REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMOS CIII – CIV

BOGOTA, D. E. – IMPRENTA NACIONAL – 1972

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

SALA PLENA

Doctor GUSTAVO RENDON GAVIRIA, **Presidente.**
Doctor RAMIRO ARAUJO GRAU, **Vicepresidente.**
Doctor **Ricardo Ramírez L.**, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA, **Presidente.**
Doctor **Ricardo Ramírez L.**, Secretario.

Magistrados: Doctores **Enrique Coral Velasco.**
Gustavo Fajardo Pinzón.
José J. Gómez R.
José Hernández Arbeláez.
Enrique López de la Pava.
Arturo C. Posada.

SALA DE CASACION PENAL

Doctor JULIO RONCALLO ACOSTA, **Presidente.**
Doctor **Pioquinto León L.**, Secretario.

Magistrados: Doctores **Humberto Barrera Domínguez.**
Samuel Barrientos Restrepo.
Simón Montero Torres.
Gustavo Rendón Gaviria.
Julio Roncallo Acosta.
Primitivo Vergara Crespo.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor LUIS ALBERTO BRAVO, **Presidente.**
Doctor **Vicente Mejía Osorio**, Secretario.

Magistrados: Doctores **Luis Alberto Bravo.**
Alejandro Córdoba Medina.
Roberto de Zubiría C.
Luis Fernando Paredes.
Alvaro Díaz-Granados.
José Joaquín Rodríguez.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Doctor CARLOS PELAEZ TRUJILLO, **Presidente.**
Doctor **Jorge García M.**, Secretario.

Magistrados: Doctores **Ramiro Araújo Grau.**
Efrén Osejo Peña.
Carlos Peláez Trujillo.
Luis Carlos Zambrano.

R E L A T O R I A

Doctor **Luis Ignacio Segura A.**, Relator.

Relatores Judiciales Auxiliares:

Doctores **Carlos M. Gutiérrez E. y Diego E. Cristancho M.**

Julio a Diciembre de 1963.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR CIVIL: Dr. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR PENAL: Dr. JAIME BERNAL CUELLAR
RELATOR LABORAL: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR CONSTITUCIONAL: Dr. LUIS F. SERRANO A.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMOS CIII - CIV — Bogotá - Colombia Julio a Diciembre de 1963 — Números 2268 y 2269

SALA PLENA

Relator: Doctor Luis Ignacio Segura A.

MOCION DE DUELO

"La Corte Suprema de Justicia, en Salá Plena, deplora el fallecimiento de la señora María Alfonso viuda de Poveda, matrona de ejemplares virtudes y madre del distinguido Conjuez de esta corporación, doctor Rafael Poveda Alfonso. Con ocasión de su duelo le hace presente su sentimiento de sincera y cordial simpatía.

"Transcríbase en nota de estilo al doctor Rafael Poveda Alfonso, a su señora y familia, e insértese en la **Gaceta Judicial**".

(Aprobada en sesión de Sala Plena de fecha 11 de julio de 1963).

EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 5º DE LA LEY 1ª DE 1961, QUE AUTORIZA EL FUNCIONAMIENTO DE LA LOTERIA EXTRAORDINARIA DE PEREIRA. PRIVILEGIOS, GRACIAS Y BENEFICIOS. FOMENTO DE EMPRESAS DIGNAS DE ESTIMULO

1. No es contraria a la Constitución la norma legal acusada. — 2. Qué se entiende por privilegio. Privilegios constitucionales y privilegios inconstitucionales. Todo privilegio es una gracia, pero no toda gracia puede tenerse como privilegio. Es de la esencia del privilegio constituír una gracia o beneficio exclusivo. No serán privilegios las gracias o beneficios si no operan en forma exclusiva. La Constitución consagra por vía de fomento dos medidas distintas, la concesión de privilegios para los inventos útiles y para las vías de comunicación, de un lado; y, de otro, el otorgamiento de gracias, prerrogativas o auxilios por vía directa o indirecta para las empresas útiles y benéficas; [artículos 31 (inciso 3) y 76 (numeral 20) de la Constitución Nacional].

1. Se pide a la Corte que declare inexequible el artículo 5º de la Ley 1ª de 1961, "por cuanto implica un privilegio en favor de un Municipio de la República, excluyendo a todos los demás distritos que podrían ser depositarios del derecho reconocido en el citado precepto".

La disposición acusada establece:

(Ley 1ª de 1961). "Artículo 5º Una vez expirado el término para los sorteos extraordinarios que la 'Lotería del Centenario de Pereira' pueda efectuar según la Ley 142 de 1959, tal Lotería seguirá funcionando bajo la administración de la Junta Municipal de Beneficencia de Pereira, con el fin de verificar un sorteo anual extraordinario, cuyos productos líquidos serán destinados a las obras y actividades de asistencia social a su cargo. Por tanto, la citada Junta de Beneficencia puede reglamentar los sorteos anuales, con sujeción a todas las leyes y decretos vigentes sobre la materia. Los premios de tal Lotería, y a partir de 1961, quedan amparados por lo dispuesto en el artículo 2º de la presente Ley, pero la retención se hará para la Junta Municipal de Beneficencia de Pereira y con destino a las instituciones asistenciales a su cargo".

Considera el demandante que el artículo 5º de la Ley 1ª de 1961, que se acaba de copiar, viola el contenido del artículo 31 de la Constitución Nacional, en su inciso 3º, que dice: "Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación".

Consideraciones de la Corte:

. . . . . .

En el caso de la Lotería Centenario de Pereira, el legislador ha otorgado una facultad o un permiso a la Junta Municipal de Beneficencia de esa ciudad, para que, anualmente, verifique un sorteo, cuyos productos se destinen a fines de asistencia social.

No quiere ello decir que el mismo legislador quede impedido para otorgar a otro u otros Municipios el mismo derecho o la misma facultad. Podría hacerlo. Y el distrito de Pereira no tendría reclamación contra tal disposición, aunque con ella se le perjudicase en sus intereses. Y no podría reclamar, porque la facultad que se le concedió no tiene el carácter de exclusividad. Así como se reconoció a los Departamentos el derecho a verificar sorteos por el sistema de las loterías, de la misma suerte podría otorgarse igual derecho a otra u otras entidades, por ejemplo a hospitales o a Municipios.

El inciso 3º del artículo 31 de la Constitución Nacional prohibe el otorgamiento de privilegios que no se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación. Pero el numeral 20 del artículo 76 de la Carta permite al legislador "fomentar

las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes". La Beneficencia de Pereira es "empresa útil y benéfica", que, desde luego, deberá someterse, en la reglamentación de los sorteos, "a todas las leyes y decretos vigentes sobre la materia", tal como lo ordena la misma disposición acusada. Y los productos o beneficios se invertirán en el sostenimiento de las instituciones asistenciales a su cargo. Con lo cual se está dando cumplimiento a lo mandado en la parte final del numeral 20 del artículo 76 citado.

Como indica el señor Procurador, "la Constitución, con la finalidad de propender por el desarrollo económico del país, consagra por vía de fomento dos medidas distintas: la concesión de privilegios para los inventos útiles y para las vías de comunicación, de un lado; y, de otro, el otorgamiento de gracias, prerrogativas o auxilios por vía directa o indirecta para las empresas útiles o benéficas".

No es, por tanto, contraria a la Constitución la norma legal acusada.

Resolución. Es exequible el artículo 5º de la Ley 1ª de 1961.

2. "El privilegio —ha expresado la Corte siguiendo la definición de la Academia— es gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuando o libertando a uno de una carga o gravamen, o concediéndole una exención de que no gozan otros; o también la disposición legal por la cual se otorga a una sola persona —física o moral— un derecho especial, distinto del que confiere la ley común y más o menos permanente".

Se ha dicho con mejor exactitud que existe privilegio cuando a una persona o entidad se da el derecho de aprovechar exclusivamente, por un tiempo determinado, una producción o un procedimiento industrial o científico, no conocidos o no usados antes. En este sentido, cuando se concede una patente de invención, se está otorgando un privilegio, pues la persona que la recibe adquiere el derecho de explotar el invento por tiempo determinado y con exclusión de cualquiera otra persona o entidad. De la misma suerte, cuando al constructor de una vía pública se da el derecho de explotarla exclusivamente, por un lapso determinado, se está concediendo un privilegio. Es decir, hay privilegio cuando el beneficio otorgado tiende a "desalojar a los demás del simple derecho de brindar su capacidad de trabajo".

Dos clases de privilegios se han señalado: los constitucionales, o sea aquellos que se refieren a "inventos útiles o a vías de comunicación". Y los inconstitucionales, que serían aquellos que se concedieran para otros fines, beneficios exclusivos en favor de persona determinada y por tiempo también determinado. De los primeros son los ejemplos antes vistos; de los segundos podría señalarse la concesión que se hiciera para la explotación de cualquier servicio público, con exclusión de toda otra persona o entidad, como dar a una persona natural o jurídica la facultad exclusiva de establecer mercados de víveres.

Todo privilegio es, como se ve, una gracia. Pero no toda gracia puede tenerse como privilegio. El legislador, con el ánimo de obtener ventajas para la comunidad, suele conceder a personas y entidades gracias o beneficios, que no serán privilegios, en sentido jurídico, por no operar en forma exclusiva, ya que el mismo legislador conserva la facultad de extenderlos, sin que a la persona primeramente beneficiada pueda considerársela ofendida o perjudicada por este motivo. Así a una empresa de beneficio común se puede eximir del pago de impuestos o gravámenes, pero no quiere decir ello que a otras empresas igualmente benéficas no se pueda otorgar igual estímulo o beneficio.

Con el privilegio se favorece a una persona —natural o jurídica— con exclusión de otra cualquiera; la gracia puede referirse a una persona o a muchas, pues no tiene la característica de exclusividad.

"Resalta de lo dicho que es de la esencia del privilegio constituír una gracia o beneficio exclusivo, que la administración posee y que tiene en sus manos otorgar. Viene a ser un atributo extraordinario o inherente a la existencia y a la misión del Estado, con miras predominantes al beneficio colectivo, y que el Poder Público puede ejercer directamente o por interpuesta persona, pero siempre en persecución del interés social y dentro de la órbita señalada por el derecho político de la Nación". (Gaceta Judicial, XLVI, 296).

El inciso 3º del artículo 31 de la Constitución Nacional prohibe el otorgamiento de privilegios que no se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación. Pero el numeral 20 del artículo 76 de la Carta permite al legislador "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

Como indica el señor Procurador, "la Constitución, con la finalidad de propender por el desarrollo económico del país, consagra por vía de fomento dos medidas distintas, la concesión de privilegios para los inventos útiles y para las vías de comunicación, de un lado, y, de otro, el

otorgamiento de gracias, prerrogativas o auxilios por vía directa o indirecta para las empresas útiles y benéficas. Si se pensara que todo estímulo que beneficie directamente a una entidad, es privilegio vedado por la Constitución, jamás podría tener aplicación el fomento de las empresas útiles a que alude el numeral 20 del artículo 76 de la Carta".

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, julio quince de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

El doctor Luis Carlos Pérez, "obrando en ejercicio de la acción pública que consagran los artículos 214 de la Constitución Nacional y 30 del Código Judicial", pide a la Corte que, previa audiencia del señor Procurador General de la Nación y siguiendo el procedimiento de la Ley 96 de 1936, declare que es inexequible el artículo 5º de la Ley 1ª de 1961, "por cuanto implica un privilegio en favor de un Municipio de la República, excluyendo a todos los demás distritos que podrían ser depositarios del derecho reconocido en el citado precepto", y que, en consecuencia, "queda sin efecto la autorización concedida para que el Municipio de Pereira siga verificando a perpetuidad sorteos anuales de la lotería que establece el citado artículo 5º de la Ley 1ª de 1961".

La norma acusada.

La disposición acusada establece:

(Ley 1ª de 1961). "Artículo 5º Una vez expirado el término para los sorteos extraordinarios que la 'Lotería del Centenario de Pereira' pueda efectuar, según la Ley 142 de 1959, tal Lotería seguirá funcionando bajo la administración de la Junta Municipal de Beneficencia de Pereira, con el fin de verificar un sorteo anual extraordinario, cuyos productos líquidos serán destinados a las obras y actividades de asistencia social a su cargo. Por tanto, la citada Junta de Beneficencia puede reglamentar los sorteos anuales, con sujeción a todas las leyes y decretos vigentes sobre la materia. Los premios de tal Lotería y a partir de 1961, quedan amparados por lo dispuesto en el artículo 2º de la presente Ley, pero la retención se hará para la Junta Municipal de Beneficencia de Pereira y con destino a las instituciones asistenciales a su cargo".

Razones de la demanda.

Considera el demandante que el artículo 5º de la Ley 1ª de 1961, que se acaba de copiar, viola el contenido del artículo 31 de la Constitución Nacional, en su inciso 3º, que dice:

"Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación".

Estas son sus razones: que el artículo 5º de la Ley 1ª de 1961 otorga un privilegio en favor del Municipio de Pereira, ya que los demás Municipios del país no están autorizados para hacer tales sorteos; que los privilegios sólo pueden ser concedidos cuando se refieren a inventos útiles y a vías de comunicación; que el precepto acusado "no busca estimular algún mecanismo nuevo para la producción social ni para la cultura en ninguna de sus manifestaciones, ni para la defensa nacional, ni para el progreso o la seguridad de las personas", ni se refiere a vías públicas, y sí, en cambio, autoriza el funcionamiento de un juego de lotería, sistema bien conocido; que con la disposición comentada se "viola el principio de la igualdad ante la ley, que reconoce el artículo 31 de la Carta"; que el Municipio de Pereira ha sido colocado en mejor situación que los otros distritos del país; que el beneficio otorgado a Pereira por la Ley 142 de 1959 tuvo carácter temporal, y el que se le conceda ahora por el artículo 5º de la Ley 1ª de 1961 es de carácter permanente; que la Ley 64 de 1923 "estableció el monopolio con sentido general y amplio para todos los Departamentos, y por eso la Corte Suprema de Justicia la declaró exequible en su totalidad, cuando fueron acusados como inconstitucionales algunos de sus preceptos"; y, finalmente, que la disposición acusada "no tiene ese sentido general, sino uno muy particular, que es en lo que reside su inconstitucionalidad".

