o no contenida en su presupuesto de rentas y gastos.

Igual cosa acontece cuando la obligación exigible a cargo de una persona de derecho público, emana de una decisión judicial.

Cuando la obligación a cargo de un Departamento nace de una ordenanza que tiene por fundamento la sola voluntad del obligado, lo que constituye un acto administrativo de los llamados actos-condiciones, su exigibilidad no se perfecciona mientras no se cumplen los otros actos administrativos que deben ejecutar nuestras entidades de derecho público para erogar sus fondos, como la inclusión del gasto en el respectivo presupuesto y la expedición por quien deba hacerlo, del correspondiente giro u orden de pago contra el tesoro público, documento este último que sí presta mérito ejecutivo. (Negocios Generales. Julio 15/58. Nos. 2199-2200) .....940, 1ª y 2ª

— 161 —

EJECUTORIA (De las sentencias)

El que en la copia de la hijuela no conste que la sentencia aprobatoria de la partición se haya declarado ejecutoriada de conformidad con lo ordenado en la parte final del artículo 468 del Código Judicial, no puede privar al instrumento público de valor probatorio, del que adolecen los títulos que no han sido inscritos o registrados, debiendo serlo, a tenor de los artículos 2.637 y 2.674 del Código Civil.

En efecto, si conforme al nombrado artículo 468 la sentencia es firme, entre otros casos, cuando habiendo algún recurso contra ella, "se han dejado pasar los términos sin interponerlo", es el factor tiempo el que le da ejecutoria o firmeza a una sentencia. Habiendo constancia de que fue publicada y notificada la sentencia, y de que no se propuso ningún recurso contra ella, quedó en firme según los términos del artículo 468 ibidem. La declaratoria de haberse ejecutoriado, no es entonces requisito indispensable para que la ejecutoria en sí se cumpla sino una mera formalidad por medio de la cual se deja constancia de tal hecho, a fin de evitar dificultades, dudas o ambigüedades entre las partes o interesados, para la exigibilidad de las prestaciones nacidas de la sentencia, respecto de los términos o plazos fijados a partir de la fecha de ejecutoria. Tan cierto es que la declaratoria de ejecutoria no puede confundirse con la misma ejecutoria, que aunque la providencia judicial del caso se profiere, como es lógico, ya en firme la sentencia, los términos que ésta fije, para un pago o para una entrega, por ejemplo, se cuentan siempre desde que quedó notificada aquella, no desde la ejecutoria del auto que hace esta declaración, de conformidad con lo estatuído en el artículo 327 del Código Judicial, conforme al cual toda resolución produce efecto desde su notificación. Una cosa es la firmeza de una sentencia y otra la declaración de la ejecutoria.

No se puede hablar de error de hecho en la apreciación de la hijuela en razón de no constar o no obrar la copia del auto por el cual se declaró ejecutoriada la sentencia, si, por lo demás, resulta evidente que el registro se efectuó estando ya en firme la sentencia aprobatoria de la partición. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198)...217, 1ª y 2ª

— 162 —

ELECCION Y NOMBRAMIENTO (Distinción)

Véase el aparte **Consejo de Estado** en el número 121 de este Indice.

— 163 —

EMBARGO (Venta de cosas embargadas)

Los acreedores de un deudor personal, tienen a su favor la prenda genérica de los bienes de su deudor, sean presentes o futuros exceptuándose los no embargables, según el artículo 2.488 del Código Civil.

La efectividad de esa prenda se hace, mediante el embargo que se consuma, si se trata de bienes raíces con la inscripción en el registro, sí de bienes muebles con la entrega al depositario, si de créditos con la notificación a los acreedores.

Se garantiza así el derecho de los acreedores, quienes tienen el interés jurídico para asegurarse en esa forma de la efectividad de sus acreencias, embargando, sacando fuera del comercio los bienes del deudor y evitando en esa forma que éste se insolvente.

Para garantizar esa efectividad, la ley ha establecido, artículo 1.521, numeral 3º, que hay un objeto ilícito en la enajenación de los bienes embargados y el objeto ilícito causa o produce nulidad, y de ahí el principio es-

tablecido por el inciso 2º del artículo 6º del Código Civil.

Pero esa nulidad no es de tal naturaleza, que no pueda sanearse o que sea o constituya un obstáculo insalvable para que pueda revalidarse o celebrarse un acto jurídico porque por lo mismo que está establecida no en beneficio general de orden público sino en beneficio particular puede renunciarse, y de ahí que las cosas embargadas pueden enajenarse o cuando el Juez lo autorice, o cuando el acreedor consienta en ello y el acreedor puede consentir.

Según lo anterior, desaparecida esa nulidad sea por orden del Juez, por voluntad del acreedor, o por terminación del juicio a que accedió el embargo, el obstáculo legal para la enajenación del bien embargado desaparece, y por ende desaparece el interés jurídico del acreedor o de los acreedores que perseguían el bien hipotecado. (Casación Civil. Agosto 4/58. Nos. 2199-2200).....592, 2ª

— 164 —

EMPLEADOS (Es inconstitucional la disposición que impone condicones restrictivas de la libertad del gobierno para nombrar rectores o vicerectores)

Si es evidente que el Jefe del Estado tiene facultad plena para nombrar y remover libremente a sus agentes, se observa también que ninguna ley puede coartarle esa libertad constitucional que le otorga el numeral 5º, inciso 2º del artículo 120 del Estatuto.

Si esto no fuere así, se entendería que el Presidente de la República, para nombrar un rector o un vicerrector de cualquier instituto oficial, quedaría obligado a designar a determinadas personas, limitadísimas, y solo a aquellas que se encuentran escalafonadas en primera categoría, quedándole prohibido llenar esas plazas con individuos que, en vía de ejemplo, reúnan mayores y mejores capacidades y condiciones, lo que no es difícil suponer, en vista de la variable reglamentación de los estudios secundarios que se introduce en el país, con buena voluntad, sin duda, pero también sin firmeza ni duración, en línea general, cada vez que se produce una crisis de Gabinete y entra a funcionar un nuevo Ministro del Ramo. Corrobora la anterior afirmación el hecho de que hoy se ventila la posibilidad de transformar el Ministerio de Educación en un departamento administrativo.

Si se le merman al Presidente de la República las facultades contenidas en los numerales 5º, inciso 2º, y 13 del artículo 120 de la Constitución, como son las de nombrar y remover libremente a sus agentes y de dirigir, reglamentar e inspeccionar la educación nacional, como lo pretende el artículo acusado, obligando al Jefe del Estado a nombrar a determinadas personas para los cargos de rector o vicerrector de los institutos oficiales, a quienes no podría remover, en caso de rebeldía o discrepancia, queda destruída por completo la independencia del Presidente para dirigir la instrucción pública, la que ejercerían a su arbitrio los rectores o vicerrectores en sus respectivos establecimientos educacionales. En iguales circunstancias quedarían los gobernadores y los alcaldes, respecto de los rectores y vicerrectores de su dependencia. (Sala Plena. Junio 20/58. Número 2198).....20, 1ª y 2ª

— 165 —

EMPLEADOS PUBLICOS (Certificado de paz y salvo para posesionarse)

Si en una sociedad bien organizada es una obligación elemental de todos sus miembros pagar puntualmente las contribuciones que les corresponden para el correcto funcionamiento del Estado, tanto más deben cumplir con ese primordial deber los funcionarios de la Administración Pública que deben ser en todo campo ejemplo de sus conciudadanos.

Pretender que se condene a la Nación al pago de perjuicios materiales y morales a favor de una persona, por no haberse podido posesionar de un cargo público, en razón de no estar a paz y salvo con aquella, y que se computen los perjuicios por los sueldos que ha dejado de devengar en el puesto, es a todas luces absurdo e injurídico. (Sala Plena. Agosto 8/58. Nos. 2199-2200)..495, 1ª

— 166 —

EMPLEADOS Y AGENTES (Distinción)

La clasificación de los empleados públicos, para determinar si un rector o vicerrector de un instituto oficial es "agente" del Presidente de la República o simplemente "empleado", quedó claramente establecida por la Corte, en la sentencia de fecha 15 de julio de 1940, que se repite: "Los artículos 62, 69 y 115 de la Constitución Nacional distinguen entre empleados, grupo genérico atendido por el Congreso en la Ley 165 de 1938, no tocados en ésta y consiguientemente conservados en el pie de libre nombramiento y remoción que para este grupo singular establece aquel en el precepto que hoy es el artículo 115 de la Codificación Constitucional. El agente lleva como tal dentro de los lindes de cada caso, una representación de su superior, que en general es quien lo nombra o designa. Ella será más o menos amplia: pero siempre, por reducida que sea, la hay. El empleado simplemente tal, no la tiene. Puede suceder que en ocasiones se la confiera; ello querrá decir que entonces pasa de mero empleado a agente en lo atañedero a la representación de que accidentalmente se le ha investido". (GACETA JUDICIAL, número 1.957, pág. 473, de 15 de julio de 1940. Sala Plena).

El doctor Eustorgio Sarria, sobre el particular trae en su obra las siguientes afirmaciones: Duguit establece la distinción entre agentes y gobernantes así: Estos detentan la mayor fuerza. Los agentes, por el contrario, no detentan, por sí mismos, una fuerza propia. Son agentes instituidos para cumplir cierta función, que los gobernantes determinan por sí o de acuerdo con la regla general. Poseen los agentes una jerarquía, establecida legalmente y que gradúa la competencia respectiva de cada agente, bajo la autoridad superior de los gobernantes. La limitación de competencia y las reglas de esta jerarquía constituyen precisas garantías contra la arbitrariedad, en beneficio de los particulares. Y más adelante agrega que los conceptos fundamentales de Jéze sobre la materia, pueden resumirse así: "...b) Las personas adscritas al servicio público forman dos categorías: **gobernantes** y **agentes**. c) Los **gobernantes** se distinguen de los **agentes**, por la mayor fuerza social y política que aquellos poseen. d) Los **agentes** se caracterizan por su dependencia de los gobernantes...". "La jurisprudencia de la Corte Suprema, continúa exponiendo el autor, ha sentado el principio de que la facultad de libre remoción se refiere sólo a los 'agentes' del presidente y no a los demás 'empleados' de los servicios públicos. Por eso pudo concluír que la ley orgánica de la carrera administrativa era constitucional, dejaba intacta la prerrogativa presidencial al disponer la 'inamovilidad' y el 'ascenso' obligatorio del empleado". (Sarria, Derecho Administrativo, Ed. Temis, 1957, págs. 118 y 139). Tal fue, observa la Corte, la intención de la voluntad popular manifestada en el Plebiscito de diciembre último, con el fin de acabar con las pasiones políticas por medio de la carrera administrativa, a la que llegarán, en esta forma, y por categorías, los más idóneos. (Sala Plena. Junio 20/58. Nº 2198).20, 2ª y 21, 1ª

— 167 —

EMPRESA (Presunción de capital)

Si la ley establece que debe entenderse por

capital de la empresa "el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior según prueba que debe presentar el patrono", y si el patrono presenta otra clase de capital (el capital pagado y no el gravable), el juzgador está en la ineludible obligación de presumir que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de las prestaciones, según lo dispuesto por la misma disposición. (Casación Laboral. Agosto 6/58. Nos. 2199-2200) 900, 1ª

— 168 —

ENFERMEDAD PROFESIONAL (Régimen prestacional)

Es lógica la conclusión de que si el trabajador enfermo tiene derecho a la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, de igual modo tiene derecho al auxilio monetario por el tiempo de incapacidad, sin exceder de seis (6) meses, puesto que así expresamente lo dispone el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, armonizado con el 227 ibidem, al cual el primero se refiere. (Casación Laboral. Julio 30/58. Nos. 2199-2200) 877, 2ª

— 169 —

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El artículo 1.499 del C. C. determina las fuentes de las obligaciones, entre las cuales está comprendido el enriquecimiento sin causa que es el fenómeno que tiene lugar cuando una persona se apodera de una cosa ajena y la usufructúa en su provecho. (Verse Josserand, Cours de Droit Civil. Ed. Recucil Sirey, 1935. Tomo II, número 11, página 61). (Casación Civil. Junio 25/58. Nº 2198).... 253, 2ª

— 170 —

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA (Reconocimiento de intereses)

La "actio in rem verso" se endereza únicamente a buscar el resarcimiento económico del empobrecido y éste no estaría compensado completamente si no se pagaran los intereses legales de las sumas invertidas y reconocidas, los cuales deben ser abonados a partir de la fecha de la contestación de la demanda o requerimiento de pago con que se inició el juicio. Con lo anterior está acorde la doctrina de los tratadistas, tales como Planiol y Ripert que dicen:

"Si el enriquecimiento consiste en una suma de dinero pagada por cuenta del enriquecido, éste tendrá que abonar los intereses solamente desde el día de la interposición de la demanda o del requerimiento del pago". (Derecho Civil Francés. Traducción al español. Tomo 7º, pág. 69). (Negocios Generales. Julio 14/58. Nos. 2199-2200)..... 933, 2ª y 934, 1ª

— 171 —

ERROR COMUN (Derechos aparentes)

Los métodos antiguos de interpretación enseñaron que en el Código Civil se encontraba todo el derecho civil; que el intérprete debía aplicarlo sin poder extender los casos previstos por el legislador a otros casos y siéndole prohibido investigar la existencia de ciertas reglas o principios generales tradicionales reconocidos por las naciones civilizadas.

Pero esta identificación del derecho civil con el Código Civil, o más exactamente, entre el derecho y la ley escrita, ha sido rota definitivamente en nuestra época y reemplazada por una metódica distinción entre **derecho y ley escrita.** La ley escrita es apenas una de las fuentes formales del derecho, la

más importante desde luego, pero no la única.

El derecho en general, es un sistema compuesto no de casos empíricos, sino integrado por verdaderas instituciones y principios generales. Esta concepción se encuentra vigente en nuestro derecho por mandato expreso del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que habla de las **reglas generales del derecho**; el mismo artículo 4º de tal ley que habla de **los principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia**; el artículo 5º de la misma ley que se refiere a la **equidad natural**; el artículo 32 del Código Civil que ordena interpretar los pasajes oscuros o contradictorios de la ley, del modo que más conforme aparezca al **espíritu general de la legislación** y a la **equidad natural**. Todas estas expresiones, **principios generales de derecho, reglas de la jurisprudencia, principios de la equidad, espíritu general de la legislación,** son expresiones que no tienen cabida dentro de una concepción exegética del derecho civil, sino dentro de una concepción sistemática, es decir, dentro de aquella idea que enseña que el derecho civil no se compone de casos aislados o empíricos, sino que es una ciencia de principios generales.

El juzgador debe, pues, en cada caso concreto, investigar los principios, los conceptos generales y con su ayuda extraer el sentido propio de los textos legales.

Toda ley, en última instancia, no representa otra cosa sino aplicación de algún principio general (interpretación sistemática).

La interpretación sistemática conduce a aplicar la ley a hipótesis que el legislador no previó, es decir, a dar al texto legal un alcance superior al que se desprende de su tenor literal; conduce también a extender las aplicaciones singularizadas que de un principio general se hizo a otros casos análogos.

La interpretación sistemática, según advierte un autor, debe trabajar con los datos de la historia, del derecho comparado y de la filosofía; pero sus conclusiones deben tener como fin la adaptación de las soluciones jurídicas a las actuales necesidades económicas y éticas. (Enneccerus, tomo 1º, Nº 22).

Está acreditado que el Código ha hecho aplicaciones del principio general de la buena fe cualificada, buena fe exenta de culpa (**"Error communis facit jus"**). Este principio general deroga para ciertos casos aquella regla de orden lógico de que nadie puede transmitir o constituír a favor de otro más derechos que aquellos de que es legítimo titular (**Nemo plus jus ad alium transferre potest quam ipse habet"**). Esta regla de orden lógico continúa vigente en el orden positivo; es una columna fundamental de cualquier ordenamiento jurídico; pero sufre limitaciones frente a aquella otra regla que predica la protección de la **buena fe exenta de culpa**, es decir, producto de un error invencible (**"Error communis facit jus"**).

En otros términos: el derecho se funda en la realidad de las situaciones y no en simples apariencias; es más: su misión consiste en hacer predominar lo realmente adquirido por los contratantes, o sea la naturaleza objetiva de las situaciones jurídicas; debe desenmascarar lo simplemente aparente para hacer predominar lo legítimo o verdadero.

Pero la buena fe creadora de derechos constituye un límite a esa misión de la norma; se hace valer en determinado caso lo aparente ante lo real.

Para una mayor precisión y exactitud de la vigencia de las dos reglas enunciadas, o sea la que enseña que nadie puede transmitir a otro más derechos que aquellos que se encuentran radicados en su cabeza, y la de la buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos, es necesario señalar los campos respectivos de aplicación de ambas. La regla clásica de que nadie puede transmitir a otro más derechos que aquellos de que es legíti-

mo titular, se encuentra vigente en el derecho y se aplica a los casos normales.

La regla de la buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos, se aplica a casos excepcionales. Esta regla de la buena fe cualificada y que ha dado lugar a la conocida teoría de los derechos aparentes, tiene rasgos que le son característicos y se concretan a continuación:

I) — Ciertamente todo derecho es susceptible de ser ejercido ya personalmente, ya mediante un representante. En todo caso, a quien ejerce un derecho se le presume titular de él. Normalmente así suceden las cosas en el comercio; los poseedores de las cosas suelen coincidir con los dueños legítimos; pero en ocasiones se rompe esta simetría; se rompe cuando una persona aparece ante los demás como titular de un derecho sin serlo.

Si en tales circunstancias quien aparece como titular de un derecho que tiene todos los elementos de existencia, lo enajena, el adquirente de buena fe se convierte en propietario definitivo. Lo cual indica que el verdadero titular que permanecía escondido a los ojos de los demás, pierde definitivamente su derecho.

II) — En los casos en que la ley convierte en real un derecho o situación jurídica aparente, para satisfacer las exigencias de la buena fe, se está refiriendo a la concurrencia conjunta de estos elementos:

a) Que el derecho o situación jurídica aparentes, tengan en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la acreencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijeran que la apariencia del derecho debía estar constituída de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente existía, sin existir. Este es el **error communis**, error común a muchos;

b) Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y,

c) Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198).....240, 2ª, 241, 1ª y 2ª y 242, 1ª

— 172 —

ERROR COMUN

Véase el aparte **Buena fe** en el número 24 de este Indice.

— 173 —

ERROR DE DERECHO

El error de derecho supone el desconocimiento o ignorancia de la ley en forma directa por parte del que debe aplicarla o de cualquier persona que obra y que está obligado a mantenerse dentro de las normas establecidas.

Ya el jurisconsulto Labeón desde los primeros tiempos de la Epoca Imperial en Roma se ocupó de esta cuestión. "No puede alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla después de que esté en observancia", reza el artículo 56 del Código Civil y el artículo 768 del Código Civil referente a la adquisición del dominio manifiesta "que el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe sin prueba en contrario". Aún más, el artículo 1.509 del mismo Código Civil dispone que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Estos principios se fundan en que el legislador, por razones de política social, presume, en todos los países, que todos los ciuda-

danos son conocedores de todas las leyes vigentes en el respectivo Estado. Es un principio incuestionable y de derecho universal. (Casación Civil. Junio 4/58. Nº 2198)..... 156, 1ª y 2ª

— 174 —

ERROR DE DERECHO (Al dar por derogada una disposición sin estarlo)

Incurre en error de derecho el Tribunal que dé por derogada una disposición legal, no estándolo, pues es principio general de nuestro sistema legislativo, que cuando existe disposición especial para un caso determinado debe ella ser aplicada de preferencia, sobre las normas generales consignadas en la Ley (artículo 5º, Ley 57 de 1887, número 1º). (Casación Civil. Junio 10/58. Número 2198) 551, 2ª

— 175 —

ERROR DE DERECHO (No puede alegarse por defectos en la ritualidad de la prueba)

En el caso debatido no se trata de un posible error de derecho. No es aceptable este planteamiento por razón de que en casación laboral el error de derecho está taxativamente consagrado para los casos en que "se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo". (Artículo 87 del C. P. L.). Y éste no es el problema jurídico que se contempla en el caso **sub-judice**, en el cual de lo que se trata es de deficiencia en la producción de la prueba pericial, es decir, que dicha prueba no fue rituada conforme a las reglas procesales pertinetes. (Casación Laboral. Agosto 26/58. Nos. 2199-2200)... 931, 2ª

— 176 —

ERROR DE HECHO

El concepto de lo que constituye el error de hecho para efecto de la casación ha sido definido en diversas ocasiones por los doctrinantes y por la Jurisprudencia y en todo caso no puede ser el resultado de la apreciación de la prueba desde el punto de vista del concepto que esa prueba haya creado en el juzgador, naturalmente dentro del respeto a la realidad objetiva, pues ello pertenece al fuero interno de éste. (Casación Civil. Junio 4/58. Nº 2198).....154, 2ª

— 177 —

ERROR DE HECHO (Cuando una prueba admite varias interpretaciones)

Si en el caso litigioso el contexto del documento admite varias interpretaciones razonables, allí lo único ostensible es el equívoco. La opinión de los intérpretes puede ser divergente y acaso alguna mejor o más acertada, pero nunca hasta el punto de excluír a las otras por evidentemente erróneas. Si en circunstancias tales el sentenciador adopta una determinada solución, la censura por error manifiesto de hecho es intrascendente al recurso extraordinario. La simple opinión y la evidencia son incompatibles. (Casación Civil. Agosto 28/58. Nos. 2199-2200) .669, 1ª

— 178 —

ERROR DE HECHO (En qué consiste)

Consistiendo el error de hecho en dar por demostrado un hecho sin existir prueba al efecto, o viceversa, el no darlo por demos-

trado cuando sí lo está, sólo procede en casación, cuando es ostensible la equivocación en que incurra el fallador, esto es, cuando la estimación que se hace de los elementos probatorios resulta contraria a la realidad de los hechos; a lo cual debe agregarse que, aun en circunstancias de hecho dudosas los Tribunales seccionales quedan en libertad de decidirse, en caso tal, por el extremo que, a su juicio, consideren mejor demostrado, como lo tiene resuelto la jurisprudencia de la Corte. (Casación Laboral. Julio 15/58. Números 2199-2200) .....841, 1ª y 2ª

— 179 —

ERROR DE HECHO (En qué consiste)

Cuando la evidencia debe resplandecer con toda la luz que le pertenece, no cabe en la materia ninguna posición dubitativa ni es dable admitir que la casación llegara a ser medio adecuado al perfeccionamiento de la convicción judicial del sentenciador, aunque se ensayara acaso una mejor crítica probatoria, de recibo en alegaciones de instancia pero extraña al recurso extraordinario ante la Corte.

El error manifiesto de hecho, como límite de los poderes de apreciación en el segundo grado del juicio, supone ignorancia en el proceso de medios que ostensiblemente demuestran lo contrario de lo que fue visto en el fallo como determinante de la resolución jurisdiccional violadora de normas sustantivas. Y lo habría también si el juzgamiento pugnara con leyes elementales de la naturaleza o con los dictados mínimos del sentido común. (Casación Civil. Agosto 28/58. Números 2199-2200).....669, 1ª

— 180 —

ERROR DE HECHO (En la calificación de un título)

Calificar si el título, tal como aparece a la vista, es suficiente de acuerdo con las normas para establecer primacía sobre las defensas del demandado. y, ante todo, para contrarrestar la presunción de dominio que le asiste y ampara, constituye materia que perfila su fisonomía en el campo jurídico, del mismo modo que en punto de definir si los antecedentes del título deben consultarse para sustentar el decreto restitutorio. La censura en casación por error manifiesto de hecho queda así fuera del elenco. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198)..70, 2ª y 71, 1ª

— 181 —

ERROR DE HECHO (Técnica del cargo)

Ha sido constante la jurisprudencia del trabajo en punto a establecer que, mientras un ataque basado en errores de hecho, deseche el señalamiento de una o algunas pruebas que tuvo en cuenta el fallador para pronunciar la decisión impugnada, y sólo se refiera a parte de ellas, tal decisión debe mantenerse por conservar aún soportes probatorios intactos.

Pero si se ataca todo el acervo probatorio pertinente, y, en la prueba o pruebas señaladas no aparece ostensible el error de hecho afirmado, la decisión igualmnete se mantiene inexpugnable. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198).....355, 2ª

— 182 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (En la apreciación probatoria)

Es bueno recordar en esta oportunidad, cómo la frecuente utilización de este motivo

(error de hecho) en casación, cuya desestimación viene produciéndose con reiteración abrumadora, se debe a que generalmente no se adopta por los recurrentes la indispensable ponderación y objetividad, sino que el motivo se articula con manifiesto error, por olvido de las normas que tradicionalmente vienen estructurándolo y de puntos tan esenciales como son los principios que inspiran el proceso laboral, en las instancias y en la casación.

Entre esos postulados básicos, no deben olvidarse, en especial, los que presiden la apreciación y valoración de la prueba. En virtud del principio de inmediación el Juez que ha practicado la prueba del proceso es quien debe dictar sentencia. De aquí, que no pueda admitirse el que la Corte, en casación, pueda hacer una nueva apreciación de todo el material probatorio aportado a los autos. Además, si el proceso tiene por objeto hechos y si es el juzgador quien ha de pronunciarse sobre su existencia o inexistencia, con el objeto de aplicar el derecho, habrá de ser premisa inexcusable de esta función, una amplia libertad en la tarea de fijar la convicción judicial. Este principio de la libre formación del convencimiento, que sanciona en nuestro derecho el artículo 61 del C. P. L., otorga al Juez facultades soberanas para formar su convicción, salvo los casos limitados en que la ley exija determinada solemnidad **ad-sustantiam actus**, en los cuales se impone una determinada valoración de la prueba (prueba legal), o cuando la apreciación ha sido manifiestamente errónea. Esa facultad del juzgador en la operación de captar los hechos y de apreciar y valorar la prueba, no tiene más limitaciones que las que gobiernan la sana crítica, la persuasión racional, y la atención que debe prestarse a las circunstancias relievantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Lo anterior no significa, que el criterio judicial esté libre de error; por el contrario, la ley no descarta esa posibilidad; lo admite y permite se acuse por el litigante y su corrección por el órgano de la casación. Sin embargo esa previsión de la ley, en virtud del imperio de los principios de inmediación y de libre apreciación de la prueba, sólo puede tener operancia restrictivamente y por vía excepcional, cuando se alegue y demuestre por el recurrente, haberse incurrido por el sentenciador en error de hecho o de derecho que aparezca de manifiesto en los autos, pues sin esas restricciones y requisitos, resultarían ilusorios esos principios. (Casación Laboral. Agosto 5/58. Nos. 2199-2200) .... 892, 1ª y 2ª

— 183 —

ERROR EVIDENTE

Error evidente, es el notorio, el que aparece de bulto, aquel que se descubre fácilmente sin necesidad de escolásticas alegaciones o de tremendos esfuerzos de imaginación. (Casación Civil. Junio 2/58. Número 2198) 134, 2ª

— 184 —

ESTADO CIVIL (Transacción)

El contrato de transacción que recaiga sobre el estado civil de las personas es nulo de nulidad absoluta, según lo prescribe el artículo 2.473 del Código Civil. (Casación Civil. Julio 3/58. Nos. 2199-2200) 518, 2ª

— 185 —

ESTADO CIVIL

Véase el aparte **Cédula de Ciudalanía** en el número 90 de este Indice.

— 186 —

ESTADO DE SITIO (Exequibilidad de los decretos dictados)

En punto de inexequibilidad la Corte limita su juicio a decidir objetivamente sobre si el texto acusado está o no en pugna con la Carta fundamental. Y si por guerra exterior o conmoción interior se encuentra turbado el orden público, el marco amplio y flexible en que se mueven las facultades presidenciales de emergencia no degenera, sin embargo, en campo adecuado a la arbitrariedad o desvío del poder, lo que sucedería necesariamente si entre la medida de carácter legislativo y el restablecimiento del orden público no existiera razonable conexión dentro del sentido general de buen gobierno y conducencia de los medios con los fines por alcanzar.

En cuestión de importancia tan señalada para la vida institucional de la República, la doctrina de la Corte, especialmente la consignada en el fallo de 28 de junio de 1956 (GACETA JUDICIAL, T. LXXXIII, 2.169, 25 y ss.), se cifra y compendia en tres hipótesis:

a) O porque la medida es claramente adecuada a suprimir las causas de carácter bélico o social que han perturbado el orden público, y su exequibilidad es del propio modo clara;

b) O porque el decreto de carácter legislativo recae ostensiblemente sobre materias ajenas en su naturaleza y aplicación al objetivo de establecer el orden público o social perturbado, y es entonces francamente inexequible la medida; y

c) O porque hubiere motivos o factores expresados por el Gobierno que no pudieren en forma razonable vincularse con el restablecimiento del orden público y existiere fundado motivo de duda en punto de conexión del Decreto con el regreso a la normalidad, caso en el cual debe tenerse la medida como amparada por la Carta dentro del régimen de excepción previsto por el artículo 121. (Sala Plena. Agosto 5/58. Nos. 2199-2200).....485, 2ª y 486, 1ª

— 187 —

ESTADO DE SITIO (Inexequibilidad de decretos que reglamentan profesiones liberales)

Cuando por Decreto se legisla sobre cosas que por su naturaleza exigen reglas de carácter permanente y no soluciones circunstanciales y transitorias, empieza a descubrirse con bastante claridad la incongruencia de la medida legislativa con el restablecimiento del orden público, desde luego que el ostensible propósito de la norma no consiste en resolver situación alguna de emergencia sino que tiende a regular íntegra y permanentemente la materia como lo haría el parlamento en ambiente propio de la normalidad institucional.

Si por otro aspecto la perturbación del orden público no aparece directa ni indirectamente vinculada con el plano en que se ejercen determinadas profesiones liberales, fluye nítidamente la conclusión de que la medida de carácter legislativo se encuentra al margen del restablecimiento de la tranquilidad constitucional y por fuera del alcance de las atribuciones de excepción otorgadas al Presidente por el artículo 121 de la Carta.

La luz que irradia la naturaleza misma de las cosas deja en claro que si el ejercicio sin reglamentos de las profesiones médica y odontológica afecta los requerimientos esenciales de la salud social, no incide sin embargo en el mantenimiento de la paz general como soporte necesario de la vida jurídica de la nación.

Pero por lo mismo que la salud pública está de por medio no es difícil encontrar que

el ejercicio de aquellas profesiones debe obedecer a estatutos permanentes emanados de la rama legislativa del poder público, y no depender de actos de vigencia esencialmente transitorios, destinados a fenecer tan pronto como la normalidad se recupere. (Sala Plena. Agosto 5/58. Nos. 2199-2200)... 486, 1ª

— 188 —

ESTAFA (Presunta)

El artículo 411 del Código Penal consagra una estafa puramente presunta, pues, a diferencia del 408, no existen en aquella figura los artificios o engaños que generan el error en la víctima, su perjuicio por los actos de disposición y, por ende, el aprovechamiento ilícito que reporta al autor de la infracción, elementos propios de la estafa en estricto sentido. La ley presume que el consentimiento hállase viciado por el error, producto de la debilidad mental, la inexperiencia, las graves necesidades económicas, las pasiones. De aquí que el artículo 411 hable del provecho ilícito **abusando** de aquellas circunstancias especiales de inferioridad, entendidas como causas que vician el consentimiento; mejor, los actos jurídicos realizados exhiben una declaración de voluntad gravemente afectada, **inducida** mediante el **abuso** de situaciones inferiores, claramente determinadas en la disposición penal. "Si se realizare el perjuicio", elemento configurante de la figura básica de estafa, el hecho tiene la misma sanción en ambas disposiciones. (Casación Penal. Julio 2/58. Nos. 2199-2200) 718, 2ª y 719, 1ª

— 189 —

EXCEPCIONES (De inepta demanda)

Cuando la demanda inicial del pleito está dirigida contra persona distinta de la que realmente debe responder por la obligación que se pretende sea reconocida judicialmente, da origen a la excepción dilatoria de inepta demanda, la cual debe entenderse en un sentido meramente formal. Pero si afecta la personería sustantiva deja de serlo desde el punto de vista puramente procesal, para convertirse en una cuestión de fondo, desde luego que constituye la falta de legitimación de la causa de la parte demandada. Así lo ha expresado la Corte, entre otros fallos, en el de fecha 20 de junio de 1945, de esta misma Sala. (G. J., Tomo LIX, página 546). (Negocios Generales. Junio 11/58. Nº 2198) .....396, 1ª y 2ª

— 190 —

EXTRADICION (Solicitada por el Brasil)

Si se está en presencia de una prescripción, la extradición no sería procedente, pues el tratado que regula la materia entre Colombia y los Estados Unidos del Brasil, aprobado por nuestra Ley 85 de 1939, dice en su artículo III, que no se concederá "cuando la acción penal o la pena hubieren prescrito ya, según las leyes del Estado requirente o requerido". (Casación Penal. Julio 2/58. Números 2199-2200).....720, 2ª y 721, 1ª

— F —

— 191 —

FALSEDAD (De actos del estado civil)

Cuando se propone una tacha de falsedad a una partida matrimonial, es menester probar que este documento es artificial, o fue contrahecho o adulterado, etc., o que no fue otorgado en el tiempo y lugar que reza, ni tampoco autorizado por el funcionario que lo expidió.

Es por ello que la Corte desde tiempo atrás ha sentado la doctrina de que la false-

dad de un documento público no consiste en que sea verdadero o no, lo que en él se expresa, sino que sea alterado el documento mismo. (Casación Civil. Junio 3/58. Número 2198) 146, 1ª

— 192 —

FALSEDAD (De las actas de estado civil de origen eclesiástico)

"Las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales" de que habla el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, no son, en sentido estricto, **documento público,** porque éste es, por definición "el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario" (artículo 1.758 del Código Civil), o como se expresa en el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, el expedido "con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones", y es claro que aquellos no son funcionarios públicos. En efecto, éstos pertenecen al género "empleados públicos", que son "todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes" (artículo 5º del C. de R. P. y M.), entre los cuales no pueden mencionarse los cargos de los curas, cuyas atribuciones son eminentemente eclesiásticas y señaladas al margen de la legislación civil, porque según el artículo 6º ibidem **"no habrá empleo público,** (se entiende) que no tenga funciones detalladas en la Constitución, en ley o en reglamento, u ordenanza o acuerdo, en su caso".

Contra esto no cabe argüír que el artículo 632 del C. de P. C. establece que "hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos... las certificaciones de quienes lleven el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondientes", y que "hasta la expedición de esta ley (la 92 de 1938), el registro del estado civil de las personas estuvo a cargo de la Iglesia", porque esto es inexacto, pues antes y después de la vigencia de dicha ley ha estado él encomendado a funcionarios públicos. Decía, realmente el artículo 348 del Código Civil que "los Notarios Públicos en los Estados y en los Territorios, o los funcionarios llamados a sustituírlos, son los encargados de llevar el estado civil de las personas", lo cual fue reproducido en su esencia por el artículo 1º de la mentada Ley 92, al establecer: "Los encargados de llevar el registro del estado civil de las personas serán: 1º Los Notarios, y en los municipios donde no haya este funcionario, el Alcalde Municipal, y 2º Los funcionarios consulares de Colombia en el exterior".

Lo que ocurre es que, para los fines meramente probatorios en materia civil, tales documentos fueron equiparados a públicos, como lo expresa el referido artículo 22 de la Ley 57 de 1887 en los siguientes términos: **"Se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil,** respecto de nacimientos y matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. Tales pruebas quedan sujetas a ser rechazadas o redargüídas o suplidas en los mismos casos y términos que aquellas a que se contrae este título ("De las pruebas del estado civil"), a las cuales se les asimila".

Por supuesto que el legislador penal, para ser consecuente con el civil, ha debido también identificar, para sus fines propios, dichos documentos a públicos, como sucede en la generalidad de los países en que se les reconoce la fuerza probatoria civil que tienen

entre nosotros. Pero no lo hizo sino respecto del "ministro eclesiástico", el único que puede ser sujeto activo de la figura trazada en el artículo 232. Y no se diga que guardó silencio en cuanto a los particulares porque partió de la base de que los "actos o documentos que puedan producir efectos en el estado civil de las personas" son públicos, y funcionarois públicos, por lo tanto, quienes los expiden, ya que entonces resultaría superfluo el inciso 1º de dicho artículo 232, por estar reprimida la conducta de los ministros eclesiásticos en el artículo 231, que incrimina al "funcionario o empleado público que abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos" cometa alguna de las falsedades allí previstas. Le habría bastado colocar el inciso 2º de aquel artículo en este último, aclarado así: "Si hubiere perjuicio y el responsable fuere un ministro eclesiástico, se impondrá además, multa de ciento a dos mil pesos". (Casación Penal. Junio 19/58. Nº 2198).....282, 2ª y 283, 1ª

— 193 —

FALSEDAD (De los documentos a que se refiere el artículo 244 del C. P.)