En apoyo de sus tesis trae el demandante algunas doctrinas de la Corte, que definen el privilegio y señalan las características especiales del mismo.

Concepto de la Procuraduría.

Al descorrer el traslado, el señor Procurador General de la Nación se opone a la declaratoria de inexequibilidad solicitada, porque considera que el artículo 5º de la Ley 1ª de 1961 no otorga privilegio de ninguna clase al Municipio de Pereira, y en cambio, siguiendo el precepto del artículo 76, ordinal 20 de la Constitución Nacional, se propone "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta

sujeción a los planes y programas correspondientes".

Hace el funcionario "la diferencia entre la gracia, el auxilio o el estímulo, viable de conformidad con el ordinal 20 del artículo 76, y el privilegio". Este —dice— implica exclusividad. "Si se pensara que todo estímulo, que beneficie directamente a una entidad, es privilegio vedado por la Constitución, jamás podría tener aplicación el fomento de las empresas útiles a que alude el numeral 20 del artículo 76 de la Carta".

Consideraciones de la Corte.

El problema planteado puede presentarse en estos términos:

Al permitir el legislador que la Junta Municipal de Beneficencia de Pereira verifique un sorteo anual extraordinario de la Lotería Centenario de esa ciudad, "cuyos productos líquidos serán destinados a las obras y actividades de asistencia social a su cargo", concedió un privilegio al Municipio de Pereira, o bien dio un estímulo a dicho Municipio para que pudiera atender debidamente a dichas "instituciones asistenciales".

En otros términos: ¿el artículo 5º de la Ley 1ª de 1961 violó el mandato del artículo 31 de la Carta, o por el contrario, dio aplicación al numeral 20 del artículo 76 de la misma?

"El privilegio —ha expresado la Corte siguiendo la definición de la Academia— es gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuando o libertando a uno de una carga o gravamen, o concediéndole una exención de que no gozan otros; o también la disposición legal por la cual se otorga a una sola persona —física o moral— un derecho especial, distinto del que confiere la ley común y más o menos permanente".

Se ha dicho con mejor exactitud que existe privilegio cuando a una persona o entidad se da el derecho de aprovechar exclusivamente, por un tiempo determinado, una producción o un procedimiento industrial o científico, no conocidos o no usados antes. En este sentido, cuando se concede una patente de invención, se está otorgando un privilegio, pues la persona que la recibe adquiere el derecho de explotar el invento por tiempo determinado y con la exclusión de cualquiera otra persona o entidad. De la misma suerte, cuando al constructor de una vía pública se da el derecho de explotarla exclusivamente, por un lapso determinado, se está concediendo un privilegio. Es decir, hay privilegio cuando el beneficio otorgado tiende a "desalojar a los demás del simple derecho de brindar su capacidad de trabajo".

Dos clases de privilegios se han señalado: los constitucionales, o sea aquellos que se refieren a "inventos útiles o a vías de comunicación". Y los inconstitucionales, que serían aquellos que se concedieran para otros fines, beneficios exclusivos en favor de persona determinada y por tiempo también determinado. De los primeros son los ejemplos antes vistos; de los segundos podría señalarse la concesión que se hiciera para la explotación de cualquier servicio público, con exclusión de toda otra persona o entidad, como dar a una persona natural o jurídica la facultad exclusiva de establecer mercados de víveres.

Todo privilegio es, como se ve, una gracia. Pero no toda gracia puede tenerse como privilegio. El legislador, con el ánimo de obtener ventajas para la comunidad, suele conceder a personas y entidades gracias o beneficios, que no serán privilegios, en sentido jurídico, por no operar en forma exclusiva, ya que el mismo legislador conserva la facultad de extenderlos, sin que a la persona primeramente beneficiada pueda considerársele ofendida o perjudicada por este motivo.

Así, a una empresa de beneficio común se puede eximir del pago de impuestos o gravámenes, pero no quiere decir ello que a otras empresas igualmente benéficas no se pueda otorgar igual estímulo o beneficio.

Con el privilegio se favorece a una persona —natural o jurídica— con exclusión de otra cualquiera; la gracia puede referirse a una persona o a muchas, pues no tiene la característica de exclusividad.

"Resalta de lo dicho que es de la esencia del privilegio constituír una gracia o beneficio *exclusivo,* que la administración posee y que tiene en sus manos otorgar. Viene a ser un atributo extraordinario o inherente a la existencia y a la misión del Estado, con miras predominantes al beneficio colectivo, y que el Poder Público puede ejercer directamente o por interpuesta persona, pero siempre en persecución del interés social y dentro de la órbita señalada por el derecho político de la Nación". (G. J., T. 46, No. 1934, pág. 296).

Cosa distinta se presenta en el caso de la Lotería Centenario de Pereira. El legislador ha otorgado una facultad o un permiso a la Junta Municipal de Beneficencia de esa ciudad, para que, anualmente, verifique un sorteo, cuyos productos se destinen a fines de asistencia social.

No quiere ello decir que el mismo legislador quede impedido para otorgar a otro u otros Municipios el mismo derecho o la misma facultad.

Podría hacerlo. Y el distrito de Pereira no tendría reclamación contra tal disposición, aunque con ella se le perjudicase en sus intereses. Y no podría reclamar, porque la facultad que se le concedió no tiene el carácter de *exclusividad*. Así como se reconoció a los Departamentos el derecho a verificar sorteos por el sistema de las loterías, de la misma suerte podría otorgarse igual derecho a otra u otras entidades, por ejemplo a hospitales o a Municipios.

El inciso 3º del artículo 31 de la Constitución Nacional prohibe el otorgamiento de privilegios, que no se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación. Pero el numeral 20 del artículo 76 de la Carta permite al legislador "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planos y programas correspondientes". La Beneficencia de Pereira es "empresa útil y benéfica", que, desde luego, deberá someterse, en la reglamentación de los sorteos, "a todas las leyes y decretos vigentes sobre la materia", tal como lo ordena la misma disposición acusada. Y los productos o beneficios se invertirán en el sostenimiento de las instituciones asistenciales a su cargo. Con lo cual se está dando cumplimiento a lo mandado en la parte final del numeral 20 del artículo 76 citado.

Como indica el señor Procurador, "la Constitución, con la finalidad de propender por el desarrollo económico del país, consagra por vía de fomento dos medidas distintas: la concesión de privilegios para los inventos útiles y para las vías de comunicación, de un lado, y, de otro, el otorgamiento de gracias, prerrogativas o auxilios por vía directa o indirecta para las empresas útiles y benéficas".

El artículo 5º de la Ley 1ª de 1961 no otorga privilegio y, en cambio, para que la Beneficencia pueda atender a las instituciones asistenciales a su cargo, le da una específica facultad, que bien pudiera extenderse posteriormente a otros distritos municipales, pues tal gracia o estímulo no tiene el carácter de *exclusividad*.

"Si se pensara que todo estímulo —dice el señor Procurador— que beneficie directamente a una entidad, es privilegio vedado por la Constitución, jamás podría tener aplicación el fomento de las empresas útiles a que alude el numeral 20 del artículo 76 de la Carta".

No es, por tanto, contraria a la Constitución la norma legal acusada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Plena—, en desempeño de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Es exequible el artículo 5º de la Ley 1ª de 1961.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Gustavo Rendón Gaviria, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Alejandro Córdoba Medina, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano, Roberto de Zubiría.

Ricardo Ramírez L.

MOCION DE DUELO

"La Corte Suprema de Justicia deja constancia, en el acta de la sesión de esta fecha, de su profundo pesar por la muerte del señor Santiago Vergara Crespo, distinguido ciudadano cuya vida estuvo consagrada al estudio y al servicio de las clases más necesitadas de la sociedad, y expresa su condolencia al distinguido Magistrado de esta corporación doctor Primitivo Vergara Crespo, así como a los demás familiares del extinto.

"Transcríbase en nota de estilo e insértese en la **Gaceta Judicial**".

(Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha 25 de julio de 1963).

INEXEQUIBILIDAD, LIMITADA AL PASADO, DE LOS ARTICULOS 1º Y 136 DE LA LEY 81 DE 1960, REORGANICA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, EN CUANTO HICIERON APLICABLE EL ARTICULO 23 DE LA MISMA LEY A LOS INGRESOS EXTRAORDINARIOS PERCIBIDOS POR LOS CONTRIBUYENTES DURANTE EL AÑO DE 1960. DERECHOS ADQUIRIDOS. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

Ninguna garantía ha recibido de la Constitución el contribuyente colombiano, de que no puedan ser gravados en lo futuro determinados hechos económicos, que antes no lo estaban. En cuanto los artículos 1º y 136 de la Ley 81 de 1960 le dan ciertos efectos retroactivos al 23 de la misma ley, vulneran derechos adquiridos y violan el artículo 30 de la Carta. Ningún inconveniente lógico, jurídico u ontológico se opone a que se haga una declaración de inexequibilidad en cuanto al pasado, cuando ella depende de haberse desconocido un derecho adquirido y por lo mismo pretérito.

Lo que importa destacar es que el propietario de un billete de lotería o de una cédula destinada a sorteos había recibido del legislador, a través del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, la promesa de que los premios que obtuviera en las correspondientes rifas estaban libres del impuesto sobre la renta, por cuanto no engrosarían el acervo de su renta bruta, ni eventualmente el de la líquida gravable. Tenía asegurado que cualquiera que fuera el monto de sus otras rentas, la cuantía de esos premios no sería sumada a ellas. Esos premios tan sólo podrían ser tenidos en cuenta como patrimonio.

La Ley 81 de 1960 quitó a los premios de loterías o rifas esa privilegiada calidad, pues no sólo en su artículo 23 estableció que forman la renta bruta, de las que en últimas resulta la renta líquida gravable, "los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, cualquiera que sea su origen y siempre que constituyan enriquecimiento", sino que en el artículo 135 deroga expresamente el aludido artículo 1º de la Ley 78 de 1935. Al respecto obró el legislador dentro de la más estricta legalidad, pues ninguna garantía ha recibido de la Constitución el contribuyente colombiano, de que no puedan ser gravados en lo futuro determinados hechos económicos que antes no lo estaban.

Pero hizo algo más el autor de la Ley 81, y fue disponer en su artículo 1º que "el impuesto nacional sobre la renta y complementarios de patrimonio y exceso de utilidades, se regirán a partir del año gravable de 1960 por las disposiciones contenidas en la presente Ley", lo que reiteró en el artículo final (136) de esta manera: "Esta ley regirá a partir del año gravable de 1960". En el ordinal 11 del artículo 47 consideró como rentas exentas "las herencias, legados, donaciones, loterías, premios de rifas o apuestas, mientras estén gravados con impuestos especiales"; pero los sorteos de cédulas de capitalización no fueron objeto de gravamen especial alguno.

La mencionada Ley 81 fue sancionada el 22 de diciembre del expresado año de 1960, y promulgada, mediante su inserción en el "Diario Oficial", el 24 del mismo mes y año. Luego es claro que al aplicarla, en cuanto a la noción de renta que da el artículo 23, a los premios de los sorteos de cédulas efectuados antes de su promulgación, tiene efectos retroactivos, vulnerando el derecho que los propietarios de cédulas habían adquirido durante la legislación vigente a la fecha de los sorteos, a que dichos premios no se tuvieran en cuenta en el cómputo de la renta gravable.

En consecuencia, de todo lo dicho se impone hacer una declaración de inexequibilidad con relación a los artículos 1º y 136 de la Ley acusada, por cuanto dieron efecto retroactivo al 23 de la

misma respecto a los premios de cédulas de capitalización, vulnerando derechos adquiridos por los propietarios de dichas cédulas, con lo cual los preceptos citados violaron el artículo 30 de la Carta. El artículo 135 en sí mismo no dispone nada hacia el pasado, por lo que es exequible.

Precisamente porque la inexequibilidad depende de haber desconocido un derecho adquirido, lo que supone un suceso pretérito, es por lo que los preceptos acusados sólo son inexequibles en cuanto al pasado, y no por lo que respecta al futuro. Esta inexequibilidad parcial respecto al tiempo resulta de la propia naturaleza de las cosas, y ningún inconveniente lógico, jurídico u ontológico se opone a su reconocimiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, 26 de julio de 1963.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

El doctor Diógenes Arrieta Arrieta, vecino de Cartagena, ejercitando la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Carta, en demanda presentada ante esta corporación pide que se declaren inexequibles los siguientes artículos de la Ley 81 de 1960, reorgánica del impuesto sobre la renta:

El primero, que reza: "El impuesto nacional sobre la renta y los complementarios de patrimonio y exceso de utilidades se regirán a partir del año gravable de 1960 por las disposiciones contenidas en la presente ley".

El 136, que prescribe: "Esta ley regirá a partir del año gravable de 1960".

El 23, limitada la acusación como más adelante se indica, que es del siguiente tenor: "La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, cualquiera que sea su origen, y siempre que constituya enriquecimiento, se sustrae el costo imputable a los ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta...".

El 135, que dispone: "Deróganse las siguientes disposiciones: Ley 78 de 1935, artículos 1º, 2º...".