Los documentos mencionados en el artículo 244 del Código Penal son públicos, por cuanto deben ser expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y con el lleno de las formalidades legales. Pudiera discutirse tal carácter a los que emanan de autoridades foráneas, pero como ellos deben tener respecto de éstas los mismos requisitos que los documentos nacionales respecto de las nuestras, no cabe duda de que son documentos públicos extranjeros.

No obstante ello, las falsedades recaídas en tales instrumentos están sujetas a una penalidad considerablemente más benigna que la conminada para las cometidas en relación con otros documentos públicos. La razón de este tratamiento punitivo excepcionalmente benévolo radica en la circunstancia de que la **fuerza obligatoria** de ellos es bastante restringida. En verdad, mientras los documentos públicos en general sirven para probar la existencia de una relación jurídica que de ordinario afecta o puede afectar directamente derechos de terceros, comúnmente de índole patrimonial, los enumerados en esta disposición se limitan a autorizar, a las personas a quienes se les expiden, para el ejercicio de determinadas actividades, o a servirles de medio de identificación. (Casación Penal. Junio 19/58. Número 2198).....282, 1ª y 2ª

— 194 —

FALSEDAD (Perjurio)

Es de la esencia del delito de falsedad en documento el perjuicio, real o potencial. Pero mientras en la falsedad pública este último es un peligro presunto, que no hay que demostrar en cada caso concreto, por lo cual basta, para admitir su existencia, que no aparezca que la falsedad imputada sea innocua, tratándose de documento privado, la cuestión es bien distinta: ella requiere la concurrencia de un perjuicio efectivo y concreto contra un tercero, en sus dos formas de falsedad propiamente dicha (art. 240) y de uso del documento falso (artículo 241), y, a falta de él, la "intención de causarlo" para la primera, y el "propósito de lucrarse" para la segunda. Y como uno de tales presupuestos es elemento constitutivo de la infracción, mientras no se haya probado plenamente, ésta no puede darse por averiguada. (Casación Penal. Junio 19/58. Nº 2158)...283, 2ª y 284, 1ª

— 195 —

FALSEDAD (Por simulación de un documento)

Es cierto que nuestro artículo 231 del C. P., que parece calcado en el artículo 307 del Código español de 1932, omitió, como éste y todas las disposiciones que le sirvieron de modelo, reprimir expresamente la figura constituída por el acto de cometer falsedad "simulando un documento de manera que el legislador hispano de 1944 incluyó en el numeral 8º del artículo 302, sin que ello implicara "variaciones sustanciales", del sistema anterior, como lo anota Jiménez de Azúa. Y esto es exacto, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la última reforma ya había declarado, como lo hace notar Federico Puig Peña, "que del contexto y espíritu de las disposiciones todas del título de las falsedades se infiere que el legislador ha querido calificar así no solamente las cometidas en documentos verdaderos, sino también la simulación de los mismos, hecha de modo y manera que pueda inducir a error sobre su autenticidad". (Derecho Penal, Tomo III, página 201).

Efectivamente, si se concreta el problema a la contrafacción o fingimiento de letra, firma o rúbrica, se tendrá que no todo el que realiza una de estas acciones habrá contrahecho o simulado un documento, porque este término no equivale, sin duda, ni a letra, ni a firma, ni a rúbrica. Pero no parece discutible que quien elabora totalmente un documento falso, necesariamente tiene que contrahacer o fingir, en relación con ese documento, letra, firma o rúbrica, por lo que su acción queda comprendida en la enunciación del numeral 1º de nuestro artículo 231.

Contra esto no vale alegar que tales actos no recaen sobre un documento porque cuando ellos se realizan no hay todavía documento, pues la ley muy sabiamente no dice que ellos se cometan en escrituras o documentos públicos, sino "en relación", esto es, en conexión o correspondencia con los unos o las otras, lo cual puede ocurrir mientras el documento falso está siendo elaborado. Por lo demás, si el argumento que se impugna prosperara, jamás podría darse la falsedad pública cometida por un funcionario, porque el documento expedido por éste no será nunca documento público, por no haber sido autorizado "en ejercicio de sus funciones", sino con abuso, es decir, saliéndose de ellas. (Casación Penal. Junio 19/58. Nº 2198).....
283, 1ª y 2ª

— 196 —

FERROCARRILES NACIONALES (Deudas a cargo del extinguido Consejo Administrativo)

El artículo 2º del Decreto número 2645 de 30 de diciembre de 1943 (**Diario Oficial** número 25.435, enero 3 de 1944), dio al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales el disfrute de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General, el del ejercicio de todas sus funciones con una completa independencia, la investidura de la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas de todos los privilegios concedidos a la Nación.

La creación que el Gobierno Nacional hizo primero del Consejo Administrativo, y luego de la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales, como establecimientos públicos, con miras a atender en forma eficaz el servicio público de los ferrocarriles de la Nación, no son sino aplicaciones del principio de des-

centralización administrativa que permite a las distintas secciones en que el Estado se halla dividido, organizar y prestar independientemente los servicios públicos que son de cargo del Estado.

La Sala, en orden a fijar posiciones concretas en este debate, encuentra que el Gobierno, por los artículos primero y segundo del Decreto número 3.129 de 1954, **no transformó** el Consejo Administrativo en Empresa de los Ferrocarriles Nacionales, sino que **suprimió**, o mejor, **extinguió** el primer organismo para **crear** uno nuevo, sometido a los estatutos allí consignados y a normas que si en muchos aspectos concuerdan con las que regían para el Consejo extinguido, sin embargo, no contienen aquellas facultades tan amplias y precisas como las del artículo 2º del Decreto 2.645 de 1943, a favor del mencionado Consejo.

Y debe de advertirse de una vez que como en definitiva lo que la Nación hacía por medio del Gobierno era descentralizar un patrimonio nacional hacia un establecimiento público, para el mejor servicio del transporte férreo, bien pudo el Gobierno disponer en el artículo 5º del citado Decreto número 3.129 qué clase de bienes venían a integrar el patrimonio de la nueva empresa, como también qué persona de derecho público se haría cargo del pasivo existente que pesaba sobre el establecimiento público extinguido, en el momento de traspasarse los bienes de éste a la nueva entidad. Y si los Decretos 3.129 y 3.739 no dieron a la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales, en forma expresa, como sí lo hizo el Decreto 2.645 para el Consejo, la facultad de representar activa y pasivamente a la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los bienes cuya administración le confiaba, mal puede sostenerse ahora que dicha Empresa —como organismo o establecimiento público— tenida como persona jurídica de derecho privado, con capital o patrimonio autónomo, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 3.739, sea la entidad obligada al pago del pasivo existente o en potencia de existir concretamente, cuando ella surgió a la vida del derecho civil, a cargo del Consejo Administrativo extinguido.

No es aceptable la tesis de que la disposición del parágrafo del art. 5º del Decreto 3.129 de 1954, implica una cesión de la deuda a cargo del Consejo suprimido, a favor de la Nación, sin el consentimiento del acreedor demandante. Y es que si el Gobierno, en uso de sus atribuciones legales, suprimió un organismo público desecentralizado, que fue creado precisamente para la mejor administración del transporte férreo, esto es, para la administración de una parte especial e importante del patrimonio del Estado, y a la vez se hizo cargo del pasivo existente, con tal medida no estaba haciéndose cargo por cesión de una deuda sino reconociéndose deudor de todas aquellas obligaciones contraídas por el Consejo extinguido durante su gestión, como representante de esa parte del patrimonio nacional descentralizado.

Considera la Sala que la cesión de deudas no es posible sin que el acreedor lo permita, a diferencia de la cesión de créditos que sí puede hacerse a favor de un tercero sin contar con el deudor.

Si la Nación como representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, hizo expreso reconocimiento del pasivo existente que había sido contraído por aquella, impropio resulta entonces hablar de cesión de deudas, pues nadie se cede a sí mismo lo que le pertenece.

Si se considera, de un lado, que el Consejo estuvo erradamente sustituído por la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales a partir de su extinción, dentro del juicio ordinario fenecido, ello no impide que el favorecido con la sentencia demande la ejecución de ésta del verdadero sustituto obligado, sólo que podría verse expuesto a los remedios

que para tales casos indica la ley (artículo 457 del Código Judicial), y si de otro lado se tiene en cuenta que el hecho originario de la obligación reconocida se demandó del Consejo Administrativo, cuando ya éste llevaba sobre sí el gobierno de los ferrocarriles nacionales, como patrimonio autónomo y jurídico descentralizado, derivado de la Nación colombiana, para la Sala no queda duda alguna de que el valor correspondiente a la faja de tierra ocupada por el Estado, de propiedad del actor, constituía un crédito potencial a favor de éste, ya sometido a la protección de los órganos jurisdiccionales cuando el Consejo se extinguió, o mejor, un pasivo existente en contra del Consejo o de quien lo sustituyó, que si no estaba reconocido judicialmente sí era susceptible —como lo fue— de ese reconocimiento judicial. (Negocios Generales. Junio 23/58. Nº 2198)...

425, 1ª, 426, 1ª y 2ª, 427, 2ª, 428, 1ª y 2ª y 429, 1ª

— 197 —

FILIACION (Legítimo contradictor. — Efectos de la sentencia)

La Corte, en fallos de 26 de abril de 1940 y en otros posteriores hasta el día 1º de octubre de 1945, expuso la tesis jurisprudencial de que muerto el padre natural no pueden los hijos naturales investigar judicialmente su filiación natural paterna; de este modo el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 sólo tendría aplicación en dos oportunidades: a) Cuando tales acciones se inician y terminan en vida del padre; b) Cuando habiéndose iniciado en vida del padre, éste muere una vez que fue notificado de la demanda; sólo aquí puede proseguirse el juicio con los herederos.

Pero llegado el año de 1945, la Corte dio una nueva interpretación a los textos legales que reglamentan la noción de legítimo contradictor (artículos 401 a 405 del Código Civil y 7º de la Ley 45 de 1936). En fallos posteriores hasta el momento actual ha sido conservada tal interpretación, e importa resumirla a continuación, con algunas aclaraciones y precisiones:

I. — El artículo 17 del Código Civil señala el efecto de las sentencias judiciales y prescribe que éstas sólo tienen fuerza obligatoria en las causas en que fueron pronunciadas. Esto es lo que en derecho procesal civil se conoce con el nombre de cosa juzgada.

Los artículos 401, 402 y 403 constituyen una excepción a la regla general del artículo 17 del Código. Los mencionados artículos se refieren a las sentencias judiciales cuyo objeto principal sea la controversia sobre la legitimidad o ilegitimidad de una persona. Comprenden las siguientes clases de fallos judiciales:

a) Los proferidos con ocasión del ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad legítima. A este respecto los padres que se encuentran cobijados con una presunción de paternidad legítima según los arts. 213, 214 y 237 del Código y del artículo 6º de la Ley 95 de 1890, pueden impugnar tal paternidad presunta conforme lo prescriben los artículos 214 (párrafo 2º), 215 y 237 del Código en armonía con los artículos 5º y 6º de la Ley 95 de 1890, ello dentro del plazo y condiciones indicados por los artículos 216 a 224 del mismo Código.

b) Los dictados en ejercicio de una acción de impugnación de la maternidad legítima y que reglamentan los artículos 335 a 338 del Código.

c) Todos los fallos que son consecuencia del ejercicio de una acción de reclamación del estado o investigación judicial de paternidad o maternidad legítima; investigación de una filiación igualmente legítima. A estas acciones de reclamación de estado se refiere el artículo 406 del Código.

Estas tres clases de fallos pueden agru-

pàrse en dos categorías: 1. Fallos que son consecuencia del ejercicio de una acción de impugnación de legitimidad (categorías A y B); 2. Fallos que son consecuencia del ejercicio de una acción de reclamación de estado (categoría C).

Debemos ahora dilucidar si todos estos fallos se gobiernan por la regla general del artículo 401 del Código, es decir, si todos han de producir efectos absolutos en razón de exigirse la presencia de los contradictores legítimos, o si al lado de ellos existen otros no susceptibles de regirse por la citada regla especial del artículo 401 sino por la general del artículo 17 de la misma obra.

II. — Los fallos judiciales sobre filiación legítima que han de producir efectos absolutos son únicamente los que reúnen las condiciones señaladas por el artículo 402, es decir, los que se hayan pronunciado entre legítimos contradictores. Son legítimos contradictores: en la cuestión de paternidad el padre contra el hijo o el hijo contra el padre; y en la cuestión de maternidad, la madre contra el hijo o el hijo contra la madre. Las condiciones señaladas en los párrafos 1º y 3º del artículo 402 son comunes a todo fallo judicial.

III. — Pero al lado de estos fallos existen aquellos otros que se pronuncian con legítimo contradictor por haber muerto; esos fallos se rigen por la regla general del artículo 17 del Código Civil.

El Código Civil claramente contempla fallos judiciales de una y otra clase. En efecto, según el artículo 216 del Código "mientras viva el marido nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo". Este artículo no puede interpretarse aisladamente sino en estrecha conexión con los citados artículos 401, 402 y 403. La impugnación de la legitimidad paterna debe hacerla personalmente el marido **mientras viva** y en tal evento el fallo judicial respectivo produce los efectos absolutos de que habla el artículo 401 en relación con el 402 y 403. Pero debe recordarse que también los herederos del marido "que muere antes de vencido el término" que tenía para impugnar la legitimidad del hijo, "podrán hacerlo en los mismos términos" que tenía el marido, según enseña el artículo 219. En consecuencia, cuando los herederos impugnan una paternidad legítima y que sólo pueden hacer cuando el padre haya muerto, el fallo no puede producir los efectos absolutos del artículo 401 por no haberse proferido entre contradictores legítimos; tendrá entonces que producir otros efectos y que son precisamente los señalados por el artículo 17 del Código y los artículos 473 y 474 del C. J.

Y con carácter más amplio el artículo 406 del Código, al referirse al ejercicio de las acciones de reclamación de legitimidad advierte que "ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presenta como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce".

IV. — De acuerdo con lo expuesto se deduce claramente que en la legislación civil positiva rige esta regla general. Viviendo los contradictores legítimos (el padre contra el hijo o éste contra aquél, la madre contra el hijo o éste contra aquélla), toda controversia judicial que pueda comprometer ya la paternidad legítima, ya la maternidad legítima, debe llevarse a efecto entre los mencionados contradictores so pena de nulidad, como lo dice claramente el párrafo final del artículo 403.

Pero si uno de los contradictores legítimos ha muerto (generalmente el padre o la madre), se pueden, entonces, ejercer las acciones de legitimidad contra los sucesores del contradictor legítimo.

V. — La anterior interpretación propuesta en la sentencia del 1º de octubre de 1945

(GACETA JUDICIAL, Tomo 59, página 682 siguiente), sostenida y aclarada por ésta, lejos de ir **en contra de la ley, ensaya interpretarla según su espíritu y orientación general.**

Es verdad que los artículos 401 a 404 se encuentran redactados en términos tan generales que dan la impresión de que todo fallo sobre legitimidad ha de pronunciarse entre legítimos contradictores y ha de producir siempre efectos absolutos.

Sin embargo un examen más a fondo nos revela que dichos textos legales deben tener aplicación cuando ambos contradictores legítimos viven actualmente, no cuando uno de ellos ha fallecido. Dedúcese ello de la regla del artículo 216 del Código que reglamenta la más importante de las acciones de legitimidad cual es la impugnación del estado civil de hijo legítimo. Tal texto legal reserva el ejercicio de tal acción de impugnación al marido **mientras viva**; pero a la muerte de aquél que otorgó a los herederos (artículo 219) dentro del plazo señalado específicamente para dicha acción. Este artículo 216 da lugar a un fallo sobre legitimidad y es, por tanto, uno de aquellos a que se refieren los comentados artículos 401 a 404.

De manera que no se violenta, ni se desvirtúa el espíritu propio de las disposiciones legales sobre legítimo contradictor al entenderlas en el sentido de que **mientras aquel viva**, el ejercicio de cualquier acción de legitimidad sólo puede llevarse a efecto con audiencia del mismo; pero una vez muerto, entonces, debe la acción instaurarse contra los herederos.

VI. — La doctrina acabada de exponer se aplica a los juicios sobre filiación natural por mandato expreso del artículo 7º de la Ley 45 de 1936.

En cuanto a la observación que pueda hacerse de que según la sentencia de la Corte del 1º de octubre de 1945 "no es aplicable la tesis de que cuando el juicio se sigue contra el supuesto padre natural el fallo respectivo tiene valor **erga omnes**, y sólo contra los que hayan intervenido en el juicio cuando se sigue contra los herederos de aquél", en razón de ser el estado civil de las personas de orden público y único, se hacen ahora estas consideraciones:

Ciertamente el estado civil de las personas es de orden público y único; en consecuencia se tiene un estado civil frente a todos o frente a nadie. Pero una cosa es el estado civil en sí de una persona y otra diferente los efectos que ha de producir tal estado civil, especialmente cuando trata de hacerse valer para reclamar derechos hereditorios en una sucesión **mortis causa**. El hijo natural que investiga su paternidad contra los sucesores de su padre, lo hace precisamente para reclamar derechos hereditarios en la sucesión del mismo. Es natural que sólo pueda reclamar tales derechos de los sucesores que fueron demandados y no de quienes no participaron en el juicio. Es, pues, en este sentido que debe interpretarse la tesis expuesta de que los fallos judiciales que se pronuncien contra los sucesores del contradictor legítimo, se gobiernan por la regla del art. 17 del Código. (Casación Civil. Agosto 28/58. Nos. 2199-2200) .686, 2ª, 687, 1ª y 2ª y 688, 1ª

— 198 —

FILIACION NATURAL (Efectos de la sentencia declarativa respecto de los nacidos antes de la Ley 45 de 1936)

Cuando el juzgador declara la calidad de hijo natural de quien ha pedido el reconocimiento de tal por parte de las autoridades competentes, considerando que se encuentran satisfactoriamente cumplidos los requisitos que la ley exige para que prospere esa declaración, y el beneficiado nació antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, no se le da

efecto retroactivo a esa ley, sino que se está reconociendo, como debidamente probado un hecho, el de la paternidad natural. Es bien sabido que la sentencia, en estos casos, es declarativa y no constitutiva del estado civil; cuando ella reconoce ese carácter al peticionario, se considera que el hijo reconocido tiene el carácter de tal, desde la fecha en que fue concebido. "De conformidad con el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, han de ser reputados como hijos naturales, desde su concepción, quienes obtienen declaración judicial de tales. (Casación de 20 de septiembre de 1945, G. J. LIX, pág. 929).

Lo que sucede con la Ley 45, tantas veces citada, es que dio ocasión a que los hijos naturales pudieran hacer uso del derecho a ser reconocidos, ampliando, con sentido humano, el campo restringido en que debían moverse antes de la expedición de ese estatuto. Pero nunca puede decirse que esa ley se expidió en beneficio exclusivo de los nacidos después de que ella entrara en vigencia, pues esto entrañaría una monstruosa injusticia.

Claro está que la fecha del nacimiento tiene incidencia sobre el aspecto puramente patrimonial. (Casación Civil. Agosto 6/58. Números 2199-2200).....602, 1ª

— 199 —

FILIACION NATURAL (Legítimo contradictor)

El artículo 70 de la Ley 153 de 1887 prohibía la investigación de la paternidad natural o ilegítima, salvo para los efectos de pedir alimentos y la Ley 153 de 1887 estableció el procedimiento para esta investigación especial (artículo 73 ibid.), pero la Ley 45 de 1936 abrió el campo para la investigación de la paternidad y señaló normas para llevarla a cabo.

Después de la expedición de la Ley 45 de 1936, la jurisprudencia, como es obvio, siguió la misma dirección señalada en esa Ley y se hicieron reconocimientos judiciales de la paternidad, en las condiciones allí indicadas, pero sólo a base de que el padre no hubiera muerto y se apersonara en el juicio por cuanto el artículo 7º de dicha Ley mantuvo la vigencia y aplicación del artículo 403 del Código Judicial, que dice: "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre..." y la consecuencia natural indicada.

Sin embargo y, a pesar de las apreciaciones en contrario, la Jurisprudencia evolucionó y mediante una interpretación benigna admite que puedan los parientes que tengan interés en la herencia ser legítimos contradictores en juicio de filiación natural y que los presuntos hijos naturales puedan pedir su reconocimiento de tales, frente a dichos parientes. (Casación Civil. Junio 4/58. Número 2198) 158, 2ª

—200 —

FILIACION NATURAL (Legítimo contradictor)

Esta Corte en múltiples sentencias ha dicho que cuando la acción de investigación de un estado civil se inicia contra el padre o la madre, es necesario que se les cite personalmente si viven aún; pero si ya han muerto, la acción puede instaurarse contra los representantes del legítimo contradictor.

La tesis de que debe ser el legítimo contradictor personalmente el que inicie la respectiva acción de reclamación de estado civil, y que si el legítimo contradictor demandante ya ha muerto, no puede estar representado por sus herederos, no la comparte la Corte y considera que el legitimo contradictor que actúe ya como demandante, ya como demandado, puede estar represnetado por sus herederos. Ningún texto legal autoriza tal limitación. (Casación Civil. Junio 26/58. Nº 2198) 262, 1ª

— 201 —

FILIACION NATURAL (Posesión notoria y relaciones sexuales)

La ley exige una posesión de estado civil calificada de notoria y que los testigos se refieran a un período de diez años para ser admisible la prueba, pero en forma alguna requiere que las relaciones sexuales duren diez años, pues son dos cosas distintas. Las relaciones pueden durar por el tiempo de la presunción y el presunto padre tratar al hijo por toda su vida como a tal proveyendo a su subsistencia y acomodo y ello es suficiente. (Casación Civil. Julio 28/58. Nos. 2199-2200) 546, 1ª y 2ª

— 202 —

FRUTOS (Acción para su cobro como consecuencia de la entrega del bien)

Los demandantes entablaron acción contra el actual demandado para reivindicar unos lotes de terreno, con las peticiones consiguientes sobre prestaciones. Este que venía poseyendo los terrenos desde años atrás rehuyó la lucha jurídica manifestando que solamente era "poseedor de ellos" (sic) y que los actores eran los dueños, por lo cual no se libró la acción sobre dominio y los mismos actores instauraron la acción de tenencia que fue efectiva, menos en cuanto se solicitó devolución o pago de frutos porque no se juzgó pertinente. Entonces entablaron esta demanda para obtener tal devolución o pago de los frutos de la cosa que por muchos años poseyó ilegítimamente el demandado.

El Juez y el Tribunal negaron la acción, fundándose en que las prestaciones por frutos es consecuencial de la acción de dominio conforme a nuestra Ley Civil; que no existiendo la causa o sea la acción reivindicatoría no puede proceder la sobre prestaciones que, por otra parte, supone una relación compensatoria o sinalagmática por lo menos, por lo cual el derecho las califica de "prestaciones mutuas".

Claro está que cuando se instaura la acción de dominio y ella prospera la obligación de devolver o pagar los frutos de la cosa, es consecuencia de la declaratoria sobre propiedad y constituye uno de los extremos del fenómeno de las prestaciones mutuas, puesto que se trata de obligaciones recíprocas resultantes del aprovechamiento de la cosa por el poseedor y de las mejoras introducidas a la cosa por él, que benefician al propietario, pero esto no destruye un principio eterno según el cual la cosa fructifica para su dueño. Principio que los Romanos reprodujeron en su legislación (D. L., LXVII, 72. LXXII, I), y que naturalmente ese dueño tiene acción para hacer efectivo tal derecho, obligando al que retiene indebidamente la cosa a entregar esos frutos o a pagarlos al propietario que ha estado en imposibilidad de percibirlos por sí mismo en virtud de no tener la cosa en su poder. (Casación Civil. Junio 25/58. Nº 2198).....253, 1ª y 2ª

— 203 —

FUERZA O VIOLENCIA (Como vicio del consentimiento)

Los artículos 1.513 y 1.514 del Código Civil, son dos disposiciones sustantivas estrechamente relacionadas entre sí, y que en el fondo se inspiran en un alto sentido de defensa social, cual es, el de libertad del vínculo contractual a quien lo contrajo bajo el influjo del temor, el cual, como vicio del consentimiento, es factor que compete estudiar a los jueces de instancia atendidas las circunstancias del hecho.

Desde el punto de vista jurídico resultan justificables las precitadas normas, porque siendo por definición el acto jurídico como lo enseña la filosofía del derecho un acto de voluntad y siéndolo doblemente el contrato,

el acto será inexistente, cuando la voluntad falte, cuando no haya consentimiento.

Demandada la nulidad por causas como las anotadas, una de las cuestiones fundamentales, que deben quedar completamente establecidas en el litigio, es si efectivamente quien la ha demandado se hallaba coaccionado por una fuerza moral, pero no de cualquier clase, sino capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, como lo prescribe la regla del artículo 1.513 del Código Civil, cuyo contenido es igual al artículo 1.112 del Código Civil Francés, que se halla inspirado en las tradiciones del Derecho Romano. En desarrollo del precepto últimamente citado, la Corte de Casación Francesa, ha sentado la siguiente jurisprudencia:

"Cuando el consentimiento no es libre, cuando se presta bajo el imperio del temor inspirado por un mal considerable presente, el contrato celebrado queda viciado y es anulable". (Derecho Civil Francés, página 226, Tomo VI).

De conformidad con nuestro régimen legal, y dándole cabal aplicación a los artículos 1.513 y 1.514 del Código Civil, son susceptibles de nulidad por adolecer de vicio en el consentimiento las enajenaciones de inmuebles, cuando el comprador aprovechándose de las circunstancias de un clima de violencia que ha infundido temor en el ánimo del vendedor le compra sus bienes.

Porque es obvio que una relación jurídica surgida en las condiciones expresadas, por resultar contraria a las normas de la ética y de la equidad contractual, y por entrañar en el fondo un enriquecimiento sin causa, es una situación que legalmente no puede subsistir, y por ello nuestro sistema legislativo en guarda de los derechos e intereses patrimoniales del contratante lesionado, ha establecido los medios procesales adecuados para destruír judicialmente tan extraño orden de cosas, debiendo en estos casos proceder la acción intentada si sus extremos han sido objeto de comprobación judicial durante la secuela del juicio por parte de quien haya demandado la nulidad del contrato o su rescisión por lesión enorme sin que pueda invocarse como defensa para enervar la acción el hecho, de que los actos de violencia hubiesen sido ejecutados por personas extrañas a la negociación, pues el artículo 1.514 del Código Civil dice lo siguiente:

"Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento".

La doctrina consagrada en el ordenamiento jurídico antes citado, ha dado lugar a las más interesantes disputas entre los juristas a través de la evolución histórica del derecho positivo, sin que hasta el presente se haya logrado unificar el criterio de las diversas legislaciones y tribunales. Sobre el particular, autores tan autorizados como Giorgi, dice en su Tratado de las Obligaciones:

"Entre los escritores de derecho natural, fue una disputa grave la de si el temor producido por un tercero da lugar a la rescisión contra el contratante que inocentemente se aprovecha de la violencia ejercida por otro. En este conflicto de opiniones, que divide también las diversas legislaciones, el Código Francés y el Italiano decidieron que la violencia es causa de nulidad, aunque haya sido usada por una persona distinta de la que en su ventaja se hizo la convención". (Página 107, Tomo IV).

Si pues, fueron actos de violencia ejercidos por terceras personas los que atemorizaron o ejercieron coacción moral sobre la voluntad de los demandantes y fueron aquellos los determinantes del contrato de venta que llevaron a cabo con el demandado, su deber era para obtener un fallo favorable a las súplicas impetradas en la demanda probar de-

bidamente la existencia de un vínculo de causalidad entre los actos de violencia de que fueron víctimas y el acto jurídico que como consecuencia de aquellos se produjo, pues es preciso dotar al juzgador de los elementos necesarios para formar su convicción judicial, en forma tal, que las circunstancias establecidas le permitan decidir si quien ha demandado la nulidad, cedió a una violencia moral o a un temor que hizo presión sobre su voluntad.

Nuestro derecho civil, como lo ha dicho la Corte, estatuye la nulidad del acto jurídico realizado en virtud de violencia en razón del temor experimentado por la víctima.

En esta clase de litigios hay una serie no sólo de hechos sino de circunstancias y aun de factores de orden psicológico que deben quedar establecidos debidamente durante las instancias del juicio, ya que es a los jueces de fondo, a quienes toca apreciarlos con un arbitrio que como dice Giorgi, generalmente escapa a la censura de la casación. (Casación Civil. Julio 28/58. Nos. 2199-2200) .... 561, 2ª y 562, 1ª y 2ª

— G —

— 204 —

GOBERNADORES (Responsabilidad por sus actuaciones en amparos administrativos sobre marcas y patentes)

El registro de patentes y marcas de fábrica, comercio y agricultura, tienen una reglamentación especial en las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, esta última modificatoria de algunas de las disposiciones de aquella. De acuerdo con esos estatutos, de las controversias a que dan origen las solicitudes sobre registros de marcas de fábrica y patentes de invención, y la cancelación de las mismas, son de la privativa competencia de los Jueces del Circuito de Bogotá en primera instancia, y del Tribunal respectivo en segunda. El artículo 67 consagra a favor de los poseedores de marcas de fábrica y patentes de invención debidamente registradas, la acción administrativa del amparo posesorio contra los usurpadores de tales títulos. Estas acciones, según dicha disposición, se promueven ante el Alcalde del domicilio del sindicado, y los fallos que dichos funcionarios dicten en tales negocios, son apelables para ante el respectivo Gobernador. En efecto, dispone el artículo 7º de la misma Ley 31: "El sindicado podrá apelar para ante el Gobernador correspondiente, contra la resolución posesoria del amparo, y la primera autoridad municipal deberá conceder tal apelación en el efecto devolutivo, ejecutando provisionalmente lo que hubiere dispuesto".

Y el artículo 73 de la misma Ley 31 establece: "Confirmada por el superior (la Gobernación) la resolución apelada, el sindicado usurpador podrá probar la legitimidad de su proceder, en acción que ha de intentar ante el Poder Judicial **contra el poseedor de la patente o certificado ya dichos**; y mientras no obtenga una sentencia definitiva, prevalecerá la resolución administrativa que decretó el amparo". (Subrayado por la Sala).

En concordancia con las disposiciones legales anteriormente comentadas, los Gobernadores son funcionarios competentes para decidir en segunda instancia de las querellas que se promuevan para obtener el amparo administrativo de una marca de fábrica (artículos 70 y 71 de la Ley 31 de 1925 vigentes). De consiguiente, del ejercicio de esta facultad en ningún caso puede derivarse responsabilidad alguna distinta de la individual que, en el campo penal, le cabe a los funcionarios públicos por abuso de autoridad, prevaricato y demás delitos en que puedan incurrir por razón del ejercicio de sus cargos. La atribución de que tratan las disposiciones citadas, no la usan los Gobernadores en su carácter de representantes del respectivo

Departamento, sino en virtud de un mandato legal especialísimo.

La Ley 31 de 1925, en su artículo 73 consagra la acción que cabe ejercitar al sindicado usurpador vencido en la querella respectiva para obtener la reparación de los derechos que le hayan podido ser conculcados en la resolución definitiva de aquella, que ha de ejercitar ante el poder judicial, desde luego, por la vía ordinaria. Esta disposición da a entender claramente que en esa acción ha de revisarse la legalidad del acto administrativo, junto con las consecuencias que de su nulidad puedan derivarse.

Mas de acuerdo con el contexto de aquella misma norma legal, esa acción revisoría no se dirige contra el funcionario que dictó el fallo sobre amparo administrativo, ni contra la entidad que ese funcionario esté representando, sino contra el querellante titular de la patente o certificado de registro de marca objeto del amparo. (Negocios Generales. Junio 11/58. Nº 2198). 395, 1ª y 2ª y 396, 1ª

— H —

— 205 —

HEREDERO (La partición no suprime su título)

La partición hereditaria liquida la comunidad universal, materializa e individualiza los derechos de los partícipes sobre los bienes que la integran, pero no suprime la titularidad del heredero, que es precisamente el soporte justificativo de la adquisición mientras no aparezca heredero de mejor derecho que lo haga valer en petición de herencia.

Si con beneficio de inventario se conserva el título de heredero, no obstante la partición, habrá de ser con las consecuencias derivadas de la naturaleza y fines del mismo beneficiario, encaminado fundamentalmente a que el patrimonio del heredero mantenga su independencia, frente a la comunidad universal, lo que constituye impedimento para que los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario se confundan con las deudas y créditos hereditarios (1.316 y 1.728 del Código Civil). (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200) 638, 2ª

— 206 —

HIJOS NATURALES (Comparecimiento en juicio cuando son menores)

El artículo 240 del C. J. sienta la regla general de que los incapaces comparecen en juicio por medio de sus representantes legales. El menor comparece en juicio, cuando le fuere necesario, por medio de curador **ad-litem** designado por el Juez en caso de que el representante legal se halle ausente (242 ibidem). El artículo 306 del C. C. dispone que el hijo de familia no puede comparecer en juicio como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre.

Por regla general, corresponde a la madre la patria potestad sobre el hijo natural, preceptúa el artículo 14 de la Ley 45 de 1936, excepto cuando el Juez con conocimiento de causa la ha conferido al padre.

No constando respecto de menores que la patria potestad se le haya conferido al padre, por no haber habido reconocimiento irrevocable de aquellos por parte de él, en la forma autorizada por el artículo 2º de la Ley 45 citada, la madre tiene la patria potestad, y, por consiguiente, la representación de sus menores hijos.

Del conjunto de las anteriores normas y de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 45 citada, se deduce con toda evidencia, que los hijos naturales menores de edad, no reconocidos previamente en la forma legal por su progenitor, no pueden comparecer en juicio como incapaces sino por medio de su representante legal que es la madre. Pero ésta

debe designar un abogado como apoderado para que la represente a ella como madre natural en el juicio sobre filiación natural de sus hijos.

No es la designación de un curador **ad-litem** la que le compete en tal evento, ya que el artículo 583 del C. C. y el Judicial solamente permiten hacer tales designaciones al Juez, y al mismo menor adulto (artículos 241 y 242 del C. J.).

En caso contrario, es manifiesto que si los menores demandantes debían comparecer en juicio por medio de su madre natural, y ésta, a su vez, había de comparecer mediante un apoderado judicial, y no por conducto de un curador **ad-litem**, hay una ilegitimidad adjetiva de la personería de aquellos, en cuanto su representante en el juicio, autorizado por la ley, debía ser un apoderado, y no un curador **ad-litem** para cuya designación la madre no está, en ningún caso, autorizada.

Cuando tal nulidad se alega en el recurso por el apoderado de la parte actora, al cual la madre de los menores y a nombre de estos le confirió poder para representarlos en casación, y en tal condición fue reconocido, quiere decir que tal vicio como causal de casación ha sido invocado por la parte mal representada, lo que está de acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte (G. J. T. LXX, números 2.107 y 2.108, pág. 812, Tomo LXXI, números 2.110, 2.111, pág. 169, número 2.112, pág. 551 y Tomo LXXVI, número 2.134, pág. 244). (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....84, 1ª y 2ª

— 207 —

HIJUELA (Su valor probatorio cuando no consta la declaración de estar ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición)

Véase el aparte **Ejecutoria** en el número 161 de este Indice.

— 208 —

HIJUELAS (Su valor probatorio en juicio reivindicatorio)

La Corte ha declarado que "las hijuelas son títulos de adjudicación declarativos de propiedad y no atributivos de dominio", y lo mismo dicen las doctrinas de los autores ("De la prueba en Derecho" de Antonio Rocha, página 295, tercera edición, 1941. GACETA JUDICIAL, XLIX, 488 y otras) y que no es suficiente para la misma Corte la constancia del Registrador de Instrumentos Públicos sobre el registro del título que se echa de menos para suplirlo como prueba del dominio de bienes raíces.

Estos conceptos tan absolutos en lo que se refiere a la necesidad de acompañar a los títulos sucesores e hijuelas de adjudicación en juicios de partición, el título del causante, para acreditar el derecho a reivindicar, no puede prohijarse sino en los casos en que se trate de una comparación de títulos, cosa que no ocurre en el presente litigio, por haber acompañado el actor los instrumentos escriturarios, por medio de los cuales adquirió el terreno; y la demandada no trajo a los autos título alguno para oponer a los exhibidos por el demandante, de donde resulta que no se trata de una comparación de títulos en que se pueda aplicar la doctrina demasiado general aludida. (Casación Civil. Junio 4/58. Nº 2198).....149, 2ª

— 209 —

HIPOTECA (Adjudicación de la cosa en sucesorio)

Si los derechos que tiene el acreedor hipotecario para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, son los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda (2.448), no podía válidamente adjudicarse la cosa hipotecada al acreedor en sucesión, desde lue-

go que el acreedor pignoraticio ni puede apropiarse la prenda, ni cabe serle adjudicada sin que preceda subasta pública y sin que valga estipulación alguna en contrario (2.422), o sea que la materia es de orden público. Luego la adjudicación en el juicio sucesorio sería nula de pleno derecho, como contraria a los citados artículos 2.448 y 2.422 del Código Civil.

En cambio, a la licitación de la prenda o de la hipoteca que se subasta, son admitidos por la ley el acreedor y el deudor (2.423).

Y si es nula la adjudicación, deja de ser cosa propia del acreedor la mitad de la susodicha casa a tiempo del remate, y bien pudo entonces comprarla en la subasta. Así la nulidad de la adjudicación se transforma en validez del remate. (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....631, 2ª

— 210 —

HIPOTECA (Adquisición del bien gravado por uno de los cónyuges)

Quien es constituyente de hipoteca consiente en el derecho de venta que la garantía real envuelve en beneficio del acreedor. Por eso el Juez representa legalmente a quien impuso el gravamen, cuando llega el evento de que por la justicia se haga efectivo el mismo derecho de venta. No cabe así que el cónyuge grave con hipoteca alguno de sus inmuebles en forma tal que directa o indirectamente, mediata o inmediatamente se traduzca en que su consorte pueda ejercer el derecho de venta que el gravamen envuelve o que de algún modo le sirva de ocasión para adquirir la finca hipotecada, porque entonces la voluntad del constituyente de la garantía funda el consentimiento como elemento de la esencia del negocio jurídico bilateral, y puede predicarse la contratación entre cónyuges sobre bienes inmuebles, cuya nulidad absoluta proclama el artículo 3º de la Ley 28 de 1932.

Pero cuando apenas se trata de la finca que alguno de los cónyuges recibe sujeta de antemano al gravamen, no se descubre en derecho ni en razón el motivo que impida a su consorte intervenir como rematante en el juicio hipotecario. La enajenación eventual fue consentida, no por la consorte ni por ninguna otra persona, cualesquiera que fuesen los ulteriores adquirentes del objeto gravado, sino por quien constituyó la garantía, que es a quien el Juez verdaderamente representa en la venta forzada. No cabe así admitir que hay acuerdo de voluntades entre consortes para la compraventa de inmuebles, ni que sean sustraídos de su patrimonio, pues si en el activo ingresó la finca, lo fue inseparablemente unida al gravamen que ya llevaba en cierne la enajenación. (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200). 631, 2ª y 632, 1ª

— 211 —

HIPOTECA (Compra del crédito por el dueño de la cosa gravada)

Si alguien que es dueño de cosa hipotecada, compra el crédito que la grava, la operación no consiste en nada distinto de libertar la finca, y nunca habrá de entenderse que por efecto de la supresión del gravamen quede también suprimido para el comprador del crédito su derecho de dominio sobre el inmueble libertado. (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....633, 1ª

— 212 —

HIPOTECA (Constituida por un comunero o copartícipe)

Del contenido de los artículos 779, 1.401 y 2.442 del Código Civil, se deduce que el comunero, en relación con un gravamen hipo-

tecario constituido por él, puede hallarse en uno de estos casos: 1º Si es comunero o condueño de una cosa singular y pignora su cuota, dividida aquella, el gravamen subsiste sobre la parte que se le adjudique; 2º Si hipoteca una parte determinada del inmueble, el derecho real accesorio se mantiene, si le corresponde la porción grava; si se le asigna una diferente, caduca la hipoteca como efectuada en cosa ajena, a menos que el adjudicatario o adjudicatarios consientan en ello.

Cuando se trata de una comunidad universal, como es el caso de una sucesión o de una sociedad conyugal en liquidación, la hipoteca de la cuota abstracta correspondiente al comunero en ellas, carece de valor, porque esa cuota o derecho no es hipotecable. Pero si el comunero hipoteca alguno o algunos de los bienes comprendidos en la comunidad, el gravamen no es nulo, pero la eficacia de él está sometida a que el bien o los bienes caucionados se le adjudiquen al constituyente del gravamen. En caso de que así no ocurriere, la hipoteca caducará, a menos que los partícipes de las cosas dadas en hipoteca consientan en ésta y expresen su consentimiento en escritura pública de que se tome nota en el registro. (Casación Civil. Julio 24/58. Nos. 2199-2200).....537, 1ª y 538, 2ª

— 213 —

HOMOLOGACION (Contra fallos proferidos por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio)

El recurso de homologación contra los fallos proferidos por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio fue consagrado por el artículo 5º del Decreto Legislativo 893 de 1955.

Por Decreto Legislativo número 0291 de 1957 (expedido el 8 de noviembre de dicho año), se produjeron radicales mutaciones en los aspectos procedimentales y de jurisdicción respecto del proceso de mejoras rurales, y, en lo que aquí es pertinente, se dispuso:

"Artículo 48.—La Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio continuará funcionando hasta evacuar todos los negocios que estuvieren para su conocimiento".

"Artículo 50.—Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición, y deroga los Decretos 0893 de 1955 y 0186 de 1956, y suspende las disposiciones que le sean contrarias".

Observa la Sala que la derogatoria del Decreto 0893 de 1955, sin limitación distinta a la del artículo 48 del Decreto 0291 de 1957, en que se fijó la actividad de la comisión "hasta evacuar todos los negocios que estuvieren para su conocimiento", produjo los siguientes efectos:

a) Precisó la competencia de la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio a evacuar los negocios que estuvieren **actualmente** (en la fecha de la derogatoria que fue el 8 de noviembre de 1957) "para su conocimiento", y se la quitó de plano respecto de aquellos asuntos en trámite que, por hallarse al tiempo de la derogatoria en la etapa de conciliación o instrucción a cargo de los inspectores, estuvieren sólo **potencialmente** para su conocimiento.

b) Restringió el recurso de homologación para aquellos casos que "estuvieren para su conocimiento", **en los cuales tal recurso hubiera sido interpuesto o concedido antes de la fecha de la derogatoria.**

La Sala ha llegado a la conclusión del literal b), mediante las siguientes consideraciones: es sabido que la competencia del funcionario público está determinada exclusivamente por fuente legal positiva y atribución expresa. En otras palabras: el funcionario público sólo puede hacer, en ejercicio de sus funciones, lo que la ley le ordena que haga, y —por ello— a la ley deben estar rigurosamente ceñidos sus actos. En tal virtud es responsable tanto por exceso como por defecto, es decir por actividades extralimitati-

vas de su competencia legal o por omisión de la misma. Respecto de la capacidad de las personas privadas obra el principio contrario: ellas pueden hacer todo lo que la ley no prohíba expresamente.

Si el Decreto 0291 de 1957 derogó el 0893 de 1955 (y por ende el recurso de homologación que este último estatuto consagraba), con la sola salvedad de que la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio continuaría "funcionando hasta evacuar todos los negocios que estuvieren para su conocimiento", es obvio que, en términos generales, dicho recurso lo mismo que los demás procedimientos y ritualidades que sobre mejoras establecía la legislación derogada quedaron sujetos, en cuanto a su aplicación respecto de los asuntos en trámite, a las reglas sobre "tránsito de legislación procedimental", una de las cuales es el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 antes transcrito.

Dicha norma ha sido invariablemente mantenida en todas las situaciones de tránsito a procedimiento nuevo, inclusive en el terreno laboral, como se anota en el mandato del artículo 154 del C. de P. del T.

La misma doctrina legal es mantenida en la norma análoga del Código Judicial —que también es aplicable para llenar los vacíos del procedimiento laboral en su art. 1.228.

Es, pues, indudable que las normas de procedimiento tienen efecto inmediato, que la supresión del recurso de homologación por la legislación nueva varió sobre este particular no sólo el procedimiento sino que privó de competencia a la Corte respecto del mismo, y que la legislación anterior sólo se aplica a la tramitación de actuaciones en curso y a los recursos interpuestos o concedidos dentro de su vigencia. (Casación Laboral. Agosto 20/58. Nos. 2199-2200).....418, 2ª y 419, 1ª y 2ª

— 214 —

HURTO (Por motivos políticos)

Si los móviles de los acusados y la finalidad que buscaban eran esencialmente políticos, sería criterio demasiado simplista el profesar que los hurtos y robos escapan a la consideración lógica de dicho móvil, porque sea uno de sus elementos el ánimo de lucro. La reacción política tiene mil matices o maneras de manifestarse, y una de sus formas es la de causar perjuicio o daño a los demás, cosa que se alcanza no sólo con hechos como el incendio de propiedades, sino también con otros como el robo, el hurto, etc. El **animus lucrandi**, viene, en estos casos, a ser cosa secundaria, ya que la apropiación de la cosa no se busca por el afán directo del lucro, sino como un medio eficaz para vengarse del contrario, ponerle de presente el odio con que se le mira, intimidarlo, despojarlo de sus condiciones mínimas de vida regular y, en fin, hacerle sentir el rencor político, en el sentido vulgar de la expresión.

No puede perderse de vista que las bandas o asociaciones criminales surgidas a raíz de los sucesos del 9 de abril de 1948, fueron uno de los modos de manifestarse la rebelión general de grupos de personas contra el gobierno que entonces regía los destinos del país. Quienes, bajo el pretexto de rebelión, o con las finalidades concretas de ésta, se dedican a actos de ataque y defensa correlativos de dicha finalidad, suelen ocurrir a robos y otras depredaciones, no para alcanzar en sí mismos estos fines, sino como elementos o medios de afirmación de su lucha y de subsistencia de sus huestes, necesitadas de provisiones. El móvil resulta, en tales casos, tan político como el que los ha lanzado a la asociación criminal o a la rebelión. (Casación Penal. Agosto 20/58. Nos. 2199-2200). 785, 1ª y 2ª

— I —

— 215 —

IMPEDIMENTO (Por causal íntima con los apoderados de las partes)

La causal de impedimento del numeral 14 del artículo 435 del C. de P. C., se refiere al hecho de que el Juez tenga amistad íntima con alguna de las partes, no con su apoderado. Para que esos vínculos sentimentales se extendieran a los apoderados de las partes, sería necesario que dicho numeral lo dijera así expresamente, dado que en los demás motivos de impedimento y recusación que dicha disposición establece, se hace una clara distinción sobre el particular, como se deduce de los numerales 2º y 15º. (Negocios Generales. Junio 3/58. Nº 2198)....377, 1ª

— 216 —

IMPEDIMENTOS (Manera de allanarlos)

No causa ningún efecto el silencio, en torno al impedimento, de la parte que carece de interés no sólo para coadyuvar la prórroga de jurisdicción, sino para lograr por los medios tácito y expreso de que trata el inciso 1º del artículo 438 del C. de P. C., la separación del funcionario. (Negocios Generales. Junio 3/58. Nº 2198).....377, 2ª

— 217 —

IMPEDIMENTOS (Por haber sido anteriormente apoderado de una de las partes)

El haber sido personero de uno de los litigantes en otros negocios, o el que el Juez sea en un asunto particular mandante del apoderado de una de las partes, no son hechos constitutivos de inhibición. Alegarlos como tales, apenas demuestra un simple acto de honradez y pulcritud, que al ser absuelto por la parte interesada, contribuye a elevar el ambiente de imparcialidad que debe prevalecer en las decisiones judiciales, y a premunir de toda sospecha de arbitrariedad la sagrada función del juzgador. (Negocios Generales. Junio 3/58. Nº 2198)..377, 1ª y 2ª

— 218 —

INCONGRUENCIA (En los términos de la sentencia

Si la responsabilidad extracontractual o aquiliana es independiente de un vínculo contractual (aun cuando pueda producirse existiendo un contrato) es inexplicable que el Tribunal, habiendo reconocido en forma enfática que la acción intentada es la aquiliana, considera que es necesario probar quién celebró el contrato que, por otra parte, da por probado, para cursar dicha acción aquiliana.

En otros términos, la sentencia viene a constituir algo semejante al famoso enigma que tanto preocupó a los intelectuales de la Edad Media, contenido en el dístico latino:

Aelia lelia crisipis, nec vir, nec muller.

Nec androginus, sed omnia.

En consecuencia, se habrá de casar la sentencia recurrida, no propiamente en razón de incongruencia entre lo fallado y lo demandado, sino por incongruencia en la misma sentencia, lo que le da la calidad de inexistente; de no haberse sentenciado sobre lo suplicado. (Casación Civil. Agosto 26/58. Nos. 2199-2200)...655, 2ª y 656, 1ª

— 219 —

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Por ruptura del contrato de trabajo)

Hay que tener en cuenta que las causales legales de terminación del contrato individual de trabajo están taxativamente señaladas en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

Debe recordarse que la ruptura unilateral e ilegal del contrato acarrea indemnización de perjuicios y que cuando esta responsabilidad es imputable al patrono "el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo".

Resulta lógico suponer, pues, que si el contrato de trabajo termina por una cualquiera de las formas consagradas en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene operancia el artículo 64 ibidem. La razón es obvia: su terminación se ha hecho ajustada a la ley. Pero, si por el contrario, la ruptura del vínculo contractual se hace contrariando los preceptos del artículo 61 citado, entonces adquiere pleno vigor el artículo 64 atrás mencionado, por tratarse de un evento en que, precisamente se procede en forma ilegal. En otros términos, el contrato puede terminarse legal o ilegalmente. Considera la Sala que sobre el particular no cabe otra alternativa a la luz de nuestras normas positivas laborales. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198).....337, 2ª

— 220 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Cuándo tiene lugar por retención de salarios y prestaciones)

En concepto del apoderado del demandante la simple y llana configuración de los presupuestos legales del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo obligan al aplicador de la ley a imponer la pena de la indemnización moratoria, tesis cuyo radicalismo contraría palmariamente la jurisprudencia elaborada en torno a dicho texto, según la cual tan drástica punición pecuniaria sólo procede cuando la renuencia del patrono a satisfacer salarios y demás prestaciones obedece a su mala fe.

Los elementos o supuestos de hecho del texto escrito por sí solos no son suficientes para imponer la pena. Deben ellos ir acompañados por una sólida y concluyente presunción judicial acerca del ánimo injusto o de la intención temeraria del patrono que se niega a pagar. (Casación Laboral. Junio 3/58. Nº 2198).....312, 1ª

— 221 —

INDEMNIZACION MORATORIA (En caso de preaviso)

Como la ley ordena (artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo) que el pago de las prestaciones sociales o la consignación según el caso, se haga a la terminación del contrato de trabajo y no se hizo así sino varias semanas después y sin justificación aceptable, máxime cuando el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que la cancelación de esos derechos debe ser previa, resulta procedente la condena por mora. (Casación Laboral. Julio 30/58. Nos. 2199-2200).....878, 1ª

— 222 —

INDEMNIZACION MORATORIA (La compensación como causal de exoneración)

Es obvio que si a la terminación del contrato el trabajador tiene pendiente para con el patrono deudas de origen laboral cuyo monto es igual o superior al valor de los salarios y prestaciones sociales a que pueda tener derecho, y el segundo alega fundadamente la compensación, no cabe la condena por salarios caídos. (Casación Laboral. Julio 31/58. Nos. 2199-2200).....885, 2ª

— 223 —

INDEMNIZACION MORATORIA (No es procedente antes de la terminación del contrato de trabajo)

La mora patronal en el pago de las prestaciones adeudadas al trabajador y el derecho a la indemnización correspondiente no pudo surgir, para los efectos del artículo 65 del C. S. del T., sino desde la fecha de terminación del contrato. Y si, como lo sostiene la sentencia acusada y aparece de autos, la acción se instauró antes de que la relación de trabajo entre las partes se hubiera extinguido, no procedía la condenación por "salarios caídos" dentro de este juicio. (Casación Laboral. Junio 17/58. Nº 2198) .328, 2ª

— 224 —

INDEMNIZACION MORATORIA (No hay lugar a ella cuando no se deben salarios o prestaciones)

Es incuestionable que si en la sentencia acusada no ha habido condena para el pago de prestaciones sociales y salarios, resulta impropio aspirar a una condena por la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Como se sabe, esta norma tiene un nexo íntimo con el pago de los derechos mencionados. Se puede afirmar, sin temor a errar, que entre los dos hay una relación de causa a efecto y que la sanción indemnizatoria es el efecto del no pago oportuno e injustificado de los salarios y prestaciones debidos, que es la causa de dicha relación.

El problema no consiste, pues, en que el Tribunal hubiera incurrido en error u omisión en la apreciación de determinadas pruebas, que no fue así, sino que jurídicamente resultaría improcedente proferir una condena por salarios moratorios cuando no existen pronunciamientos para el pago de prestaciones sociales ni de salarios, fuente legal de esa omisión. (Casación Laboral. Julio 22/58. Nos. 2199-2200) 857, 1ª

— 225 —

INDEMNIZACION MORATORIA (No hay lugar a ella cuando se discute sobre la existencia de la relación laboral)

La sanción por salarios caídos no se causa cuando en el juicio, **fundadamente y de buena fe,** se discute la existencia misma de la relación laboral por parte del demandado. (Casación Laboral. Junio 3/58. Nº 2198) ... 310, 1ª

— 226 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Su exoneración por discutirse la existencia del contrato de trabajo)

Nadie sería osado a pensar que a alguien —mucho menos a un juez— se le ocurriera argüir que la **sola discusión del contrato de trabajo,** por parte del patrono, exonerase a éste de las sanciones legales por la falta en el pago oportuno de las prestaciones debidas al trabajador. Si así fuere, el texto del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo carecería de objeto y de sentido. Sería una sanción irrisoria, puesto que, so capa de discutir la realidad del contrato laboral, cualesquiera patronos le haría un doble esguince al pago oportuno de prestaciones y a la pena por no pagarlas en la debida oportunidad. Muchos patronos alegarían haber discutido que el contrato no era de naturaleza laboral, y este solo hecho de la discusión, con razón o sin ella, justificada o injusta, les serviría de patente para eludir la responsabilidad consiguiente por el no pago en el momento debido a las prestacionse adeudadas.

Más de un lustro lleva ya la jurisprudencia que, concorde con las anteriores obvias consideraciones, establece cómo en punto a indemnización moratoria o "salarios caídos", cuando se discute la fuente misma de la obligación que es el contrato de trabajo, el elemento eximente de la responsabilidad es la discusión justificada, o razonable, o la duda de todos los casos de buena fe que motive serios y atendibles reparos en torno a la configuración del contrato mismo. No es la duda a secas el factor eximente. Ni lo es la simple discusión. Duda y discusión deben completarse con la razonabilidad, fundamentación, justificación y seriedad del reparo que se le formule al contrato para alegar que no sea de trabajo. Todo lo anterior, como aspecto de la tesis jurisprudencial que sustenta cómo la buena fe del patrono, deducida por el Juez, excepciona al primero de la pena mencionada. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198).....360, 1ª

— 227 —

INDEMNIZACION POR MORA

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no condiciona la imposición de la indemnización moratoria a que se dé o no preaviso de ninguna especie. (Casación Laboral. Julio 30/58. Nos. 2199-2200).....877, 2ª

— 228 —

INEXEQUIBILIDAD (De decretos dictados durante estado de sitio)

La normalidad del funcionamiento institucional en la vida del Estado de derecho se identifica con la noción de orden público específico que el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa debe conservar en todo el territorio y restablecer donde fuere turbado.

Si por causas de hecho ajenas a la voluntad de los gobernantes se altera el cumplimiento de la regulación en forma tan grave que justifique el estado de sitio, es necesario entender que si entonces el Gobierno tiene además de las facultades legales las que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes rigen para la guerra entre naciones, y que si está facultado para dictar decretos de carácter obligatorio y suspender leyes incompatibles con el estado de sitio, todo ello permanece invariablemente dentro del marco de la finalidad de que depende el régimen de emergencia: el pronto restablecimiento del Estado de Derecho a la plenitud de su vigor constitucional, en vez de su desmedro o acaso su ruina y destrucción.

Por manera que si a virtud de lo previsto en el artículo 121, de la Carta el Presidente de la República se encuentra dotado de los medios legítimos que le permiten cumplir en todo evento con el deber primordial de conservar y restablecer el orden público, no se trata, sin embargo, de arbitrio ilimitado susceptible de distorsión o desvío alguno de los fines a que corresponde o que escape al control constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sería imposible reparar la ruptura de los soportes en que descansa el equilibrio jurídico si se empezara por desconocer desde arriba los fundamentos mismos de la juridicidad y por cegar en sus fuentes la vida institucional de la República.

Que un Decreto de estado de sitio sea susceptible de declaración de inexequibilidad es algo definitivamente sustraído del campo de la duda por la simple lectura del artículo 214, que permite ver cómo esa suerte de Decretos se encuentra expresamente comprendida entre los actos acusables ante la Corte por cualquier ciudadano. Y puesto que la inexequibilidad de algún Decreto no significa necesariamente que esté comprometida la responsabilidad del Presidente de la República deducible ante el Congreso, está privado de fuerza constitucional el argumento de

que si el primer funcionario de la rama ejecutiva es responsable de la conservación del orden público, no cabe admitir que otro alguno posea atribución para juzgar si una ley impide o no el restablecimiento del orden público o si un mandato legislativo es o no conducente a restaurar la normalidad. (Sala Plena. Agosto 5/58. Nos. 2199-2200).....485, 1ª y 2ª

— 229 —

INMUEBLES (Identificación por medidas y linderos antiguos)

Las tierras se localizan por linderos o por medidas, y también por la concurrencia de ambos elementos. Importante es tanto recalcar sobre la doctrina de esta Sala, según la cual, en las adjudicaciones de tierras con **medidas** y **linderos**, prima sobre estos dos elementos determinantes del objeto o materia de la adjudicación, el que más resalte de ellos, las medidas o los linderos. Así, pues, tratándose de localizar terrenos con medidas y linderos antiguos, aquéllas y éstos deberán corresponderse en cuanto fuere posible, no sólo en el área comprendida por la medida que se usó en la época en que se hizo la expedición del título de adjudicación, sino en los linderos, esto es, en el perímetro que comprenda el área abarcada por la medida. Evidente es que si una extensión superficiaria se localiza por linderos solamente, éstos deberán encerrar con suficiente claridad o precisión esa superficie, pues entonces no existen puntos de comparación entre la medida y un perímetro determinado. Pero si para la localización surgen ambos elementos —medidas y linderos— esta Sala sigue considerando que si las medidas son proporcionadas, es decir, si son próximas en extensión al área abarcada por los linderos, y el área encerrada por éstos próxima a la superficie que dan las medidas, la identificación de las tierras surge inevitable, así prime en el objeto o materia de la adjudicación uno de tales elementos. (Negocios Generales. Junio 12/58. Nº 2198).....413, 1ª y 2ª

— 230 —

INSPECCION OCULAR (Pruebas aportadas por este medio)

Si al pedir una inspección ocular para allegar al proceso determinadas pruebas, el Juez las decreta y practica sin contradicción de la contraparte, tales pruebas se entienden que han ingresado normalmente al proceso. No puede ya abstenerse el juzgador de apreciarlas conforme a la tarifa legal de pruebas y a la libertad de que en cada caso dispone el Juez. (Casación Civil. Junio 26/58. Número 2198)..... 264, 2ª

— 231 —

INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES (Facultades del Gerente en relación con el nombramiento y remoción de empleados)

El artículo 6º, numeral 11 del Decreto 4.225 de 1948, por el cual el Gobierno Nacional aprobó los estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, sobre funciones del Consejo Directivo, dispuso lo siguiente:

"Hacer a propuesta del Gerente los nombramientos de los Jefes de Departamento y de los demás empleados del Instituto que a cualquier título devenguen una remuneración superior a quinientos pesos ($ 500.00), con excepción del Secretario General, el cual será de libre nombramiento y remoción del Gerente...". Posteriormente el artículo 1º del Decreto 510 de 1950, reformó la disposición anterior así:

"El numeral 11 del artículo 6º de Estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (Decreto 4.225 de 1948), quedará así:

Numeral 11. Hacer a propuesta del Gerente los nombramientos de los Jefes de Departamento y de los demás empleados del Instituto que a cualquier título devenguen una remuneración superior a ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, con excepción del Secretario General, el cual será de libre nombramiento y remoción del Gerente...".

El mismo artículo del Decreto 510 de 1950, sobre funciones del Gerente General, dispuso lo siguiente:

"El numeral 6º del artículo 16 de los Estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (Decreto 4.225 de 1948), quedará así:

"Numeral 6º—Designar y remover con sujeción a los reglamentos respectivos, los empleados administrativos, profesionales de los servicios médicos, odontológicos y afines del Instituto, cuya remuneración no exceda de ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, así como los obreros que llegare a contratar el Instituto".

El uso de la cláusula de reserva no significa otra cosa que ejercer una de las causales que sirven para terminar el contrato de trabajo (artículo 61 del C. S. del T.); en otras palabras y como en el caso de autos, para despedir o remover al trabajador.

Así las cosas, surge con meridiana claridad que el Gerente del Instituto no tenía según las disposiciones transcritas, la facultad legalmente estatutaria de remover libremente a un empleado de las condiciones especiales del doctor Gutiérrez, nombrado por el Consejo Directivo, Jefe de un Departamento del Instituto y con una remuneración superior a $ 800.00 al mes. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198).....341, 1ª y 2ª

— 232 —

INTERVENCION EN POLITICA

Para que se configure el delito previsto por el artículo 180 del Código Penal, fuera del caso de formar parte de un directorio político, se requiere la **intervención** en un debate de esta índole, vale decir, un acto que entrañe tomar parte activa en una controversia, contienda, lucha o combate entre dos o más personas sobre política, o en una pugna electoral, que es el debate político por excelencia. El hecho de que un funcionario judicial exteriorice el designio de participar en un debate de tal naturaleza, es sin duda censurable, y puede estar eventualmente sujeto a sanciones disciplinarias, pero no constituye más que un acto preparatorio del delito en referencia, que por no implicar siquiera principio de ejecución queda fuera de la órbita del magisterio penal. (Casación Penal. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....782, 1ª y 2ª

— 233 —

INTERVENCION EN POLITICA (Artículos 178 de la Constitución y 180 del Código Penal)

Importa esclarecer si el artículo 180 del Código Penal se halla vigente en su integridad o si, como se ha sostenido en la discusión de esta providencia, él fue subrogado en todo o en parte y de manera implícita por el artículo 70 del Acto Legislativo número 1 de 1945 (artículo 178 de la actual codificación constitucional), al disponer que "los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público, no podrán ser miembros activos de partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio. La desobediencia de este mandato es causal de mala conducta, que ocasiona la pérdida del empleo".

Para tal fin conviene precisar ante todo si el citado artículo 180, que reprime el hecho del "funcionario o empleado público que forma parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter", es **incom-**

patible con el transcrito precepto de la Carta, pues si lo fuere, habría que dar aplicación al principio universal de hermenéutica, consagrado en el derecho positivo colombiano (artículos 215 de la C. N. y 5º de la Ley 57 de 1887), según el cual, en dicho supuesto prefiere el canon constitucional.

Ahora bien, ¿cuándo puede predicarse de dos disposiciones legales que son incompatibles, vale decir, contrarias, repugnantes o excluyentes entre sí? Claro que cuando reglamentan **una misma materia** respecto de **un mismo sujeto.** Si las materias a que ellas se refieren son sustancial o formalmente distintas, o si los sujetos son diversos, no hay identidad de contenido en las normas, ni, por lo mismo, incompatibilidad alguna, pues ambas pueden subsistir y aplicarse independientemente la una de la otra. Y esto es lo que ocurre con los mentados artículos: el del Código Penal sanciona la conducta que consiste en **formar parte de directorios políticos,** formalmente distinta a la de "ser miembros activos de partidos políticos", prohibida por el de la Constitución; aquél acrimina el hecho genérico de **intervenir en debates de carácter político,** y éste, el específico de "intervenir en debates de carácter electoral", y, por último, el agente de los actos castigados por el primero puede ser cualquier "funcionario o empleado público", mientras que los de los previstos en el segundo son únicamente "los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público". De donde es imprescindible concluir que el artículo 180 del Código Penal no ha sido totalmente subrogado por el 178 de la Constitución Nacional.

Se afirma, sin embargo, que la primera de estas disposiciones fue sustituída por la otra respecto de "los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público", por cuanto la última es para tales empleados "ley permisiva o favorable" (artículo 26 de la Constitución Nacional), ya que reprime sólo con la "pérdida del empleo" el comportamiento genérico de "ser miembros activos de partidos políticos", dentro del cual se comprenden los específicos de formar "parte de directorios políticos" e intervenir "en debates de este carácter", para los cuales conmina el Código Penal una sanción mayor. De esta guisa, si un empleado de la rama ejecutiva (un ministro, un secretario de gobernación, el oficial mayor, escribiente o mecanógrafa de una alcaldía, un maestro de escuela pública, etc.), "forma parte de un directorio político", incurriría "en arresto de un mes a dos años y en interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término". Si del mismo hecho, en cambio, fuere responsable un Juez o Magistrado, quedaría simplemente sujeto a "la pérdida del empleo".

El solo enunciado de esta tesis obliga, sin embargo, a desecharla, porque es regla hermenéutica que la ley debe interpretarse de manera que no conduzca al absurdo, e implicaría una enormidad jurídica inadmisible sancionar por el mismo hecho con pena tan considerable como aquella a empleados cuya parcialidad política causa un mínimo descrédito a la administración pública mientras que se reservase un castigo prácticamente irrisorio a quienes por la naturaleza de sus funciones no pueden intervenir en menesteres políticos, sin grave daño para el buen nombre de la administración de justicia, que ha de ser la más noble, pura y sagrada de las misiones del Estado. Tal tesis violaría flagrantemente "los principios de derecho natural", "de la equidad natural" y del "espíritu general de la legislación" (artículos 4º y 5º de la Ley 153 de 1887 y 32 del Código Civil, que son los criterios esenciales que debe tener en cuenta el intérprete de los pasajes dudosos u oscuros de la Constitución y de las leyes.

Por otra parte, aquí no tiene cabida el precepto de la Carta según el cual "en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", por las razones que se anotarán en seguida:

Obsérvase, en primer término, que este principio sólo rige "en materia criminal", esto es, en la relativa a los delitos. Y, según se verá luego, el citado artículo 178 de la Constitución Nacional versa sobre materia distinta.

Para que él funcione, de otro lado, es menester que **un mismo hecho** o **iguales aspectos de una misma conducta** estén reprimidos con penas distintas, como es obvio. Y esto no ocurre en el supuesto que se examina, porque la primera parte de dicho precepto constitucional prohibe a los empleados que enumera la manifestación **mínima** de parcialidad política, consistente en el hecho de "ser miembros activos de partidos políticos", en tanto que el Código Penal incrimina hechos intrínsecamente más graves, de los cuales responde no ya el que se limita a tener la referida calidad, sino el funcionario que además de eso "forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter".

Tampoco es valedero el argumento de que ha de preferirse el canon constitucional al legal, porque el primero castiga el comportamiento genérico, dentro del cual cabe el específico previsto por el segundo. "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente", dice el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, lo cual no es más que un desarrollo del mencionado artículo 215 de la Carta. De donde se desprende que si ésta, contra la técnica legislativa, prevé y sanciona un delito o una falta administrativa, la norma correspondiente no es de jerarquía privilegiada, sino que debe entenderse incorporada a la legislación criminal o a la penal disciplinaria. Porque en tal caso, el constituyente no hace otra cosa que asumir la facultad de legislar, atribuida al Congreso por el artículo 76 de la Constitución.

De lo anterior es preciso concluir que, para el correcto entendimiento de los artículos 178 de la Carta y 180 del Código Penal, debe aplicarse la regla primera del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, según la cual "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general". Por lo tanto, si un mismo funcionario judicial realiza el acto genérico de **ser miembro activo de un partido político,** y además el específico de **forma parte de un directorio político,** debe sufrir, de preferencia, la sanción conminada por el Código para la última actividad.

En este estatuto es frecuente encontrar reprimida la conducta delictuosa **mínima** (o genérica) con pena inferior a la señalada para la conducta delictuosa **más grave** (o específica), y a esta última corresponde siempre la sanción mayor, ora por mandato expreso de la ley, ya en virtud de la citada norma de hermenéutica. El abuso de autoridad por acción, verbigracia, es una forma **genérica** de atentar un empleado público, abusando de sus funciones contra los derechos de alguien, pero solo le es aplicable la pena del artículo 171 "fuera de los casos especialmente previstos como delitos". La violencia privada, a su vez, es un comportamiento **genérico** de quien "con violencias o amenazas constriña a otro injustamente a hacer, tolerar u omitir alguna cosa", reprimido por el artículo 298 con "arresto de un mes a un año". Y actos **específicos comprendidos dentro de este género,** están castigados más severamente por otras disposiciones, de aplicación preferente sin que se diga de manera explícita. Así, si la especialidad consiste en que el ofendido sea "funcionario público o encargado de un servicio público", a quien se violente o amenace "para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus fun-

ciones", la pena es de "prisión de seis meses a cuatro años", (artículo 184); si radica en que la violencia sea de tal naturaleza que "cause a otro daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación psíquica", prefiere la sanción pertinente de los artículos 372 a 379; y si reside en que a la víctima se le obliga a entregarle al agente "una cosa mueble ajena" (artículo 402) o "a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos" (artículo 406), el castigo será de "prisión de uno a ocho años" o de "prisión de ocho meses a cinco años", según el caso. Si prosperara la tesis que se impugna, a los responsables de violencia contra funcionario público, lesiones personales, robo o extorsión, en los ejemplos propuestos, habría que imponerles sólo la escala penal del artículo 298, tanto porque éste es ley permisiva o favorable, como porque prevé una conducta genérica y comprensiva de las indicadas actividades específicas.

¿Cómo conciliar, entonces, las dos disposiciones que se analizan, cuando es evidente que la del Código prevé y reprime una conducta genérica —la constituída por la intervención en política de cualquier funcionario público—, a la vez que la constitucional prohíbe y sanciona más benévolamente un comportamiento específico— la intervención en debates de carácter electoral por parte de los empleados judiciales y del Ministerio Público?

La cuestión no es tan difícil como a primera vista parece si se repara en que el Código Penal contempla como delito el hecho consistente en formar parte de directorio político y el de intervenir en debate de este carácter, y en que la Constitución castiga como típica falta administrativa el hecho de ser el agente miembro activo de un partido político y en el de intervenir en algún debate de índole electoral. Esto último se infiere claramente de la categoría que de modo expreso les asigna el constituyente: "causal de mala conducta", la cual es obvio que no tiene carácter de delito. Lo que ocurre, pues, es que la intervención en política de los empleados judiciales o del Ministerio Público, cuando el agente no se limita a ser miembro activo de un partido político, sino que forma parte de un directorio, ni a participar en un debate político cualquiera, sino en uno de índole electoral, tiene un doble encuadramiento: como delito en el Código Penal, y como falta administrativa en la Carta.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que el Derecho Penal propio, llamado también Derecho Penal Criminal (el que prevé y sanciona los delitos) y el Derecho Penal Administrativo, al cual pertenece el Derecho Penal Disciplinario (el que castiga las faltas administrativas) son dos ramas independientes y autónomas del Derecho positivo, como lo sostienen la generalidad de los modernos criminalistas y expositores de Derecho Administrativo, la Sala Penal de la Corte en providencia de 30 de agosto de 1933 (GACETA JUDICIAL, tomo LVII, página 626), y la Plena en fallo de 28 de noviembre de 1951 (GACETA JUDICIAL, tomo LXX, páginas 710 y 711), no se ve inconveniente en que ambos puedan aplicarse conjuntamente, y en que coexistan, por lo mismo, el artículo 180 del Código Penal y el 178 de la Constitución. Porque el primero tiene como fin la conservación del orden jurídico y su restablecimiento cuando ha sido roto por el delito, o la defensa social, según el punto de vista doctrinario desde el cual se enfoque el problema, mientras que el objeto del segundo es procurar el mantenimiento del orden en la administración pública y la observancia de los deberes impuestos a los funcionarios; el primero sanciona el delito con una pena en sentido estricto, cuya finalidad principal es, conforme a la orientación del Código colombiano, la de separar al delincuente del seno de la sociedad y readaptarlo en for-

ma que deje de constituir en el futuro peligro para ella, y, por lo mismo, al imponérsela toma en consideración su personalidad y los motivos determinantes de su acto, al tiempo que el segundo simplemente prescinde de los servicios del infractor, como un medio para mantener la disciplina en la marcha de la administración pública, sin reparar más que en la existencia objetiva de la falta; el primero, por último, reprime el delito por conducto de los órganos de la justicia criminal, mientras que el segundo procede por vía administrativa.