Con relación al artículo 23 expresa: "La acusación del artículo 23 la limito en cuanto la disposición incluye en la renta bruta los *ingresos extraordinarios, cualquiera que sea su origen,* obtenidos durante el año de 1960; la acusación del artículo 135 la formulo porque deroga el ordinal 1º, artículo 1º de la Ley 78 de 1935, y esa derogación facilita que sea renta bruta para 1960 los premios obtenidos en las rifas de las cédulas de capitalización de ese año, premios que son ingresos extraordinarios y que en el año de 1960 eran rentas exentas y patrimonio gravable por la Ley 78 de 1935, artículos 1º y 21, respectivamente; y la acusación contra los artículos 1º y 136 de la Ley 81 de 1960 es porque disponen que la reforma tributaria comienza su vigencia a partir del año gravable de 1960, vulnerando derechos adquiridos por la disposición derogada, pero vigente cuando se adquirieron".

Refiriéndose a la acusación en general agrega: "Limito la acusación de esta demanda de inexequibilidad a sólo el año gravable de 1960, pues a contar del año de 1961 en adelante la ley toma su cauce constitucional en el punto materia de la acusación, o sean los premios de las rifas".

El artículo de la Constitución que considera infringido es el 30.

Como "consideraciones generales" sustentatorias de la demanda expone las siguientes:

"El inciso primero del artículo 1º de la Ley 78 de 1935 exoneraba del impuesto sobre la renta las *donaciones, herencias, legados, fideicomisos, loterías* o *rifas,* y en cambio el artículo 21 de la misma Ley las gravaba con impuesto de patrimonio".

"Durante la vigencia de la Ley 78 de 1935 todos esos ingresos extraordinarios fueron considerados rentas exentas y patrimonio gravable, es decir, que dicha Ley los exoneró expresamente del impuesto sobre la renta".

"Con la expedición de la Ley 81 de 1960 aquellos ingresos extraordinarios continuaron siendo rentas exentas si por ley especial estaban sujetos a otros impuestos. Todos ellos, menos las rifas de las cédulas de capitalización, tenían impuestos especiales, por lo cual quedaron exonerados de impuestos de renta para el año gravable de 1960 y siguientes, mientras que las rifas de cédulas que no venían gravadas ese año con impuestos por leyes especiales, constituyen renta bruta por mandato de la nueva ley, sin advertir el legislador que esas rifas de cédulas estaban exoneradas del impuesto sobre la renta, y que sólo gravitaban sobre ellas el impuesto de patrimonio".

"Por regir la ley nueva hacia atrás a contar del 1º de enero de 1960, resultan ahora gravados los premios de las rifas obtenidas durante ese año, cuando para dicho año quedaron exonerados del tributo de renta y sólo soportaba el de patrimonio".

"La verificación de los sorteos o rifas, la percepción de los valores en que consistieron los premios y su exoneración del impuesto sobre la renta, fueron hechos consumados e irrevocables y

actos jurídicos perfectos durante el año gravable de 1960. El gravamen sobre la renta que ahora se les imponga con efectos al año de 1960 vulnera un derecho o un bien patrimonial que los favorecidos habían adquirido con arreglo a la primera disposición de la Ley 78 de 1935. El artículo 23 de la Ley 81 de 1960, que establece el impuesto sobre la renta con relación a tales premios, es abiertamente contraria al artículo 30 de la codificación nacional que prohibe la retroactividad de las leyes, o sea las que vulneran un derecho. Por esta razón es inexequible el artículo 23 de la Ley 81 de 1960, en cuanto grava los *ingresos extraordinarios, cualquiera que sea su origen,* como los premios de rifas, entre los cuales se cuentan los de las cédulas de capitalización, gravamen que hacen posible los artículos 1º y 136 de la misma Ley reorgánica, porque prescribe que ella regirá y es aplicable a contar del año gravable de 1960, y por esta razón son igualmente inexequibles''.

''También resulta inexequible el artículo 135 de la nueva ley, porque deroga, con efectos al 1º de enero de 1960, el artículo 1º de la Ley 78 de 1935, pues esta derogación también hace posible el gravamen sobre los premios, no obstante que ya el derecho se había alquirido por medio de la disposición derogada''.

Luego, como ''consideraciones particulares'' y en distintos capítulos, trata de la diferencia que hay entre no estar gravado y estar exento de impuesto, de los derechos adquiridos y las expectativas, de las rentas exentas y patrimonios gravables, de que los premios de las rifas entraron al patrimonio de los favorecidos, del sentido amplio que debe darse a la noción de derecho adquirido que trae el artículo 30 de la Carta, de las leyes retroactivas y no retrospectivas. Termina, después de referirse a un concepto, que estima equivocado, de la División de Impuestos Nacionales, con una exposición de jurisprudencia y doctrina sobre la materia de los derechos adquiridos.

En su vista de fondo, adversa a las pretensiones del demandante, y que la Corte estudió detenidamente, el señor Procurador General de la Nación sintetiza de la siguiente manera la cuestión *sub judice*:

''El problema planteado por la demanda del doctor Diógenes Arrieta Arrieta consiste en saber si es inconstitucional la Ley 81 de 1960 en cuanto establece que los premios de rifas —especialmente de las cédulas de capitalización— antes exentos del impuesto sobre la renta, en virtud de lo dispuesto por la Ley 78 de 1935 —según afirma el demandante—, quedan sujetos a dicho gravamen por ser considerados renta bruta a partir del año gravable de 1960. Piensa el demandante que tales premios, exentos, según él, en la legislación anterior, no pueden ser gravados por la Ley 81 en lo que se refiere al año de 1960, pues así se violan derechos adquiridos de quienes los han obtenido. Tales personas, que habían obtenido premios exentos del impuesto sobre la renta por la legislación vigente a tiempo de efectuarse los respectivos sorteos, tenían derechos adquiridos —estima el demandante— que, en lo referente a 1960, no podían ser vulnerados con la retroactividad, a tal vigencia tributaria, de la Ley 81 citada. Tales sorteos consumaron —agrega el actor— hechos jurídicos concretos que no pueden ser desconocidos por leyes posteriores. Insiste por lo demás el demandante en distinguir entre no estar gravado y estar expresamente exonerado, caso este último en el cual se es titular de un derecho individual. Las leyes, concluye el demandante, sólo pueden tener efectos retrospectivos cuando no vulneran derechos adquiridos, pero, en el presente caso, la Ley 81 produce efectos retroactivos, puesto que sus normas son aplicables al año gravable de 1960, período durante el cual las personas que obtuvieron premios en rifas adquirieron derechos no vulnerables por disposiciones legales ulteriores''.

Consideraciones de la Corte.

Al decir el artículo 1º de la Ley 78 de 1935 que entran a formar la renta bruta, entre otros ingresos, las ''ganancias, beneficios y rentas *provenientes* de capitales que hayan ingresado al patrimonio del contribuyente a título de donaciones, herencias, legados, fideicomisos, *loterías o rifas*'' (se ha subrayado), resulta claro, como acepta el señor Procurador en su vista, que los premios de loterías o rifas no eran ingresos constitutivos de renta, y, por lo tanto, no se sumaban a los ingresos que llegaban a formar la renta bruta y ulteriormente la renta líquida gravable; o lo que es lo mismo, que las sumas de dinero obtenidas a título de tales premios no integraban la base impositiva del impuesto sobre la renta del contribuyente. Es decir, que tales premios, en la práctica, venían a recibir un tratamiento análogo al de las rentas exentas, en cuanto su cuantía no engrosaba, en definitiva, el acervo de la renta líquida gravable. Por esto bien puede hablarse, para los efectos de esta providencia, de que los premios de rifas eran rentas exentas o no gravables, aunque técnicamente sea más apropiado llamarlos ingresos no constitutivos de renta, como anota el señor Procurador. En todo caso lo que

importa destacar es que el propietario de un billete de lotería o de una cédula destinada a sorteos había recibido del legislador la promesa de que los premios que obtuviera en las correspondientes rifas estaban libres del impuesto sobre la renta, por cuanto no engrosarían el acervo de su renta bruta, ni eventualmente el de la líquida gravable. Tenía asegurado que cualquiera que fuera el monto de sus otras rentas, la cuantía de esos premios no sería sumada a ellas. Esos premios tan sólo podrían ser tenidos en cuenta como patrimonio.

La Ley 81 de 1960 quitó a los premios de loterías o rifas esa privilegiada calidad, pues no sólo en su artículo 23 estableció que forman la renta bruta, de la que en últimas resulta la renta líquida gravable, "los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, cualquiera que sea su origen, y siempre que constituyan enriquecimiento", sino que en el artículo 135 deroga expresamente el aludido artículo 1º de la Ley 78 de 1935. Al respecto obró el legislador dentro de la más estricta legalidad, pues ninguna garantía tiene recibida de la Constitución el contribuyente colombiano de que no puedan ser gravados en lo futuro determinados hechos económicos que antes no lo estaban. Pero hizo algo más el autor de la Ley 81, y fue disponer en el artículo 1º que "el impuesto nacional sobre la renta y complementarios de patrimonio y exceso de utilidades se regirán a partir del año gravable de 1960 por las disposiciones contenidas en la presente ley", lo que reiteró en el artículo final (136) de esta manera: "Esta ley regirá a partir del año gravable de 1960". En el ordinal 11 del artículo 47 consideró como rentas exentas "las herencias, legados, donaciones, loterías, premios de rifas o apuestas, mientras estén gravados con impuestos especiales"; pero los sorteos de cédulas de capitalización no fueron objeto de gravamen especial alguno.

Ahora bien, la mencionada Ley 81 fue sancionada el 22 de diciembre del expresado año de 1960, y promulgada, mediante su inserción en el "Diario Oficial", el 24 del mismo mes y año. Luego es claro que al aplicarla, en cuanto a la noción de renta que da el artículo 23 a los premios de los sorteos de cédulas efectuados antes de su promulgación, tiene efectos retroactivos, vulnerando el derecho que los propietarios de cédulas habían adquirido durante la legislación vigente a la fecha de los sorteos, a que dichos premios no se tuvieran en cuenta en el cómputo de la renta gravable.

En consecuencia, de todo lo dicho se impone hacer una declaración de inexequibilidad con relación a los artículos 1º y 136 de la ley acusada, por cuanto dieron efecto retroactivo al 23 de la misma respecto a los premios de cédulas de capitalización, vulnerando derechos adquiridos por los propietarios de dichas cédulas, con lo cual los preceptos citados violaron el artículo 30 de la Carta. El artículo 135 en sí mismo no dispone nada hacia el pasado, por lo que es exequible.

Precisamente porque la inexequibilidad depende de haber desconocido un derecho adquirido, lo que supone un suceso pretérito, es por lo que los preceptos acusados sólo son inexequibles en cuanto al pasado, y no por lo que respecta al futuro. Esta inexequibilidad parcial respecto al tiempo resulta de la propia naturaleza de las cosas, y ningún inconveniente lógico, jurídico u ontológico se opone a su reconocimiento.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en *Sala Plena*, en desempeño de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Decláranse inexequibles los artículos 1º y 136 de la Ley 81 de 1960, en cuanto hicieron aplicable el 23 de la misma Ley a los ingresos extraordinarios percibidos por los contribuyentes durante el año de 1960.

Comuníquese a quien corresponda.

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

Gustavo Rendón Gaviria, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Alejandro Córdoba M., Roberto de Zubiría, José J. Gómez R., Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes Arboleda, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA

Se sostiene en este salvamento de voto que la Corte no es competente para decidir el presente juicio y que, aceptando que lo fuera, ha debido pronunciarse en favor de la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

Por no compartir los autorizados conceptos de la Corte en la sentencia precedente, me veo en el desagradable caso de salvar el voto con fundamento en las razones que, en forma breve y sumaria, me permito exponer a continuación con todo el respeto y consideración que me merecen mis eximios colegas.

Primero. Antecedentes.

I. El doctor Diógenes Arrieta Arrieta, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, solicitó a la Corte la declaración de inexequibilidad de las siguientes disposiciones de la Ley 81 de 1960, y con las limitaciones o restricciones allí contenidas:

"1. El artículo 1º que dispone:

" "Artículo 12. El impuesto nacional sobre la renta y los complementarios de patrimonio y exceso de utilidades se regirán, *a partir del año gravable de 1960,* por las siguientes disposiciones contenidas en la presente ley".

"2. El artículo 136 que prescribe:

" "Artículo 136. *Esta ley regirá a partir del año gravable de 1960*".

"3. El artículo 23, cuya acusación limitaré más adelante, y que estatuye en lo pertinente:

" "Artículo 23. La renta líquida gravable se determina así: De la suma de todos los ingresos ordinarios y *extraordinarios* realizados en el año o período gravable, *cualquiera que sea su origen,* y siempre que constituya enriquecimiento, se sustrae el costo imputable a los ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta...".

"4. El artículo 135 que ordena:

" "Artículo 135. *Deróganse las siguientes disposiciones: Ley 78 de 1935, artículos 1º, 2º...*".

He subrayado las partes pertinentes de la acusación.

"La acusación del artículo 23 la limito en cuanto la disposición incluye en la renta bruta los *ingresos extraordinarios cualquiera que sea su origen,* obtenidos durante el año de 1960; la acusación del artículo 135 la formulo porque deroga el ordinal 1º, artículo 1º de la Ley 78 de 1935, y esa derogación facilita que sean renta bruta para 1960 los premios obtenidos en las rifas de las cédulas de capitalización de ese año, premios que son ingresos extraordinarios y que en el año de 1960 eran rentas exentas y patrimonio gravable por la Ley 78 de 1935, artículos 1º y 21, respectivamente; y la acusación contra los artículos 1º y 136 de la Ley 81 de 1960 es porque disponen que la reforma tributaria comienza su vigencia a partir del año gravable de 1960, vulnerando derechos adquiridos por la disposición derogada, pero vigente cuando se adquirieron.

"Limito la acusación de esta demanda a solo el año gravable de 1960, pues a contar del año de 1961 en adelante la ley toma su cauce constitucional en el punto materia de la acusación, o sean los premios de las rifas".