Esta solución, por lo demás, no da lugar a que se viole siquiera de manera aparente el principio **non bis in idem** en los casos concretos. En verdad, en la peor de las hipótesis, en la de que un mismo sujeto sea condenado disciplinariamente a la pérdida del empleo y judicialmente a arresto e interdicción para el ejercicio de funciones públicas, no sufre dos penas, por cuanto la interdicción implica por sí sola la pérdida del empleo. Lo que en tal evento acontece es que el poder disciplinario del Estado, el cual debe manifestarse con rapidez por la naturaleza de los fines por él perseguidos, procede sin tardanza, mediante actuación sumaria, a separar al funcionario infractor de la administración pública, mientras el poder judicial, más lento, parsimonioso y cauto, le impone la verdadera pena. Mas aunque se prescindiera de la sanción disciplinaria, al ser condenado aquél por la vía judicial a la interdicción de funciones públicas necesariamente perdería el empleo. (Casación Penal. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....779, 2ª a 782, 1ª

— 234 —

INVENTARIOS (La inclusión de inmuebles ajenos no desvirtúa la posesión)

No puede desvirtuarse el **animus domini**, alegando que el lote materia de la prescripción, fue incluído en una diligencia de inventarios y avalúos sucesorales. A este respecto, dice la jurisprudencia de la Corte:

"Si como demostración plena de dominio se refiere el hecho de la inclusión del inmueble en los inventarios..., la Corte no encuentra error de hecho ni de derecho, comoquiera que la propiedad de los inmuebles, sólo se puede establecer por los medios legales, entre los cuales no se hallan los denuncios dados al practicar los inventarios de los juicios de sucesión". (Casación, 9 de marzo de 1931, G. J., 1.877, pág. 548). (Casación Civil. Julio 4/58. Nos. 2199-2200)...524, 2ª

— L —

— 235 —

LEGITIMACION (En qué consiste)

No parece oportuno allegar ahora antecedentes históricos sobre el origen de la legitimación, basta tan sólo observar que surgió en la última época del Derecho Romano y es generalmente aceptada por la legislación universal contemporánea como una institución creada en beneficio de los hijos concebidos antes del matrimonio, quienes por el acto de la legitimación, adquieren el carácter de hijos legítimos con todas sus consecuencias.

Aquellas consecuencias o efectos jurídicos se hallan expresamente determinadas entre nosotros, en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y en los artículos 244 y 245 del Código Civil, según los cuales, los hijos legitimados quedan por el hecho de su legitimación, en igualdad de condiciones jurídicas con relación a los descendientes legítimos. (Casación Civil. Junio 3/58. Nº 2198).....144, 2ª

— 236 —

LEGITIMACION (Ipso-jure y voluntaria)

Nuestro régimen civil contempla dos for-

mas de legitimación: la que se deriva **ipso-jure**, por el hecho del matrimonio llamada por los doctrinantes de derecho común, y a la cual se refiere el artículo 52 de la Ley 153 de 1887, reformatorio del artículo 237 del Código Civil. Y la legitimación llamada voluntaria de la cual trata el artículo 239 del Código Civil, cuya disposición no es una mera regla de tramitación para determinados matrimonios, sino que contiene en su ordenamiento, los elementos constitutivos de la legitimación a saber:

Un matrimonio legalmente celebrado, es decir, capaz de producir efectos civiles y un acto de reconocimiento que hacen los contrayentes de sus hijos verificado de presente y del cual se deja constancia en el acta del matrimonio.

Según los términos del artículo 239 citado, es potestativo de los padres el hacer la legitimación en el acta matrimonial, o por escritura pública; y cualquiera que sea la forma que se adopte, los efectos legales del fenómeno jurídico de la legitimación, son los mismos. En todo caso, bueno es subrayarlo, la legitimación puede hacerse en la misma acta matrimonial y en esto difiere nuestro régimen civil del sistema civil francés en el cual se requieren para este caso dos actas distintas. Al efecto dicen los expositores Planiol y Ripert:

"Hasta la promulgación de la Ley 30 de 1915 el reconocimiento podía hacerse en la misma acta matrimonial. Esta ley ordena que se haga constar en acta aparte, a fin de que el acta matrimonial no contenga ningún rastro de la primitiva irregularidad del hogar y del nacimiento ilegítimo del hijo. Por tanto, debe levantarse acta de reconocimiento distinta del acta matrimonial". (Derecho Civil Francés, Tomo 2º, página 741).

Obsérvese además que la ley no prescribe término para efectuar la legitimación, lo cual quiere decir que puede hacerse en cualquier tiempo y así lo han entendido los comentadores de nuestro Código Civil, entre ellos, el doctor Fernando Vélez, quien dice lo siguiente:

"Es inútil repetir que según el sistema de nuestro Código, la legitimación voluntaria pueden hacerla los padres en cualquier tiempo, puesto que aquel separándose de lo que disponen el Código de Chile y los de los antiguos Estados, no señala término para verificarla. De esto se deduce que individuos que no pudieron legitimarse cuando regían los Códigos de los Estados, porque sus padres dejaron transcurrir el término respectivo, podrán ser legitimados hoy en virtud del Código vigente". (Derecho Civil Colombiano, Tomo I, página 249, número 429).

Las anteriores observaciones están de acuerdo con la doctrina sentada sobre el particular por la Corte y que es del siguiente tenor:

"La legitimación voluntaria requiere dos elementos a saber: matrimonio que esté reconocido como válido, sea civil o canónico y un acta de reconocimiento que hacen los contrayentes de su hijo verificado de presente y del cual se deja constancia en el acta de matrimonio". (Casación 8 de septiembre de 1922, Tomo XXIX, página 241). (Casación Civil. Junio 3/58. Nº 2198).....144, 2ª y 145, 1ª

— 237 —

LESION ENORME (Prueba de)

Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, es definitiva para la procedencia de una acción por concepto de lesión enorme, la prueba pericial, pero ésta debe estar explicada y debidamente fundamentada. (Casación Civil. Julio 28/58. Nos. 2199-2200).... 564, 1ª

— 238 —

LETRA DE CAMBIO (Su simulación debe demostrarse)

Como "todo instrumento negociable se presume que ha sido expedido en consideración a un valor, y por valor se entiende, en este caso, cualquier causa suficiente para la validez de un contrato "(artículos 26 y 27 de la Ley 46 de 1923), si en el proceso no se logra establecer la simulación de una letra de cambio, ésta deberá ser aceptada. (Casación Penal. Agosto 25/58. Nos. 2199-2200).

796, 1ª

— 239 —

LEY CIVIL (Su interpretación)

Véase el aparte **Error común** en el número 171 de este Indice.

— 240 —

LEYES DE INDIAS (Régimen de tierras)

El régimen de tierras en los dominios españoles de América durante la época colonial, según lo tiene dicho la Corte, se divide en cuatro períodos así: el primero de 1492 a 1591, durante el cual se efectuaron las capitulaciones con los descubridores, la fundación de poblaciones y repartimiento de tierras y las adjudicaciones por los Cabildos; el segundo, de 1591 a 1680, en el que se aplicaron, además de los ordenamientos anteriores vigentes, los contenidos en las Cédulas de El Pardo; el tercero, de 1680 a 1754, en que rigió el Código de Indias o Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias; y el cuarto, o sea el lapso en que tuvieron vigencia la Cédula de San Lorenzo de 1754, y la de San Ildefonso de 1780, con las que concluyó la legislación indiana.

La primera de estas últimas cédulas, sancionada por Fernando VI en San Lorenzo del Real el 15 de octubre del citado año de 1754, contiene normas sobre revisión de títulos, confirmaciones, venta y composición de excesos de tierras ocupadas sin título. Según esas normas, quedaba a los Virreyes y Presidentes de las Reales Audiencias la facultad de nombrar Ministros Subdelegados para ejercer y practicar las ventas y composiciones, y a las Reales Audiencias la de "defpachar las confirmaciones y las apelaciones que ocurriefen...". De manera que una vez denunciadas como realengas determinadas tierras, a efecto de que se le adjudicaran al denunciante, los subdelegados estaban encargados de mensurarlas y avaluarlas por medio de peritos, previa citación de los colindantes; de verificar luego el remate en pública subasta, obtener del rematante el pago del valor respectivo, aprobar la venta así hecha, y expedir el título correspondiente, el que sería sometido posteriormente a la confirmación del Virrey o Presidente de la Audiencia y, finalmente, de dar posesión de las tierras al rematante.

La Cédula de San Ildefonso fue expedida el 2 de agosto de 1780 y entre otras cosas dispuso:

"Por lo respectivo a las tierras baldías que en el día pertenecen a mi Real Patrimonio, y de consiguiente puede éste enajenarlas, he resuelto conformándome con lo expuesto por el Fiscal de esa Audiencia, de cuyo dictamen fue vuestro antecesor y sois vos, que se concedan graciosamente a los sujetos que las quisieren desmontar bajo de las calidades que propuso el mismo Fiscal, y entre ellas la de que en el preciso término que se asignare las hayan de desmontar, sembrar y cultivar y mantenerlas siempre cultivadas con pastos o con siembras, según su naturaleza, excepto el tiempo necesario para su descanso, pena de que si no lo ejecutaren pierdan el derecho a ellas y se adjudiquen a otros, prefiriéndose al que lo denunciare y con la calidad también de que a

ningún sujeto se conceda más porción de tierras de las que buenamente pudiere labrar atendido su caudal y posibles".

Suprimió, pues, la Cédula en mención la venta de tierras realengas, disponiendo en cambio que se concedieran "graciosamente" las que como baldíos pertenecían al Real Patrimonio en la fecha de su expedición, para lo cual estableció la obligación de cultivarlas y demás requisitos contenidos en el párrafo transcrito. Esa concesión era otorgada por la Real Audiencia.

Si las tierras no eran explotadas económicamente dentro del término fijado, el concesionario perdía el derecho a ellas y se adjudicaban a otros. Mas es obvio que la reversión no podía ocurrir sino después de haberse denunciado y demostrado el incumplimiento, y mediante providencia o fallo de la autoridad respectiva. (Negocios Generales. Junio 26/58. Nº 2198).....447, 1ª y 2ª y 448, 1ª y 2ª

— 241 —

LEYES PROCESALES (Tránsito de legislaciones)

Es sabido que las disposiciones sobre procedimiento son de orden público y, por regla general, de aplicación inmediata. Este último principio está consagrado por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

"Las leyes que regulan la competencia... son de inmediata aplicación a los pleitos pendientes", dice el tratadista Luis Mattirolo, en lo cual coincide con los más eminentes expositores de derecho público y afianza jurisprudencias reiteradas de la Corte, una de las cuales sustenta que "las leyes que cambian la jurisdicción y competencia son de orden público y por consiguiente tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio". (G. J., XLVIII, 543). Esta misma Corporación ha sostenido que "la facultad de administrar justicia es lo que se denomina jurisdicción; y cuando una norma legal atribuye ese poder a entidad distinta de la que antes tenía la competencia sobre cierta clase de asuntos, su aplicación no puede eludirse generalmente, pues no es aceptable afirmar que sólo por eso se violen situaciones procesales concretas y adquiridas, ya que los litigantes no tienen derecho a que el fallo lo profiera determinado Juez. Ellos sólo tienen la prerrogativa de pedir y obtener que se les decidan sus solicitudes por medio de las instituciones procesales indicadas por el legislador". (G. J., número LIX, página 1.045). (Casación Laboral. Agosto 20/58. Nos. 2199-2200) 919, 1ª

— 242 —

LEYES PROCESALES (Tránsito de legislaciones)

Véase el aparte Aduanas en el número 16 de este Indice.

— 243 —

LICENCIA JUDICIAL (No la requieren menores que celebren contrato con un abogado a cuota litis)

La formalidad de la licencia judicial previa, a tenor de lo preceptuado en los artículos 303 y 483 del Código Civil y 1º de la Ley 67 de 1930, sólo es necesaria cuando se trata de enajenación de bienes raíces o de derechos hereditarios pertenecientes a un menor de edad, pero no para efectuar contratos, tales como la asistencia profesional de un abogado para defender intereses de menores en juicio civil, sin hacerle enajenación alguna de inmuebles de propiedad de éstos, sino únicamente reconociéndole por sus servicios el 50 por 100 del evento incierto de la litis. (Casación Civil. Julio 29/58. Nos. 2199-2200) .....573, 1ª y 2ª

— 244 —

LUCRO CESANTE (De su monto deben descontarse los salarios que el trabajador haya recibido en otra empresa)

El Tribunal Supremo del Trabajo y luego la Sala de Casación Laboral, teniendo en cuenta que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo no ha hecho sino acoger una institución de Derecho Civil, ha sostenido que en esta materia debe aplicarse el régimen general de la indemnización de perjuicios, sin otra modificación que la consistente en exonerar al trabajador de la prueba del lucro cesante.

Por ello se sostuvo en sentencia de diciembre 18 de 1953 que "del lucro cseante debe descontarse lo que el trabajador devengue en otro empleo durante el tiempo a que se refieren los salarios correspondientes al tiempo sobre el cual se calcula dicha indemnización", o sea la del lucro cesante en caso de rompimiento unilateral e injustificado del contrato por parte del patrono. Y más recientemente, en sentencia de 30 de abril de 1956, se expresó así el Tribunal Supremo del Trabajo:

"Para el Supremo, como se ha dicho, la materia del citado precepto se halla informada por los principios generales de la teoría del perjuicio, y la redacción del mismo se limita a recoger la exposición doctrinaria que sobre ese asunto había producido esta Corporación, antes de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia que el lucro consista en el monto de los sueldos correspondientes al dicho lapso (el faltante para el vencimiento del contrato) significa que, en principio, ese es su valor, con ventaja probatoria para el asalariado, mas pudiendo el patrono demostrar que el perjuicio fue menor o no se produjo, evitándose de esta suerte un resarcimiento que no corresponda al daño causado, un enriquecimiento indebido por parte del trabajador y una conclusión absurda en punto a la actividad de éste, que no podía, de haber subsistido el contrato, ejecutar la prestación de servicios correspondiente a la suma de los diversos valores acumulados". - (Juicio de Eduardo Arbeláez Uribe contra Naviera Colombiana, S. A.). (Casación Laboral. Junio 2/58. Nº 2198).....302, 2ª

— 245 —

LUCRO CESANTE (Para estos efectos, no puede considerarse subsistente el contrato de trabajo)

Los contratos de trabajo se pueden terminar legal o ilegalmente. Cuando esto último ocurre adquiere plena vigencia la indemnización señalada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. En este caso, al surgir la obligación del reconocimiento del lucro cesante, no se puede hablar de subsistencia del contrato de trabajo porque, precisamente, la responsabilidad de indemnizar el lucro cesante (uno de los aspectos de la indemnización de perjuicios) emerge de la ruptura ilegal y unilateral del contrato. Y si el contrato está roto jurídicamente no puede aceptarse que continúa vigente. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198).339, 1ª

— M —

—246 —

MANDATO (Es consensual)

El mandato es figura eminentemente consensual y, "puede hacerse por escritura pública o privada, por carta, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra", en conformidad con lo que estatuye el artículo 1.149 del Código Civil. Su prueba corresponde así a los

medios de la tarifa. (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....636, 1ª

— 247 —

MANDATO (Sin representación)

Si el propósito de la demanda inicial se endereza a obtener sentencia acerca de que obró en propio nombre pero por cuenta ajena quien figura como comprador en negocio de contenido económico preponderante, como la compraventa de inmuebles, el despacho favorable de las súplicas exige necesariamente que la existencia del respectivo mandato sin representación se acredite en el proceso.

No se trata entonces de discutir la seriedad de la compraventa celebrada ni las consecuencias jurídicas que surjan del contrato. Quedan al margen las cuestiones referentes a determinar los medios de prueba admisibles en la similación, entre las partes o respecto de terceros. Se pretende simplemente que el comprador, por cuanto tuvo la calidad de mandatario, se encuentra en el deber de transferir a su mandante lo adquirido a virtud de mandato sin representación.

Cuando en el instrumento notarial aparece que el comprador actúa en su propio nombre el supuesto probatorio parte de la base de que adquirió para sí mismo y no para tercera persona, y el encargo inaparente, lejos de inferirse, necesita plenitud de prueba si se alega en juicio. Son admisibles todos los medios dentro de las regulaciones de la tarifa en razón de que no se contempla figura solemne, pero es de rigor que la convicción judicial al respecto llegue a ser tan firme que destruya por completo la eficacia correspondiente a la escritura pública. (Casación Civil. Julio 4/58. Nos. 2199-2200)... 528, 2ª

— 248 —

MANDATO (Sin representación. — Ejecución judicial)

Cuando el mandatario actúa en nombre propio por cuenta ajena (prete-nom), las consecuencias del negocio jurídico que celebra radican en su persona. Y es natural que así suceda porque el mandato se ignora, no rige las relaciones con terceros y su imperio se limita a las que existen entre mandante y mandatario.

Pero está en la índole del mandato inaparente, por lo mismo que deposita mayor confianza que en los casos comunes de la procuración representativa, que el mandatario se encuentre en el inmediato deber de traspasar al mandante los bienes que el encargo fiduciario contempla. No es otro el camino indicado para que la gestión finalice de acuerdo con el espíritu del mandato.

Si en los hechos ha sido necesario acudir a la vía judicial para obtener que el mandatario transfiera al mandante el objeto sobre que versa el mandato oculto, el despacho favorable de las súplicas del actor en nada varía la naturaleza jurídica del mandato sin representación, ni sus efectos, ni modifica tampoco el vínculo a que está sometido el mandatario, de traspasar a su mandante los respectivos bienes. La prosperidad de la acción equivale a la transferencia voluntaria que el apoderado hubo de hacer en beneficio del comitente.

Y así como el traspaso voluntario no afecta los intereses de terceros, ni los liga en modo alguno, por ser **res inter alios acta**, la declaración judicial que dispone lo mismo, tampoco lesiona ni beneficia a terceras personas, por ser **res inter alios iudicata**. De donde se desprende: a) Que no por oculto el mandato haya de ser imposible su descubrimiento judicial; y b) Que por no regir el mandato sin representación sino exclusiva-

mente las relaciones entre el mandante y el mandatario, las demás personas quedan por fuera del litigio en que se ventile la existencia del mandato inaparente y el deber en que se encuentre el mandatario de retransferir al mandante lo adquirido por ese medio. Quienes no ocupen el lugar de partes en el contrato de mandato oculto, tampoco pueden tener sitio en la litis donde se escruta la existencia de esa misma figura. (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....
634, 1ª y 2ª

— 249 —

MARCAS (Acciones provenientes de estos derechos)

Véase el aparte **Gobernadores** en el número 204 de este Indice.

— 250 —

MEDIOS NUEVOS (En casación)

Cuando la cuestión propuesta por el recurrente no fue planteada, ni alegada ante los Jueces de instancia, en casación constituye un medio nuevo. Este recurso extraordinario no brinda dentro de su técnica, dentro de su reglamentación taxativa, oportunidad para legar y decidir sobre extremos que no fueron oportunamente propuestos ni alegados. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198)
204, 1ª

— 251 —

MEJORAS (Competencia de la justicia ordinaria para conocer de conflictos al respecto)

La resolución de todos los problemas que atañen con mejoras hechas en suelo ajeno, a tenor del artículo 739 del Código Civil; lo referente a existencia o no existencia del derecho de retención y otras cuestiones análogas, son de carácter privativamente civil y, por tanto, de competencia de los jueces civiles.

Es verdad que el Decreto 2.417-bis de 1952 creó el Departamento de Asuntos Campesinos con facultad para decidir por vía de conciliación "el establecimiento y solución de los conflictos rurales que se susciten entre patronos, arrendatarios, aparceros, colonos y similares que tengan carácter económico-social, o que sean producidos por virtud de las relaciones, modalidades, naturaleza, efectos y ejecución del contrato de trabajo".

Obviamente este primer Decreto en manera alguna restringió la competencia de los jueces ordinarios para continuar decidiendo los problemas relativos a mejoras.

Además, debe tenerse en cuenta que el mencionado Decreto sólo por vía de conciliación, es decir, mediante mutuo consentimiento de ambas partes, otorgó facultad del Departamento de Asuntos Campesinos para conocer de tales problemas de mejoras. Y por otra parte, los conflictos sobre mejoras que podían decidirse por vía de conciliación eran los que tenían su origen en contratos de trabajo.

Posteriormente el Decreto 0212 de 1953, reglamentario del número 2.417-bis de 1952, aclaró que el Departamento Nacional de Asuntos Campesinos tendría a su cuidado la solución de los problemas relacionados con salarios, prestaciones y condiciones de trabajo rural. Tampoco, pues, este Decreto modificó en lo más mínimo la competencia de los jueces ordinarios para conocer de los problemas civiles sobre mejoras.

Más tarde por el Decreto Ejecutivo 893 de 1955 se dio al Departamento Nacional de Asuntos Campesinos competencia para decidir sobre reconocimiento de pago de mejoras en predios rurales, mediante conciliación. Este Decreto creó por el artículo 3º una Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio,

que tenía a su cargo el conocimiento y decisión en derecho de las diferencias que no hayan sido solucionadas por medio de la conciliación.

Y finalmente, el Decreto 186 de 1956, reglamentario del 893 de 1955, señala el procedimiento para dar aplicación al Decreto reglamentario.

Pero debe tenerse en cuenta que la Comición de Arbitraje Agrario Obligatorio sólo tiene facultad para decidir asuntos de mejoras que tengan como consecuencia un contrato laboral.

En síntesis, ninguno de estos decretos ha modificado la competencia de los jueces ordinarios para decidir las controversias que puedan suscitarse al aplicar el artículo 739 del Código Civil. (Casación Civil. Agosto 28/58. Nos. 2199-2200).....680, 2ª y 681, 1ª

— 252 —

MEJORAS (Reconocimiento y pago en acción de dominio)

Véase el aparte **Acción de dominio** en el número 9 de este Indice.

— 253 —

MINISTERIO PUBLICO (Intervención en juicios sobre filiación natural)

El artículo 12 de la Ley 45 de 1936 no exige que el Ministerio Público sea siempre parte en los juicios sobre filiación natural y que sea obligatoria su concurrencia para que estos juicios puedan adelantarse ante los Jueces. La ley contempla cuatro casos distintos acerca de quiénes pueden ser partes en los juicios citados, y los enumera así: a) el hijo por si mismo, cuando es plenamente capaz; b) el mismo hijo representado por quien tenga sobre él la patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; c) la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor; y d) finalmente el Ministerio Público.

La ley faculta a las personas dichas, para intervenir como demandante en el juicio de filiación, con el objeto de que nunca pueda quedar sin representación el presunto hijo. La intervención del Ministerio Público no es obligatoria, como no es obligatoria la concurrencia simultánea de todas las personas a que la ley se refiere. El representante de la sociedad conserva siempre la facultad de intervenir, y lo hará cuando el presunto hijo no tiene quién lo represente. La Corte ha dicho: "Es errada la opinión consistente en afirmar que el Ministerio Público es siempre parte en todos los juicios sobre filiación natural, pues cada una de las tres personas que menciona el artículo 12 puede intervenir en esta clase de juicios pero nunca sucede que tomen parte simultáneamente". (Casación 22 de mayo de 1947, G. J. LXII, pág. 382 y 11 de mayo de 1948, G. J. LXIV, pág. 368). (Casación Civil. - Agosto 6/58. Nos. 2199-2200) .....601, 1ª y 2ª

— 254 —

MINISTERIO PUBLICO (Sus atribuciones instructivas)

Cuando la función encomendada a un Fiscal no fue la de instruír un sumario que llegase perfeccionado al Tribunal competente, en términos que éste pudiera entrar a calificarlo o fallarlo, sino simplemente la labor informativa superficial, aunque suficiente, para formalizar la queja o dar traslado fundamentado al Tribunal, hecho esto, al último corresponde abrir la investigación, si estima llenados los requisitos de los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, y, en esta hipótesis, instruir él mismo el proceso o designar el funcionario con plena jurisdicción para tal fin.

Si el Fiscal se excede en la función encomendada, esto es, lo instruye sin autorización del superior, es nula su actuación por incompetencia de jurisdicción.

En esta materia, no rige el principio general que distingue entre instrucción y conocimiento por competencia, y que divide la jurisdicción correspondiente entre dos grupos de funcionarios: los instructores, de una parte (como Alcaldes, Jueces de Instrucción, etc., en delitos de homicidio), que no fallan definitivamente los negocios y sólo levantan las diligencias previas o informativas; y los Jueces y demás empleados competentes para conocer a fondo del asunto y fallarlo, en decisiones que tienen o pueden tener la fuerza de cosa juzgada.

Los Fiscales Superiores no son, frente a las normas procesales, funcionarios de instrucción. Esta función la tuvieron en un corto lapso, por ministerio del Decreto Extraordinario 1.231 de 1951, derogado por el Decreto 1.154 de 1954. Pero ella estuvo limitada, tan sólo, a los procesos por delitos cuyo conocimiento definitivo correspondía a los Jueces Superiores. Salta, pues, a la vista que, así como sería nula la actuación de un Fiscal Superior que investigase un delito de homicidio por comisión de la Procuraduría o del mismo Juez Superior, lógicamente resulta nula la investigación que haga, de faltas de los abogados contra la moral profesional.

Podría llegarse a conclusiones distintas de la anulación de lo actuado, si el Tribunal en vez de limitarse a calificar el mérito de las diligencias, acogiendo en su integridad como válida dicha investigación y sustentando sobre ella su decisión, la aprovecha tan sólo como orientadora de su actividad o fuente de información, acometiendo la empresa de investigar él mismo, ordenando ratificar pruebas, ampliar documentos, etc.

Dicha nulidad tiene por base inmediata lo dispuesto en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal (numeral 1º), aplicable por analogía en tal evento. (Casación Penal. Agosto 28/58. Nos. 2199-2200).....803, 1ª y 804, 1ª y 2ª

— 255 —

MORA (Cómo se purga cuando el trabajador se niega a recibir)

No parece aceptable en forma absoluta la tesis de que la mora sólo ocurre cuando el trabajador se presenta al lugar de trabajo con el fin de recibir lo que se le adeude a la terminación del contrato, porque, frente a la omisión, voluntaria o no, de aquél, el medio adecuado para que el patrono cumpla con sus obligaciones en este punto es el de consignar ante el Juez del Trabajo u otro funcionario competente la suma que deba, so pena de que se ponga en duda su buena fe y se le considere incurso en retención no autorizada, con las consecuencias inherentes a ella.

La regla general es la de que hecha la liquidación de los salarios y prestaciones debidos en el momento en que termina la relación de trabajo, debe ser inmediatamente seguida de la entrega de los valores correspondientes. Si el trabajador se niega a recibir en el acto o si hay manifiesto desacuerdo respecto al monto de la deuda, surge para el patrono la obligación subsidiaria de consignar, sin que la ley admita dilación alguna, la suma que confiese deber, mientras que la Justicia del Trabajo decide la controversia. Cuando así no se procede, cabe la indemnización de un día de salario por cada día de retardo. (Casación Laboral. Junio 2/58. Número 2198).....303, 2ª

— 256 —

MORA (En el pago de salarios y prestaciones)

En rigor el fenómeno de "estudiar" la liquidación no está contemplado como eximente de la sanción por mora. Mas no hay que perder de vista que en algunos casos, tampoco previsto de modo expreso en la norma, se ha admitido por vía jurisprudencial, que las dificultades prácticas para efectuar la liquidación u otros motivos razonables, pueden dar lugar a conversaciones aclarativas entre las partes y excusar entre tanto el pago de lo que adeuda el patrono. (Casación Laboral. Junio 2/58. Nº 2198).....303, 2ª

— 257 —

MORA (La buena fe patronal lo exhonera de su pago)

La sanción de los llamados "salarios caídos" sólo debe aplicarse al patrono renuente a pagar prestaciones, cuando tal renuencia es temeraria e injustificada, es decir, cuando carece de buena fe. Contrario sensu el patrono se exonera de la susodicha sanción en el caso de que su negativa de pago tenga algún fundamento, asistido por la buena fe, que consiste en la duda justificada acerca de la existencia de la obligación o en el monto de la misma, y en este último evento el empleador consigne lo que de buena fe crea deber. (Casación Laboral. Junio 3/58. Número 2198) 309, 2ª

— N —

— 258 —

NAVEGACION FLUVIAL (Aplicación del Código de Comercio Marítimo)

La omisión en que pudo incurrir el legislador de 1887, no mencionando expresamente al adoptar los Códigos, la Ley 35 de 1875, no puede en forma alguna interpretarse como una derogatoria del artículo 2º de la Ley que acaba de citarse, porque ello equivaldría a afirmar, que una actividad de las proyecciones económicas, industriales y sociales como es la navegación y comercio fluviales, habían quedado sin ninguna regulación jurídica, por cuanto que no se había dictado ningún estatuto legal que supliera las importantes disposiciones consignadas en el Código Marítimo que son aplicables a la navegación fluvial, y esto no cabe suponerlo.

Concurre a demostrar que tal derogatoria no existió en la mente del legislador, la circunstancia antes anotada de que la Asamblea Nacional Constituyente de 1907, por medio de la Ley 18 al derogar determinadas disposiciones del Código Marítimo, perentoriamente expresó que ellas no tendrían aplicación a la navegación fluvial, luego si las derogó e hizo esa declaración, era porque estaban vigentes las normas del Código Marítimo de aplicación al comercio y navegación fluviales.

Más aún, la misma Corte ha reconocido en varios de sus fallos la vigencia del Código Marítimo y su aplicación al transporte y navegación fluviales. Entre tales fallos, pueden citarse el de fecha 27 de agosto de 1947 (G. J. números 2.050 y 2.051). (Casación Civil. Junio 10/58. Nº 2198).....552, 1ª

— 259 —

NAVEGACION FLUVIAL (Disposiciones sobre la materia)

Véase el aparte **Abordaje fluvial** en el número 2 de este Indice.

— 260. —

NOTARIOS (Declaraciones sobre legitimación de hijos naturales en el acta del matrimonio)

No está de acuerdo la Corte con el concepto de que los Notarios carecen de facultad legal para inscribir en las partidas de matrimonio actas o declaraciones que sobre legitimación de hijos hicieren los contrayentes, pues habiéndose celebrado el matrimonio bajo la vigencia de la Ley 92 de 1938, orgánica del registro civil y reglamentada posteriormente por medio del Decreto 1.003 de 1939, la correspondiente partida de aquel matrimonio debía sentarse ante el respectivo Notario. Y es este funcionario quien por mandato especial debe expresar en las actas matrimoniales, entre otras circunstancias, "los nombres de los hijos que queden legitimados en virtud del matrimonio". Así lo dice el artículo 27 del citado Decreto. (Casación Civil. Junio 3/58. Nº 2198)....145, 2ª

— 261 —

NOTARIOS (Valor probatorio de su dicho)

No constituye un documento auténtico, tal como lo define el artículo 632 del Código Civil, pero por tal circunstancia no se le puede negar toda su eficacia probatoria a la atestación enfática y no contradicha en ningún momento sobre un hecho procesal concreto efectuada por un Notario, a quien debe presumirse veraz y honorable, máximo cuando dicho ciudadano por razón de las funciones que ejerce, es el depositario de la fe pública; es decir, se trata del dicho de un testigo de excepción.

Si bien es cierto que de conformidad con lo prescrito en el artículo 696 del Código Judicial, la declaración de un testigo no forma plena prueba, no es menos cierto, como reza el mismo artículo que "aquella constituye una presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la claridad de su exposición". (Casación Civil. Junio 18/58. Nº 2198).....189, 1ª

— 262 —

NOTIFICACION (A funcionarios públicos)

Revela ignorancia de la ley o temor reverencial hacia su superior jerárquico, el Juez que, sin su intervención directa, pretende obtener de un Magistrado de Tribunal Superior, por medio de despacho comisorio, la notificación de un mandamiento de pago por la vía ejecutiva librado contra él. En caso tal debe dar aplicación a los artículos 999 y 1.000 del Código Judicial, que indican el modo de hacer la notificación de un mandamiento ejecutivo cuando se trata de personas que según los artículos 676 y 678 del mismo estatuto no están obligadas a presentarse al despacho del Juez. La diligencia se les hace en su casa, previo aviso de la fecha y la hora en que debe practicarse. (Sala Plena. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200)..500, 2ª

— 263 —

NULIDAD (Por designación de un defensor de oficio)

Las irregularidades consistentes en aceptar la excusa presentada en escrito sin firma por el defensor nombrado por un reo, y en designar oficiosamente a quien deba sustituírlo sin previa noticia al acusado para que él lo haga, no desconocen ni menoscaban en forma alguna el derecho que tiene aquel a escoger libremente la persona que deba representarlo en el juicio, si el auto que tal dispuso se le notificó personalmente y fue admitido por el interesado sin reparos, pues esto equivale, por una parte, a aprobar lo hecho por el Juez, y no le limita, por otra, la facultad de que dispone para encomendar en cualquier momento su defensa a quien

tenga a bien. De allí no se genera, pues, ningún vicio que afecte el procedimiento, ni, en el supuesto de que lo hubiera, podría ser alegado en casación por un tercero cuyos intereses no sufrieron ni podían sufrir por ello el menor perjuicio. (Casación Penal. Agosto 29/58. Nos. 2199-2200).....812, 1ª

— 264 —

NULIDAD (Por falta de notificación personal del auto de proceder)

Las notificaciones de las providencias judiciales, y la exigencia de que algunas de ellas se hagan personalmente a los interesados, son ritualidades comunes a todos o casi todos los juicios, y no son, por tanto "formas propias", vale decir, peculiares características o exclusivas de ninguno de ellos. El omitirlas o efectuarlas irregularmente no engendra, pues, nulidades de carácter constitucional por inobservancia de las garantías consagradas por el artículo 26 de la Carta, que se refiere a éstas y no a aquéllas. Tales anomalías tienen su sanción en las leyes procesales, como ocurre con la falta de notificación "en debida forma" del auto de enjuiciamiento (artículo 198, 3º del Código de Procedimiento Penal), que establecen cuándo constituyen nulidades y cómo se sanean.

En consecuencia, el haberse notificado al defensor o defensores por estado la providencia confirmatoria del auto de proceder, aunque se admita que ha debido hacerse en forma personal, entraña a lo sumo el vicio de nulidad previsto por el numeral 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, que "desaparece si habiendo comparecido el reo en juicio, no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal". (Casación Penal. Agosto 29/58. Nos. 2199-2200) 810, 2ª

— 265 —

NULIDAD (Por haberse declarado la cesación de procedimiento sin audiencia del Ministerio Público)

Sin entrar a discutir la legalidad del auto interlocutorio que declara extinguida la acción penal por muerte de un procesado sin previo concepto favorable del respectivo Agente del Ministerio Público, ni las consecuencias que emanen de su falta de revisión por el superior, resulta claro que él no queda afectado de nulidad constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio, pues lo que prohibe el artículo 26 de la Carta es el **juzgamiento** de alguien en estas condiciones, y lo que ordena, en sustancia, aquella providencia es que no se juzgue al reo que ha dejado de existir.

Por lo demás, la posible invalidez de dicho proveído en nada afecta los derechos y garantías consagrados por la Constitución y las leyes en favor de los demás procesados cuya responsabilidad se ventile en el mismo proceso, por lo que no puede ser invocada por ellos como causal de casación. (Casación Penal. Agosto 29/58. Nos. 2199-2200). 811, 1ª y 2ª

— 266 —

NULIDAD (Por incompetencia de jurisdicción en la instrucción de un sumario)

Véase el aparte **Ministerio Público** en el número 254 de este Indice.

— 267 —

NULIDAD (Por incorrecta redacción de cuestionarios)

Cuando al proponer el cuestionario con respecto al cargo principal formulado al acusado, se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, por esa

causa el juicio quedó viciado de nulidad a tenor de lo que dispone el ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P. (Casación Penal. Agosto 22/58. Nos. 2199-2200).....792, 2ª

— 268 —

NULIDAD (Por incorrecta redacción de cuestionarios)

Si no se pregunta en el cuestionario relativo a la incriminación por el delito de asociación para delinquir sobre el factor **propósito permanente de cometer delitos**, y en el que se contrae al saqueo por el propósito de lucro, se pretermiten formas sustanciales del juicio y de ese modo se viola el artículo 26 de la Constitución, lo que configura nulidad supralegal. (Casación Penal. Agosto 22/58. Nos. 2199-2200)..... 793, 1ª

— 269 —

NULIDADES (Cuándo pueden declararse de oficio)

Las normas vigentes en materia procesal civil, se fundan en el sistema dispositivo, por oposición al sistema inquisitivo. Si a este último corresponde la declaración oficiosa de nulidades absolutas, se sigue para el Juez una facultad que reviste el carácter de excepcional y estricta, en lugar de aparecer como campo abierto al ejercicio de facultades discrecionales por el sentenciador.

Ante todo, es necesario que el acto o contrato revele por sí mismo y en forma palmar el vicio absoluto que lo afecta, y no que la convicción judicial sobre su existencia pueda acaso formarse por el examen de otras pruebas. Pero esto no basta: es indispensable además que el acto o contrato esté invocado como soporte del derecho de acción o de contradicción, ventilados en el proceso. Y, por último, debe también reunirse el requisito de que figuren como partes en el litigio todas las personas que concurrieron a la celebración del negocio a que la nulidad se refiere.

Si el vicio absoluto no es ostensible en el mismo acto o contrato, la declaración de nulidad se subordina a lo pedido, alegado y probado en el proceso por los medios de la tarifa. Si no sustenta los derechos de acción o de contradicción, queda por fuera del lazo jurídico procesal que la sentencia está llamada a desatar. Y si no son partes en la litis todas las personas que concurrieron a la celebración del acto o contrato, la nulidad declarada a espaldas de cualquiera de ellas, produciría fallo adverso sin oportunidad para la defensa, lo que es contrario al orden público. (26, C. N.).

No es otra la jurisprudencia que la Corte ha repetido en numerosos fallos:

(Casación: junio 9 de 1892, Tomo VII, 344, 261; junio 30 de 1893, Tomo VIII, 406, 340 y 341; junio 12 de 1923, Tomo XXX, 1.458-59 y 60; agosto 19 de 1935, Tº XLII, 1.900-372 y 373; agosto 26 de 1938, Tomo XLVII, 1.940, 66; abril 5 de 1946, Tomo LX, 3.032 y 3.033-363; diciembre 13 de 1954, Tomo LXXIX, 2.149-246; septiembre 22 de 1955, Tº LXXXI, 2.157 y 2.158-148). (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....632, 2ª y 633, 1ª

— 270 —

NULIDADES (Del proceso penal)

Las formalidades que presiden los procesos penales deben entenderse no como simples formulismos sino como garantía de los derechos que ellos están encargados de amparar, y entre estos se halla el relativo a la defensa del imputado. De donde se concluye que cuando se adelantan sin observar las reglas que los caracterizan o prescindiendo de los requisitos que hacen parte de su esencia

y se crea un estado de confusión en perjuicio de los intereses encomendados a su tutela, procede declarar inválido el respectivo trámite o la actuación irregular, si el cargo se demuestra en casación o se advierte en las instancias, en aquellos procesos que permiten el procedimiento de oficio. (Casación Penal. Junio 23/58. Nº 2198).....291, 1ª

— 271 —

NULIDADES (Eventos que no las constituyen)

La circunstancia de haberse omitido algunas firmas del defensor en las actas de audiencia, no anula el proceso, cuando el propio defensor manifestó por escrito que se había abstenido de firmarlas por no traducir con fidelidad sus exposiciones. Y si en una de las actas falta la firma del Secretario, esa omisión podría servir para anularla, de acuerdo con los artículos 152 y 202 del C. de P. P., pero de ninguna manera para ordenar la reposición del procedimiento. La misma observación puede hacerse respecto del incumplimiento del artículo 308 ibidem. Al respecto, no puede hablarse de omisión, cuando el herido fue internado en un establecimiento ampliamente provisto de todos los elementos necesarios para su adecuado tratamiento. (Casación Penal. Agosto 1º/58. Nos. 2199-2200).....740, 2ª

— P —

— 272 —

PATENTES (Acciones provenientes de estos derechos)

Véase el aparte **Gobernadores** en el número 204 de este Indice.

— 273 —

PATERNIDAD NATURAL (Presunciones de)

Las causales que dan origen a una investigación de paternidad natural y a que se refiere el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, se fundamenta en presunciones legales.

Es cierto que la paternidad en ningún caso puede probarse por hechos directos, sino por indirectos. Lo mismo sucede exactamente con la paternidad legítima. Si la maternidad es un hecho directo, perceptible por los sentidos, no así la paternidad del sér humano.

La paternidad legítima está basada también sobre una presunción, la que nos fue legada por el Derecho Romano: **"Pater is est quem nuptias demostrant"** (artículos 213 y 214 del Código Civil).

Como esta presunción de paternidad legítima no puede extenderse a los hijos naturales, la Ley 45 señaló determinados hechos, los que una vez acreditados, constituyen una presunción de paternidad natural.

Uno de esos hechos lo recoge el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en los siguientes términos: "En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiera nacido después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones sexuales o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron".

Las causales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, son causa o fundamento de verdaderas presunciones legales, y no de meros indicios, como pueda afirmarse equivocadamente. Al respecto es muy claro el artículo 66 del Código Civil, cuando dice:.....

"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

"Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la Ley, la presunción se llama legal".

El establecimiento de relaciones sexuales entre hombre y mujer, las señala directamente el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, como causas de una presunción. Por tanto, es presunción legal. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....120, 2ª y 121, 1ª

— 274 —

PATERNIDAD (Prueba de los grupos sanguíneos)

Si bien el resultado positivo del examen de grupos sanguíneos no excluye la posibilidad de que una persona sea el padre de un niño, ello no puede resolverse en la tesis de que tal resultado sea prueba científica de la paternidad de aquella.

Sin duda que lo científico de la prueba es, tan sólo, su carácter negativo o excluyente. Ella no sirve para acreditar, por sí misma, quién es padre; pero sí permite decir, a veces, con seguridad quién no lo es. Y, cuando el resultado es positivo frente a un varón, ello no implica que éste sea el padre; pero sí autoriza a seguir investigando, por otros medios, si el pudo ser que significa la prueba, ha de confundirse con el ser. En resumen, sólo el resultado negativo deja resuelta la cuestión de la paternidad definitivamente.

El indicio del resultado positivo es, de consiguiente, demasiado general, por sí solo; y su deducción como fuente de certeza, a base de una cita fragmentaria y sin vincularlo adecuadamente a otros datos del proceso, equivale, en concepto de la Sala, a asignar al hecho sobre el que el indicio se sustenta, un "valor probatorio que no tiene". (Casación Penal. Julio 11/58. Nos. 2199-2200)... 732, 1ª

— 275 —

PECULADO (Culposo)

Los elementos constitutivos del peculado culposo, que según el Tribunal "la doctrina contempla" y que hoy comparte la Corte, son: 1. Que el sujeto activo de la infracción sea siempre un funcionario público, que tenga a su cargo caudales o efectos bajo su custodia; 2. Que se acredite abandono o negligencia inexcusable por parte del funcionario en lo referente a sus deberes de vigilancia de lo ajeno que se le ha confiado; y 3. Que haya sustracción de aquellos caudales o efectos por parte de otra persona, "la cual al consumarlas, lo haga sin acuerdo o concierto con el funcionario...".

Es verdad que es al Juez a quien está encomendada la seguridad de las cauciones y depósitos; pero no es menos cierto que su labor principal, no es esa sino la de juzgar, y que para desempeñar las otras y, sin perjuicio de la diligencia y cuidado que le incumbe, tiene **a fortiori** que proceder con el concurso de sus empleados subalternos y depositar en ellos un mínimum de confianza. Pero contra la mala fe no hay diligencia que valga. (Sala Penal. Agosto 8/58. Nos. 2199-2200) .....760, 1ª y 2ª

— 276 —

PENA (Su determinación por la personalidad del agente)

Las circunstancias de mayor peligrosidad enumeradas en el artículo 37 del Código Penal no son factores exclusivos para señalar la cuantía de la pena, puesto que también la medida de ésta debe guardar relación con los motivos determinantes, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y la personalidad del infractor (artículo 36 ibidem).

No puede alegarse que el sentenciador creó

una circunstancia agravante, cuando se limitó a apreciar, dentro de las facultades que le confiere la Ley, un hecho que consideró como índice desfavorable en cuanto a la **personalidad del procesado,** y de acuerdo con este criterio procedió a adaptar la sanción. (Casación Penal. Junio 23/58. Nº 2198) . . . . 290, 2ª y 291, 1ª

— 277 —

PERJUICIO Y PENA (Distinción)

Dentro de la técnica de nuestro Derecho Civil, los vocablos "perjuicios" y "pena" empleados por el artículo 1.600, responden a dos conceptos jurídicos distintos. Los primeros, en tratándose de una relación jurídica contractual, comprenden en abstracto la totalidad de los daños patrimoniales derivados efectivamente por el incumplimiento del contrato, la segunda, como lo ha dicho la Corte, una antelación de los perjuicios, es decir, una estimación previa y parcial de ellos acordada de común acuerdo por las partes y que en el fondo constituye una cláusula penal, tal como se ha halla definida en el artículo 1.592 del Código Civil. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) . . . . 37, 2ª y 38, 1ª

— 278 —

PERJUICIOS (Causados a un inmueble. — Titularidad del actor)

Es verdad que el artículo 2.342 prescribe quiénes pueden pedir la indemnización por el daño causado, y es de acuerdo con esta norma en virtud de la cual corresponde al demandante en juicio sobre pago de perjuicios causados por culpa extracontractual, fijar claramente en el libelo su posición jurídica. Si así lo hacen los actores del juicio, diciéndose ser propietarios del inmueble afectado por la construcción de la obra pública de carácter permanente, y al efecto aducen los correspondientes títulos de propiedad sin merecer tacha alguna de la contraparte, esto es suficiente para el caso. Más todavía, aun cuando no aduzcan los correspondientes títulos, tal omisión no daría margen para enervar su acción, si afirmaron y probaron que los perjuicios causados al inmueble con la construcción de la obra pública de carácter permanente, tuvieron lugar cuando ellos se hallaban precisamente habitándolo. Es decir, dijeron ser poseedores del inmueble en cuestión, y por esta sola circunstancia se hallaban amparados por la presunción de dominio establecida en el artículo 762 del Código Civil, inciso 2º, según el cual, el poseedor se reputa dueño mientras otro no justifique serlo. En tal evento, tampoco están obligados los demandantes para acreditar la suficiencia de su titulación, a presentar el certificado de libertad de que trata el artículo 635 del Código Judicial, pues tal requisito no lo exige nuestra ley, ni aun para las acciones de dominio, v. gr. como la reivindicatoría. (Casación Civil. Agosto 12/58. Nos. 2199-2200) 621, 2ª

— 279 —

PERJUICIOS (Causados por el defectuoso cumplimiento de un contrato)

Es cierto que el artículo 1.609 del Código Civil, establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla. Pero esta norma que es de carácter general, no implica que en tratándose de ciertas obligaciones, como "la de hacer", no pueda demandarse judicialmente por concepto de perjuicios al contratista que no efectuó debidamente la obra cuya ejecución le fue encomendada; pues el derecho a demandarlos lo consignan expresamente entre otras disposiciones, el artícu-

lo 2.057 del Código Civil, y lo consagra también la regla tercera del artículo 1.610 ibidem, cuya disposición, como lo ha dicho la Corte, consigna la acción de perjuicios sin subordinarla a la efectividad o extinción del contrato.

Cuando la demanda se endereza no a obtener el cumplimiento del contrato sino a lograr judicialmente el pago de unos perjuicios, derivados por errores de conducta o equivocaciones de técnica en que incurrió el demandado, como constructor del edificio que se puso bajo su responsabilidad, es obvio que no es el artículo 1.609 el que debe gobernar el litigio, sino son otras las normas sustantivas que deben regirlo.

Lo anteriormente expuesto está en un todo conforme con la doctrina sentada por la Corte al fijar el alcance jurídico del artículo 1.609 del Código Civil. Mas tal doctrina, debe observarse, no estableció, ni podía establecer como norma jurisprudencial que cuando una de las partes contratantes demandaba perjuicios por un hecho culposo de la otra parte, ésta para eximirse de ellos, podía ampararse a la norma del artículo 1.609 que consagra la **Exceptio non adimpleti contractus**, pues, ello equivaldría a exonerarlo por anticipado de toda responsabilidad; es decir, quedaría sin piso jurídico alguno todo el sistema de la culpa contractual que constituye una de las más importantes adquisiciones de la ciencia jurídica en el curso de su evolución histórica. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....39, 2ª y 40, 1ª

— 280 —

PERJUICIOS (Cobro de éstos cuando se ha pactado cláusula penal)

Como suele ocurrir que el valor de la pena o multa estipulada sea inferior a la verdadera cuantía de los perjuicios causados y como no hay razón para que la totalidad de estos no sean indemnizados, la ley ha dejado al arbitrio del acreedor el optar por aquella o por estos, tal es la interpretación que nuestros civilistas, entre otros, el doctor Fernando Vélez, le han dado al artículo 1.600 del Código Civil, el cual no sólo consagra a favor del acreedor un derecho opcional, sino que prohibe expresamente, exigir simultáneamente el pago de los perjuicios y la multa salvo la excepción establecida en el artículo 1.594 del Código Civil.

Cuando las partes contratantes no estipulan expresamente que puede exigirse simultáneamente el pago de los perjuicios y el pago de la multa, el sentenciador interpretando correctamente los términos del artículo 1.600 del Código Civil, condena al pago de los primeros y niega la condenación por concepto de multa, pues tal súplica no es conforme al derecho. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....38, 1ª

— 281 —

PERJUICIOS (Su fijación por el juzgador)

Cuando se trata de una condena por perjuicios, corresponde al juzgador, según el artículo 480 del Código Judicial fijar las bases con arreglo a las cuales, debe hacerse la liquidación de aquellos.

Teniendo un litigio como objetivo el pago de una indemnización por perjuicios, que plenamente comprueba en el proceso haberlo sufrido el demandante por culpa del demandado, corresponde a los jueces de fondo, reparar el daño causado, dictando la correspondiente providencia; pues como lo prescribe el artículo 427 del Código Judicial, los funcionarios judiciales al proferir sus decisiones sobre un litigio, deben tener en cuenta que todo el sistema procedimental, tiene como objeto primordial la efectividad de los derechos sustantivos, y es con este criterio, como deben interpretarse y aplicarse las res-

pectivas normas jurídicas. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....38, 2ª

— 282 —

PERMUTA (Ausencia de causa)

Que la ausencia de causa sea difícil de encontrar de manifiesto en los contratos no equivale a entender que esa hipótesis se haga imposible. Porque si la figura jurídica que las estipulaciones de las partes describen es bilateral, onerosa y conmutativa, no hay duda de que si el testimonio literal del pacto evidencia por sí mismo que uno de los sedicentes permutantes a nada se obliga con quien le da o le promete dar alguna cosa, el contrato manifiestamente se encuentra privado de causa y carece de mérito para subsistir.

Ni se modifica la situación por colegir o suponer de algún modo que si una de las partes permutantes está compuesta por varias personas, el hecho de que cualquiera de ellas obtenga algo sirva para llenar el vacío, puesto que el pretendido convenio entre quienes forman tal parte no se presume y menos aún la donación que semejante criterio pudiese implicar. De modo, pues, que en tales condiciones sólo resalta la ausencia de causa para quien nada reporta de un negocio jurídico bilateral, oneroso y conmutativo.

Por lo demás, ningún principio de derecho es idóneo para sustentar la validez del contrato en que uno de los condóminos actúa con tercera persona que no acredita facultad otorgada por el otro condómino, y pretende dar el bien común en cambio de objeto que habrá de recibir en su totalidad el comunero presente sin participación alguna para el comunero ausente. (Casación Civil. Agosto 28/58. Nos. 2199-2200).....671, 1ª y 2ª

— 283 —

PERSONERIA ADJETIVA (Ilegitimidad)

Véase el aparte **Hijos naturales** en el número 206 de este Indice.

— 284 —

PETICION DE HERENCIA

Es inaceptable la tesis de que la acción de petición de herencia no pueda instaurarse como consecuencia de la acción de filiación natural, toda vez que la primera es consecuencia lógica de la segunda. (Casación Civil. Agosto 6/58. Nos. 2199-2200)...602, 2ª

— 285 —

PETROLEOS (De propiedad privada)

Para el reconocimiento de los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada, es también requisito indispensable que el interesado presente al juicio sus títulos de propiedad sobre el terreno de que se trata, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados correspondiente, que comprende el período de la prescripción extraordinaria. (Negocios Generales. Junio 12/58. Nº 2198).....418, 1ª y 2ª

— 286 —

PETROLEOS (Determinación del inmueble)

La Corte ha venido expresando a través de largo tiempo la manera como puede llegarse a una determinación satisfactoria de terrenos que pasaron del patrimonio nacional al dominio particular con anterioridad a 1873, y en general cómo y por qué medios probatorios aptos se llega a esa determinación. Ha dicho que cuando se estudian titulaciones antiguas referentes a adjudicaciones hechas por el Estado, lo primero que ha

de verificarse es si esa titulación corresponde a una realidad sobre el terreno, es decir, si hay concatenación o concordancia entre los datos del título y los puntos arcifinios actuales que permitan localizar tal adjudicación. En otros términos: el título antiguo ha de contener una descripción del terreno adjudicado en la que figuren por lo menos algunos linderos arcifinios que sirvan de base o referencia para que partiendo de ellos, en el propio terreno, y con el auxilio de medios técnicos, estudios, cálculos y deducciones razonables, se pueda llegar a la determinación de otros puntos o líneas limítrofes que permitan una localización aceptable del perímetro realmente adjudicado. Quiere esto decir, que el título por sí mismo, no es un medio probatorio que determine el predio, sino apenas el punto inicial o la base de estudio para la determinación, y que ésta sólo puede verificarse mediante la aplicación de conocimientos técnicos y científicos que demuestren la identidad entre el terreno y la descripción teórica de él en el título. Tal es la razón para que la ley haya previsto como medio idóneo y eficaz para acreditar hechos como el de que se trata, las pruebas de inspección ocular y dictamen de peritos, ya que el juzgador no está en capacidad de formar su convicción, para establecer la verdad jurídica, sino a través de esos elementos legales de juicio. (Negocios Generales. Junio 26/58. Nº 2198).....460, 2ª y 461, 1ª

— 287 —

PETROLEOS (Identificación del terreno)

La prueba de identificación de los terrenos petrolíferos cuya acción declarativa de dominio privado se pretende, y el concepto técnico sobre comprensión de estos por el área de la propuesta, ya sea parcial o totalmente, es de vital importancia como en la acción reivindicatoria de que trata el artículo 946 del C. Civil, puesto que sólo se puede reivindicar "una cosa singular", es decir, determinada y cierta.

El objeto de la acción de dominio no se concreta por la sola determinación que contenga el título de propiedad, mientras su contexto no se ponga en evidencia sobre el objeto mismo controvertido.

No se puede pretender que por el hecho de que el predio esté alindado mediante puntos considerados como linderos arcifinios, y que existan unos planos originarios del Instituto Geográfico de Colombia "Agustín Codazzi" ilustrados con aerofotografías de la región, no sea necesaria la identificación directa, sobre el propio terreno, de los inmuebles objeto de las declaraciones impetradas. La localización de los linderos, su reconocimiento, y la interpretación de los planos o mapas con relación a aquellos requiere conocimientos y prácticas especiales que no es dable exigir al juzgador. Para llenar ese vacío la ley procedimental ha instituido la prueba pericial.

Y si se alega la propiedad privada del subsuelo petrolífero con fundamento en el título de la justa prescripción por explotación económica de los mismos de tiempo inmemorial, se hace más imperativo aún el requisito de la identificación de tales inmuebles, toda vez que tal acción declarativa requiere la determinación precisa del terreno sobre el cual se realizaron los actos sucesivos de aprovechamiento económico generadores de dicho título. (Negocios Generales. Junio 24/58. Número 2198).....435, 2ª y 436, 1ª

— 288 —

PETROLEOS (Oposición y acción ordinaria)

Cuando las personas que se creen dueñas de los hidrocarburos que pueden encontrarse en el subsuelo de un predio del que se dicen propietarias, no se oponen oportunamen-

te ante el Ministerio de Minas y Petróleos a las propuestas de exploración y explotación de dichos petróleos que formula un tercero, tienen derecho a solicitar ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, mediante el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía, y de única instancia, se las declare propietarias del mismo, acción que debe ejercitarse dentro de los dos años siguientes al del vencimiento del término que tuvieron para la oposición que no hicieron, término que es de un año, a partir de la vigencia del Decreto-Ley 3.050 de 1956. Mas para que prosperen esta clase de juicios, además de demostrarse que fueron instaurados oportunamente, es menester que el demandante, de conformidad con los artículos 5º y 36 del Código de Petróleos, durante el proceso acredite:

a) Que es propietario del inmueble o del subsuelo del inmueble cuyos petróleos van a ser explorados y explotados por terceros, presentando el respectivo título de propiedad, acompañado de un certificado de tradición que abarque un período correspondiente al de la prescripción extraordinaria;

b) Que dicho inmueble está total o parcialmente comprendido dentro de la zona territorial objeto de alguna propuesta que el Estado haya admitido a terceros para la exploración y explotación de hidrocarburos;

c) Que el fundo salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. (Negocios Generales. Junio 26/58. Número 2198).....442, 1ª y 2ª

— 289 —

PODER (Término del)

No existiendo en nuestro derecho palabras sacramentales, cualquier expresión usada por el poderdante, que manifieste claramente su intención, como sería la de "para que me representen en el juicio que voy a promover..." es suficiente para que el apoderado asuma tal carácter y actúe legalmente en el juicio. (Casación Civil. - Agosto 6/58. Nos 2199-2200) 601, 2ª

— 290 —

POSESION (Agregación de)

El artículo 12 de la Ley 200 de 1936, no limitó el derecho a gozar del beneficio de la prescripción adquisitiva especialísima en exclusivo favor del primitivo poseedor que lo ha ocupado de hecho sino que, por el contrario, se siguen en estas materias los principios del Código Civil de que hablan los artículos 778 y 2.521 de allí. (Casación Civil. Junio 20/58. Nº 2198).....197, 2ª

— 291 —

POSESION (A nombre del verdadero dueño)

Si del acervo probatorio producido por la parte demandada emerge tener ésta sobre el inmueble cuyo dominio se pretende, un título precario de posesión, mal puede pretender que se le reconozca como legítima dueña, ya que no cabe tal reconocimiento cuando el demandado está poseyendo **corpore-alieno.** Además, quien está poseyendo a nombre ajeno y se niega a restituirlo a su legítimo dueño, se convierte, como dicen los civilistas, en detentador de la cosa cuya situación jurídica, según Planiol y Ripert, es completamente definida y distinta en sus consecuencias jurídicas, de la verdadera posesión.

Siendo la demandada poseedora material del inmueble, pero a nombre y lugar de su verdadero dueño, su tenencia no puede convertirse en posesión ni en tales condiciones puede prosperar la excepción de prescripción extraordinaria, por no concurrir las dos circunstancias exigidas para ello en el artículo 2.531 del Código Civil. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198).....203, 1ª y 2ª

— 292 —

POSESION (De fundos rurales)

La prescripción de cinco años que consagra el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, se refiere a terrenos apropiados pero no explotados económicamente por sus dueños, que son ocupados por personas deseosas de buscar una forma estable de vida y los explotan económicamente. Es la consagración del derecho del trabajo con el "título del hecho", mas para invocar tal título se exigen por la disposición mencionada dos condiciones:

a) Que el terreno de que se trata, no era objeto de una explotación económica en la época en que inició la explotación el ocupante; y

b) Que el globo general del cual forma parte el terreno poseído, no estaba en el momento de iniciarse la ocupación demarcado por cerramientos artificiales, ni exitían en él señales inequívocas de las cuales apareciera que era de propiedad particular.

Lo primero, porque si el lote había sido ya explotado, digamos abierto y cultivado, no se puede hablar del "título del hecho" ni del derecho del trabajo; y lo segundo, porque si el colono encontraba señales inequívocas de apropiación privada no podía considerarse de buena fe al iniciar la ocupación o al recibir las mejoras de otros; y, en el hecho, no podía existir la creencia de tratarse de terrenos baldíos, como lo indica la norma citada, en el ocupante, o en el adquirente de las mejoras.

El artículo 12 de la Ley 200 fue reglamentado por medio de los artículos 46 y 47 del Decreto 59 de 1948. La primera de estas disposiciones indica que la prescripción quinquenal puede hacerse valer por vía de acción o de excepción, según el caso, y que para demostrar que se ha realizado aquella no basta probar la posesión de que trata el Código Civil, sino una posesión traducida en explotación económica del suelo consistente en hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica, sin que sea suficiente la construcción de edificios o el cerramiento o cerca del terreno.

El artículo 47 atiende a la forma probatoria y contempla dos casos:

I — Ni el lote sobre el cual se pretende la declaratoria de prescripción, ni el globo del cual forma parte el primero, deben presentar cerramientos artificiales ni señales que demuestren en forma inequívoca la apropiación por otros. Si existen tales medios de convicción no puede invocarse la prescripción y el que se acoge a ella está obligado a probar la inexistencia de esos medios inequívocos de que el terreno es de propiedad privada.

II. — Si no se prueba la inexistencia de cerramientos o señales de apropiación en el curso del juicio y si se prueba que existen con relación al globo general apropiado del cual hace parte el ocupado por el que invoca la prescripción, debe aparecer que el ocupante o el que recibe por título traslaticio de dominio las mejoras, ha procedido de buena fe.

En otros términos, probando la existencia de señales de apropiación la buena fe se presume. Si no se prueba tal inexistencia o el opositor demuestra que existen esas señales respecto del globo principal no cabe la buena fe en el poseedor. (Casación Civil. Junio 20/58. Nº 2198).....197, 1ª y 2ª

— 293 —

POSESION (En fundos rurales baldíos)

Si por altas finalidades que persiguen el desarrollo de la riqueza pública, está previsto en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, que por medio de explotación económica

quieta y pacífica durante cinco años continuos, sea propietario quien de buena fe cree estar en posesión de tierras baldías, cuando en verdad se establece en terrenos del dominio privado, el modo extraordinario de adquirir no se cumple sino en condiciones limitativas que demandan el más cuidadoso y severo análisis.

Basta, en los términos del propio artículo 12, que el globo general de que forma parte el terreno poseído esté o haya estado demarcado por cerramientos artificiales, o que existan en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular, para que del ocupante no se predique la buena fe. Por donde se destaca la necesidad de que la toma de posesión se apoye en error jurídicamente excusable y, por ello mismo, exento de toda culpa.

Con mayor razón habrá de encontrarse ausencia de buena fe si a tiempo de ocupar el terreno enseña obras demostrativas de explotación económica.

Por consiguiente, quien invoque prescripción agraria de corto tiempo no sólo debe demostrar el **corpus** posesorio durante cinco años continuos, en forma económica, quieta y pacífica, sino que además se encuentra en la necesidad ineludible de probar plenamente las proposiciones de que el terreno no era objeto de actos económicos a tiempo de ocuparlo, de que el globo general no estaba demarcado por cerramientos artificiales, ni tenía ninguna señal que revelara ser propiedad particular. No se trata, en efecto, de autorizar la quiebra del derecho ajeno, sino de proteger a quien, de buena fe y con laudables propósitos, consagra a la tierra su esfuerzo creador de riqueza, y toma posesión de aquella que, por su absoluto abandono, en apariencia a nadie pertenece. (Casación Civil. Junio 17/58. Nº 2198).....184, 1ª

— 294 —

POSESION (Su valor frente al verdadero dueño)

El Derecho Civil Colombiano contiene una serie de disposiciones que forman un coherente sistema jurídico encaminado a proteger eficazmente la posesión, porque sin ella no podría garantizarse debidamente el derecho de propiedad. Entre tales disposiciones, se halla el artículo 762 del Código Civil, que consagra la presunción de dominio a favor del poseedor. Pero tal ordenamiento jurídico, no puede interpretarse en forma absoluta, y en cuanto a la presunción allí establecida, es de carácter legal (artículo 66, Código Civil), es decir, admite prueba en contrario para desvirtuarla. Precisamente, es por ello, que el inciso 2º del precitado artículo 762, deja a salvo los derechos del verdadero dueño, para que los pueda hacer efectivos mediante los medios procesales respectivos.

Se ha dicho que el principio consagrado en el artículo 762 no es de carácter absoluto, esto es, que por el mero hecho de tener la posesión material de una cosa, cualquiera que sea el origen y naturaleza de aquella, no se puede alegar que se haya consolidado plena y legítimamente el dominio en cabeza de quien posee, merced a la presunción allí establecida. Bien enseñan por ello, las normas legales y jurisprudenciales, que una cosa es la posesión efectiva, es decir, la posesión legal; y otra, la mera tenencia material de la cosa. Y cuando surge conflicto sobre aquella posesión, y apareciere el verdadero dueño oponiendo un título eficaz a quien materialmente posee, desaparece **ipso-jure** la presunción legal de dominio que ampara al poseedor, en virtud del artículo ya citado, en cuyo caso, la ley desplaza toda su acción protectora para garantizar los derechos del legíti-

mo titular del bien disputado. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198).....202, 1ª

— 295 —

POSESION

Véanse los apartes **Certificados e Inventarios** en los números 91 y 234 de este Indice.

— 296 —

POSESION REGULAR (No se prueba por testigos)

La posesión regular de predios en ningún caso puede probarse por medio de testigos. La posesión regular de un inmueble exige siempre un justo título constitutivo o traslaticio de dominio, según lo prescribe el artículo 765 del Código Civil. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....129, 2ª

— 297 —

PREAVISO (Utilización de la cláusula de reserva)

Si se pretendía hacer uso de la cláusula de reserva, lo indicado era haberlo hecho así, es decir, invocarla para justificar la extención unilateral del contrato. La ley no exige que se diga la causal o motivo que mueve a la terminación del contrato de trabajo cuando en éste se ha pactado la cláusula de reserva; en otros términos, no obliga a dar explicaciones de las razones que inducen a utilizarla. Pero es obvio que esto no significa que no se deba mencionar por lo menos tal estipulación contractual cuando la intención es hacer uso de ella; sobre todo, para evitar el riesgo de la ruptura ilegal del contrato.

No es que no exista la obligación de dar el preaviso, no; lo que sucede es que cuando el patrono opta por no darlo en tiempo entonces debe compensar monetariamente su valor. Considera la Sala que la notificación de terminación del contrato, cuando se quiere hacer uso de la cláusula de reserva, siempre hay que hacerla por escrito, al tenor de lo preceptuado por el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que ésta es la manera en que se manifiesta legalmente la voluntad de una de las partes de no continuar con el contrato. En cuanto al preaviso en sí, cabe la alternativa para el patrono de darlo en tiempo, es decir, para que el asalariado preste sus servicios durante el plazo respectivo, o compensarlo en dinero, para que una vez que se notifique la decisión de rompimiento contractual cese la relación de trabajo. (Casación Laboral. Julio 30/58. Nos. 2199-2200) 877, 1ª

— 298 —

PREAVISOS

No puede olvidarse que además del preaviso legal del artículo 48, existen otras formas de preaviso como fácilmente se observa en el artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo. (Casación Laboral. Julio 30/58. Números 2199-2200).....877, 1ª

— 299 —

PREJUDICIALIDAD (Civil en materia penal)

Si el girador de una letra acepta que es simulada, esta confesión sería plenamente apta para configurar la ilicitud del hecho y la responsabilidad del acusado (artículo 255 del Código de Procedimiento Penal). Pero negada la simulación, la controversia sobre ésta viene a quedar convertida en asunto de especial y previo pronunciamiento, en otros términos, en cuestión civil prejudicial. (Casación Penal. Agosto 25/58. Nos. 2199-2200) 796, 1ª

— 300 —

PRESCRIPCION (Extraordinaria)

Siguiendo la tradición de las leyes romanas y españolas, el artículo 673 del Código Civil, consagra la prescripción como uno de los cinco medios de adquirir el dominio. En desarrollo de tal disposición, los artículos 2.531 y 2.532 de la obra citada, establecen en sus ordenamientos jurídicos, las condiciones que deben llenarse para la procedencia de una declaración judicial de prescripción extraordinaria. Según las normas citadas, quien tal prescripción alega, exento está de presentar título alguno, amparado se halla legalmente por una presunción de buena fe y obligado está a comprobar que ha poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción durante treinta años, hoy reducidos a veinte, según la Ley 50 de 1936. (Casación Civil. Julio 4/58. Nos. 2199-2200) 522, 2ª

— 301 —

PRESCRIPCION (Ordinaria del dominio)

El artículo 2.518 del Código Civil, establece el principio general consagrado por todas las legislaciones inspiradas como la nuestra, en las fuentes del Derecho Romano, según el cual, puede ganarse por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles que estén en el comercio y se hayan poseído con las condiciones legales. En desarrollo de tal principio los artículos 2.528 y 2.529 del Código Civil establecen en sus ordenamientos jurídicos en forma clara y expresa, los requisitos para la procedencia de la prescripción ordinaria, siendo aquellos los mismos que establecieron las leyes romanas y españolas, a saber: justo título, buena fe, posesión continuada, prescriptibilidad de la cosa y tiempo señalado por la ley.

Según los artículos últimamente citados, quien pretenda obtener a su favor una declaración judicial de prescripción ordinaria, debe probar plenamente como extremos esenciales los siguientes: el haber tenido una posesión regular no interrumpida y haber poseído durante un lapso de diez años, cuando se trata de bienes raíces.

Posesión regular, dice el artículo 764 del Código Civil, es aquella que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe. Según esto, quien alegue ser poseedor regular, debe comenzar por exhibir para amparar eficazmente su situación jurídica, un justo título, entendiéndose por tal, el conforme a la ley, como lo define el civilista González Valencia. En otros términos, el que implore la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, debe acreditar debidamente haber adquirido el bien respectivo por uno de los cinco medios previstos en el artículo 673 del Código Civil. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) .....43, 1ª y 2ª

— 302 —

PRESCRIPCION (Requisitos)

Los requisitos exigidos por el legislador para la prescripción extraordinaria, son diferentes de los requeridos para la prescripción ordinaria, como diferentes son, desde el punto de vista procesal, la prescripción adquisitiva de la extintiva, pudiendo la primera ser materia de acción o de excepción; y la segunda, pudiéndose únicamente implorar en forma de acción. (Casación Civil. Julio 4/58. Nos. 2199-2200) 522, 2ª

— 303 —

PRESTACIONES SOCIALES (No hay lugar a ellas después de terminado el contrato de trabajo)

Es esencial en nuestro régimen de Dere-

cho del Trabajo, para que se causen legalmente los derechos por concepto de vacaciones, cesantía, prima de servicios, etc., la prestación de los servicios del trabajador. Si esto no ocurre porque ha quedado roto el vínculo contractual, aunque sea ilegalmente, entonces no surge a la vida jurídica con posterioridad a la ruptura los derechos sociales mencionados que, junto con el salario, constituyen las contraprestaciones patronales que rigen durante la vigencia del contrato laboral y que son legalmente correlativos con los servicios del trabajador. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198) .339, 1ª

— 304 —

PRESTACIONES SOCIALES (Responsabilidad solidaria entre el contratista independiente, el simple intermediario y el beneficiario para su pago)

Los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo son mandatos a todas luces propuestos por el Legislador de manera reflejamente complementaria, a efecto de que, dada una relación objetivada de trabajo, resulte inescapable la responsabilidad de quienes directa o indirectamente se hayan aprovechado del servicio. Otra solución sería inequitativa y entrañaría una burla misma de la voluntad de la ley. Los términos del artículo 34 en armonía con los ordinales 2º y 3º del 35 no dejan escapatoria: consagran hipótesis encaminadas a superar las evasivas patronales, como la de autos. Si en el primer evento (artículo 34) el contratista es independiente, con él responde solidariamente el que se beneficie del trabajo. Si en el segundo (artículo 35) es simple intermediario, no dejará de serlo por parecer contratista, y además responderá solidariamente con el patrono real si al celebrar el contrato deja de declarar su calidad de intermediario y no revela quién es aquel patrono. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198) .351, 2ª

— 305 —

PRESTACIONES SOCIALES (Solidaridad entre el contratista independiente, el intermediario y el beneficiario)

La solidaridad que se deduce para los codemandados ora del artículo 34, ora del 35 del Código Sustantivo del Trabajo conlleva la obvia consecuencia de situarlos dentro de un mismo plano de responsabilidad frente al trabajador en cuanto a los salarios y prestaciones adeudadas a éste; esa solidaridad trasciende a los mismos y gravita lógicamente sobre ellos respecto de la obligación de satisfacer la indemnización moratoria cuando se configura la hipótesis legal del artículo 65 ibidem, o sea en el evento de que dejen de pagarse oportunamente por los responsables solidarios los salarios y prestaciones debidos al trabajador. En efecto: el artículo 34 propone como objeto de solidaridad a cargo de contratista y beneficiario "los salarios, prestaciones e indemnizaciones", y el artículo 35, fija como objeto de igual solidaridad a cargo del intermediario del patrono —cuando aquél no declara su calidad ni manifiesta el nombre de éste— "las obligaciones respectivas", o sea toda gama de derechos, prestaciones e indemnizaciones que natural o eventualmente puedan fluír del contrato. En síntesis, es evidente que a la luz de la doctrina legal de responsabilidad solidaria se mantiene de igual manera inmodificable en relación con la obligación indemnizatoria a que se refiere el artículo 65 del Estatuto laboral. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198) 361, 1ª

— 306 —

PRESUPUESTOS PROCESALES

Si la ausencia de capacidad para ser parte

en uno de quienes integran el litis consorcio pasivo necesario es razón suficiente para que el Tribunal desestimara la demanda al abstenerse de pronunciamiento en el fondo, habrá de parecer del todo inoficioso el estudio encaminado a saber si el fallo debió producirse de la misma manera por faltar además el presupuesto procesal de demanda en debida forma. (Casación Civil. Agosto 6/58. Números 2199-2200).....597, 1ª

— 307 —

PREVARICATO

El que el superior anule, revoque o confirme lo resuelto por el inferior, no arguye, por sí solo, animadversión o simpatía del primero para con el segundo. Si otro fuera el criterio de tan delicada materia, sobrarían los recursos legales, pues el superior no podría nunca decidir sobre lo resuelto por el inferior, sin incurrir, por activa o por pasiva, en la infracción prevista en el artículo 168 del Código Penal. (Casación Penal. Junio 24/58. Nº 2198).....295, 2ª y 296, 1ª

— 308 —

PREVARICATO (Es un abuso de autoridad cualificado)

El delito de prevaricato, tal como lo describe el artículo 186 del C. P. no es, en esencia, más que un abuso de autoridad cualificado. En efecto, si se trata del prevaricato por acción, debe estar constituído por el abuso de autoridad previsto en el artículo 171 ibidem y por las circunstancias de que el acto arbitrario o injusto cometido por el funcionario consista en dictar sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos; de que el agente proceda por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, y de que lo haga con pleno conocimiento (a sabiendas) de lo que realiza. Y si se trata del prevaricato por omisión, debe estar integrado por el abuso de autoridad que contempla el artículo 172 de la misma obra, y por las circunstancias del móvil afectivo y el actuar a sabiendas. De donde se desprende que cuando se investiga un delito de prevaricato lo primero que importa establecer es si el imputado incurrió en abuso de autoridad por acción u omisión.