Considero como violado el artículo 30 de la Constitución, en cuanto garantiza el derecho de propiedad privada adquirido con justo título, con arreglo a las leyes civiles, el cual no puede ser desconocido ni vulnerado por leyes posteriores.

II. La sentencia, aceptando en lo sustancial los conceptos del actor, resuelve:

"Decláranse inexequibles los artículos 1º y 135 de la Ley 81 de 1960, en cuanto hicieron aplicable el 23 de la misma Ley a los ingresos extra-

ordinarios percibidos por los contribuyentes durante el año de 1960''.

III. Dos cuestiones principales se tratarán en este salvamento: la primera, en cuanto a la inconducencia de la acción; y en la otra, se pondrá de manifiesto que las disposiciones acusadas no están en oposición con la Constitución Nacional.

Segundo. Improcedencia de la acción con fundamento en el artículo 214 de la Constitución.

El control constitucional de las leyes puede hacerse por vía directa, incidental o mixta, que produce efectos distintos, según pasa a verse.

1º El primer sistema, consagrado en el artículo 214 de la Constitución Nacional, tiene por objeto investir a cualquier ciudadano de la acción o función pública de acusar, ante la Corte Suprema, la ley que considere violatoria de algún precepto de la Carta, con el fin, no de proteger situaciones individuales o derechos subjetivos, sino el estado de derecho de la Nación, mediante la observancia de las garantías constitucionales, desconocidas o conculcadas por el legislador por medio de una ley.

En virtud de este fundamento, la acción debe ser inmediata, esto es, que la oposición o contradicción entre la ley y alguna norma constitucional sea directa, en cuanto resulta de la simple comparación de las dos normas, sin necesidad de ocurrir a la demostración de ciertos hechos, en cuyo caso la acusación dejaría de ser directa, para convertirse en indirecta para defender o proteger una situación individual o concreta, como decidir si una persona o varias están sujetas o no a pagar determinado tributo, resolución que corresponde a otra jurisdicción.

Otra consecuencia de la acusación directa, con base en el artículo 214 de la Constitución Nacional, consiste en que la sentencia proferida por la Corte Plena produce efecto *erga omnes*, porque tiene la finalidad de proteger el derecho objetivo consagrado en la Constitución; y, por tanto, sin necesidad de considerar hechos que sólo tienen relación jurídica con determinadas personas, como las favorecidas con los sorteos de cédulas de capitalización durante el año gravable de 1960, porque una decisión de esta especie, aun revestida de ajeno o inadecuado procedimiento, no tendría sino un valor relativo en cuanto atañe sólo a los sujetos afectados.

Como toda norma legal se considera válida o eficaz mientras no se la declare inconstitucional, la sentencia con base en el citado artículo 214 no tiene valor sino para el futuro como una derogatoria de la ley; de manera que los hechos consumados antes, como los impuestos liquidados, causan estado y no pueden modificarse por una posterior declaración de inexequibilidad, que se funda en el principio de contradicción en cuanto enseña que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, como estar y no estar en vigencia una ley en determinado momento y respecto de la misma materia.

2º El llamado sistema incidental de control jurisdiccional de las leyes, como su nombre lo sugiere, resulta en el curso de un proceso civil, penal, administrativo, laboral, en cuanto se considera que una determinada norma legal está en oposición con alguna o algunas disposiciones de la constitución respectiva, para que *no se apliquen en tal caso;* aun cuando, en el sistema mixto, partiendo del incidente provocado en un juicio particular, tiene la finalidad de dejar insubsistente la norma en forma general y para lo futuro, como sucede en Italia; en otros países, por ejemplo en los Estados Unidos de Norteamérica, conservan su valor relativo, si bien vale como doctrina o jurisprudencia que aplican los demás Tribunales.

Fácilmente se advierte que nuestra Carta ha consagrado el sistema directo, en el artículo 214, y el incidental o difuso en el artículo 215, pero éste con un valor relativo para el caso del litigio, aplicable por todos los funcionarios en los casos particulares, así judiciales como administrativos, para la defensa, no del derecho objetivo o impersonal, sino para velar por los derechos subjetivos y concretos de determinadas personas, como cuando se declara que a una persona no afecta lo dispuesto en determinada norma legal, sobre impuesto a la renta y complementarios.

3º Según puede deducirse de la limitación impuesta por el actor, para que la declaración de inexequibilidad solamente opere por el año de 1960, pone de manifiesto que equivocó el recurso constitucional, porque en lugar de ejercer la acción pública del artículo 214, debió proponer el remedio incidental del artículo 215 ib. en las diligencias administrativas, sin perjuicio de ocurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa en cada caso particular, para que se decrete la revisión de la liquidación si hubiere fundamento para ella.

4º Otra consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, con fundamento en la acción concedida en el artículo 214, además de operar solamente para lo futuro, no para lo pasado, es que tiene el carácter de permanente, no limitada a un determinado lapso, porque entre violar o no violar la Constitución no existe medio alguno.

5º Como *nihil est novum sub sole*, en cuanto a que la declaración de inexequibilidad debe fundarse en un juicio de puro derecho, en la oposición de la norma constitucional con la legal, la Corte en sentencia de 18 de julio de 1962 dijo:

"En relación con la acusación de inconstitucionalidad del artículo 5º de la Ley 179 de 1959, el señor Procurador replica: 'que un problema de dominio, en el evento de que existiera, no puede resolverse en una sentencia de inexequibilidad de una ley, en donde sólo cabe confrontar la norma legal acusada con las constitucionales que se estimen infringidas, para decidir de la suerte de las peticiones, y en donde, por lo mismo, toda consideración sobre hechos o pruebas es totalmente ajena'" (inédita).

En el caso sub júdice, precisamente se trata de resolver la situación particular de algunos suscriptores de cédulas de capitalización, favorecidos en los sorteos del año de 1960, o sea en consideración a este hecho casual y sujeto al azar, que no tiene incidencia en el derecho objetivo ni en el estado de derecho de la República.

6º La Corte en sentencia de 2 de agosto de 1923 dijo:

"Bajo el imperio de estas disposiciones se presentó la demanda sobre devolución del impuesto liquidado por las cabezas de ganado vacuno enviadas a Panamá por el actor; de suerte que es el pago de ese impuesto, motivado por la exigencia del respectivo Recaudador, lo que causa la demanda y lo que ésta considera ilegal e inconstitucional. Pero la ilegalidad o inconstitucionalidad de los actos de las corporaciones o empleados administrativos y la consiguiente nulidad que de ellos se deriva, especialmente la de los relativos a impuestos, sólo pueden declararla los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, según los terminantes preceptos de la Ley 130 de 1913, de que queda hecha mención. Síguese de aquí que mientras la autoridad especial que la ley ha designado no pronuncie la nulidad ninguna otra autoridad puede dejar de tener como válidos aquellos autos, y si la Corte condenase hoy a la Nación al pago de lo demandado aquí, declararía implícitamente la invalidez de los ejecutados por el Administrador de la Aduana sobre reconocimiento a favor del Tesoro de los derechos que se liquidaron, y sobre percepción de ellos. Y esto es precisamente lo que incumbe declarar a los Tribunales de lo Contencioso". (G. J., Tomo XXX, pág. 216).

En este caso, se repite, el actor persigue, por medio de la declaración de inconstitucionalidad, la revisión o la nulidad de los actos administrativos sobre liquidación del impuesto de la renta en el año de 1960, en relación con los suscriptores de cédulas de capitalización favorecidos en los sorteos mensuales.

7º En punto a los efectos de las sentencias de inexequibilidad hacia lo futuro, la Corte en varias sentencias, como en la de fecha 23 de febrero de 1927, ha dicho:

"Aquella declaración de la Corte Plena que acogió la Sala proviene de que el constituyente de 1910 se apartó de lo que tienen establecido la doctrina y jurisprudencia americanas, en donde fue inspirado el principio del artículo 41 del Acto Legislativo de ese año, puesto que en dicho Acto se empleó la palabra exequibilidad, que según el Diccionario de la lengua, significa 'que se puede hacer o ejecutar una cosa' desde que así se declara; mientras que en la jurisprudencia americana el principio es distinto: allí, de acuerdo con la doctrina que se ha establecido, sí se borra el acto retroactivamente, porque en los fallos se emplea el término inglés 'void', que significa: nulo, ineficaz, írrito, vacío, para los actos que se dejan insubsistentes. Tal razón para que la Corte haya dicho que según nuestro derecho constitucional la declaración de inexequibilidad equivale a una derogación de la ley simplemente, según la cual ésta deja de aplicarse desde que se deroga, desde que se hace la declaración de inexequibilidad de ella, pero en el pasado surte efectos esa ley. Esto es lo que ocurre con la declaración de inexequibilidad de los artículos cuarto y quinto de la Ley 87 de 1915, sobre pensiones, y por ello no se puede cobrar lo que se haya dejado de pagar en virtud de esos artículos, mientras estuvieron vigentes.

"Por otra parte, razones de orden público exigen que la inexequibilidad no produzca efectos para lo pasado, pues aunque el peticionario no vea la inseguridad social que aquélla traería consigo, es innegable que existiría, pues todos los ciudadanos en sus transacciones y negocios tienen que atenerse a la ley que está vigente para estos o aquellos compromisos y proceder de acuerdo con ella. De modo que si una sentencia de inexequibilidad de aquella ley viniera a desconocer los efectos que se habían producido, las relaciones jurídicas de los interesados en los actos y contratos no tendrían estabilidad alguna". (G. J., Tomo XXXIV, pág. 127).

Podría quizá tacharse esta doctrina, no obstante el fundamento jurídico que tiene, como algo desueta; sin embargo, no es así, porque en la constitución de Italia de 27 de diciembre de 1947, en el artículo 136 dice: "Cuando el Tribunal (constitucional) declara la ilegitimidad constitucional de una norma de ley o de un acto con

fuerza de ley, la norma cesará de tener eficacia a partir del día siguiente a la publicación de la decisión".

Tercero. Las disposiciones legales acusadas no violan ningún precepto constitucional.

Con el fin de precisar la materia debatida, conviene anotar que la Constitución Nacional no ha definido en ninguna parte lo que deba entenderse como "renta gravable"; y en consecuencia, tal definición está encomendada al legislador, que podrá formularla con más o menos acierto o técnica, pero que en ningún caso podrá decirse que viola determinado artículo de la Carta.

El artículo 80 de la Constitución Nacional, en punto a impuestos o contribuciones, conservando una antigua excepción, ahora sin fundamento dado el origen popular tanto del Senado como de la Cámara de Representantes, ordena que debe tomar la iniciativa la última, sin hacer distinción alguna entre directos e indirectos.

El artículo 76 ib. dispone que corresponde al Congreso expedir las leyes, por medio de las cuales ejerce las siguientes atribuciones:

"13. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la Administración.

"15. Decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija".

Más adelante, en el Título XIX, se halla el artículo 204, que dice: "Ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento".

El artículo 205 reglamenta en forma especial el impuesto indirecto de aduanas para determinar cómo rigen los aumentos o las disminuciones de las respectivas tarifas, con el objeto de no perjudicar al gremio de comerciantes.

En el artículo 210 ratifica que "el Congreso establecerá las rentas nacionales y fijará los gastos de la Administración"; y, en consecuencia, por medio de este artículo como por los numerales 13 y 14 del artículo 76 se invistió al Congreso, por el constituyente, de la facultad de crear los impuestos necesarios para atender a los gastos de la Administración.

La Constitución, en cuanto al tiempo o forma de la imposición, solamente respecto de los impuestos indirectos reglamentó la materia, dejando al criterio del legislador la regulación de las contribuciones directas en cuanto a su monto, a los períodos gravables, como también, según antes se dijo, a lo que debía entenderse por renta y a los elementos o ingresos que la forman o al tiempo en que se causan, una vez que no le señaló pauta alguna al respecto.

Ahora, como todo impuesto, en especial el directo, implica una exacción al patrimonio del contribuyente, habría que concluír que todas las contribuciones violan el artículo 30 de la Carta, o sea el derecho de propiedad adquirido con justo título y con arreglo a las leyes civiles; sin embargo, tal conclusión es del todo inadmisible porque el derecho de propiedad no es absoluto, sino que está sujeto a las restricciones impuestas en la misma Constitución, entre otras, a las previstas en los numerales 13 y 15 del artículo 76 y a las contenidas en el Título XIX del mismo estatuto, que imponen a las personas domiciliadas o residentes en el territorio de la República el cumplimiento del deber de satisfacer los tributos, para atender al normal funcionamiento de los servicios públicos.

En sentencia de fecha 25 de febrero de 1937, por medio de la cual se declararon exequibles varias leyes. entre otras, la 37 de 1932, la Corte, después de transcribir varias definiciones sobre la palabra *impuesto,* dice: "Aparece de lo anterior que el impuesto no puede ser considerado hoy como una carga que pesa sobre el patrimonio de las personas, ni como un ataque a la propiedad de éstas. Es sólo la obligación específica, en cabeza de cada individuo, por razón de la necesidad inherente a toda sociedad política".

"Al mismo tiempo se infiere de lo dicho que con el impuesto, por su naturaleza, siempre se produce una consecuencia económica que afecta la vida comercial de la nación que lo paga. Por consiguiente, el impuesto modifica las condiciones de producción, distribución y consumo de los productos. Según su situación, las personas son favorecidas o afectadas en sus actividades con el impuesto, porque éste puede estimular el atesoramiento, o provocar la evasión de los capitales, o relajar el proceso de su acumulación, o desplazar las industrias, o suscitar su integración. Y, por último, se deduce también de aquella caracterización del impuesto, que éste afecta fatalmente las esferas internacional, financiera, política, social, jurídica, técnica, psicológica y estadística de una nación.