Probada la inexistencia del prevaricato, por faltar una o varias de las circunstancias calificadoras del abuso de autoridad, que son elementos estructurales de aquella infracción, sólo será procedente el sobreseimiento definitivo cuando se demuestre, además, que tampoco se cometió este último delito. En el caso contrario, será preciso llamar a juicio o sobreseer temporalmente por él. Casación Penal. Junio 2/58. Nº 2198). 265, 2ª y 266, 1ª

— 309 —

PROMESA DE COMPRAVENTA (Precio indeterminado pero determinable)

La estipulación en los contratos de promesa de venta sobre precio indeterminado pero determinable, no sólo es principio consagrado en nuestra legislación sustantiva, sino que es además, doctrina consagrada por la legislación contemporánea y tesis propugnada por civilistas de reconocida autoridad, entre ellos Planiol y Ripert, quienes siguiendo las normas jurisprudenciales de la casación francesa dicen sobre el particular así:

"Mientras las partes no han determinado el precio, la compraventa no ha quedado concluída; pero la determinación se hace tan pronto como se llegue al acuerdo sobre los elementos del precio, aun cuando todavía no sea posible avaluar en dinero esos elementos, basta con que el precio pueda ser establecido más tarde por una simple operación o una serie de operaciones aritméticas, sin ninguna apreciación arbitraria". (Derecho Civil Francés, Tomo X, pág. 36).

Por su parte Josserand, sostiene la misma tesis en los siguientes términos:

"No es ningún modo necesario que el precio sea conocido desde el día de la venta; se requiere solamente que su fijación escape al capricho de las partes o de una de ellas; basta, pues, que los elementos de su determinación estén incluidos en el contrato, si no es determinable y que lo sea con la ayuda de elementos que no dependen de la voluntad de las partes o de una de ellas". (Derecho Civil, tomo XI, número 1.024). (Casación Civil. Junio 2/58. Nos. 2199-2200)...510, 2ª

— 310 —

PROMESA DE VENTA

En nuestro régimen civil, como es sabido, la promesa de venta cuando reúne todos los requisitos prescritos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, es válida, y si bien es cierto que no genera aquella derechos reales, sino meramente personales, también lo es que cuando no es cumplido oportunamente, otorga al acreedor los derechos consagrados en el art. 1.610 del Código Civil, pues en el fondo es una obligación de hacer. Por ello dice acertadamente don Andrés Bello en su comentario sobre este particular:

"La promesa de celebrar un contrato es una obligación de hacer y está sujeta al artículo 1.610 del Código Civil".

El artículo 1.610 del Código Civil, que consagra la **"Exceptio non adimpleti contractus"**, como un medio de defensa o una excepción dilatoria, como la llaman algunos autores, opera cuando pretende exigirse el cumplimiento de una obligación sin hallarse en condiciones de mora las partes vinculadas al convenio. (Casación Civil. Junio 18/58. Nº 2198).....188, 1ª

— 311 —

PRUEBA (De obligaciones mayores de $ 500.00)

Para que una confesión sea indivisible se necesita que las modificaciones, aclaraciones o agregaciones se refieran a la misma causa o hecho fundamental que ha dado lugar a un determinado contrato. Pero si las agregaciones se refieren a una causa o título diferente, entonces constituyen un hecho separado, distinto del principal.

Partiendo de una confesión del demandado o de un determinado escrito de los que se derive la constitución de una obligación de más de $ 500.00, es admisible la prueba de testigos. Lo que prohibe el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, es que con meros testigos se acrediten obligaciones superiores a $ 500.

Sobre el particular no debe olvidarse lo que estatuye el segundo párrafo del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, que advierte que no será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere en modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato (aquellos cuya cuantía sea superior a $ 500.00).

Pero de aquí no cabe afirmar que la prueba testimonial no sirve para complementar la prueba escrituraria o la que emana de una confesión. (Casación Civil. Agosto 13/58. Nos. 2199-2200).....625, 2ª y 626, 1ª

— 312 —

PRUEBAS (Su apreciación)

La libre convicción no es pura y simple, sino acompañada de los principios científicos que informa la crítica de prueba. Estos principios, que deben obrar respecto de la prueba producida dentro del juicio, procuran que para la jurisprudencia laboral colombiana sea aplicable en su integridad la tesis de que el método de la libre convicción permite

al juzgador "adquirir el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos". (Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil).

Porque en la búsqueda de la verdad real el juzgador de instancia posee facultades para acrecentar oficiosamente el acervo probatorio. Y no le es dado desechar tales facultades, cuando en sus manos estuviere aclarar puntos dudosos. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198).....357, 1ª y 2ª

— R —

— 313 —

RATIFICACION (De actos a los cuales faltan formalidades ad-substantiam)

La ratificación expresa no sólo debe ser clara, precisa, lisa y llana, sino que su validez exige las solemnidades a que por ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica (1.753). De donde por corolario se desprende que si se quiere ratificar contrato al que le faltaron solemnidades **ad-sustantiam**, la ratificación es imposible por sustracción de materia. (Casación Civil. Agosto 28/58. Números 2199-2200).....670, 2ª

— 314 —

RECONVENCION (Demanda de)

La admisibilidad de mutuas peticiones exige vínculo que las una en derecho. Y la amplitud de criterio al respecto nunca puede llegar al extremo de contravenir las reglas de procedimiento que obligan a trámite especial para determinadas materias. No hay contrademanda en debida forma cuando se reconviene para el arreglo de deudas recíprocas originadas en varias causas y diversas negociaciones que no pueden tener cabida dentro de la relación jurídico procesal, por la necesidad de ser ventiladas mediante tramitaciones especiales que impiden la sustanciación bajo una misma cuerda.

Y si para la contrademanda falta el presupuesto fundamental de encontrarse en debida forma, sobre ella está vedado el pronunciamiento de fondo, como fue lo resuelto en la sentencia recurrida. - (Casación Civil. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....639, 2ª y 640, 1ª

— 315 —

RECURSOS (Contra las providencias que se dictan de plano)

La Corte, en providencias fechadas el 6 de julio de 1948, 6 de septiembre de 1949 y 13 de junio de 1950, sentó doctrina en el sentido de que los autos que se dicten de plano no son susceptibles de recursos.

Se rectifica la anterior doctrina por las siguientes razones:

a) Resolver de plano o en vista de lo alegado y probado quiere decir sin trámites especiales previos, como traslados, fijación en lista, apertura a prueba, etc. Pero no es exacto afirmar, como lo había venido sosteniendo la Corte, que se deja de resolver de plano cuando se admiten recursos contra las decisiones que en esa forma se adopten. Estas son actuaciones posteriores que en nada afectan el procedimiento "de plano".

b) El Capítulo V, Título 4º, Libro 1º del Código de Procedimiento Penal indica cuáles son los recursos ordinarios que pueden interponerse contra las providencias judiciales en materia penal. De acuerdo con esas normas y las concordantes del Código de Procedimiento Civil, el recurso de reposición procede contra los autos de sustanciación y los interlocutorios, y el de apelación contra estos y, además, contra las sentencias. Esta regla general sólo admite excepciones expre-

samente consagradas, como las que señalan los artículos 3º del Decreto 1.231 de 1951 y 50 del Decreto 271 de 1957.

c) Es inequitativo e ilegal reconocerles —como lo venía sosteniendo la Corte— a los Agentes del Ministerio Público el derecho de interponer recurso de reposición contra las providencias que se dictan de plano y negárselo a las demás partes que intervienen en el proceso penal.

d) Si se desconocieran los recursos legales contra providencias dictadas de plano quedarían no pocas veces desamparadas las partes que intervienen en los procesos penales. Tal cosa ocurriría, por ejemplo, cuando un sindicado pide se revoque un auto de detención, formalmente ejecutoriado, y se le niega el derecho de pedir reposición o de interponer apelación contra la resolución adversa que puede ser realmente injusta. (Casación Penal. Junio 12/58. Nº 2198) .273, 2ª 274, 1ª

— 316 —

RECUSACION

No existe en el Decreto 3.346 de 1950 disposición sobre multa al recusante si no se prueba la recusación; esa disposición se encuentra en el C. J. (artículo 445). (Sala Plena. Julio 2/58. Nos. 2199-2200) 481, 2ª

— 317 —

RECUSACION (Causal nueva)

Si durante el trámite de un incidente de recusación surge una nueva causal, no alegada cuando éste se propuso, no es posible reconocer su existencia en el fallo, ya que de lo contrario se le negaría al recusado la facultad, reconocida a su favor por el artículo 77 del C. de P. P., de admitir o negar los hechos en que ella se funda. (Sala Plena. Agosto 4/58. 2199-2200) 751, 2ª

— 318 —

RECUSACION (Procedimiento en el Decreto 3.346 de 1950)

En la aplicación del Decreto 3.346 de 1950 el procedimiento a seguir obviamente se refiere a las normas procesales relacionadas con la recusación. (Sala Plena. Julio 2/58. Nos. 2199-2200) 481, 2ª

— 319 —

RECUSACION (Pruebas de la)

Según lo estatuído por el inciso 2º del artículo 76 del C. de P. P., al escrito de recusación es indispensable acompañar las pruebas en que ella se funde, a lo cual equivale indicar las que ya figuran en el proceso. Y no pueden estimarse al resolver el incidente las presentadas después de haber manifestado el recusado no aceptar como ciertos los hechos fundamentales de la causal que se invoca, pues con ello se privaría a éste de la oportunidad de explicarlas o redargüirlas. Por lo demás, aunque es presumible que los funcionarios judiciales dicen siempre la verdad, no es menos cierto que si alguno se inclina a conocer de un asunto a pesar de concurrir en él motivo de impedimento, se sentirá más eficazmente constreñido a aceptar éste en presencia de las piezas de convicción que lo acrediten, que ante las simples aseveraciones del recusante. (Sala Plena. Agosto 4/58. Nos. 2199-2200) .....752, 1ª y 2ª

— 320 —

RECUSACION (Quién resuelve sobre la de un Magistrado de Tribunal)

Para determinar la autoridad que debe re-

solver la recusación propuesta en materia penal contra un Magistrado de Tribunal Superior, es preciso distinguir: si los hechos en que ella se funda se aceptan como ciertos por el recusado, corresponde a los restantes Magistrados de la misma Sala declararla fundada, si están de acuerdo con éste, o enviar el negocio a la Corte, en la hipótesis contraria, para que decida el incidente, en virtud de lo dispuesto por los artículos 77 y 74 del C. de P. P., pues en tal supuesto la recusación no es más que un impedimento manifestado a instancia de parte interesada, y porque como dicho estatuto no indica quién ha de dirimir el asunto, es necesario aplicar el artículo 442 del C. J., con base en lo establecido por el artículo 7º de aquella obra; mas si el recusado rechaza el fundamento que se invoca, no puede recurrirse a estas dos disposiciones, contra lo que se desprende de la anterior jurisprudencia de la Corte, por cuanto el artículo 77 del C. de P. P. ordena expresamente que si aquel "no los aceptare (los hechos en que la recusación se funda), enviará el proceso al superior, quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado y probado".

No cabe argüir contra lo expuesto que esta última norma no regula la recusación de los Magistrados de Tribunal, porque ella sólo habla de "el Juez", pues es intuitivo que esta palabra está empleada en su acepción jurídica, traída por Escriche, de "el que está revestido de la potestad de administrar justicia a los particulares", la cual "es genérica y comprensiva de todos los que administran justicia". En el mismo sentido usa el C. de P. P. el expresado término en los artículos 72, 73 (numerales 8º, 9º, 10º y 11º) y 74 (primera parte). Si así no fuere, habría que aceptar el absurdo de que únicamente "los Jueces deben declarase impedidos para conocer de procesos criminales, cuando existan respecto de ellos causales de recusación" y no los Magistrados, ya que el transcrito artículo 72 ibidem no menciona a estos en forma específica. (Sala Penal. Agosto 4/58. Nos. 2199-2200) 751, 1ª

— 321 —

REFORMATIO IN PEJUS (Cuando se confirma la sentencia desestimatoria de primera instancia con una adición)

El artículo 494 del Código Judicial preceptúa que "la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto de recurso". Consagra así el Código de Procedimiento Civil la prohibición al Superior de la **reformatio in pejus**, es decir, que éste, al resolver el recurso de alzada no puede agravar las obligaciones impuestas a la parte apelante en la providencia recurrida.

Cuando en una acción encaminada a obtener la declaración de filiación natural y consiguiente restitución de herencia con todas sus consecuencias sobre entrega de bienes, el Tribunal, al resolver la apelación interpuesta únicamente por la parte actora, confirma la negativa a declarar la paternidad natural, y **adiciona** el fallo en el sentido de absolver a los demandados de los cargos formulados en la demanda, con tal adición no le causa perjuicio alguno al actor, toda vez que frente a los demandados no tiene ninguna participación herencial en los bienes dejados por el pretenso padre. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) 91, 2ª

— 322 —

REFORMATIO IN PEJUS (No inhibe al juzgador de pronunciarse sobre las súplicas subsidiarias de la demanda)

Véase el aparte **Apelación** en el número 21 de este Indice.

— 323 —

REIVINDICACION

Ha sido doctrina de la Corte, la de que decretada judicialmente una reivindicación la condena a restituír se impone como una lógica consecuencia procesal. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) 44, 2ª

— 324 —

REIVINDICACION

Los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil consagran el derecho a ejercer la acción reivindicatoria y las condiciones que deben reunirse para su viabilidad o procedencia. Pero si en la litis se ha probado la excepción de prescripción extraordinaria de dominio, una de cuyas consecuencias procesales, es justamente la extinción de la acción reivindicatoria, no puede el sentenciador darle aplicación a las normas sustantivas citadas. (Casación Civil. Julio 4/58. Nos. 2199-2200) 524, 2ª

— 325 —

REIVINDICACION (Contra quién se dirige)

La acción reivindicatoria en el derecho positivo nacional debe dirigirse siempre contra el actual poseedor. Y no debe olvidarse que ella es viable contra el poseedor material, sea que se encuentre amparado con título de propiedad o no.

La petición de que se restituya al demandante el bien que se pretende reivindicar, conlleva implícitamente en forma muy clara la afirmación de que el demandado se encuentra precisamente en posesión del inmueble, pues de lo contrario mal podría pedirse que alguien sea condenado a restituír un bien si no se da por sentado que está en posesión del mismo. (Casación Civil. Julio 28/58. Nos. 2199-2200) .....568, 2ª y 569, 1ª

— 326 —

REIVINDICACION (De un bien adquirido en remate, perteneciente a una comunidad)

El reivindicador de un bien raíz adquirido en subasta en que se hizo efectiva la hipoteca de un bien perteneciente a una comunidad universal, debe aducir la prueba de que el inmueble gravado se adjudicó al constituyente de la hipoteca o al que se lo vendió a él. A quien alega un derecho pendiente de una condición, corresponde demostrar el cumplimiento del hecho en que consiste la condición. (Casación Civil. Julio 24/58. Números 2199-2200) 540, 1ª

— 327 —

REIVINDICACION (Elementos de la acción)

Cuando el juicio, según los términos de la demanda, tiene por fin obtener la restitución de un inmueble determinado por sus linderos en el respectivo libelo y sus correspondientes frutos a partir de la fecha de su ocupación, esto es, se ha incoado la acción de dominio consagrada en el artículo 946 del Código Civil, para que sea procedente, incumbe al actor probar estos cuatro elementos:

1º Cosa singular reivindicable o cuota determinada en cosa singular;

2º Posesión material del demandado;

3º Derecho de dominio del demandante;

4º Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) 58, 2ª

— 328 —

REIVINDICACION (El poseedor no puede oponer un título sobre venta de cosa ajena)

Cuando para establecer la manera como se adquirió el inmueble materia del litigio, se presenta un título consistente en una venta de cosa ajena, interpretando correctamente el artículo 1.871 del Código Civil, un título de tal naturaleza, no puede oponérsele con eficacia legal al de su verdadero dueño, quien puede ejercitar la acción reivindicatoria que reconoce el art. 951 del Código Civil. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....43, 2ª

— 329 —

REIVINDICACION (Sentencia que la decreta)

La sentencia que pone fin a la acción reivindicatoria, no reconoce al reivindicante dominio absoluta o **erga omnes**, sino que sus efectos procesales, se concretan al poseedor vencido, según lo establecido por una tradicional jurisprudencia de la Corte. (Casación Civil. Junio 18/58. Nº 2198).....193, 2ª

— 330 —

REIVINDICACION (Titularidad del actor)

A pesar de las prerrogativas que por ley están atribuídas al sujeto del hecho económico, como presunto dueño de los bienes que utiliza, su posición dentro del juicio reivindicatorio cede ante quien le demuestra mejor derecho como titular del dominio. Porque entonces lo que debe prevalecer no es el **hecho**, que tanto vale y significa en las primitivas formas de la cultura humana, sino el **derecho**, como aspiración superior de la vida civilizada.

En consecuencia: si además de la relación posesoria no aporta el demandado título capaz de contrarrestar aquel en que el actor se apoya, la condena a restituír pondrá fin al juicio reivindicatorio, sin que, por lo demás, desaparezcan las ventajas anexas a la buena fe, que en ese evento se proyectan en el campo de las prestaciones mutuas.

Si el título por el cual encontró la sentencia plenamente probado el derecho de dominio del actor, bastaba por sí solo para determinar prevalencia sobre la contradicción que el demandado propuso, el efecto vinculatorio del fallo favorable al demandante no puede verse entorpecido por consideraciones extrañas a la prioridad relativa que la resolución judicial se encuentra llamada a establecer entre las partes, sin perjuicio de terceras personas. Por lo cual, cuando el título prevaleciente del actor exhibe con claridad que lo comprado y transferido es cosa reivindicable como cuota en cuerpo cierto, queda a un lado de la controversia cualquiera alegación encaminada a sostener que los antecedentes del título no darían base para la susodicha adquisición, puesto que por allí no se demuestra prevalencia alguna del título de rango inferior que el demandado presenta en apoyo de la posesión.

Supuesto que la naturaleza misma del juicio reivindicatorio nunca exige la **prueba diabólica** para que la restitución se decrete, bien pudo el sentenciador abstenerse de examen retrospectivo con relación al título que encontró prevaleciente y bastante para sustentar el fallo. En efecto: si no es propietario de cuota determinada sobre cosa singular sino quien ha recibido del dueño, el mismo criterio de lógica elemental pondría al sentenciador en la necesidad de escrutar en el pasado la serie indefinida de todos los dueños anteriores hasta llegar al primer ocupante, antes de proferir el decreto de restitución. Lo cual, con el mismo rigor lógico, conduciría a la negación práctica del derecho de dominio, así incapacitado para prosperar en juicio reivindicatorio. El examen debe li-

mitarse entonces a esclarecer la titularidad prevaleciente entre las partes comprometidas en el litigio.

Y de esa suerte, cuando el título del actor es bastante para desvirtuar la presunción de dominio fundada en el hecho posesorio, han de prosperar judicialmente las súplicas restitutorias a favor de quien probara mejor derecho. (Casación Civil. Junio 2/58. Número 2198).....70, 1ª y 2ª

— 331 —

REIVINDICACION (Titularidad del actor)

En realidad, en las acciones de dominio le basta al actor del juicio para probar su derecho de propiedad exhibir las respectivas copias de las escrituras públicas debidamente registradas, sin estar obligado, como lo ha dicho la Corte, a presentar el certificado de libertad del inmueble. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198)..... 59, 2ª

— 332 —

RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS (Su prueba)

La doctrina y la jurisprudencia tienen establecido que los medios probatorios aducidos para la aplicación del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, han de acreditar de una manera irrefragable: 1º La existencia de las relaciones sexuales con las características de notoriedad y estabilidad; y 2º Que la estabilidad de ellas comprenda los límites de su duración, es decir, la época en que comenzaron y la en que cesaron, pero en forma que sea posible deducir la presunción que sobre nacimiento estatuyen los artículos 4º de la citada ley y 92 del Código Civil.

Las pruebas de que el pretenso padre atendió a los gastos que demandó el alumbramiento, y trató el niño con paternal cariño, pueden ser medios para afianzar la certeza del juzgador, cuando se da la prueba legal de las relaciones, o para establecer la posesión notoria, pero nunca para concluir que aquellas abarcaron los ciento ochenta días en que se basa la presunción de paternidad natural del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....93, 1ª y 94, 2ª

— 333 —

RESOLUCION (De la compraventa comercial)

Entre las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio Terrestre, no hay incongruencias. Si unas y otras se interpretan no con ánimo de buscar contradicción, sino con buen sentido crítico y de conformidad con las reglas de la hermenéutica legal, se llega fácilmente a la conclusión de que existe entre las normas civiles y comerciales perfecta coherencia, según corresponde a un sistema legislativo, como el nuestro, vertebrado sobre la base de un conjunto de normas y principios sustantivos, lógica y debidamente relacionados.

Entre el artículo 1.546 del Código Civil y el 248 del Código de Comercio, lejos de haber oposición, existe estrecha relación como pasa a demostrarse.

El primero de los artículos citados envuelve tácitamente, la condición resolutoria, y consagra a favor de la parte agraviada el derecho de demandar judicialmente el cumplimiento del contrato o su resolución, derivándose de una u otra alternativa, la consiguiente indemnización de perjuicios, que por las circunstancias en que surge tal acción, es consecuencial y tal su carácter, generalmente hablando, salvo en casos excepcionales, como el previsto en el numeral 3º del artículo 1.506 del Código Civil.

Del propio modo, cuando quien al amparo

del artículo 248 del Código de Comercio Terrestre demanda directamente una indemnización, no solamente debe odjetivar los perjuicios sino, obligado está a comprobar judicialmente haber sido ellos causados por la infracción de un contrato, cuya resolución debe implorarse, como lo prescribe el artículo 1.546 del Código Civil, no sólo para extinguir una fuente de obligaciones, sino para propiciar la viabilidad procesal de la acción reparadora o de perjuicios, que está como subordinada a la resolutoria.

Esta ha sido hasta el presente la jurisprudencia de la Corte, como puede verse, entre otros, en el fallo de 17 de junio de 1948, G. J. LXIV, números 2060-2061. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....49, 1ª y 2ª

— 334 —

RETENCION (Derecho de)

El artículo 970 del Código Civil organiza un derecho de retención a favor del dueño de mejoras plantadas o sembradas en terreno ajeno.

En virtud de tal derecho de retención, el retinente tiene la facultad para retener la cosa que está obligado a entregar a otro, hasta que no se le pague lo que se le deba en razón de un crédito vinculado con la misma obligación de restituír (**debitum cum re junctum**).

Este derecho de retención se mira en la doctrina moderna como un derecho de garantía.

a) Es un derecho sobre la cosa mejorada que autoriza al retínente para hacerlo valer no sólo frente al deudor sino también frente a terceros. El retínente desde el momento que ejerce la retención es un poseedor en nombre ajeno y puede ejercer las acciones posesorias que pueden ejercer esta clase de poseedores, especialmente la de despojo del artículo 984 del Código Civil.

b) Es la retención derecho accesorio a la existencia de un crédito, de la misma manera que la prenda y la hipoteca. En efecto, estos derechos deben su existencia al nacimiento de un crédito y se extinguen cuando el crédito se cancela. No existe retención sin crédito idóneo para la retención.

c) Finalmente la retención es derecho de garantía y únicamente de garantía. Es verdad que desde este punto de vista la retención no tiene el mismo alcance que la prenda y la hipoteca, pues el retinente no tiene facultad de vender la cosa en pública subasta como la tienen los acreedores prendarios e hipotecarios.

Sólo desde este punto de vista puede decirse que la retención es inferior frente a los demás derechos de garantía; podría verse en él un derecho real imperfecto, por no poder satisfacerse el retínente con la realización del valor de la cosa. De manera que el único efecto que produce la retención es el asegurar el cumplimiento de la obligación del acreedor.

En razón de lo expuesto, se deduce otra característica del derecho de retención: no es un derecho estable y definitivo, sino provisional, es decir, que está destinado a extinguirse. Y se extingue, por alguna de estas causas: por el pago del crédito que origina la retención; por el aseguramiento del crédito mediante una de las garantías que sirven para este fin (fianza, prenda, hipoteca, etc.); y, finalmente, porque el retínente renuncia a seguir reteniendo. (Casación Civil. Agosto 28/58. Nos. 2199-2200).....678, 2ª y 679, 1ª

— S —

— 335 —

SALARIO (Acción de nivelación)

El trabajador nacional que pretenda el re-

conocimiento de remuneración y de condiciones iguales a las de que disfrute el extranjero en una misma empresa o establecimiento, debe acreditar igual idoneidad. (Casación Laboral. Junio 6/58. Nº 2198).....323, 1ª

— 336 —

SALARIO (A trabajo igual, salario igual)

No es forzoso referir siempre el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo al 143. La finalidad del primero es específicamente la de asegurar a los trabajadores nacionales y extranjeros iguales condiciones de salario por el solo hecho de que desempeñen unas mismas funciones dentro de determinada empresa. La del segundo es la de evitar en forma general que se establezcan diferencias entre los trabajadores que lo sean también de una misma empresa. Pero el art. 74 no condiciona su aplicación a jornada y eficiencia iguales, como sí lo hace el 143. Desde luego, lo común en uno y otro caso es que dos o más trabajadores presten sus servicios al mismo tiempo en cargos equiparables. Mas de allí no se deduce que si un trabajador reemplaza a otro en empleo o cargo en que haya de ejercer funciones iguales a las del trabajador reemplazado y que suponen una remuneración méjor, no se cumpla el correlativo aumento de salario.

Al respecto conviene tener en cuenta que ciertas actividades, por ejemplo las inherentes a los puestos de dirección (Gerentes, Jefes de Personal, etc.) no suelen darse sincronizadamente. Y sería contrario al espíritu de equidad que orientó a los redactores del Código Sustantivo del Trabajo y que debe guiar a sus intérpretes, situar esas actividades fuera del alcance de los artículos 74 y 143. La simultaneidad no es, pues, requisito esencial para que surja en favor de los trabajadores nacionales el derecho a exigir remuneración y condiciones iguales a las de los extranjeros que desempeñen o hayan desempeñado iguales funciones, en una misma empresa o establecimiento. (Casación Laboral. Junio 6/58. Nº 2198).....322, 1ª y 2ª

— 337 —

SALARIO (De aserradores de madera)

Aserrar maderas es por naturaleza un trabajo en equipo o por grupo, por lo menos de dos trabajadores pareados, y si se paga por obra o a destajo, la única forma de retribución individual es la de distribuír el valor obtenido entre los operarios intervinientes; esta peculiaridad no destruye el elemento actividad personal del contrato de trabajo. (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198) 356, 1ª

— 338 —

SALARIO (Su nivelación entre trabajadores nacionales y extranjeros.—A trabajo igual, salario igual)

El artículo 74 del C. S. del T., regula la proporción e igualdad de condiciones entre trabajadores colombianos y extranjeros en el numeral 2º: "Los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales".

El artículo 143 del C. S. del T. enuncia el principio "a trabajo igual, salario igual".

Anteriormente, el artículo 4º de la Ley 149 de 1936, relativo, como el artículo 74 del Código, a la igualdad de condiciones entre trabajadores nacionales y extranjeros, había dispuesto que "Cuando en una empresa haya empleados, contratistas y obreros permanentes de distintas nacionalidades, que desempeñen unas mismas funciones, los empleados, contratistas y obreros nacionales ten-

drán derecho a exigir remuneración y condiciones iguales y pago en la misma moneda".

El extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de 1º de septiembre de 1952, al decidir un cargo en el que sostenía que "el Tribunal Seccional incurrió en error al considerar que el salario igual solamente corresponde al tiempo por el cual concurran al servicio el extranjero y el nacional, pues ha debido admitir que hecha la comparación de funciones y habiendo trabajado algún lapso en el desempeño de idénticas funciones, el demandante tiene por todo el tiempo de duración del servicio, derecho a que se le pague la misma remuneración", lo halló fundado, y al efecto expuso las razones que se transcriben en seguida:

"Como fácilmente puede deducirse de la norma anterior, el derecho concedido a los trabajadores nacionales para exigir remuneración y condiciones iguales a los trabajadores extranjeros, reposa sobre los siguientes presupuestos de hecho: a) Que en una misma empresa haya trabajadores nacionales y extranjeros; b) Que tanto los trabajadores nacionales como los extranjeros, lo sean permanentemente de la empresa; c) Que unos y otros desempeñen unas mismas funciones; b) Que los nacionales tengan remuneración o condiciones inferiores a los extranjeros.

"De los anteriores presupuestos, interesan a los efectos de este cargo, los de permanencia e identidad de funciones, para determinar si el derecho del trabajador colombiano a recibir igual remuneración al extranjero está subordinado a la permanencia de éste o, en otros términos, si la identidad de funciones debe persistir por todo el tiempo a que se contrae la solicitud de nivelación de salarios o, por el contrario, basta que tal identidad haya existido en un momento dado, teniendo, por otra parte, el carácter de permanencia la relación de trabajo entre la empresa y los trabapalores entre quienes se discute la nivelación, para que el asalariado colombiano pueda exigir salario igual al devengado por el extranjero a partir del momento en que fue posible la comparación y por todo el tiempo de sus servicios.

"En primer lugar, conviene dejar en claro que el requisito de la permanencia a que se refiere el artículo 4º de la Ley 149 de 1936, se predica del contrato de trabajo y hace relación a la subordinación o dependencia continuada que debe existir entre el patrón y el asalariado, la cual, por lo mismo que tiene que ser permanente, no puede tomarse como tal la "instantánea ni simplemente ocasional" (artículo 2º, Decreto 2.127 de 1945). La permanencia en este caso, se opone al concepto de transitoriedad, ocasionalidad o accidentalidad del trabajo, que es aquel de corta duración (artículo 41, ibidem).

"Por tal razón, si la relación del extranjero con la empresa es transitoria u ocasional, como cuando es traído al país mientras se prepara personal colombiano, el trabajador nacional no puede alegar la nivelación de su salario porque falta al extremo de comparación (trabajador extranjero) la condición de su permanencia. Por lo que interesa aclarar es que en virtud de la permanencia exigida por el art. 4º en comento, no puede concluirse que el asalariado colombiano sólo tenga derecho al reclamo por salarios, en la hipótesis contemplada, por el tiempo en que haya coexistido su trabajo con el rendido por el extranjero.

"Basta con que en un momento dado haya sido posible la comparación entre el extranjero y el nacional, por reunirse las condiciones de permanencia e igualdad de funciones, para que el salario del trabajador colombiano se entienda igual al devengado por el extranjero y se incorpore como tal en su contrato de trabajo, con efecto para el futuro sin que esta vigencia posterior pueda ser

obstaculizada por el retiro del trabajador foráneo del servicio de la empresa.

"Y es que cualquiera que haya sido el salario pactado, cuando el trabajador se encuentra dentro de la situación concreta o de hecho a que debe aplicarse el artículo 4º citado, el salario concertado es sustituído, **ipso jure**, por el salario legal que es para el caso, el fijado como remuneración al extranjero con quien se encuentra en la hipótesis legal. Tanto más cierto lo anterior si se considera que las leyes que regulan el trabajo humano, por ser de orden público, tiene vigencia inmediata y se aplican aún a los contratos de trabajo que se encuentren en desarrollo al momento de empezar a regir aquellas y, consecuencialmente, se entiende incorporadas en el pacto laboral.

"En tales circunstancias, la tesis de que la nivelación de salarios entre extranjeros y nacionales no tiene efecto sino por el tiempo en que coexista el trabajo rendido por los asalariados entre quienes se surte, no dejaría bien parado el espíritu del artículo 4º que no es otro que el de no permitir que se menosprecie el trabajo nacional; ni consultaría la protección que a éste ha querido dar el legislador por cuanto, retirado el trabajador extranjero de nada valdría al nacional seguir prestando los mismos servicios que venía atendiendo frente al extranjero, ya que desaparecería su salario nivelado para regresar a una remuneración que quizás ni consulte la realidad anterior por cuanto si hubiera continuado con ella, bien habría podido conseguir sus aumentos en el interregno en que tuvo la artificial protección de la norma sobre igualdad entre trabajadores nacionales y extranjeros, la que resultaría, de todos modos, acomodaticiamente interpretada.

"Tal criterio, por otra parte, haría odiosa la disposición contenida en el mencionado artículo 4º, pues bien claro quedaría que no se trataba de proteger al trabajador nacional sino de crear privilegios transitorios con correlativas restricciones al trabajador extranjero, cuando nada de esto ha querido la ley; su fin es, en el fondo, el de consagrar positivamente lo que desde hace varios lustros aparece consagrado en legislaciones más avanzadas: "a trabajo igual, salario igual", hoy regulado por el artículo 143. del Código Sustantivo del Trabajo.

"Además, y sea esta la última razón, una vez establecida la comparación, el salario del trabajador nacional, por disposición legal que debe entenderse incorporada en el contrato, deja de ser el que viniera recibiendo para igualarse al recibido por el trabajador extranjero, naciendo para el patrono la obligación —contractual— de pagar dicho salario y no otro; de donde resulta que si se acepta que al retiro del extranjero opera el regreso en el salario nacional, lo que en el fondo se está diciendo es que el patrono en tales circunstancias, puede modificar su obligación principal —pagar el salario convenido o determinado por la ley— en forma unilateral y en perjuicio de su contraparte, lo que no se compadece ni siquiera con los principios civilistas de que el contrato es una ley para las partes y de que el incumplimiento de una de ellas da derecho a la otra para exigir su cumplimiento o para pedir la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios; mucho menos puede armonizarse con el espíritu de la legislación del trabajo que no es otro que el de proteger al trabajador y asegurarle la justa remuneración a sus esfuerzos, a lo que sirve, entre otras maneras, disponiendo que "en todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes... las cuales, por otra parte, **sustituyen de derecho** las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren más favorables, para el trabajador". (Artículo 19, Decreto 2.127 de 1945)". (Ca-

sación Laboral. Junio 6/58. Nº 2198)..... 320, 1ª y 2ª y 321, 1ª y 2ª

— 339 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (A quién coresponde imponerlas)

La estimación de la naturaleza de las actitudes y conducta asumidas por un Magistrado, que afectan seriamente el decoro de la función de administrar justicia, corresponde al superior llamado a calificarlos para imponer una de las sanciones disciplinarias tendientes "al mejoramiento de la administración de justicia", como reza el preámbulo del Decreto 3.665 de 1950.

Aquel contiene en su articulo 2º la enunciación de hechos que dan asidero a la imposición de sanciones disciplinarias, sin perjuicio de la correspondiente acción penal, cuando a ella hubiere lugar. Sin el rigorismo y técnica que la ley penal emplea para tipificar las acciones delictuosas, concede a la justa apreciación del superior estimar otros hechos que, "por su naturaleza, sean incompatibles con la dignidad de administrar justicia".

Si el Magistrado cometió faltas que comprometan en forma manifiesta la dignidad de su función, debe aplicársele una de las sanciones disciplinarias (artículo 3º), graduada en forma que armonice con la naturaleza de ellas y los altos fines de vigilancia de la Rama Jurisdiccional. (Sala Plena. Junio 6/58. Nº 2198).....8, 1ª

— 340 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (A un Juez o Magistrado que no denuncia los delitos de que tiene conocimiento)

Todo funcionario o empleado público está en el deber de denunciar las infracciones de que tenga conocimiento (artículo 10 C. de P. P.), principio que rige también para "todo habitante del territorio colombiano mayor de veintiún años, con las excepciones" que establecen la Constitución y la Ley.

La revelación de un cohecho, no denunciado por un Magistrado, sin considerar la entidad penal que pudiera comportar, es falta grave, por omisión de un deber legal. Queda comprendida, para los efectos del artículo 2º del Decreto 3.665 de 1950 como "otros hechos análogos enumerados, que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia", que dan lugar a imposición de sanciones disciplinarias "sin perjuicio de la correspondiente acción penal".

Y es claro, porque la Corte no ejerce un acto jurisdiccional al imponer las sanciones disciplinarias; no enjuicia una responsabilidad penal; aprecia faltas que, por su naturaleza, lesionan el decoro de la administración de justicia. Por tanto, se trata de una vigilancia judicial ejercida por las Corporaciones Judiciales sobre los Magistrados y Jueces. (Sala Plena. Junio 6/58. Nº 2198).. 7, 1ª

— 341 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (A un Juez o Magistrado que obtiene dinero en préstamo de sus subalternos)

Es incorrecto el procedimiento del Magistrado que obtiene dinero en préstamo de un Secretario de Juzgado, por tener estos la calidad de empleados subalternos de los Jueces a quienes el Magistrado contribuyó a nombrar con su voto. Tal hecho lesiona el buen nombre de la administración de justicia; crea compromisos entre el Magistrado y el empleado subalterno de la justicia, a quien no debe tener como su acreedor, especial-

mente para diversiones. (Sala Plena. Junio 6/58. Nº 2198).....6, 2ª y 7, 1ª

— 342 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (Contra Magistrados de Tribunal Superior)

Tratándose de resolver sobre una solicitud de sanción disciplinaria contra un Magistrado de Distrito Judicial por alguna o algunas de las causales previstas en el art. 2º del Decreto Extraordinario 3.665 de 1950, que consagra normas encaminadas al mejoramiento de la administración de justicia, corresponde a la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— dictar la respectiva resolución, porque ella nombra en propiedad a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y según el artículo 10 de aquel Decreto, "para los efectos de éste... se entiende por superior la entidad o funcionario a quien corresponde nombrar en propiedad el inferior".

Según el artículo 1º del Decreto, son responsables de faltas, omisiones e irregularidades en que incurran, y, en consecuencia, estarán sujetos a las sanciones disciplinarias correspondientes, que se impondrán por el respectivo superior con las normas contenidas en tal Decreto, entre otros funcionarios públicos, los Magistrados. Y según el artículo 2º son causales para la imposición de sanciones de esa naturaleza, entre otras, "la mala conducta social motivada por hábito de embriaguez, práctica de juegos prohibidos, **mora habitual e injustificada en el pago de deudas,** abandono de los deberes primordiales del hogar y **otros hechos análogos** (el subrayado es de la Sala) que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia". (Sala Plena. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....
498, 2ª y 499, 1ª

— 343 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (Hechos que pueden motivarlas en Magistrados y Jueces)

Resulta carente de mesura la actuación de un Magistrado, empeñado en comentarios sobre sus actividades; denuncia un temperamento extraño a la excelsa misión del juzgador, que debe ser espejo de ecuanimidad, reservado ante las interpelaciones sobre los procesos que tiene a su estudio, renuente cuando se le pregunte sobre su posición moral en procesos en los cuales conoce. Compromete el decoro de la justicia el juzgador que dice no reforma ni revoca sus decisiones y luego somete al análisis de sus amigos o contertulios —en sitios de diversión— la actitud que asumirá frente a las partes (declararse o no impedido para conocer en determinado proceso). Con este comportamiento se expone a que las partes duden de su imparcialidad, produzcan la recusación, en fin, se quebranta la confianza en la administración de justicia, bien jurídico que las leyes tutelan y la sociedad colombiana guarece para una vida regida por el derecho. (Sala Plena. Junio 6/58. Nº 2198).....6, 2ª

— 344 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (Por mora)

El Tribunal sienta la doctrina que no puede ser recusado un funcionario por "demoras ocurridas en tiempos pasados, sino por estar actualmente en mora de resolver dentro de un término legal". Tesis que rechaza la Corte. (Sala Plena. Julio 2/58. Nos. 2199-2200)
480, 2ª y 481, 1ª

— 345 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (Por mora en el pago de deudas)

Si la Sala carece de elementos hábiles de prueba para imponerle a un Magistrado una sanción disciplinaria de acuerdo con el Decreto 3.665 de 1950, por mora en el pago de deudas —aunque no se haya demostrado que es **habitual e injustificada**— no puede menos de hacer ostensible su extrañeza de que los funcionarios de la rama jurisdiccional se vean demandados para el cumplimiento de obligaciones personales que de ser viables, ninguna razón existiría para dejar de cumplirlas, máxime tratándose de un Magistrado, representante de la más alta jerarquía judicial del Departamento, cuya conducta debe ajustarse a las más estrictas normas de la ética y la moral. (Sala Plena. Agosto 18/58. Nos. 2199-2200).....500, 2ª

— 346 —

SENTENCIA (Estudio de las súplicas principales y subsidiarias de la demanda)

Cuando el Tribunal rechaza las peticiones principales formuladas por el demandante, debe en forma inmediata entrar a estudiar las súplicas subsidiarias. Esta es una obligación ineludible de los juzgadores cuando a su consideración se someten súplicas principales y súplicas subsidiarias. Si se rechazan las principales, débese a renglón seguido estudiar y resolver las formuladas como subsidiarias.

Si el litigante en primera instancia gana el pleito en razón de la prosperidad de las súplicas principales, y luego en segunda instancia la sentencia es revocada, es natural que no ha perdido el derecho a que se resuelva el pleito, por las peticiones subsidiarias. (Casación Civil. Junio 24/58. Nº 2198) 247, 1ª y 2ª

— 347 —

SENTENCIA (No puede buscarse sobre hipótesis o conjeturas)

Un pleito jamás puede fallarse sobre hipótesis, sobre meras conjeturas o cálculos más o menos probables. Proferir un fallo sobre hipótesis o conjeturas y de ellas deducir conclusiones que puedan afectar derechos de las partes, constituye grave error de hecho. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198)..... 104, 2ª

— 348 —

SENTENCIA (Sin la constancia de estar ejecutoriada)

Ninguna disposición legal establece que la inscripción de una sentencia sin la declaración de estar ejecutoriada es nula, y que la sentencia se afecte también del mismo vicio; y, por otra parte, la nulidad así establecida no se gobernaría por lo que preceptúan los artículos 1.740, 1.741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, que se refieren a los actos jurídicos, o sea, a las declaraciones unilaterales o bilaterales de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos, y especialmente a los contratos. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198).....217, 2ª

— 349 —

SENTENCIAS (Incidente de su liquidación cuando del juicio ha conocido en primera instancia un Tribunal)

Según el artículo 550 del Código Judicial "el juicio que haya de seguirse para ejecu-

tar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponda el conocimiento, conforme a las reglas generales sobre competencia, y en caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio, la ejecución de aquel corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia". Así, pues, el incidente de liquidación que se propone para los efectos del artículo 553 del Código Judicial, que por ser precisamente un incidente no requiere juicio distinto, corresponderá en conocimenito al Juez o al Tribunal que ha conocido del asunto en primera o única instancia.

En desarrollo de lo antes expresado, para esta Sala es evidente que el incidente de liquidación propuesto con base en el artículo 553 del Código Judicial citado, para la ejecución de la sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Superior (Sala Civil de Decisión), debe tramitarse en esa misma entidad y, por ende, los autos interlocutorios producidos en desarrollo de ese incidente, deben llevar la firma de todos los Magistrados de la Sala de Decisión y no únicamente la del Magistrado sustanciador, pues así lo dispone en forma terminante el último inciso del artículo 84 del Código Judicial, al estatuír que los autos interlocutorios dictados en juicios de que conocen los Tribunales en primera instancia se han de proferir por la Sala de Decisión y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia. Esta regla excepcional consagrada en el citado artículo 84, ya ha sido interpretada por esta Sala en auto de 15 de junio de 1937, XLV, 550.

En aplicación del artículo 466 del Código Judicial, numeral 2º, esta Sala de la Corte estima que el auto que le da curso al incidente de liquidación de que trata el artículo 553 ibidem, y tiene a una persona natural o jurídica como parte demandada y a un abogado como su representante judicial en la litis, es un auto interlocutorio, pues no sólo determina la personalidad de la parte demandada, sino la de su representante en ejercicio de la debida representación. En tal virtud, como auto de carácter interlocutorio, debe ser firmado por todos los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal, y no únicamente por el Magistrado sustanciador. Pero si se firma solamente por este último, se incurre en nulidad procesal por incompetencia de jurisdicción que debe declararse de plano por no ser ratificable o subsanable, pues la competencia en tal caso es privativa de la Sala Civil de Decisión y por ende improrrogable su jurisdicción; pero sin condenación en costas a cargo del actor en el incidente, ni de la Sala Unitaria ni de la de Decisión, porque el auto que se declara nulo apenas inicia el trámite del incidente, y el que declara la nulidad tiene por fin evitar que se produzca una tramitación viciada e inoperante. (Negocios Generales. Junio 23/58. Nº 2198) .....424, 1ª y 2ª y 425, 1ª

— 350 —

SERVICIOS PUBLICOS

Los colectores, como los transportes, como el alumbrado público, como el acueducto, como las vías públicas, etc., etc., son servicios públicos que por su naturaleza reclaman no sólo el control y vigilancia de la administración pública, sino que tales servicios en guarda de la comodidad y seguridad de las personas, es deber del respectivo distrito mantenerlos siempre en buen estado de servicio, y cualquier descuido, u omisión o cualquier negligencia a este respecto, hace acreedora a la responsabilidad civil a la respectiva entidad municipal. (Casación Civil. Agosto 12/58. Nos. 2199-2200) . .620, 2ª y 621, 1ª

— 351 —

SIMULACION

Véase el aparte Causal 2ª de casación en el número 81 de este Indice.

— 352 —

SOCIEDAD (Acciones del antiguo socio)

El antiguo socio carece de personería sustantiva para reivindicar en nombre de la sociedad mientras no sea declarado ineficaz el contrato por el cual cedió su interés social. (Casación Civil. - Agosto 8/58. Nos. 2199-2200) ..... 606, 1ª y 2ª

— 353 —

SOCIEDAD (Qué debe probarse para demandarla)

Frente a terceros no es necesario aportar la prueba del capital de la sociedad, ni los aportes de los socios, ni la valoración de los diversos bienes muebles e inmuebles de que la sociedad se compone. Estas indicaciones son necesarias cuando se trate de liquidar una sociedad y de regular las relaciones de los socios entre sí, pero, un tercero tan sólo necesita probar, cuando demanda a una sociedad, que ésta existe, cuál es su objeto social y quién o quiénes la representan. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) ...107, 2ª

— 354 —

SOCIEDAD (Retiro del aporte antes de la liquidación)

En nuestro Derecho Civil, mientras subsista una sociedad, ninguno de sus socios puede exigir su aporte, sin que previamente se haya llevado a cabo de conformidad con el artículo 2.141 del Código Civil la correspondiente liquidación, pues antes de ella, sólo tiene un derecho abstracto, pero no vinculado a ningún cuerpo cierto determinado. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) ...56, 1ª

— 355 —

SOCIEDAD DE MINAS

La relación contractual en una comunidad de bienes, si es eso lo que existe sobre las minas, cuando tiene por objeto actividades que recaen sobre toda la cosa o que comprometen la totalidad de la cosa, afecta naturalmente a todos los comuneros. Sin embargo tratándose de minas el Código de la materia (artículo 281 C. de M.) autoriza a los copartícipes para explotarla, cuando la Sociedad ordinaria no lo hace, pero la relación contractual creada por todos los socios o comuneros establece un vínculo conjunto (**conjuntim vinculum**) que no puede ser roto a voluntad de ninguna de las partes y que se refleja en la acción; o sea, que siendo parte determinada persona en el contrato, no puede prescindirse de ella o de quienes representen sus derechos, calidad que debe ser acreditada, para ponerle fin al contrato o solicitar su terminación. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) ..... 24, 1ª y 2ª

— 356 —

SUCESION (Demandas contra la)

Es un principio aceptado reiteradamente por la jurisprudencia que la sucesión carece de personalidad jurídica porque en ella no se ve la existencia de un ser colectivo; "ni un interés diferente de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asignatarios o a uti-

lizar los bienes para un fin común; ni vida interna, voluntad social, gobierno, nombre propio, domicilio; ni nacionalidad; ni activo de su patrimonio que no sea esencialmente un bien de los herederos". (Casación, 18 de noviembre de 1937, GACETA JUDICIAL, número 1.930, página 844).

Podían los demandantes legalmente enderezar su acción contra los herederos testamentarios, sin necesidad de demandar a la sucesión puesto que ésta no es una persona jurídica distinta de los herederos y estos la representan lo mismo que al testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (artículo 1.155 del Código Civil).

Con razón ha dicho la Corte:

"Precisamente por no ser la sucesión persona jurídica, distinta de los herederos individualmente considerados, quienes son los sucesores de los derechos del causante y responden de sus obligaciones, es lo mismo demandar a los herederos para que respondan de las obligaciones de la herencia. La herencia es una comunidad sui géneris sobre la universalidad de los bienes del causante, que responde de las obligaciones de éste por conducto de los herederos que hayan aceptado el título de tales, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa a ese adjudicatario en las deudas hereditarias". (Casación, 30 de agosto de 1939. G. J. número 1.949, página 469).

Es evidente que hay acciones que correspondían al causante, o las tenía antes de su muerte, y que cualquiera de los herederos puede ejercitar para la sucesión, como en el caso de que aquel fuera dueño de un predio cuya posesión hubiera perdido y estaba, por consiguiente, en condiciones de ejercitar la acción reivindicatoria; así como también hay acciones que son propias del heredero en su carácter de tal, que pueden promover en su favor y no para la sucesión. Entre estas se destacan principalmente la de petición de herencia y la de reforma de testamento. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198) .208, 2ª 209, 1ª

— 357 —

SUCESION (Pago de gastos)

Es con los bienes sucesorales con los cuales deben pagarse los gastos comunes, tales como las costas anexas a la apertura de la sucesión, los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria, etc. Y lo mismo da que se adjudique en la porción debida una cuota de los bienes sucesorales, agregada a su derecho herencial, a los asignatarios que los han hecho, o que se forme hijuela separada, porque, al fin y al cabo, es una deducción de los bienes hereditarios la que se hace en una u otra forma, para atender a gastos impuestos por la ley. (Casación Civil. Julio 24/58. Nos. 2199-2200).....541, 2ª

— 358 —

SUPERFICIE (Derecho real de)

Véase el aparte **Accesión** en el número 6 de este Indice.

— 359 —

SUPLICA (Contra autos que deniegan la reposición)

Es improcedente suplicar un auto en que se deniega la reposición de uno de sustanciación. Estos recursos son autónomos e independientes y cada uno tiene su aplicación en la respectiva oportunidad procesal.

El recurso de súplica, ni por su contenido, ni por su estructura difiere substancialmente del de reposición, pero en nuestro sistema procesal no cabe el primero contra las resoluciones de mero trámite que dicten los Tribunales colegiados, sino que está gobernado por el segundo. (Negocios Generales. Julio 26/58. Nos. 2199-2200) 946, 2ª

— T —

— 360 —

TENENCIA

Véase el aparte **Posesión** en el número 291 de este Indice.

— 361 —

TESTAMENTO (Acción de reforma)

A los demandantes no les basta acreditar su condición de legitimarios para promover la acción de reforma del testamento. (Casación Civil. Junio 23/58. Nº 2198) 208, 1ª

— 362 —

TESTIMONIO

Por ajustarse a la realidad jurídica e interpretar adecuadamente el valor y naturaleza de la prueba testimonial, la Corte no puede menos de compartir el siguiente razonamiento del Tribunal Superior de Bucaramanga:

"Una declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática, estereotipada y precisa en todos sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiera de exigirse en el testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia. Más aún, una declaración de esta índole tendría todos los caracteres de artificial y prefabricada. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) 121, 2ª

— 363 —

TESTIMONIO (De subalternos en juicio contra el patrono)

El tratamiento que debe dársele a la prueba testimonial en caso de ser el testigo empleado del patrono, en armonía con el artículo 61 del C. P. L., fue expuesto con clara precisión por el Tribunal Supremo del Trabajo, el cual dijo:

"1.—Esta Corporación sostiene que las reglas sobre habilidad e impedimentos de testigos establecidas en el Código Judicial no pueden aplicarse en los juicios del trabajo con el mismo rigor preestablecido para la justicia ordinaria, en virtud de la distinta naturaleza de los pleitos y de las diferentes atribuciones especiales que la ley consagra para unos y otros juzgadores. En efecto, la circunstancia de que las relaciones de trabajo son observadas más directamente y constantemente, en sus modalidades de tiempo, lugar y ejecución por las personas vinculadas a la misma empresa, ya se trate de compañeros del trabajador ora de subalternos del mismo patrón; y la de que los jueces del trabajo pueden formar libremente su convencimiento inspirándose en los principios científicos sobre la crítica de la prueba y atendiendo a los caracteres relevantes del pleito y a la conducta observada por las partes, explican suficientemente que sea mucho más amplio el criterio de estimación de estos últimos y que él pueda desenvolverse sin otras limitaciones que las de la prudencia y el respeto a aquellos principios científicos sobre la crítica probatoria. Aceptar o rechazar, por consiguiente, el testimonio de un trabajador de la misma empresa es una de-

cisión que corresponde al ámbito de apreciación libre y científica del juzgador y resulta inatacable en casación mientras no se la demuestre contraria a la evidencia de los hechos o notoriamente ilógica, infundada, parcializada u opuesta, en fin, a la verdad de los mismos, todo conforme a las reglas de la crítica de las pruebas. En todo caso, la sola consideración de ser compañero de trabajo del demandante o depender económicamente del patrono no es suficiente, por elevada o por modesta que sea su jerarquía en la empresa, para declarar inadmisible su deposición". (G. del T., Tomo VII, número 59|65, página 145). (Casación Laboral. Junio 25/58. Nº 2198).....355, 1ª

— 364 —

TITULO (Del dueño en acción de dominio)

En la acción de dominio, el demandante sólo está obligado a presentar un título regular que revele su propiedad en época anterior a la en que se inició la posesión del demandado, sin que sea menester certificado de libertad expedido por el Registrador del Circuito. (Casación Civil. Junio 18/58. Número 2198).....193, 2ª

— 365 —

TITULOS (Validez de los antiguos)

Estima la Sala acorde con su jurisprudencia al respecto, que el documento oficial del cual permite la ley inferir la existencia del título por el cual determinado predio salió del dominio del Estado con anterioridad a 1873, debe también arrojar datos suficientes que permitan establecer su validez y la determinación de las tierras que fueron objeto del mismo, si por otros medios no es posible identificar las últimas, porque si así no fuera, ¿cómo podría la justicia estimar su valor y su pertinencia en un determinado litigio?

Pretender que para juzgar acerca de la validez de un título antiguo emanado del Estado relativo a la enajenación de inmuebles, cuya existencia se demuestra por citas que de él se hacen en documentos de origen oficial, es menester que esa citación contenga no sólo todo el título con que finaliza el proceso de la adquisición de una merced o composición de realengos, temporalidades o baldíos, sino también el proceso mismo, es algo más que exigir en los autos copia auténtica del título mismo, lo cual no sólo es contrario al espíritu de la parte final del inciso a) del artículo 36 del Código de Petróleos que, tomando en cuenta las posibilidades humanas, quiso facilitar la prueba de la existencia de los documentos de remota fecha, sino que implicaría la inutilidad de esa parte de la disposición, comoquiera que todo quedaría reducido a la primera parte del inciso, vale decir, a la necesidad de presentar siempre el título emanado del Estado, original o en copia auténtica. (Negocios Generales. Junio 26/58. Nº 2198).....451, 1ª y 2ª

— 366 —

TITULOS (Validez de los antiguos)

Por regla general, para determinar si un inmueble salió del patrimonio del Estado con anterioridad a 1873, por causa distinta a la de la justa prescripción, es indispensable que en el instrumento proveniente del gobierno de la época se determinen en alguna forma, pues si así no ocurre, es imposible ubicarlo en algún sitio del planeta, y establecer que ha sido motivo del mismo y consiguientemente de una propuesta de exploración y explotación petrolífera que da lugar a la acción de dominio del subsuelo. Y decimos por regla general, porque en ocasiones, se puede llegar a esas conclusiones sin el co-

nocimiento completo del título en cuestión, siempre y cuando que el fundo o parte de él se encuentre determinado en algún otro íntimamente relacionado con aquel.

En algunos casos, cuando se tienen escrituras públicas otorgadas entre particulares, contentivas de enajenaciones totales o parciales de tierras, inmediatas al título por el cual éstas salieron del dominio del Estado, sí es posible determinarlas en todo o en parte, sin tener a la vista el documento de origen estatal que las deslinde; y que si de la referencia incompleta que del último se haga en otro de origen oficial, y de las circunstancias dentro de las cuales éste se otorgó se desprenden fuertes presunciones acerca de su existencia y validez, ambas deben tenerse por probadas. (Negocios Generales. Junio 26/58. Nº 2198).....451, 2ª y 454, 2ª

— 367 —

TRABAJADORES NACIONALES Y EXTRANJEROS (Nivelación de salarios)

Véase el aparte **Salario** en el número 338 de este Indice.

— 368 —

TRABAJOS PUBLICOS (En caso de licencia para construír con ampliación de las vías públicas)

El acto administrativo de la expedición de la licencia para construir, condicionando la construcción a retroceder el paramento, o sea cediendo una zona destinada a la ampliación de la vía pública, por sí solo no tiene operancia alguna, pues si el particular resuelve no construír en las condiciones mencionadas, la entidad de derecho público tampoco puede realizar sus planes de ensanche paulatino de las vías utilizando o sirviéndose del dominio particular, y en tales circunstancias, el propietario particular carecería de causa o razón para ejercitar una acción de restablecimiento del derecho violado, conforme al artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, o para demandar indemnizaciones por ocupación de hecho, al tenor del artículo 263 del mismo Código. Esto sin desconocer desde luego que el acto administrativo coarta la libertad del uso y goce pleno del dominio, pero ello tampoco se debe a la licencia misma, sino a ordenamientos de orden superior, constitucionales y legales, que si bien es cierto que amparan el derecho de propiedad, también consagran el principio de que la propiedad tiene una función social, y que por motivos de utilidad pública o de interés social el interés privado debe ceder a aquellos. Por consiguiente, no es la mera licencia la que da nacimiento al derecho de ejercitar la acción, como no lo sería tampoco el ordenamiento superior que faculta a las entidades de derecho público para tomar esas medidas, sino el hecho físico de la construcción ajustada a la licencia, puesto que simultáneamente a la edificación se produce el ensanche de la vía pública proyectada. En términos semejantes ha expuesto la Corte su criterio sobre este punto, según puede verse en fallo de 25 de octubre de 1956 (G J. Tomo LXXXIII, página 660). (Negocios Generales. Julio 18/58. Nos. 2199-2200)... 945, 1ª y 2ª

— 369 —

TRABAJOS PUBLICOS (Licencia para construír)

Es suficiente, para comprobar el trabajo público y la ocupación de la propiedad privada, la demostración de que se ha edificado con sujeción de las condiciones de la licencia, pues si el propietario levanta la edifica-

ción se produce automáticamente el ensanche de la vía pública y la destinación de la zona privada al servicio público, sin que sea necesario entonces que en tal zona se hayan realizado obras de arreglo y pavimentación, ya que la obra pública consiste en la ampliación de la vía. Éstos conceptos han sido expresados ya por la Corte, como puede verse en la sentencia de fecha 6 de julio de 1956 (G. J. Tomo LXXXIII, páginas 327 y ss.). (Negocios Generales. Julio 18/58. Números 2199-2200) 944, 2ª

— 370 —

TRADICION (De bienes pertenecientes a sociedad conyugal disuelta e ilíquida)

Quien es copartícipe de masa universal como consorte sobreviviente de sociedad conyugal disuelta e ilíquida y vende como cuerpo cierto un inmueble del acervo común, por la entrega subsecuente no transfiere el dominio que conforme a derecho radica en la sociedad conyugal hasta que se liquide, pero sí transmite a quien recibe por aquel título el interés legítimo suficiente para intervenir en la liquidación y procurar por vía plausible en derecho que se le adjudique el respectivo inmueble con eficacia plena desde el día de la tradición, a virtud del registro y por mérito del artículo 752 del Código Civil. Si con causa en los derechos transmitidos vino más tarde la adjudicación del dominio, el efecto jurídico se entiende consumado desde la fecha de la entrega. (Casación Civil. Julio 30/58. Nos. 2199-2200)...578, 1ª y 2ª

— 371 —

TRADICION (Verificada por quien no es verdadero dueño)

En la esfera de la adquisición del dominio por modos derivados rige el principio de la causalidad eficiente sobre la base axiomática de que nadie puede dar lo que no tiene.

Si en cumplimiento de título traslaticio de dominio hace el dueño la tradición de alguna cosa, quien recibe se convierte en propietario por virtud inmediata de la entrega.

Cuando el tradente no es el verdadero dueño ese efecto traslaticio pleno carece de causa y no puede producirse si en realidad lisa y llanamente se ha entregado cosa ajena.

Pero si esta no es la hipótesis porque el enajenante, sin ser dueño, se encuentra sin embargo en posición jurídica que le permite deducir en justicia interés legítimo para pedir que el derecho de que es titular se concrete e individualice en el bien que fue objeto de la tradición, aparece muy en claro entonces que por la entrega, como reflejo ostensible de la voluntad recíproca de enajenar y de adquirir, el tradente no pudo dar el dominio que no tenía sobre el cuerpo cierto entregado, pero sí transferir al adquirente la misma facultad jurídica de que a la sazón disfrutaba para procurar el éxito de su interés tendiente a la radicación definitiva de su derecho en el objeto de la entrega. Transmitió en consecuencia la titularidad que poseía para figurar como parte en el proceso de la respectiva liquidación. (Casación Civil. Julio 30/58. Nos. 2199-2200).... 578, 1ª

— 372 —

TRANSACCION (Causales de nulidad)

La afirmación de que un contrato de transacción no puede ser invalidado sino por las causales de nulidad expresamente mencionadas por los artículos 2.476, 2.477 y 2.478 del Código Civil, es tesis que jamás ha sido aceptada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Las causales de nulidad de los negocios

jurídicos se encuentran indicadas en los artículos 1.740 a 1.756 del Código Civil. Dichas causales son de aplicación general. Además, el legislador puede establecer causales especiales de nulidad; pero dichas causales especiales, en manera alguna derogan las causales generales a que se refieren los mencionados artículos 1.740 a 1.756 del Código Civil. (Casación Civil. Julio 3/58. Nos. 2199-2200) 519, 2ª

— 373 —

TRANSACCION (Nulidad)

La tesis de que mientras no sea declarada judicialmente la nulidad de una transacción, ésta produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, es errada, y para demostrarlo basta tener en cuenta la regla del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1.742 del Código Civil, según la cual "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato". (Casación Civil. Julio 3/58. Números 2199-2200).....518, 2ª y 519, 1ª

— 374 —

TRANSACCION (Sobre el estado civil)

Véase el aparte **Estado civil** en el número 184 de este índice.

— V —

— 375 —

VENTA (De cuerpo cierto perteneciente a una sucesión)

En punto concerniente a la cesión de derechos hereditarios, entre otras cosas dijo esta entidad:

"De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte y como un desarrollo lógico de su doctrina, han de aceptarse las siguientes conclusiones:

"I.—Un heredero puede vender sus derechos en la comunidad universal de la herencia, en una de tres formas: a) Cediendo sus derechos indeterminados en la comunidad herencial, total o parcialmente; b) Enajenando sus derechos herenciales vinculados a determinados bienes de la comunidad universal; c) Enajenando determinado bien de la comunidad universal sin mencionar expresamente la cesión de sus derechos herenciales radicados en tal especie;

"II.—Se ha aceptado la validez de la venta en las formas a) y b) y se ha reconocido que el comprador en ambos casos tiene personería para pedir la partición e intervenir en ella, aplicando el artículo 1.377 del Código Civil;

"III.—Respecto de la venta de una especie o cuerpo cierto perteneciente a la comunidad herencial, antes de que se haya registrado el decreto de posesión efectiva o la respectiva partición, debe entenderse que la inscripción de la correspondiente escritura no transmite el dominio (Código Civil, artículo 757), sin que esto quiera decir que la venta adolezca de nulidad. Como el vendedor no es en tal caso verdadero dueño de la cosa enajenada no se adquieren por la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la especie o cuerpo cierto (Código Civil, artículo 752, 1º) y como el heredero vendedor sólo tiene entonces un derecho eventual a título de comunero en la universalidad, a que se le adjudique ese bien de la sucesión, hay que entender que el comprador adquiere ese derecho que lo habilita para pedir la partición e intervenir en ésta, a fin de procurar que, cumpliéndose las reglas de la partición y sin perjuicio de los otros copartícipes y de los acreedores de la comunidad herencial se le reconozca el mis-

mo derecho que podría ejercitar su causante y se concreten sus derechos herenciales en la especie o cuerpo cierto. Esto debe ser consecuencia y desarrollo lógico de los artículos 752, 779, 1.401, 1.868, 1.871, 1.874 y 1.875 del Código Civil". (Casación: 21 de octubre de 1954. LXXVIII, 2.147, 899). (Casación Civil. Julio 30/58. Nos. 2199-2200) . . 578, 2ª y 579, 1ª

— 376 —

VENTA POR CABIDA (Debe ser expresa en los predios rurales)

Según el artículo 1.887 del Código Civil, un predio rústico puede venderse con relación a su cabida o como una especie o cuerpo cierto. Según el párrafo segundo de ese texto legal, se vende con relación a la cabida, "siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato, salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que reza el contrato".

Y según el segundo párrafo del artículo 1.889, si se vende con señalamiento de linderos, estará obligado el vendedor a entregar todo lo comprendido en ellos".

El señalamiento de linderos, es lo que en la vida práctica de los negocios configura la venta de predios rústicos como cuerpo cierto.

Así lo dijo claramente esta Corte en fallo de 5 de noviembre de 1943 (publicado en el Tomo LVI, página 603 de la G. J.).

En las ventas de inmuebles rurales, la regla general es que se vende como especie o cuerpo cierto, pues, la proposición final del último párrafo del artículo 1.887 del Código Civil, después de advertir cuándo se entiende hecha una venta por cabida, advierte textualmente: "En todos los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto".

De manera que la venta por cabida debe ser siempre expresa, o sea, aparecer en forma muy clara e inequívoca que sólo se pretenden vender tantos metros, fanegadas o hectáreas, de determinado inmueble. Cuando una cláusula expresa de éstas no apareciere en el instrumento público, es necesario, entonces interpretar la venta como venta de especie o cuerpo cierto.

En resumen: la venta por cabida, generalmente, debe implicar venta de determinadas unidades de las que forman un inmueble; por cuanto si el inmueble se vende por linderos, ésta será siempre venta de especie o cuerpo cierto. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198) 102, 2ª

— 377 —

VEREDICTO (Coacción sobre los Jurados)

La advertencia que el Fiscal pueda hacer a los Jurados en el acto de la audiencia, de que en la hipótesis de un veredicto absolutorio, se empleará el "arma poderosa" de declararlo "injusto", no puede estimarse por sí sola, como constitutiva de coacción o intimidación.

Para la elaboración de las listas de Jurados, la ley colombiana ha establecido un sistema que, cumplido estrictamente, garantiza que aquellos son "honorables y competentes" (artículo 482 del C. de P. P.), "poseer por lo menos una cultura media y desempeñar una profesión u oficio de aquellos que exigen capacidades intelectuales" (artículo 494, ibidem).

No apareciendo tacha en contrario, hay que presumir que quienes actuaron como Jurados en un proceso, llenaban tales requisitos. Es decir, que no se trata de personas de escasa formación, sugestionables y timoratas, que fueran a llenarse de miedo porque,

en el calor del debate, una de las partes le recordaba la vigencia de una norma legal conforme a la cual podría enmendarse, a **posteriori**, el yerro positivo o presunto del veredicto.

La **coacción**, como fuerza moral o amenaza de un mal grave e insuperable, no tiene un valor absoluto. O sea, no existe como tal por sí misma, sino que se integra o perfecciona según sea la capacidad de recepción del coaccionado. A un espíritu selecto no se le coacciona fácilmente; a un hombre de limitada cultura y precarias condiciones psíquicas sí. Por ello, los tratadistas no dejan de advertir que, para los efectos jurídicos, la existencia de aquel fenómeno siempre hay que referirla a las circunstancias o calidades personales del sujeto contra quien se dirige la fuerza. Por lo mismo, jurídicamente hablando, coacción vale tanto o debe valer tanto como coacción eficaz.

Suponiéndose que las advertencias del Fiscal respecto al desconocimiento del veredicto absolutorio, pudieran considerarse como la amenaza de un mal grave, tampoco las modalidades de la controversia judicial permiten darle eficacia a dicha amenaza. Una audiencia con Jurados no es un debate en que el Fiscal se quede solitario, sin posibilidades de ser contradicho o rebatido. Tiene su contrario en el defensor, cuyas funciones son amplísimas. Y no dirige el debate ninguna de las partes, ni siquiera el Ministerio Público, sino una persona que está por encima o equidistantes de las partes: el Juez.

Dentro de la lógica del desenvolvimiento normal de los debates, máxime si en ellos intervino un defensor diligente, hay que suponer que éste pudo rebatir las prevenciones o argumentos "intimidativos" del Fiscal; ilustrar, adecuadamente, a los Jueces de hecho, respecto al alcance de sus atribuciones legales, a lo amplio de la zona en que éstas se ejercitan, o sea, en conciencia, y en cuanto a la recta interpretación del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, que aplica el Juez de la causa, y no el Fiscal. De consiguiente, quien "amenazaba" con la mal llamada "injusticia" del veredicto o "el arma poderosa" de declararlo tal, no estaba en condiciones fácticas ni legales de hacerlo; sólo expresaba una opinión apriorística o un deseo de una de las partes, y, en manera alguna, el proveído futuro del Juez, a quien había de reputársele imparcial, recto, sereno y no precipitado en anticipar conceptos o decidir **a priori.**

A medida que estas explicaciones fueran dándose, con la amplitud que tiene la defensa para hacerlo, la trepidación de ánimo de los Jurados, si es que llegó a existir, tenía que ir desapareciendo; los espíritus conturbados habían de serenarse; y la real o supuesta coacción perdía toda eficacia. Y si esto no se hizo por el defensor, habría sido porque no lo estimó necesario o no creyó él mismo en la realidad o eficacia de la supuesta coacción.

Pero ¿es realmente un mal, y mal grave, que afecte la dignidad de las personas o lesione su patrimonio moral o abatá su decoro o buen nombre, el rechazo del veredicto que, como Jueces de conciencia, hayan rendido?

Sin duda que el asenso de unos respecto al de otros puede reputarse como un bien, tanto en el orden objetivo como en el subjetivo. Pero lo contrario no es, necesariamente, un mal. En este segundo orden, dicha calificación estará supeditada a factores varios y muy relativos como el concepto de las propias excelencias intelectuales y morales; el temperamento, los caracteres, etc. En tratándose de verdades que no corresponden al orden metafísico, las personas de mediana cultura —como quiere la ley que sean los jurados— saben cuán relativo es el valor del asentimiento a ellas y cómo los motivos de este asentimiento no excluyen, en absoluto, el temor de errar. Saben que la evidencia de la verdad a que se adhiere, es, para el otro

o los otros, la evidencia contraria. Por ello, no se sienten disminuídas o moralmente afectadas, en la mayoría de los casos en que los demás no comparten sus opiniones o puntos de vista. Les basta con su buena fe y solicitud por acertar. Y si, a pesar de ellos, se les considera desacertados, ni olvidarán la verdad de Perogrullo de que es humano el errar, ni dejarán de pensar, talvez, que quienes están en el error son los que, por su jerarquía, se creen sabios para abstenerse de acoger las verdades ajenas. El rechazo de sus pareceres no lo tendrán por un mal, sino por simple disparidad de opiniones, natural en el orden del conocimiento; y si, por uno u otro motivo, llegaran a creerlo verdadero mal, tendrían la suficiente sindéresis para no estimarlo grave ni sentir afectada su libertad de manifestarse según la autonomía de su "personal conciencia".

No se ve, por lo expuesto, cómo pueda admitirse o tenerse por probado que hayan sufrido coacción, de parte del Fiscal, los Jueces de hecho que calificaron la responsabilidad del reo; ni se entiende de qué manera este funcionario, al prevenirlos, con el natural patetismo del debate, respecto a la existencia de un remedio legal para corregir un hipotético yerro, les hubiera infundido abusivamente un temor mayor del que, de suyo, puede suscitar, en personas responsables, el juramento del artículo 27 de la Ley 4ª de 1943; ni, en fin, se le alcanza a la Sala que dicha prevención o advertencia pueda interpretarse, sin sofisma, como una de las "demostraciones hostiles" vedadas por el artículo 530 del estatuto procesal penal, o como factor de perturbación para la imparcialidad de su conciencia (artículo 511 ib.). (Casación Penal. Agosto 12 de 1958. Nos. 2199-2200) .....769, 1ª a 771, 1ª

— 378 —

VEREDICTO (Contradictorio)

Según doctrina reiterada de la Corte, el juicio afirmativo de que un veredicto es contradictorio, no se obtiene comparando los términos del mismo con determinadas pruebas de los autos; a él se llega, para los efectos del recurso de casación, a través del examen exclusivo de esos términos, poniéndolos en relación unos con otros y desenvolviendo su significado, en forma tal, que aparezcan ser lógicamente inconciliables, desde el punto de vista jurídico, una parte y otra parte, un extremo y otro extremo. Y ello, porque, de no deducirse esta incompatibilidad, se venga a admitir que una cosa puede ser y no ser, a un tiempo y por igual concepto, que es en lo que consiste lo contradictorio.