"Pero cabe destacar como valor absoluto cualquiera de estos factores del complejo del impuesto es, en virtud de las definiciones transcritas, desnaturalizar el contenido de su concepto, puesto que se prescinde de su fin, el cual es su esencia. Este fin, de acuerdo con los artículos 76, ordinales 11 y 13 de la Constitución, y 67 del Acto Legislativo número 3 de 1910, no puede ser distinto del de atender a los gastos públicos, proveyendo las cajas del Tesoro". (G. J., Tomo 44, págs. 614 a 615).

La Ley 110 de 1912, en el artículo 1º dispone: "El Código Fiscal contiene las reglas generales que deben observarse para la organización, administración y disposición de la Hacienda Nacional".

En el segundo expresa que Hacienda Nacional "significa el conjunto de bienes e impuestos que pertenecen al Estado", que el 3º divide en bienes fiscales y del Tesoro Nacional; y éste, de acuerdo con el artículo 5º, "se compone del dinero que ingresa a las oficinas nacionales a cualquier título y, especialmente, del producto de lo siguiente:

".....

"c) Los impuestos".

El citado Código Fiscal, en el artículo 153 dice: "Son impuestos nacionales las cantidades que exige el Estado para subvenir al servicio del Tesoro Nacional".

Como conclusión de lo expuesto se deduce que el establecimiento de un impuesto no puede violar el artículo 30 de la Constitución, porque la misma Carta facultó al Estado para crear los necesarios para atender los gastos del servicio público, que el Código Fiscal y otras leyes posteriores han desarrollado o reglamentado, como sucede con todas las leyes que se han dictado en relación con el gravamen sobre la renta, patrimonio y complementarios, entre otras, la 78 de 1935 y la 81 de 1960, objeto de acusación según la interpretación dada por el actor.

En síntesis, el artículo 30 de la Carta protege la propiedad adquirida con justo título contra las indebidas expropiaciones; pero no puede aducirse como fundamento de un supuesto derecho adquirido a que no se lo grave con un determinado impuesto.

Sobre este punto parece conveniente transcribir el siguiente concepto que se lee en el estudio titulado "El Imperio de la Ley en las Sociedades Libres", correspondiente al año de 1959: "...Es más raro que se condene a la legislación retroactiva fuera del dominio estrictamente penal: por ejemplo, un impuesto puede ser establecido con efecto retroactivo. Por otra parte, no es raro, incluso en el dominio de la legislación penal, que se vote una ley de amnistía". (Comisión Internacional de Juristas, pág. 235).

Ahora, si las cédulas de capitalización fueron eximidas del pago del impuesto sobre la renta por una ley, no por una disposición constitucional, es obvio que otra ley podía derogar la gracia o merced concedida, tanto más que no se fijó plazo alguno para la duración de aquella exención.

Las disposiciones acusadas no tienen efecto retroactivo, porque la unidad fiscal o año gravable termina el 31 de diciembre, fecha que sirve de referencia para hacer las declaraciones, primero, y luego, la correspondiente liquidación al tenor *de las leyes vigentes en la dicha fecha,* que comprende toda la actividad económica del contribuyente en el respectivo año, para así formar el balance del ejercicio, el cual incluirá todas las utilidades, gastos o pérdidas obtenidas en cualquier mes que se hayan realizado, pues no es dable parcelar o dividir la actividad económica del contribuyente dentro del año gravable, con el fin de evitar la aplicación de las leyes vigentes el 31 de diciembre, con fundamento en el *hecho* de que algunas cédulas, verbigracia, fueron favorecidas por la suerte antes del 24 del dicho mes.

En consecuencia, no tienen los artículos acusados efecto retroactivo; y aún más, si lo tuvieren, la Constitución no ha prohibido dar a las leyes tal efecto sino cuando violen derechos adquiridos, y ya se demostró antes que no existen éstos sobre la graciosa exención concedida en el pasado, ni puede hablarse de "derecho adquirido" para dejar de cumplir con el deber o la obligación de pagar los impuestos decretados por el Congreso, con fundamento en claras disposiciones de la Constitución y del Código Fiscal, inclusive para definir como renta un ingreso que antes no tenía esa calidad.

Además, el artículo 28 de la Ley 153 de 1887 dispone: "Todo derecho real adquirido bajo una ley, y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y *cargas,* y en lo tocante a su *extinción,* prevalecerán las disposiciones de la nueva ley"; por consiguiente, si de un derecho real normalmente adquirido está sujeto, en cuanto a tributos y a su extinción, a la nueva ley, *a fortiori* ocurrirá otro tanto con algo que no es un derecho real ni un derecho adquirido sino una merced o una gracia concedida por una ley y derogada por otra.

Si la decisión del Congreso al considerar como renta los ingresos antes eximidos del tributo por graciosa disposición legal, no es conveniente o menoscaba su seriedad o defrauda las esperanzas de los inversionistas, es cuestión que, como de mera conveniencia o de política económica, escapa del control de la Corte con fundamento en el artículo 214 de la Constitución Nacional, pues pertenece a los actos discrecionales de aquél.

Con fundamento en los motivos expuestos, considero que la Corte ha debido abstenerse de fallar en el fondo un litigio que no le compete; o bien que las disposiciones acusadas son exequibles, pues no violan ningún precepto constitucional.

Fecha ut supra. *Efrén Osejo Peña.*

SE ABSUELVE AL EX PRESIDENTE DE LA REPUBLICA, SEÑOR GUSTAVO ROJAS PINILLA, DEL DELITO DE CONCUSION. COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER Y DECIDIR ESTE PROCESO. CONDICIONES NECESARIAS PARA PROFERIR SENTENCIA CONDENATORIA

1. La atribución señalada a la Corte en el ordinal 1º del artículo 151 de la Carta, no está condicionada a que el Jefe del Estado, sujeto de una sindicación por delitos, se encuentre en el ejercicio del cargo. Al Senado corresponde el juzgamiento por la responsabilidad política; a la Corte incumbe definir la responsabilidad penal. No resulta ilógico que mientras se condena por la responsabilidad política, la justicia ordinaria adopte solución distinta sobre el cargo propiamente delictuoso. Uno es el juicio político y otro el penal, y a ellos corresponden presupuestos diferentes. — 2. Progresiva exigencia probatoria de la ley según se trate de detener preventivamente al procesado, de llamarlo a juicio o, finalmente, de proferir sentencia condenatoria en su contra. — 3. Para absolver no es necesario que esté demostrada la inocencia: basta que la infracción o la responsabilidad no se hayan acreditado en forma plena o completa.

1. Suscitado en este proceso adelantado contra el ex Presidente de la República, señor Gustavo Rojas Pinilla, el tema relativo a la competencia de la Corte para conocer del mismo, conviene exponer el criterio que prevaleció en ella sobre el particular.

De conformidad con los preceptos contenidos en los artículos 96 y 102 (atribución 5ª) de la Carta, el Senado adelantó las diligencias del caso para ocuparse de su juzgamiento, por la responsabilidad política a que diera lugar la acusación presentada por la Cámara de Representantes.

Como en la citada acusación se imputó al procesado el delito de concusión, el Senado de la República, de acuerdo con el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, envió a la Corte el expediente para que se resolviera sobre el cargo delictuoso aludido.

La Corte afirmó su competencia para conocer del proceso, en cuanto a la responsabilidad penal del incriminado, con apoyo en el ordinal 1º del artículo 151 de la Constitución Nacional.

La atribución señalada en dicho ordinal, como es obvio, no está condicionada a que la acción penal se inicie cuando el Jefe del Estado, sujeto de una sindicación por delitos, se encuentre en el ejercicio del cargo. El artículo 131 de la Carta no permite llegar a otra conclusión, pues este precepto se ocupa sólo de hacer pertinente la intervención del Congreso en el juzgamiento, por la Corte, del Presidente de la República o de quien se halle encargado del Poder Ejecutivo, mientras ejerza éste el cargo, o durante el período para el cual aquél fue elegido, aun respecto de infracciones penales cometidas antes de los indicados lapsos.

Evidentemente, sin el precepto constitucional citado, tales delitos serían conocidos por los Jueces ordinarios, sin la previa intervención del Congreso, lo que afectaría la estabilidad misma de las instituciones y la dignidad de la Nación, extremos estos que explican el fuero en el juzgamiento del Jefe del Estado.

Conviene insistir frente a los hechos de que trata este negocio, que al Senado correspondía el juzgamiento por la responsabilidad política, aunque la indignidad se desprendiera de la comisión de un delito. Y en cuanto a la responsabilidad penal por éste, es evidente que incumbe a la Corte definirla.

El origen de la responsabilidad política y el de la penal, referidas ambas, en este caso, al mismo

hecho de la concusión, permite que el Congreso adelante la acusación sobre la primera y que disponga el envío del proceso a la Corte para el conocimiento de la segunda.

Así entendido el procedimiento, se excluye la idea de fallos encontrados. No resulta, por tanto, ilógico que mientras se condena por la responsabilidad política, la justicia ordinaria deba adoptar solución distinta sobre el cargo propiamente delictuoso. Uno es el juicio político y otro el penal, y a ellos corresponden presupuestos diferentes.

2. Constituyen una verdadera gradación los requisitos probatorios que el Código de Procedimiento Penal establece para fundar las distintas determinaciones que con respecto al procesado hayan de tomarse en el curso de la investigación y del juicio. Así, para detener preventivamente la ley exige que contra el procesado resulte, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente, como autor o partícipe de la infracción que se investiga, o si el funcionario que adopta la medida cautelar lo hubiere visto en el acto que constituye su participación en el delito (artículo 379).

Avanzando en el rigor probatorio, para llamar a juicio es preciso que aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es penalmente responsable, como autor o partícipe, de la infracción que se investiga (artículo 429).

Por último, para proferir sentencia condenatoria es indispensable la plena prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad (artículo 203).

3. El enjuiciamiento no implica una declaración concluyente de responsabilidad, sino apenas una fórmula de imputación, que puede ser controvertida durante el juicio. De allí que la prueba para sustentar el auto de proceder, por este aspecto, no requiere plenitud probatoria. En cambio, es consustancial a todo fallo condenatorio el presupuesto de que el Estado ha destruído la presunción de inocencia que ampara a toda persona, y ello sólo es posible mediante la prueba completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella. Luego, para absolver no es necesario que esté demostrada la inocencia. Basta que la infraccion o la responsabilidad no se hayan acreditado en forma legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

En providencia del catorce de agosto de mil novecientos sesenta y uno, la Corte llamó a responder en juicio criminal de única instancia, por el delito de concusión de que trata el Capítulo 2º, Título III, Libro Segundo del Código Penal, al señor Gustavo Rojas Pinilla, quien ejerció la Presidencia de la República del 13 de junio de 1953 al 10 de mayo de 1957.

Ejecutoriado el auto de proceder y habiéndose observado la plenitud de las formas propias del juicio, corresponde proferir el fallo definitivo.

Hechos:

Con apoyo en el acervo probatorio hasta entonces existente en el proceso, el auto de vocación a juicio formuló al acusado el cargo fundamental de que, en su carácter de Presidente de la República, le propuso al doctor Carlos Echeverri Herrera, Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, que, en tal calidad, facilitara económicamente la parcelación de las haciendas "Mosquitos" y "Sabanas de Román", pertenecientes a la "Compañía Ganadera de Patiño Ltda.", firma cuya gerencia desempeñaba —a la sazón— el proponente. Refiriéndose a la forma y contenido de la aludida propuesta, en la parte esencial de su denuncia dijo el doctor Echeverri Herrera: "Efectivamente el General no hizo solicitud escrita a la Caja Agraria en relación con las fincas de 'Mosquitos' y 'Sabanas de Román', de propiedad de la 'Compañía Ganadera de Patiño Ltda.'. La solicitud me la hizo a mí por teléfono, llamándome desde Palacio, uno de los días de la primera quincena de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis. El General me explicó que había varios centenares de personas, vecinas de la región de Agua Chica y otros Municipios próximos, que estaban deseosas de adquirir parcelas en tierras incorporadas dentro de las haciendas de 'Mosquitos' y 'Sabanas de Román'. Me agregó el General que estas haciendas eran de propiedad de la Compañía Ganadera de Patiño Limitada, noticia que hasta ese momento yo ignoraba; y concluyó este aspecto de su solicitud con la advertencia de que él ejercía la gerencia

de la citada Compañía. En la misma conversación telefónica el General se extendió en ponderaciones sobre la calidad de aquellas tierras, y me dijo que si la Caja Agraria financiaba su parcelación para que, mediante préstamos de sus fondos a los aspirantes a parcelas, éstos pudieran comprarle a la Compañía de Patiño Ltda., la Caja resultaría haciendo una labor social muy encomiable...".

Desarrollo del proceso.

Con fundamento en publicaciones aparecidas en algunos periódicos de Bogotá, en las cuales se decía que el señor Gustavo Rojas Pinilla, por la época en que ejerció la Presidencia de la República, había propuesto "tortuosos negocios al doctor Carlos Echeverri Herrera", cuando éste desempeñaba el cargo de Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, la Comisión Nacional de Instrucción Criminal dispuso abrir la correspondiente investigación, previa denuncia juramentada del último de los nombrados. Las diligencias respectivas fueron luego enviadas a la Cámara de Representantes, para los efectos previstos en el ordinal 5º del artículo 102 de la Constitución Nacional.

Examinado el informativo por la Cámara de Representantes, ésta resolvió acusar ante el Senado de la República, mediante vocero designado al efecto, al ex Presidente Gustavo Rojas Pinilla. La acusación se contrajo a los siguientes cargos:

a) Indignidad por mala conducta en el ejercicio de las funciones de Presidente de la República;

b) Violación de la Constitución Nacional (Art. 120, numerales 12 y 15), y

c) Haber cometido el delito de concusión (Art. 156 del Código Penal).