Decir que un homicidio se cometió en riña imprevista y que de tal hecho, así calificado, es responsable el agente, es encajarlo dentro de un tipo legal expresamente previsto y que en nada peca contra la lógica. Agregar, como respuesta a otra pregunta, que el mismo agente del homicidio **no es responsable** de una lesión personal de que, se supone, fue víctima otra persona que el muerto, tampoco arguye contradicción. Entre otras razones, porque se trata de cargos distintos y de diversos ofendidos; y, principalmente, porque lo que el Jurado negó, no fueron los hechos simplemente materiales o la mudanza física implicada en la pregunta, sino la **responsabilidad,** que es fenómeno específicamente complejo y no asimilable a los primeros. (Casación Penal. Agosto 12/58. Nos. 2199-2200) .....772, 1ª y 2ª

— 379 —

VEREDICTO (En los procesos en que no se dicta auto de proceder)

Conforme al sentido obvio de las cosas y a su entendimiento racional, en los procesos en que el juzgamiento no requiere auto de proceder, como es lo propio en los que se cumplen por Consejos Verbales de Guerra,

los cargos deben quedar resumidos en los cuestionarios que se propongan, los cuales, por lo tanto, deben redactarse en forma que los delitos imputados se describan y definan en todos y cada uno de sus elementos integrantes, para que de ese modo el veredicto sea posible y, de otra parte, la sentencia que se expida en derecho como derivación del mismo, pueda contar con seguras bases legales y con fundamentos de hecho absolutamente determinados y específicos. (Casación Penal. Agosto 22/58. Nos. 2199-2200).....
792, 2ª

— 380 —

VEREDICTO (Interpretación)

Si el Tribunal Popular calificó al sindicado como cooperador nada más, y los falladores de primera y segunda instancia lo condenaron partiendo de una especie agravada ajena al veredicto, o sea la cooperación necesaria, sin la cual el acto punible no hubiera podido cometerse, no hay armonía entre el mismo fallo y el veredicto del iuri, puesto que éste se abstuvo de hacer semejante especificación. (Casación Penal. Agosto 1º/58. Nos. 2199-2200) .....745, 1ª y 2ª

— 381 —

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY (Formulación del cargo)

Cuando en el recurso de casación se acusa el fallo por infracción directa de la ley sustantiva, no le basta al recurrente decir que en su concepto cree que ha habido infracción, pues le incumbe la obligación de demostrar la manera como el sentenciador incidió en la violación de la norma respectiva, no siéndole dable a la Corte hacer oficiosamente tal demostración. (Casación Civil. Junio 2/58. Nº 2198).....44, 2ª y 45, 1ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXXXVIII 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 NACIONAL VIGENTE	
—	186, 233
26	62, 87, 233, 264, 265, 268, 269
26, causal 4ª	87
30	62
62	166
69	166
76	233
115	166
120, numeral 5º	164
121	186, 187, 228
136	126
178	233
214	228
215	233
ACTO LEGISLATIVO NUMERO 1 DE 1945	
70	233
CODIGO CIVIL	
—	25, 26, 28, 98, 144, 171, 236, 292, 333
6º, inciso 2º	163
17	197
28	157
32	171, 233
56	173
66	273, 294
92	332
213	197, 273
214	197, 273
216	197
217	197
218	197
219	197
220	197
221	197
222	197
223	197
224	197
237	197, 236
239	13, 236
244	235
245	235
303	243
306	206
335	197
336	197
337	197
338	197
348	192
401	197
402	197
403	197
404	197
405	197
406	197
483	243
583	206
632	261
673	300, 301
739	6, 251
752	25, 28, 370
752, inciso 1º	375
757	375
762	159, 294
762, inciso 2º	38, 278, 294

Artículos	Números
764	301
765	296
766	25
768	27, 28, 173
778	290
779	212, 375
900	152
946	38, 287, 324, 327
947	25, 324
950	152, 324
951	328
964	25, 28
954, inciso 3º	27
970	334
972	144
974	144
976	144
980	144
981	144
982	144
984	334
1155	356
1266	151
1267	151
1316	205
1377	97, 375
1401	212, 375
1499	169
1506	333
1506, numeral 3º	333
1509	173
1513	203
1514	203
1521	103
1521, numeral 3º	163
1525	158
1546	333
1548	25
1592	277
1594	280
1600	277, 280
1604	131
1609	279
1610	279, 310
1622	119
1634	25
1728	205
1740	348, 372
1741	348, 372
1742	372, 373
1743	102, 372
1744	158, 372
1745	372
1746	372
1747	372
1748	25, 372
1749	372
1750	372
1751	372
1752	372
1753	313, 372
1754	372
1755	372
1756	372
1757	29
1758	192
1766	25
1767	137
1857	97
1868	375
1871	328, 375
1874	375
1875	375
1887	376
1887, inciso 5º	376
1888, inciso 2º	104
1889, inciso 2º	376
2048	25
2057	279
2141	354
2149	246
2341	132, 134
2342	278
2347	134
2350	132
2356	132, 134
2357	132
2422	209
2423	209
2442	212
2448	209
2473	184
2476	372
2477	372
2478	372
2488	163
2518	301
2521	290
2528	27, 301
2529	27, 301
2531	291, 300
2532	300
2637	161
2674	161

Artículos	Números
CODIGO PENAL	
—	233
14	147
19	87
20	87
37	276
168	307, 308
171	233, 308
172	308
180	232, 233
184	233
231, numeral 1º	192, 195
231, numeral 1º	195
232	192
232, inciso 1º	192
240	194
241	194
244	193
298	233
302, numeral 9º	195
372	233
373	233
374	233
375	233
376	233
377	233
378	233
379	233
402	233
406	233
408	188
411	188
CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO	
—	131, 244
1º	116
13	108
18	116
20	116
21	108
23	110, 115
25	116
32	109, 112
34	304, 305
35	305
35. ords. 2º y 3º	304
48	221, 297, 298
51	113, 114
51, ordinal 2º	110
52	114
53	114
58	117
59	99
60	117
61	110, 114, 116, 219, 231
61, ordinal d)	110
61, ordinal e)	114
61, ordinal f)	110
62	114
62, ordinal 8º	117
63	114, 298
64	116, 244, 245
65	29, 221, 223, 224, 226, 227, 305
67	110
68	110
74	336
74, numeral 2º	338
143	336, 338
227	7, 168
256	95
277	7, 168
469	122
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
—	100
34	126
34, numeral 10	121
62	121, 126
67	121, 126
68	368
83	126
85	126
189	121, 126
190	121, 126
263	368
CODIGO DE COMERCIO MARITIMO	
—	2, 258
31	2
326	2, 132
350	2
351	2
356	2
357	2
358	2
359	2
CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE	
—	2, 25, 116, 333

Artículos	Números
182	98
248	98, 333
469	25
470	25
472	25
476	25
477	25
CODIGO DE MINAS	
281	355
CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL	
5º	192
6º	192
CODIGO DE PETROLEOS	
36, inciso a)	365
5º	288
36	288
CODIGO JUDICIAL	
—	17, 144, 155, 213
37, numeral 1º	16
63	157
76, numeral 1º	16
84	349
109, numeral 1º	100
209	37
240	206
241	206
242	206
317	106, 157
327	161
395	22
397	15
402	15
403	15, 199
419	35
427	281
435-nums. 2º, 14, 15	215
438, inciso 1º	216
442	320
445	316
448	88
448, num.2º	37
457	196
458	127
466, num. 2º	349
468	161
471	83
473	197
474	197
480	281
482	11, 125
483	125
494	21, 321
520	48, 71
520, causal 1ª	43, 72, 73
520, causal 2ª	76, 77
520, causal 6ª	37, 58, 88
520, causal 7ª	89
530	46
537	37
550	349
553	349
597	15, 22
607	157
632	14, 92, 192
635	278
637	157
645	106, 157
663	41
664	41
665	41
666	41
667	41
676	262
678	139, 262
678, inciso 1º	92
696	261
719	155
720	155
877	144
878	144
879	144
880	144
881	144
882	144
883	144
884	144
885	144
886	144
887	144
888	144
889	144
890	144
891	144
892	144
999	262
1000	262
1001	106

Artículos	Números
1228	16, 213
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
7º	320
10	340
57	101
72	320
73, ord. 4º	30
73, ords. 8º 9º, 10º y 11º	320
74	320
76, inc. 2º	319
77	317, 320
152	271
153	93
198, inc. 1º	19, 254
198, inc. 3º	264
198, inc. 8º	267
202	271
251	192
255	299
308	271
482	377
494	377
498	129
511	377
530	377
537	377
567	54
567, causal 1ª	74
567, causal 3ª	86
567, causal 4ª	54
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO	
50	128
61	29, 64, 182, 363
87	175
145	155
154	213
L E Y E S	
Ley 10 de 1873	
—	2
Ley 35 de 1875	
2	2, 258
Ley 57 de 1887	
—	2
5	116, 233
5, num. 1º	174
22	192
Ley 153 de 1887	
4	171, 233
5	171, 233
8	25; 149
12	94
40	16, 213, 235, 241
52	236
70	199
73	199
89	310
91	137, 311
92	137
93	137
Ley 95 de 1890	
1º	132
5º	197
6º	197
Ley 18 de 1907	
—	258
24	2
Ley 30 de 1915	
—	236
Ley 38 de 1918	
—	100
Ley 46 de 1923	
—	238
Ley 120 de 1928	
4º	35
7º	35
8º	35
9º	35

Artículos	Números
Ley 31 de 1925	
—	204
7º	204
Ley 67 de 1930	
—	243
67	204
70	204
71	204
73	204
Ley 94 de 1931	
—	204
Ley 28 de 1932	
3º	210
Ley 45 de 1936	
—	198
1º	198
4º	197, 273, 332
4º, ord. 4	273
7º	197, 199
12º	206, 253
14º	206
Ley 50 de 1936	
—	300
2º	102, 348, 373
Ley 63 de 1936	
60	156
85	156
Ley 149 de 1936	
4º	338
Ley 200 de 1936	
12	290, 292, 293
Ley 92 de 1938	
—	14, 192, 260
1º	192
18	13
19	14
Ley 165 de 1938	
—	166
Ley 85 de 1939	
3º	190
(Ley 167 de 1941	
(Véase Código Contencioso Administrativo)	
Ley 48 de 1942	
1º	96
Ley 4ª de 1943	
27	377
28	129
29	129
Ley 6ª de 1945	
13, parágrafo 3º	94
Ley 69 de 1945	
—	33
8	254
9	254
DECRETOS	
Decreto Nº 59 de 1938	
46	292
47	292
Decreto Nº 1003 de 1939	
—	40, 260
27	260
Decreto Nº 2645 de 1943	
—	196
2	196

Artículos	Números
Decreto Nº 2127 de 1945	
2º	338
19	338
Decreto Nº 3424 de 1946	
—	94
Decreto Nº 530 de 1947	
—	94
6º	94
Decreto Nº 4225 de 1948	
6º, numeral 11	231
Decreto Legislativo Nº 4120 de 1949	
11	121
Decreto Nº 3345 de 1950	
—	316, 318
Decreto Extraordinario Nº 3666 de 1950	
—	339, 345
1º	342
2º	340, 342
3º	339
10º	342
Decreto Extraordinario Nº 1231 de 1951	
—	254
3º	315
Decreto Nº 2417-bis de 1952	
—	251
Decreto Nº 0212 de 1953	
—	251
Decreto Nº 832 de 1953	
32, letra d)	154
Decreto Nº 700 de 1954	
—	16
Decreto Nº 1154 de 1954	
—	254

Artículos	Números
Decreto Nº 1823 de 1954	
—	19
1º	20, 143
Decreto Nº 2062 de 1954	
—	19
1º	19
Decreto Nº 3129 de 1954	
1º	196
2º	196
5º	196
Decreto Nº 3739 de 1954	
—	196
1º	196
Decreto Nº 0893 de 1955	
—	213, 251
3º	251
Decreto Legislativo Nº 893 de 1955	
5º	213
Decreto Nº 0186 de 1956	
—	213, 251
Decreto Legislativo Nº 3050 de 1956	
—	288
Decreto Nº 271 de 1957	
50	315
Decreto Nº 0291 de 1957	
48	213
50	213
Decreto Legislativo Nº 0188 de 1958	
—	16
4º parágrafo 2º	16

INDICE ALFABETICO

Págs.

— A —

Acosta Rodríguez Carlos Constantino.—Casación por el delito de falsedad en documentos 277

Agudelo T. Rafael contra Juvenal. Zapata.—Ordinario sobre resolución de un contrato privado 51

Albarracín Lucio y otros.—Se les concede el beneficio de amnistía por el delito de homicidio 786

Aljure José (como representante de Amelia Aljure de Faour) contra Wadi Faour.— Ordinario sobre cobro de pensiones de alimentos 114

"Almacén Tía, S. A." contra "Leonidas Lara e Hijos". — Ordinario sobre indemnización de perjuicios.—No se reforma el auto por medio del cual se fijó el monto de las agencias en derecho 533

Alvarez Alberto contra Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico, Ltda. — Ordinario laboral 859

Alvarez v. de Alvarez María (como madre de sus menores hijos Fernando Alvarez y otros) contra Roberto Saldarriaga y otros. Ordinario reivindicatorio 657

Alvarez Melitón contra Luis Jaramillo Peláez.—Ordinario sobre pago de mejoras y de usufructos de las mismas..... 108

Amaya Gregorio contra José María Sánchez. Recurso de hecho.—Ordinario laboral..... 921

Angel Luis y Tulio Enrique Pérez contra Sucesión de Primitivo González. — Ordinario de filiación natural 33

Arango de Gil Emilia contra Sucesión de Imesio Posada Restrepo.—Filiación natural 682

Págs.

Arango Cossio Joaquín y otros.—Se confirma la providencia por medio de la cual se les concedió el beneficio de amnistía por los delitos de asociación para delinquir, rebelión, robo, incendio, homicidio, etc..... 762

Arbeláez Montes Adalberto, Edelberto o Alberto.—Casación por homicidio, etc..... 797

Arenas Sandoval Víctor, Gonzalo Rodríguez Suárez y Miguel de J. Niño Leal (Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja).—Por cuanto no cometieron las infracciones materia de la denuncia (falsedad, prevaricato y abuso de autoridad), se ordena la cesación del procedimiento adelantado contra aquellos..... 292

Argüelles Julio F. contra Arquimedes Ramírez.—Ordinario sobre dominio 627

Arias Juan y otros.—Casación por los delitos de asociación para delinquir y robo..... 789

Aristizábal Carlos F. contra Esteban Gómez Meza y otro. — Ordinario sobre aumento proporcional del precio por razón de la mayor cabida del inmueble vendido..... 72

Aristizábal Rafael contra Sucesión de Antonio María Aristizábal.—Ordinario sobre exclusión de unas mejoras de una sucesión.... 672

Arrázola de la Espriella Miguel contra Sociedad de Transportes "Transguavio, Limitada". — Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por un accidente de tránsito 106

Asendra Luis R. contra Pablo García Franco. Ordinario sobre prescripción adquisitiva del dominio 195

— B —

Banco de los Andes contra Municipio de Bogotá.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 941

Págs.

Barbosa Ramírez Abel contra Aura Ospina de Barbosa.—Ordinario sobre dominio.... 148

"Barlovento, Ltda." de Cartagena contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 430

Bermúñez Cañizares Carlos, Rafael Gómez Bernier y Pablo Mercado Serna.—Por prescripción de la acción, se ordena cesar el procedimiento adelantado contra aquellos, por el delito de abuso de autoridad..... 264

Bermúdez Cañizares Carlos y otros. — No se repone la providencia proferida el 29 de abril de 1958, en el proceso adelantado contra aquellos, por el delito de abuso de autoridad 265

Bertel Juan de Dios contra María Isabel Hernández. — Ordinario sobre nulidad de una legitimación 141

Bovea Martínez Carlos Arturo y otro contra Sucesión de Abimael Bovea R. — Filiación natural 81

Busto Victoria (como madre natural del menor Jaime Bustos) contra la sucesión de José Louzau R.—Filiación natural..... 543

— C —

Candia Díaz Misael.—Casación por homicidio 270

Cárdenas Leguizamón María Victoria y otros contra Pedro Pablo Gaitán Vergara.—Filiación natural 260

Cardoza Ortiz Alfonso (Magistrado del Tribunal Superior de Cali).—Se resuelve que no es el caso de abrir investigación contra aquel funcionario, por los hechos denunciados 747

Carmona Félix contra Leticia Vivas de Echeverry.—Ordinario reivindicatorio 222

Carmona Sánchez Santiago contra Cooperativa de Habitaciones Obreras Económicas del Barrio de la Providencia, Ltda. de Pereira.—Ordinario sobre nulidad de una escritura 244

Casas Abadie Alfonso contra Banco Comercial Antioqueño, S. A.—Ordinario laboral. 867

Págs.

Casas Edilsa (como madre natural de su menor hijo Juan Sarabia Casas) contra Juan Sarabia H.—Filiación natural 165

Castro David (en su carácter de cónyuge sobreviviente de Ernestina Cogollo de Castro) contra Ana Josefa Girón de Cogollo y otras.—Ordinario reivindicatorio..... 29

Ceballos Martínez Elvia (como madre natural de sus menores hijos Luis Alfonso Villarraga y otros) contra la sucesión de Alfonso Villarraga Bonilla.—Filiación natural 517

Cerquera Matías contra Mario Silva y otro. Ordinario sobre validez y vigencia de una escritura de constitución de una Sociedad y otras peticiones 604

"Cía. Empresaria del Camino del Carare" contra la Nación y otra.—Ordinario sobre nulidad de unas Resoluciones Administrativas y otras peticiones. — No se acepta el impedimento manifestado por el Magistrado Ponente de este negocio, y se ordena que éste vuelva nuevamente a su Sala.... 376

"Cía. Empresaria del Camino del Carare, S. A." contra la Nación y otras. — Ordinario sobre nulidad de un contrato, pago de daños y perjuicios y otras peticiones.—Se declaran no probadas las excepciones dilatorias propuestas 378

"Cía. Empresaria del Camino del Carare, S. A." contra la Nación y otras. — Ordinario sobre nulidad de un contrato, pago de daños y perjuicios y otras peticiones.—No se accede a revocar la providencia por medio de la cual se declararon no probadas las excepciones dilatorias propuestas 385

"Compañía Ganadera del Cusiana, Ltda." contra todos los comuneros inciertos de la Comunidad denominada "Huerta Vieja".—Acción de pertenencia 62

Compañía Suramericana de Seguros, S. A. contra la Nación. — Responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera 951

Cortés Alonso contra Gilberto Giraldo Villegas.—Ordinario laboral 329

Págs.

Corzo v. de Duarte Trinidad contra Colombian Petrolem Company.—Ordinario laboral 887

— CH —

Chaparro Campo Elías contra "Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A. y otra. — Ordinario Laboral 923

Charry Félix María y otros. — Casación por homicidio, robo y encubrimiento..... 805

Chauta Jorge A. contra "Carboneras San Francisco-Muñoz y Aldana, Ltda."—Ordinario laboral 896

Chunganá José Lisandro contra Mariano Chingal y otra.—Filiación natural..... 598

— D —

Decreto 1.241 de 1944 (Por el cual se dictan medidas tendientes a la exacta recaudación de las Rentas Públicas). — La Corte lo declara exequible 493

Decreto Legislativo 2.597 de 1950.—Se declara inexequible el artículo 9º del mencionado Decreto, en cuanto por él se suspende la primera parte del artículo 279 de la Ley 35 de 1929 502

Decreto Legislativo 279 de 1953 (Por el cual se reglamenta el ejercicio de la Medicina y de la Odontología).—La Corte lo declara inexequible 483

Decreto Legislativo 0279 de 1953 (Por el cual se reglamenta el ejercicio de la Medicina y de la Odontología.—Respecto de la demanda de inexequibilidad formulada contra los artículos 1º, 2º, 12º, 13º y 18º del mencionado Decreto, la Corte ordena estarse a lo resuelto por la Sala Plena en fallo de 5 de agosto de 1958, que declaró inexequible la totalidad del aludido Decreto 487

Decretos Ejecutivos números 2.392 de 1957, 0012 y 0119 de 1958.—Se inhibe la Corte de conocer de la demanda de nulidad formulada contra aquellos por carecer de competencia 9

Decretos Ejecutivos números 2.392 de 1957, 0012 y 0119 de 1958.—Se abstiene la Corte de conocer de la demanda de nulidad instaurada contra dichos Decretos..... 13

Decretos Ejecutivos números 2.392 de 1957, 0012 y 0119 de 1958.—Se ratifica la doctrina referente a que la Corte carece de competencia para conocer de la demanda de nulidad promovida contra aquellos 16

Delegados de la Corte Suprema de Justicia a la Corte Electoral..... 477

Díaz Zapata Manuel Antonio.—Casación por estafa 708

Durán Gómez Carmen contra "Naviera Colombiana". — Ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales ocasionados por un accidente de navegación fluvial.... 547

Durán Gómez Carmen contra "Naviera Colombiana". — No se aclara la sentencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 555

— E —

Enríquez Oviedo Julio C. contra Euclides Burbano y otro. — Ordinario sobre restitución de un inmueble..... 26

Escobar Higuera v. de López Rosalía y otro contra Aristipo Lince T. — Ordinario sobre dominio 123

— F —

Fernández Luciano contra Abraham Szpiegiel. — Ordinario sobre incumplimiento de un contrato de permuta..... 186

Forero de Saavedra Claudina y otro contra Serviliano Garcés.—Ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta.. 508

— G —

García Mendoza Froilán y otro. — Casación por homicidio y lesiones..... 742

Garzón Caicedo Ezequiel contra "Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. (Avianca). Ordinario laboral 316

Págs.

Giraldo o Puérta Israel y otros contra Isabel Márquez de Giraldo y otros.—Filiación natural 151

Gómez Gutiérrez Carmen y otras contra Marcelina Sánchez Reyes y otro.—Ordinario sobre reforma de testamento..... 205

Grajales Rosa Emilia contra Jaime Arango A. Ordinario sobre oposición a un deslinde... 126

Granada v. de Guzmán Benilda contra Antonio Cifuentes.—Ordinario reivindicatorio. 181

Guerra Ramos Jesús.—Casación por homicidio 737

Gutiérrez M. Cecilio contra Marcelino Romero y otros.—Ordinario reivindicatorio..... 595

Gutiérez Jesús V. contra Instituto Colombiano de Seguros Sociales—Ordinario laboral. 334

Guzmán Vanegas Alfonso y otros contra la Nación.—Ordinario sobre pago del valor de trabajos adicionales verificados en relación con una obra pública 932

— H —

Henao Luis Norberto y otro contra José J. Acevedo y otro.—Ordinario reivindicatorio. 67

Hernández A. Eliécer contra Manuel Muñoz Pinto.—Ordinario sobre rescisión por lesión enorme 160

Hernández Juan Crisóstomo contra Colombian Petroleum Company y otro.—Ordinario laboral 345

Hernández More Zenón.—Cesación del procedimiento adelantado contra aquel por los posibles delitos de prevaricato y falsedad en documentos, en razón del tiempo transcurrido (prescripción) 735

Hurtado Manuel José (ex-Juez Segundo Superior).—Se resuelve que no ha lugar a declarar la nulidad alegada en el proceso que se venía adelantando contra aquel, por ejercicio ilegal de la abogacía..... 783

Págs.

— I —

Inversiones Montes, Limitada contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 946

Iragorri Díez Benjamín (Magistrado de la Corte).—En Resolución aprobada en sesión de Sala Plena, se le concede licencia para separarse del cargo de Magistrado..... 477

Iragorri Díez Benjamín (Magistrado de la Corte).—Proposición aprobada en Sala Plena, relacionada con su retiro temporal de la Corte 478

Isaza Cadavid Hernán contra Sociedad Comercial "Tejidos Intertex, S. A."—Ordinario laboral 297

Isaza Luis Guillermo. — Se revoca el auto proferido por el Tribunal Superior Militar, y en su lugar dispone que por conducto de dicha entidad o de quien corresponda, se adelante y concluya el sumario en averiguación del delito de hurto en que aquel haya podido incurrir 752

— J —

Jaramillo Uribe Delio.—Casación por abuso de confianza 258

Jaramillo Z. José.—Injuria y calumnia..... 506

Jiménez Rodríguez Anatolio contra "Acerías Paz del Río, S. A."—Ordinario laboral.... 901

Jiménez Joselín contra Fabriciano Sánchez N. Ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta..... 556

Jiménez G. Pedro Luis contra Antonio José Ramírez Giraldo—.Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa..... 130

— L —

Lara Nieto Alberto contra "Industria Arrocera Costeña". — Ordinario sobre indemnización de perjuicios morales y materiales causados por imputación falsa de la comisión de un delito de hurto..... 135

Págs.

Leal S. Víctor Manuel contra Tito Libio Morelli M. —Ordinario sobre entrega de una mercancía o su precio y pago de perjuicios por incumplimiento de un contrato de mandato 641

Ley 43 de 1945, por la cual se establece el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria.—Se declara inexequible en su artículo 7º, en cuanto dice que "para ser Rector o Vicerrector de Institutos Oficiales, se requerirá pertenecer a la primera categoría del Escalafón) 18

Losada de Valderrama Graciela y otros contra Aristides Méndez y otros. — Ordinario sobre simulación de un contrato de renta vitalicia 171

— M —

Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga.—Recurso de queja. — Como los hechos que se les imputaron, en sentir de la Corte, no constituyen siquiera falta disciplinaria, no se ordena investigación alguna contra aquellos 480

Magistrados del Tribunal Superior de Tunja. La Sala resuelve que no tiene jurisdicción para conocer del asunto adelantado ante el Tribunal Superior aludido, relacionado con un recurso de queja formulado contra aquellos 774

Maldonado Elvira y otros contra Tomás Penagos.—Ordinario sobre disolución de una sociedad para la explotación de carbón..... 22

Mantilla José María (Sucesión) contra Luis F. Roa.—Ordinario sobre nulidad de un remate 110

Molano Rincón Samuel.—Casación por homicidio y lesiones personales..... 765

Monsalve Duque Ricardo.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor por el delito de peculado..... 758

Montero Torres Simón y Julio Pardo Dávila. En sesión de Sala Plena y por medio de Acuerdo, se les designa Magistrados de la Corte, en interinidad 479

Págs.

Mora Baquero Luis contra María Isabel Riaño y otros.—Ordinario sobre simulación... 526

Morales M. Luis contra Juan de la C. Guerra Galindo.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por incumplimiento de un contrato sobre construcción de un edificio 35

Moreno Vega Gabriel.—Cambio de radicación 267

Municipio de Flandes contra Departamento del Tolima.—Se confirma la denegación del mandamiento de pago que por la vía ejecutiva solicitó el primero contra el segundo. 935

Muñoz César Ernesto.—Cesación del procedimiento adelantado contra aquel por intervención en debates de carácter político... 775

Muñoz Nicolás contra Florentino Castro A. y otros.—Ordinario reivindicatorio 520

— N —

Nacaza Lucio.—Casación por estupro..... 722

Noguera Peregrino contra Eudoxia Ramos.—Ordinario reivindicatorio 581

Núñez Justo R. — Recurso de hecho.—No se reponen los autos de 30 de enero y 11 de marzo de 1958, dictados en el mismo..... 273

— O —

Obispo Diócesis de Tunja contra Virgilio Sánchez.—Recurso de revisión.—No se admite la demanda formulada para que se revise el fallo proferido en el ordinario sobre nulidad de un contrato, que se adelantó entre aquellos 178

Obispo Diócesis de Tunja contra Virgilio Sánchez.—Se revoca el auto que denegó la admisión de la demanda formulada para que se revise el fallo entre aquellos y se dispone que por la Secretaría se pida el proceso al lugar donde se halle, y una vez recibido se dicte por el Magistrado Ponente la providencia sobre admisión o inadmisión de la demanda 179

Ocampo Luis F. contra Antonio Gallego.—Ordinario sobre propiedad de un inmueble 57

Págs.

Ochoa G. Benicio contra Benicio Ochoa y otros.—Ordinario sobre nulidad de un contrato de venta 255

Olano Carlos Alberto (Magistrado del Tribunal Superior de Cali) y otro. — Sanciones disciplinarias.—Se le suspende del cargo de Magistrado por el término de quince días, y se ordena la investigación de los posibles delitos de cohecho y encubrimiento en que pudieron incurrir el doctor Carlos Luna Tello y aquel 4

Olmedo Quintero Luis.—Se confirma el fallo proferido en el proceso que se le adelantó por faltas contra la moral profesional.... 795

Olmos José contra Colombian Petroleum Company y otro.—Ordinario laboral..... 834

Orejuela Oscar Alfredo contra "Acerías Paz del Río, S. A."—Recurso de hecho.—Ordinario laboral 832

Orozco Casallas Susana (como madre natural de sus menores hijos Francisco de Paula Vela Orozco y otros) contra Rosa Elena Aldana v. de Vela y otra.—Filiación natural 168

Ortega V. Alfredo contra la sociedad denominada "Cine Colombia, S. A." — Ordinario laboral 823

Ortega Hortensia v. de, y otros contra Francisco Guillermo.—Ordinario sobre cobro de frutos y perjuicios causados por la retención indebida de unos inmuebles..... 250

Osorio de Zuluaga Hermelinda contra Mario Avila Hurtado y otros.—Ordinario reivindicatorio 534

Ospina v. de Aya Natividad y otras contra Rafael Ospina D.—Ordinario sobre oposición a un deslinde..... 96

Otálora Ramos Carlos y otros.—Se confirma la amnistía concedida a aquellos, en el proceso adelantado por los delitos de asociación para delinquir, incendio y robo..... 784

— P —

Pachano Catalino contra Compañía Frutera de Sevilla.—Ordinario laboral 332

Padilla Adolfo y otros.—Se confirma la providencia por medio de la cual se les concedió el beneficio de amnistía, por los delitos de homicidio, incendio y otras infracciones 764

Palacio Francisco Luis contra Alfonso Vélez Montoya.—Ordinario laboral 879

Pineda Sosa John contra Bulldozer, Ltda. domiciliada en Medellín.—Ordinario laboral. 815

Pino Ríos Jesús Emilio contra Arturo Henao López.Ordinario sobre nulidad de un contrato de permuta 666

Pinzón Trejos Próspero. — Colisión de competencias 800

Polo de Seni Ana María.—Se declara infundada la recusación propuesta contra un Magistrado de Tribunal Superior, dentro del proceso que se adelanta a aquella por el delito de bigamia 749

Pulido Salvador y otros contra Sucesión de Salvador Isaza.—Ordinario laboral 363

— Q —

Quintero Rodríguez Jairo contra Tejidos Leticia Ltda.—Ordinario laboral 926

Quintero Zoilo contra "Texas Petroleum Company".—Ordinario laboral 907

— R —

Ramírez J. de Jesús contra Luis Hipólito Alvarez y otros.—Ordinario sobre entrega de dos predios y pago de los frutos que hayan producido 211

Ramírez Raquel (como madre natural del menor Héctor Favio Ramírez) contra Faustina Lerma v. de Pérez y otra (como representantes de la sucesión de Luis Angel Pérez).—Filiación natural 89

Restrepo Joaquín contra Municipio de Medellín.—Ordinario sobre pago de indemnizaciones por ocupación permanente de propiedad privada inmueble, con ocasión de trabajos públicos 695

Págs.

Reyes de Montoya Sixta Tulia contra Belisario Mogollón y otro.—Ordinario reivindicatorio 199

Ribeiro Bernardo Francisco. — Se deniega la extradición solicitada por el Embajador de los Estados Unidos del Brasil..... 720

Ríos Miguel Angel y otro contra José Montoya Duque. — Ordinario sobre nulidad de una venta por lesión enorme..... 559

Roa Enrique (Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla.— Sanciones disciplinarias 496

Rojas Cipriano contra Arcelio Espitia y otros. Ordinario sobre propiedad de un lote de terreno 41

Roldán Villa Lázaro contra Sociedad "Superior de Colombia, Limitada"—Ordinario laboral 305

Romano Armesto Carlos contra la Nación.— Ordinario sobre domicilio del subsuelo petrolífero 457

Rosero v. de Dulce Cecilia contra Departamento de Nariño.—Perturbación..... 947

Rosero Heriberto contra Miguel A. Rosero y otra.—Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa 703

Rueda Tomás (Sucesión) contra Irene Montejo de González y otra.—Ordinario reivindicatorio 576

— S —

Salas de Mariño Natividad y otros contra "Clínica de Marly".—Ordinarios acumulados sobre indemnización de perjuicios ocasionados por quemaduras producidas por la aplicación de bolsas de agua caliente..... 650

Salazar Acosta Alberto contra "Cervecerías de Buga, S. A."—Ordinario laboral..... 914

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo C. Posada, en el fallo proferido el 12 de agosto de 1958, en el ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales causados por la muerte violenta de una persona, adelantado por Beatriz Serpa v. de Muñoz y otros contra la sucesión de David Vega Luna, visible al folio 608..... 611

Salvamento de voto del Conjuez doctor José J. Gómez R. en el fallo proferido el 28 de agosto de 1958, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Emilia Arango de Gil contra la sucesión de Himesio Posada Restrepo, visible al folio 682..... 690

Sánchez de Sánchez Elvira contra José Acevedo Camacho—Ordiario sobre lesión enorme 85

Sarmiento Mantilla José.—Para que se lleve a los autos la prueba que se echa de menos en la parte motiva del fallo se revoca la sentencia absolutoria proferida en su favor, en el proceso que se le adelanta por faltas contra la ética profesional..... 761

Serpa v. de Muñoz Beatriz y otros contra Sucesión de David Vega Luna.—Ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales causados por la muerte violenta de una persona 608

Solarte v. de Castro María y otros contra Ramón María Delgado y otros. — Ordinario reivindicatorio 660

Sorzano de Quin Carmen y otros contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 437

Soto Joaquín contra Ignacio Giraldo López.— Ordinario laboral sobre reconocimiento y pago de mejoras. — Se inhibe la Corte de conocer del recurso de homologación interpuesto contra el fallo, proferido por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio 917

Soto Luis contra Celmira Alzate Gutiérrez.— Ordinario sobre disolución y consiguiente liquidación de una sociedad de ganado.... 623

Soto Olarte Jorge.—Se confirra la sentencia absolutoria proferida en el proceso que se le adelantó por faltas contra la ética profesional 754

— T —

Teleche Rendón Lya contra "Emilio Peláez y Cía. Ltda."—Recurso de hecho.—Ordinario laboral 912

Págs.

"Tia S. A." contra Leonidas Lara e Hijos".— Ordinario sobre indemnización de perjuicios sufridos por el incumplimiento de un contrato de compraventa de jabones..... 46

Torres Alvaro contra Compañía Distribuidora Industrial Ltda.—Ordinario laboral 326

Torres Cabrera Joaquín contra Jorge Hernández y otro.—Ordinario sobre restitución de un lote de terreno 565

Torres María (como madre natural de sus menores hijos María Rosaura Benítez Torres y otras) contra Sucesión de José Abel Benítez.—Filiación natural 118

— U —

Ulloque Meneses José contra Carmen Higgings.-Recurso de hecho.—Ordinario laboral 846

Uribe Vélez Gabriel y otra contra Municipio de Medellín.—Ordinario sobre pago de perjuicios causados por culpa extracontractual 614

— V —

Vargas Carlos J. contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. 398

Vargas Francisco de P. contra Sara Isaacs Sierra (como madre natural de los menores Carol Barbosa Isaacs y otro). — Ordinario sobre pago de honorarios profesionales.... 571

Vargas Gonzalo contra Pedro Luis Suárez. — Ordinario laboral 849

Vargas Espinosa Pedro Pablo y otro contra Eusebio H. García y otros.—Ordinario sobre nulidad de unos contratos de compraventa 589

Vélez v. de Vélez Berta contra Juan A. Restrepo y otro.—Ordinario reivindicatorio.... 513

Vélez Juan N. contra Consejo Administrativo de los FF. Nacionales.—Incidente de liquidación de prestaciones para el cumplimiento de la sentencia proferida en el mismo.— Se deniega su admisión 420

Vergel Cabrales Alfredo.—Se revoca la providencia por medio de la cual se declaró que de la denuncia presentada contra aquel no se desprende cargo alguno contra la ética en el ejercicio profesional..... 802

Villa Santa María María J. contra Juan Esteban Puerta.—Ordinario reivindicatorio.. 567

Visita del señor Ministro de Relaciones Exteriores del Brasil y la Corte Suprema de Justicia 3

— Y —

Yarce Macías Luis contra Jesús Mesa Díez.— Ordinario sobre dominio 191

Yemail G. Antonio contra Departamento de Bolívar.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por el amparo administrativo de una marca de fábrica..... 390

— Z —

Zúñiga Juan de Jesús contra Luis Nereo Correa y Julia Zúñiga de Correa.—Ordinario reivindicatorio 64

ERRATAS ADVERTIDAS

Página 184, columna 1ª, renglón 17, dice "si no", en vez de **sino.**

Página 184, columna 1ª, renglón 45, dice "si no", en vez de **sino.**

Página 940, columna 2ª, antepenúltimo renglón, dice "Manuel de Sola Roncallo", en vez de **Samuel de Sola Roncallo.**