El Senado aceptó la acusación el 22 de octubre de 1958; dispuso tener como pruebas todas las practicadas por la Comisión Nacional de Instrucción Criminal, y ordenó cumplir otras diligencias. Agotado el trámite dentro de la Comisión Instructora de la alta Cámara, ésta, mediante resolución aprobada el 15 de diciembre del mismo año, decidió llamar a responder en juicio al ex Presidente por los cargos señalados en los apartes a) y b) del párrafo anterior, y dispuso, además, poner "al procesado y el proceso a disposición de la honorable Corte Suprema de Justicia para el juzgamiento que le corresponde". En cumplimiento de la referida providencia, el honorable Senado de la República adelantó el juicio político y envió a esta corporación el expediente respectivo con el objeto de que ante ella se surtiera el proceso penal por el delito de concusión. En la citada resolución del 15 de diciembre se decretó, igualmente, la detención preventiva del procesado.

La Corte aprehendió el conocimiento del asunto, previo el estudio de la competencia. Resueltas algunas incidencias procesales y practicadas las pruebas que se estimaron conducentes, mediante auto del 27 de octubre de 1960 se dispuso, con fundamento en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, la excarcelación caucionada del sindicado. Constituye presupuesto fundamental de esa providencia la hipótesis de una concusión en el grado de tentativa.

Clausurada la investigación y obtenido el concepto de fondo del señor Agente del Ministerio Público, se produjo el llamamiento a juicio a que ya se aludió. Al estudiar entonces la naturaleza jurídica del delito de concusión, la Corte, apoyada en la doctrina de eminentes tratadistas, sostuvo la tesis de que esa figura, tal como la describe el artículo 156 del Código Penal, es susceptible de fraccionamiento en su proceso ejecutivo, y, por tanto, admite el grado de tentativa. Partiendo de esa premisa y tomando como punto de referencia el momento consumativo de la concusión, la Sala, previo el examen de la prueba, concluyó que el *iter criminis* en el caso de autos se había detenido en la etapa del conato. De allí que expresara finalmente: "Los elementos de convicción ya examinados arrojan ese mínimo probatorio a que se refiere el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la responsabilidad del procesado para que pueda proferirse, en su contra, auto de vocación a juicio".

El defensor del procesado interpuso el recurso de reposición contra tal providencia, a fin de que, en su lugar, se sobreseyera definitivamente en favor de su patrocinado, pero la Corte, previo el trámite legal, se negó a reponerla. En firme el auto de proceder, y abierto el juicio a prueba por el término previsto en el artículo 4º del Decreto extraordinario 1231 de 1951, trajéronse al proceso, casi en su totalidad, aquellas que oportunamente solicitara la defensa, y las que esta Sala, por su parte, estimó conducentes.

Por último, se celebró la vista pública de la causa dentro del lapso comprendido entre el 20 de septiembre y el 29 de octubre de mil novecientos sesenta y dos. Cumpliendo instrucciones del Procurador General de la Nación, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien ha llevado la representación del Ministerio Público

en este juicio, se abstuvo de concurrir al debate, limitando su última intervención en el proceso al escrito que obra de folios 5 a 48 del cuaderno número 13, concepto que fue leído dentro de la audiencia pública.

Después de la lectura de las piezas más importantes del expediente, fueron oídas las circunstanciadas exposiciones del procesado y su defensor, confluyentes en una solicitud final de absolución. Con el respetable propósito de contribuír a su defensa, aquél hizo un minucioso recuento de su vida profesional y pública, destacando las notas características de su personalidad. Y éste, por su parte, dedicó preferente atención al aspecto probatorio del proceso y a la naturaleza jurídica del delito que se le imputa a su defendido.

Las pruebas.

El auto de proceder se fundó, en síntesis, sobre los siguientes elementos de juicio:

a) Documentos de los cuales se desprende que el acusado ejerció la Presidencia de la República durante el lapso comprendido entre el 13 de junio de 1953 y el 10 de mayo de 1957;

b) Declaraciones juramentadas en las cuales el denunciante, doctor Carlos Echeverri Herrera, asevera la ocurrencia de la conversación telefónica que dio origen al proceso (fs. 4 a 6 del cuaderno número 1; fs. 21 a 24 del cuaderno número 4; fs. 52 a 55 del cuaderno número 11; fs. 60 a 80, ibídem);

c) Informe de fecha 9 de enero de 1957 (fs. 103 y ss. del cuaderno número 1), rendido al señor Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, doctor Carlos Echeverri Herrera, por los señores Camilo Bedoya Valencia y Jorge Escobar Motta, funcionarios del Ministerio de Agricultura y de aquella entidad, respectivamente, en el cual dan cuenta "de la comisión que les fue confiada para estudiar el proyecto en que está interesada la firma Sociedad de Patiño Ltda., sobre la parcelación de las fincas que posee dicha sociedad en los Municipios de Río de Oro, Gamarra y Agua Chica";

d) Declaración del entonces Ministro de Agricultura, doctor Eduardo Berrío González, en donde manifiesta que a mediados del mes de diciembre de 1956 el doctor Echeverri Herrera le informó sobre la propuesta que con respecto a la parcelación de las fincas "Mosquitos" y "Sabanas de Román" le había hecho el Presidente de la República (f. 87 v. del cuaderno número 4);

e) Declaración del doctor Hernando Salazar Mejía, quien dice haber sido noticiado sobre el mismo particular por los doctores Berrío González y Echeverri Herrera, a raíz de que el Jefe del Estado le solicitara la dimisión a este último, y que por tales motivos el Ministro y él resolvieron también presentar sus renuncias irrevocables, lo que en efecto sucedió (fs. 184 y ss. del cuaderno número 4).

Durante el plenario se trajeron al proceso estos otros elementos de juicio:

1. Certificación de fecha 20 de febrero de 1962, expedida por el señor Gerente General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, doctor José Elías del Hierro, en la cual se consignan los siguientes datos:

a) El edificio donde funciona la Agencia de la Caja Agraria en Sogamoso, Departamento de Boyacá, fue inaugurado el día 3 de diciembre de 1956;

b) El doctor Carlos Echeverri Herrera ejerció el cargo de Gerente de la Caja Agraria desde el día 21 de noviembre de 1956 hasta el día 21 de enero de 1957;

c) Revisados minuciosamente los archivos de esta Institución, no aparece en ellos constancia de telegrama alguno dirigido por el Gerente General de ella al señor Amín Malkún (f. 387, Cd. No. 11).

2. Declaración juramentada del señor Amín Malkún, en la que, después de expresar que reside en la ciudad de Barranquilla, dice, en suma, que no estuvo en Bogotá durante el mes de diciembre de 1956 (f. 405, Cd. cit.).

3. Testimonios de los señores Bedoya Valencia y Escobar Motta, en donde ratifican su citado informe del 9 de enero de 1957, y manifiestan, además, que en ninguna forma recibieron instrucciones, recomendaciones o sugerencias del entonces Presidente de la República sobre la comisión que se les había confiado (fs. 377 a 378 y 384 a 385, Cd. cit.).

4. Declaración de la señora Berta González de Rodríguez en la que, después de afirmar que durante el año de 1956 ejerció el cargo de Secretaria Privada del Presidente de la República, expresa: "me consta que el señor Presidente estuvo ausente de la ciudad de Bogotá en los días inmediatamente siguientes a la inauguración del edificio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de la población de Sogamoso, Departamento de Boyacá, y recuerdo que lo llamé directamente por teléfono a Melgar para pedirle permiso de ausentarme en esos días y no asistir

a la oficina los días que él no estuviera en el despacho". Y en la misma diligencia dice la deponente: "Me consta por haberlo oído del General Rojas Pinilla que no quería nombrar Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero al doctor Carlos Echeverri Herrera, porque tenía malas referencias de él, pero que el doctor Berrío González, entonces Ministro de Agricultura, insistió en el nombramiento del señor Echeverri Herrera, y era lógico que el General tenía que hacer confianza en su Ministro" (fs. 381 y 382, Cd. cit.).

5. Testimonio del señor Félix Antonio Garavito. El deponente afirma, en primer término, que desempeñó el oficio de chofer del señor Gustavo Rojas Pinilla durante todo el tiempo que éste ejerció la Presidencia de la República. Y a continuación suministra las siguientes informaciones: En su calidad de chofer, le correspondió conducir en automóvil al Presidente hasta la ciudad de Sogamoso con motivo de la aludida inauguración del edificio de la Caja de Crédito Agrario. Transcurridas las ceremonias oficiales, recibió orden de regresar a Bogotá, en donde al día siguiente debía esperar al mandatario en el Aeropuerto de Techo. El Presidente llegó en la fecha indicada, e "inmediatamente descendió del avión tomó el vehículo y seguimos directamente a Melgar", su finca de veraneo, en donde permaneció "8 días, más o menos". Al preguntarle el Magistrado sustanciador al deponente los motivos por los cuales recordaba las circunstancias o episodios por él relatados, respondió: "Recuerdo como primera medida por la trasnochada que me metí regresando con el vehículo esa misma noche a Bogotá, y más que todo en esa vez hubo un accidente de tránsito y hubo varios heridos delante de Tunja, y el motivo según por el cual seguimos directo para Melgar fue por lo que el señor General estaba resfriado, posiblemente el resfrío se debió a una espera en Sogamoso de dos horas, mientras llegó la luz". Y agregó: "Recuerdo por motivo de que no me dejó (se refiere al Presidente) regresar con el vehículo como era la costumbre inmediatamente que lo dejaba uno..., y porque en esos días yo estaba haciendo una casa en Melgar, y fue la única vez que me gustó la demora, y también porque me dijeron que posiblemente se regresaba él por tierra y no en avión" (fs. 426 y 427, Cd. cit.).

Consideraciones de la Corte:

1. Suscitado en el proceso el tema relativo a la competencia de la Corte para conocer del mismo, conviene exponer el criterio que prevaleció en ella sobre el particular.

De conformidad con los preceptos contenidos en los artículos 96 y 102 (atribución 5ª) de la Carta, el Senado adelantó las diligencias del caso para ocuparse del juzgamiento del señor Gustavo Rojas Pinilla, por la responsabilidad política a que diera lugar la acusación presentada por la Cámara de Representantes.

Como en la citada acusación se imputó al procesado el delito de concusión, el Senado de la República, de acuerdo con el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, envió a la Corte el expediente para que se resolviera sobre el cargo delictuoso aludido.

La Corte afirmó su competencia para conocer de este proceso, en cuanto a la responsabilidad penal del incriminado, con apoyo en el ordinal 1º del artículo 151 de la Constitución Nacional.

La atribución señalada en dicho ordinal, como es obvio, no está condicionada a que la acción penal se inicie cuando el Jefe del Estado, sujeto de una sindicación por delitos, se encuentre en el ejercicio del cargo. El artículo 131 de la Carta no permite llegar a otra conclusión, pues este precepto se ocupa sólo de hacer pertinente la intervención del Congreso en el juzgamiento, por la Corte, del Presidente de la República o de quien se halle encargado del Poder Ejecutivo, mientras ejerza éste el cargo, o durante el período para el cual aquél fue elegido, aun respecto de infracciones penales cometidas antes de los indicados lapsos.

Evidentemente, sin el precepto constitucional citado, tales delitos serían conocidos por los Jueces ordinarios, sin la previa intervención del Congreso, lo que afectaría la estabilidad misma de las instituciones y la dignidad de la Nación, extremos estos que explican el fuero en el juzgamiento del Jefe del Estado.

Conviene insistir, frente a los hechos de que trata este negocio, que al Senado correspondía el juzgamiento por la responsabilidad política, aunque la indignidad se desprendiera de la comisión de un delito. Y en cuanto a la responsabilidad penal por éste, es evidente que incumbe a la Corte definirla.

El origen de la responsabilidad política y el de la penal, referidas ambas, en este caso, al mismo hecho de la concusión, permite que el Congreso adelante la acusación sobre la primera y que disponga el envío del proceso a la Corte para el conocimiento de la segunda.

Así entendido el procedimiento, se excluye la idea de fallos encontrados. No resulta, por tanto, ilógico que mientras se condena por la responsa-

bilidad política, la justicia ordinaria deba adoptar solución distinta sobre el cargo propiamente delictuoso. Uno es el juicio político y otro el penal, y a ellos corresponden presupuestos diferentes.

2. Constituyen una verdadera gradación los requisitos probatorios que el Código de Procedimiento Penal establece para fundar las distintas determinaciones que con respecto al procesado hayan de tomarse en el curso de la investigación y del juicio. Así, para detener preventivamente la ley exige que contra el procesado resulte, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente, como autor o partícipe de la infracción que se investiga, o si el funcionario que adopta la medida cautelar lo hubiere visto en el acto que constituye su participación en el delito (Art. 379).

Avanzando en el rigor probatorio, para llamar a juicio es preciso que aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es penalmente responsable, como autor o partícipe, de la infracción que se investiga (Art. 429). Por último, para proferir sentencia condenatoria es indispensable la plena prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad (Art. 203).

3. El enjuiciamiento no implica una declaración concluyente de responsabilidad, sino apenas una fórmula de imputación, que puede ser controvertida durante el juicio. De allí que la prueba para sustentar el auto de proceder, por este aspecto, no requiere plenitud probatoria. En cambio, es consustancial a todo fallo condenatorio el presupuesto de que el Estado ha destruído la presunción de inocencia que ampara a toda persona, y ello sólo es posible mediante la prueba completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella. Luego, para absolver no es necesario que esté demostrada la inocencia. Basta que la infracción o la responsabilidad no se hayan acreditado en legal forma.

4. El auto de vocación a juicio recogió y examinó en su momento todo el acervo probatorio hasta entonces existente en el informativo. Allí expresó la Corte que sólo surgía del proceso la *"prueba mínima"* que indica el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal. Ahora bien: durante el plenario, esa "prueba mínima", que fundamentalmente descansa sobre el testimonio del doctor Echeverri Herrera, lejos de vigorizarse, resultó debilitada.

En efecto, afirmó éste, en el careo que sostuvo con el procesado, que la conversación telefónica en que fundó su acusación tuvo lugar al día siguiente de haberse inaugurado en la ciudad de Sogamoso el edificio de la Agencia de la Caja de Crédito Agrario (f. 75 vto., Cd. No. 11). Esa inauguración —está acreditado— se efectuó el 3 de diciembre de 1956. Por tanto, la referida conferencia telefónica debió realizarse, según el denunciante, el 4 del mes y año citados. Sin embargo, ya se ha visto que, conforme a los declarantes Félix Garavito y señora Berta González de Rodríguez, el Presidente se hallaba para esa fecha en su finca de veraneo de Melgar.

Es oportuno recordar que el mismo doctor Echeverri Herrera ya había expresado que la mencionada conversación telefónica se produjo en Bogotá: "la solicitud me la hizo a mí por teléfono —dice— llamándome desde Palacio, uno de los días de la primera quincena de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis". Afirma también que el día en que ocurrió la tántas veces aludida conversación telefónica, el señor Amín Malkún estuvo en su despacho de la Caja de Crédito Agrario hablándole de las excelentes condiciones de las fincas en cuya parcelación estaba interesado el Presidente. Y el señor Malkún, en su testimonio, niega haber estado en Bogotá en el mes de diciembre.

Por otra parte, el procesado, a través de todo el informativo, es enfático en negar la existencia de la conversación telefónica a que alude el doctor Echeverri Herrera.

Debilitada durante el plenario la prueba que se tuvo en cuenta para llamar a juicio al señor Gustavo Rojas Pinilla, la que apenas alcanzó, como se dijo antes, el mínimo exigido para fundamentar esa providencia, es claro que no se reúne las condiciones exigidas en el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal para proferir un fallo condenatorio. Los elementos de juicio examinados en el auto de proceder tienen origen todos en la conversación telefónica de cuyo contenido informó a los declarantes el doctor Echeverri Herrera.

Fuera de ello, la perplejidad que en el ánimo del juzgador arroja en el caso *sub judice* la prueba recaudada en el plenario, hace procedente la aplicación del principio consagrado en el artículo 204 ibídem. Para absolver, se repite, no se requiere que esté acreditada la inocencia. Basta que la infracción o la responsabilidad no estén probadas conforme a derecho.

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Plena—, visto el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

a) Absolver al ex Presidente de la República, señor Gustavo Rojas Pinilla, por el delito de concusión que le fue imputado en este proceso;

b) Decretar el desembargo de los bienes de propiedad del acusado. Comuníquese esta decisión a los respectivos Registradores de Instrumentos Públicos y Privados;

c) Cancelar la fianza prestada para obtener el procesado su libertad.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Gustavo Rendón Gaviria; Ramiro Araújo Grau; Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R.; con motivación separada, *Luis Alberto Bravo;* con motivación separada, *Enrique Coral Velasco; Alejandro Córdoba Medina; Roberto de Zubiría; Gutavo Fajardo Pinzón;* con aclaración separada, *José J. Gómez R.;* con motivación separada, *José Hernández Arbeláez;* con salvamento de voto, *Enrique López de la Pava; Simón Montero Torres; Efrén Osejo Peña; Luis Fernando Paredes; Carlos Peláez Trujillo;* con aclaración, *Arturo C. Posada; Julio Roncallo Acosta; Primitivo Vergara Crespo; Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

MOTIVACION DEL VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ, ENRIQUE CORAL VELASCO Y LUIS ALBERTO BRAVO

En desacuerdo con el curso que el proceso recibió ante la Corte, por motivos expuestos en oportunidades anteriores, nos consideramos en la necesidad de sustentar por separado nuestro voto:

1. No obstante la falta de competencia de la Corte para duplicar el auto de proceder, que es materia sometida privativamente al Senado de la República, sí la tiene plena e indiscutible para pronunciar sentencia de mérito por el tanto de culpa común que le corresponda al acusado, en conformidad con la atribución 1ª, artículo 151, para los efectos de la regla 2ª, artículo 97 de la Constitución, en cuanto al plenario ante la Corte "si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena", distinta de la "destitución del empleo o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos" como sanciones de competencia del Senado; al par que exclusivamente incumbe a la propia Cámara Alta calificar la indignidad por mala conducta de los funcionarios sometidos a su jurisdicción.

2. La Corte actúa como Juez de derecho, a diferencia del Senado, que en lo concerniente a la responsabilidad política profiere su decisión como Juez de hecho con base en cuestionario cuyas respuestas adoptan por mayoría absoluta de votos.

De esa manera el juicio político ante el Senado no está sometido al régimen legal de las probanzas, mientras que el pronunciamiento de la Corte ha de ceñirse a lo que en el expediente aparezca de acuerdo con el valor que a los medios aportados corresponda según las normas instrumentales aplicables en el campo probatorio. Lo que se encuentre por fuera de esa órbita estricta es completamente extraño a la misión jurisdiccional de la Corte, en guarda de los principios de orden público primario que sustentan la vida del Estado de derecho, garantizan la tranquilidad social, defienden la dignidad de la persona humana y la libertad del ciudadano.

No se trata ya, en efecto, de juzgar la responsabilidad política de un gobernante que por sus hechos públicos haya perdido la confianza de la Nación, sino que es preciso determinar si ese mismo funcionario se hizo responsable como delincuente común por infracción de las normas que tipifican los ilícitos penales.

3. Lo anterior es suficiente a definir que a pesar de la deducción de responsabilidad política por el Senado de la República en sentencia ejecutoriada que profirió con plenitud de competencia *como Juez de hecho,* es procedente la absolución por el tanto de culpa común si la Corte Suprema de Justicia *como Juez de derecho* en la aplicación de las leyes penales no encuentra en el proceso base adecuada a pronunciamiento condenatorio que imponga penas comunes. Habrá entonces *responsabilidad política* deducida y castigada por la Cámara Alta, pero no habrá *responsabilidad penal* deducible por la Corte, sin que ello en forma alguna rompa la continencia de la causa o envuelva desarmonía interna en la potestad jurisdiccional del Estado, que es una e indivisible, a pesar de sus dos campos de actividad, ante el Senado y ante la Corte, para el juzgamiento del mismo procesado.

4. Circunscrita, pues, la cuestión, no a la responsabilidad política sino a la responsabilidad penal, sólo aparece de autos el testimonio del denunciante, quien ejercía las funciones de Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y quien con ese carácter estuviese colocado como sujeto pasivo de la acción concusionaria a que su denuncia se refiere. Aparecería en apoyo el informe de los comisionados para visitar los predios de Mosquitos y Sabanas de Román, si no fuera por el equívoco en saber ciertamente si con esa visita se trataba de gestiones espontáneas de dirección dentro del giro ordinario de aquel instituto de crédito y fomento, o si fue impuesta por voluntad alguna prepotente y con algún predeterminado interés, cierto o incierto. Lo que le resta valor como inferencia capaz de sustentar en derecho una condenación penal. Y

no surge así la indispensable plena prueba de la responsabilidad común del acusado.

Porque el dicho de una persona, por repetido que sea por ella misma o por quienes le oyeron decir lo mismo, no deja de ser la aseveración del testigo único. Y un solo testimonio no obtendrá el valor de plena prueba penal condenatoria sino allí donde se marque la ruina absoluta del Estado de leyes, con naufragio incluso del derecho de gentes. No es de recibo jurídico que baste el dicho del denunciante para que caiga sobre el denunciado el rigor de las penas. No poca distancia hay entre el despotismo y la democracia.

Y el hecho notoriamente equívoco de que visitadores fuesen diputados por la Caja Agraria para informar sobre las tierras a que se refiriera la parcelación requerida por quien a la sazón ocupaba la Presidencia de la República, no constituye indicio tan vigoroso que permitiera deducir responsabilidad penal por sentencia de mérito.

5. El día que elementos tan deleznables fuesen capaces de fundar en derecho un fallo penal condenatorio, desaparecería por completo el sosiego de las gentes, quedaría aniquilada la República y sin base la paz de los hogares.

Cualquiera consideración atinente a los hechos políticos del acusado, encaja en el juzgamiento de la Cámara Alta; pero es del todo ajena al juzgamiento actual por la Corte, y no puede afectar la balanza de la justicia penal, cuyo equilibrio se estabiliza por la fiel aplicación de las normas que organizan y respaldan la convivencia civilizada de los hombres.

Por todo lo cual estamos de acuerdo con la parte resolutiva del fallo que antecede.

Fecha ut supra.

José Hernández Arbeláez, Enrique Coral Velasco, Luis Alberto Bravo.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACLARACION DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE J. GOMEZ R.

En mi concepto, no es que la prueba registrada en el proceso para pronunciar el auto de proceder se haya debilitado en el plenario, como lo dice la sentencia, porque no considero que declaraciones tardías como las del ex chofer y la ex secretaria del señor Rojas Pinilla, y de Amín Malkún, puedan debilitar el testimonio del doctor Echeverri Herrera, sino simplemente que la prueba "mínima" que la honorable Corte halló para llamar a juicio, es insuficiente para condenar, ya que según el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, para esto último se requiere la prueba plena del cuerpo del delito y de la responsabilidad, prueba que, sin entrar en pormenores, no aparece en este asunto.

Fecha ut supra.

José J. Gómez R.

ACLARACION DEL MAGISTRADO ARTURO C. POSADA

Aclaro mi voto sobre la parte motiva de la sentencia, en el sentido de que la absolución que por ella se imparte, de acuerdo con las razones que contiene mi salvamento de voto al enjuiciamiento, se funda para mí en que no hay prueba legal ni sobre la infracción o cuerpo del delito ni sobre la responsabilidad del enjuiciado para que pueda ser condenado. En efecto, si la declaración del denunciante, sobre la cual se fundó el llamamiento a juicio, no ofrecía entonces serios motivos de credibilidad de que el procesado fuera responsable del delito de concusión para poder enjuiciársele, demeritado como ha sido dicho testimonio con la prueba traída al plenario, ha perdido toda credibilidad para proferirle sentencia condenatoria, y, por tanto, la absolución descansa en que no existe la prueba requerida por el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea el caso de aplicar el principio *in dubio pro reo,* contenido en el artículo 204 ibídem, toda vez que sobre un testimonio carente de credibilidad, no cabé hablar de duda, pues *quod non est in actis non est in mundo,* o sea que si no hay prueba no hay delito, ni, por ende, responsabilidad.

Arturo C. Posada.

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA

Como no comparto la solución que la sentencia anterior le da a este proceso que se ha venido ventilando contra el señor Gustavo Rojas Pinilla por el delito de concusión, me permito exponer en seguida y en forma muy breve los principales motivos de mi discrepancia.

1. El Senado de la República calificó inicialmente este negocio y formuló contra el señor Rojas Pinilla los cargos de indignidad, de quebranto de la Constitución y de concusión en su grado de delito perfecto. Pasado luego el proceso a la Corte Suprema para el conocimiento de este último cargo, se iniciaron las diligencias conducentes al adelantamiento de la causa. Ocurrió que más tarde la mayoría de la Sala, invocando el principio de la unidad del proceso, consideró que no competía al Senado, sino a la misma Corte, la calificación del sumario por el ilícito común, y profirió un nuevo llamamiento a juicio, pero ya no por el delito perfecto de concusión, sino por tentativa de ese ilícito o delito simplemente tentado.

Consta en autos que el suscrito, en asocio de otros honorables Magistrados, suscribió un salvamento de voto con relación al mencionado auto de proceder dictado por la Corte y con fundamento en estas dos razones cardinales: primera, que el Senado de la República ya había llamado a juicio al señor Rojas Pinilla por el delito de concusión, y que era a esa entidad y no a la Corte a quien, constitucionalmente, correspondía calificar el negocio; segunda, que en aras de la moral administrativa nacional la concusión constituye y debe ser concebida, aplicada y sancionada como un delito simplemente formal y no material, y que dentro de esta concepción no cabe en ella el grado de tentativa.

2. El proveído de enjuiciamiento dictado por la Corte encontró que había prueba suficiente para sustentarse. Esa prueba consistía en el testimonio reiterado del doctor Carlos Echeverri Herrera, en las declaraciones del ex Ministro Eduardo Berrío González y Hernando Salazar Mejía, en los dichos de los señores Camilo Bedoya y Jorge Escobar Motta, comisionados de la Caja Agraria y del Ministerio de Agricultura, y en otros hechos significativos que confluían a esforzar el grado de credibilidad de aquel primero y principal testimonio. En esas mismas pruebas se fundó el enjuiciamiento y luego el fallo del Senado por indignidad, y se decretó y mantuvo la detención preventiva del procesado.

3. Según la sentencia anterior, la mayoría de la Sala encuentra ahora que la prueba acogida para sustentar el auto de vocación a juicio se ha debilitado, porque en el plenario se recibieron a petición del procesado las declaraciones de los señores Amín Malkún, Berta González y Félix Garavito, quienes demuestran circunstancias que desvirtúan las aseveraciones hechas por el testigo principal, doctor Echeverri Herrera.

Declaró éste, entre otros hechos, que pocos momentos después que el señor Rojas Pinilla lo llamó por teléfono desde la Presidencia de la República para proponerle en nombre de la "Compañía Ganadera de Patiño Limitada" la parcelación de las haciendas de "Mosquitos" y "Sabanas de Román", y de anunciarle que su amigo Amín Malkún lo visitaría en seguida para exponerle mejor las conveniencias de esa operación, se presentó en efecto el nombrado señor Malkún en las oficinas de la Caja Agraria y le habló del referido negocio parcelario. El señor Malkún declaró tres o cuatro años después de ocurridos estos hechos, y en su testimonio dice que jamás estuvo a visitar al doctor Echeverri Herrera y que por la época en que éste dice haber recibido aquella visita no se hallaba él en Bogotá.

La señora Berta González, secretaria privada del señor Rojas Pinilla, declaró también tres o cuatro años más tarde de sucedidos los hechos expresados, y en su testimonio afirma principalmente que su antiguo jefe no estaba tampoco en Bogotá por los días en que el doctor Echeverri Herrera dice haber recibido la llamada telefónica, y además que el señor Rojas Pinilla tenía malas referencias del entonces Gerente de la Caja Agraria.

El señor Félix Garavito, chofer del señor Rojas Pinilla durante todo el tiempo en que éste ejerció la Jefatura Suprema del Estado, declaró asimismo tres o cuatro años después de ocurridos los mismos hechos y en, su declaración expresa en síntesis que el día en que se dice haberse realizado la llamada telefónica al doctor Echeverri Herrera, el señor Rojas Pinilla no estuvo en el Palacio Presidencial, sino que llegó en avión de Sogamoso al Aeropuerto de Techo, y de ahí mismo siguió inmediatamente a su residencia campestre de Melgar.

Es decir, que con las declaraciones del señor Malkún, de su antigua secretaria privada y de su chofer, el procesado buscó establecer su coartada con la pretensión de contrarrestar o debilitar el grado de credibilidad del testimonio del doctor Echeverri Herrera.

Pues bien: considero que las aseveraciones hechas, repetidas y sostenidas en careo por el doctor Echeverri Herrera merecen entero crédito y que su grado de credibilidad no se ha debilitado ni desvirtuado con las declaraciones de quienes estuvieron al servicio del procesado durante el ejercicio de la Jefatura Suprema del Estado. No creo necesario extenderme en pormenores para explicar las razones de este concepto. En pie e incólume queda el testimonio del doctor Echeverri Herrera, con las demás pruebas que lo respaldan y que sirvieron de fundamento al auto de proceder de la Corte y al juicio del Senado de la República.

Ni cabe aquí tachar de prueba única e incompleta el testimonio del doctor Echeverri Herrera por dos razones: primera, porque en realidad no está solo y desprovisto de sostén probatorio, sino que aparece respaldado por otras pruebas, como se expresó en el proveído de enjuiciamiento, y porque estas otras pruebas y los antecedentes del procesado como antiguo Jefe del Gobierno abonan y acentúan el grado de credibilidad de ese testimonio, y no autorizan para pensar que su autor sólo hubiera pretendido urdir una simple y escandalosa pantomima. Segunda, porque en materia de prueba testifical el Código de Procedimiento Penal sustituyó el anacrónico criterio cuantitativo de los declarantes por el cualitativo del testimonio mismo. Conforme a este criterio el mérito demostrativo de esta prueba depende, no de la cantidad de testigos, sino de las condiciones intelectuales, morales y sociales del declarante, del objeto de la misma prueba y de la forma y circunstancias en que el propio deponente haya percibido los hechos que narra. Este criterio no descarta, sino que acoge la posibilidad de atribuírle el valor de plena prueba a un solo testimonio cuando se lo puede calificar de excepcional o clásico por las condiciones personales, sociales y morales del declarante. El citado Código no consagra, pues, el anticuado principio de *testis unus, testis nullus.*

Como las pruebas mencionadas no han perdido su mérito ni aparecen fehacientemente desvirtuadas, estimo que, apreciadas justamente a la luz de todos los hechos que arroja la causa y de los antecedentes y el comportamiento del procesado, son suficientes para imponer en este caso una sanción que reprima el hecho incriminado y que sirva de crisol y estímulo a la probidad tradicional de la Administración Pública colombiana.

Dejo así sintéticamente expuestas las razones de mi disentimiento.

Enrique López de la Pava.
Ricardo Ramírez L., Secretario.

PROPOSICIONES APROBADAS POR LA CORTE PLENA EN SU SESION DE FECHA 1º DE AGOSTO DE 1963, CON OCASION DEL FALLECIMIENTO DE LOS DOCTORES LUIS ENRIQUE CUERVO ARAOS Y ALBERTO GOENAGA, EX MAGISTRADOS DE LA CORPORACION

I

"La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, al registrar el fallecimiento del señor doctor Luis Enrique Cuervo Araos, insigne jurista, quien honró con sus virtudes y sus luces al órgano jurisdiccional en los cargos de Juez, Magistrado de Tribunal Superior y miembro de esta corporación, consigna en el acta de hoy su sentimiento de pesar por tan infausto acontecimiento y hace llegar esta manifestación a la viuda, a los hijos y demás deudos del finado.

"Copia de esta moción en nota de estilo será puesta en manos de la viuda del doctor Cuervo Araos, y se publicará en la Gaceta de la Corte".

II

"La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, al registrar el fallecimiento del señor doctor Alberto Goenaga, quien honró con sus virtudes y talento el cargo de Magistrado de esta corporación, consigna en el acta de hoy su sentimiento de pesar por tan infausto acontecimiento y hace llegar a sus deudos la expresión de condolencia más sincera.

"Copia de esta moción, en nota de estilo, será enviada al señor doctor Jaime Goenaga y publicada en la **Gaceta Judicial**".

MOCION DE DUELO

"La Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, deplora el fallecimiento de la esclarecida señora doña Delfina Londoño viuda de Vila y hace llegar esta expresión de condolencia a sus deudos, especialmente al honorable Magistrado de la corporación, señor doctor Carlos Peláez Trujillo.

"Copia de esta moción, en nota de estilo, será puesta en manos del señor Magistrado doctor Peláez Trujillo, y se publicará en la Gaceta Judicial".

(Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha 13 de agosto de 1963).

MOCION DE DUELO CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR FRANCISCO ROENES SAMPAYO, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA

"La Corte Suprema de Justicia deplora sinceramente el fallecimiento del doctor Francisco Roenes Sampayo, quien desempeñaba el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y quien se había distinguido como connotado jurista y ejemplar ciudadano; con tal motivo, la Corte envía al Tribunal de Cartagena y a los familiares del extinto su sentida expresión de condolencia.

"Publíquese en la **Gaceta Judicial**".

(Aprobada en la sesión plenaria del 5 de septiembre de 1963).

MOCION DE DUELO APROBADA EN CORTE PLENA CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR RICARDO HINESTROSA DAZA, EX PRESIDENTE DE LA CORPORACION

"La Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— deplora profundamente el fallecimiento del señor doctor Ricardo Hinestrosa Daza, quien, como Rector de la Universidad Externado de Colombia, como abogado y como Magistrado y Presidente de esta corporación, honró las letras, enalteció el foro y la justicia con sus altas calidades espirituales y sus acendradas virtudes de apóstol y maestro, que de ser imitadas, abrirían nuevos cauces de renovación a las fuerzas morales de la República.

"Levántese la sesión en señal de duelo, comuníquese, en nota de estilo, a su señora viuda y a los hijos del extinto, a la Universidad Externado de Colombia y publíquese en la **Gaceta Judicial**".

(Aprobada en sesión de 12 de septiembre de 1963).

LA CORTE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR GERARDO ANGEL SANTACOLOMA, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA

"La Corte Suprema de Justicia deplora, con vivo sentimiento, la trágica y prematura muerte del doctor Gerardo Angel Santacoloma, quien desempeñaba el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, distinguiéndose allí como jurista de vocación irrevocable, y en la sociedad como ciudadano ejemplar; con tal motivo la Corte envía al citado Tribunal y a la familia del extinto su conmovida expresión de condolencia.

"Transcríbase en nota de estilo y publíquese en la **Gaceta Judicial**".

(Aprobada en sesión plenaria de fecha septiembre 26 de 1963).

INEXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL LA NACION SE ASOCIA AL CINCUENTENARIO DEL MUNICIPIO DE VALDIVIA, EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA"

1. Si como reza la leyenda del proyecto de ley objetado por inconstitucionalidad, se trata de que la Nación se asocie al cincuentenario del Municipio de Valdivia, en el Departamento de Antioquia, a cuyo efecto dispone auxiliarlo con la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00), no hay duda de que tal auxilio no podría fundarse en la celebración de un cincuentenario, no previsto en la Ley 46 de 1946, ley que, según el tenor de su artículo 5º, es "orgánica del plan de centenarios para los efectos del artículo 76 de la Constitución Nacional", aparte de que la cuantía del auxilio dobla la autorizada por el artículo 1º de esta misma ley.

2. Al prescribir el artículo 1º del proyecto de ley objetado la inversión de la suma con que se dispone auxiliar al Municipio de Valdivia en varias obras públicas y en el sostenimiento de un hospital municipal, se lleva el asunto al campo de la Ley 71 de 1946, "por la cual se desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional", que atribuye al Congreso el fomento de "las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes", y entonces se advierte que no se han cumplido las condiciones que esta ley exige por mandato de dicho precepto constitucional, en tratándose de fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo (artículos 2º y 3º de la citada ley).

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, dos de octubre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

I

El Congreso Nacional aprobó un proyecto de ley "por la cual la Nación se asocia al cincuentenario del Municipio de Valdivia, en el Departamento de Antioquia".

Dice así el proyecto:

"Artículo 1º Auxíliase con la cantidad de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) al Municipio de Valdivia (Departamento de Antioquia). Esta partida se incluirá en el presupuesto de la próxima vigencia y se distribuirá así:

"a) Para cooperar en la construcción del Palacio Municipal, la cantidad de doscientos mil pesos ($ 200.000.00);

"b) Para cooperar en la construcción del Acueducto Municipal, la cantidad de doscientos mil pesos ($ 200.000.00);

"c) Para el sostenimiento del Hospital Municipal, la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00);

"d) Para la construcción de escuelas, según la prelación y el estudio que ordene el Concejo Municipal, la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00).

"Artículo 2º Autorízase al Gobierno Nacional para hacer los traslados presupuestales que exija el estricto cumplimiento de la presente ley.

"Artículo 3º Esta ley regirá desde la fecha de su sanción".

II

El señor Presidente de la República ha objetado por inconstitucionalidad este proyecto de ley, en los términos siguientes:

"El auxilio de quinientos mil pesos ($ 500.000) es para la construcción y sostenimiento de obras de servicio público, indispensables para su mejoramiento y progreso.

"La Ley 46 de 1946 'por la cual se establecen normas sobre cooperación de la Nación en la celebración de centenarios, dice en su artículo 5º que 'esta ley se considera como orgánica del plan de centenarios para los efectos del artículo 76 de la Constitución Nacional'.

"El proyecto no reúne los requisitos de la Ley 46 que autoriza, artículo 2º, la cooperación de la Nación con sumas no superiores a doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00), y el artículo 3º exige que en toda Junta de manejo de los fondos de centenarios debe haber un representante del Ministerio de Obras Públicas y otro de la Contraloría General de la República.

"Por otra parte, la Ley 46 se refiere a centenarios y no a cincuentenarios ni a ningún otro aniversario".

III

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que son fundadas las objeciones "por cuanto no se acomoda a la ley normativa que desarrollan los correspondientes numerales del artículo 76 de la Constitución Nacional que se refiere a auxilios de esta naturaleza. En esta forma, aparece violado el referido artículo 76 de la Carta Fundamental por cuanto éste no permite votar auxilios sino con arreglo o sujeción 'a los planes o programas' previamente adoptados, que para el efecto están contenidos en la Ley 46 que desarrolla la norma constitucional, y a cuyos mandatos no se acomoda el proyecto de que viene hablándose".

IV

Se considera:

1. Si como reza la leyenda del proyecto de ley, se trata de que la *Nación se asocie al cincuentenario del Municipio de Valdivia,* en el Departamento de Antioquia, a cuyo efecto dispone auxiliarlo con la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00), no hay duda de que tal auxilio no podría fundarse en la celebración de un *cincuentenario,* no previsto en la Ley 46 de 1946, "orgánica del plan de *centenarios* para los efectos del artículo 76 de la Constitución Nacional" (artículo 5º), aparte de que la cuantía del auxilio dobla la autorizada por el artículo 1º de esta misma ley.

2. Mas prescindiendo de tal finalidad conmemorativa, se observa que al prescribir el artículo 1º del proyecto la inversión de la suma expresada en varias obras públicas y en el sostenimiento de un hospital municipal, se lleva el asunto al campo de la Ley 71 del mismo año de 1946, "por la cual se desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional", que atribuye al Congreso el fomento de "las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

Entonces se advierte que no se han cumplido las condiciones que esta Ley exige por mandato de dicho precepto constitucional, en tratándose de fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, como son, a términos del artículo 1º del proyecto, la construcción del palacio, del acueducto y de las escuelas municipales, y el sostenimiento del hospital del mismo Municipio. Los artículos 2º y 3º, a), de la citada Ley 71 de 1946, señalan esos requisitos para el caso de construcción de obras y de sostenimiento de hospitales.

Por lo cual el proyecto, apartándose de las citadas leyes normativas, vulnera el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, por cuyo motivo las objeciones del Ejecutivo son fundadas.

En vista de las consideraciones expuestas y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, en ejercicio de la jurisdicción que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, declara inexequible el proyecto de ley fechado el veinticuatro (24) de julio del año en curso, ley "por la cual la Nación se asocia al cincuentenario del Municipio de Valdivia, en el Departamento de Antioquia".

Vuelva la actuación al señor Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Gustavo Rendón Gaviria, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Roberto de Zubiría, Alvaro Díaz-Granados, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

EXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE RECONOCE EL VALOR DE DIEZ KILOMETROS DE CARRETERAS NACIONALES Y UN PUENTE CONSTRUIDOS POR LA INTENDENCIA DEL CAQUETA"

El proyecto en referencia no desvirtúa ni contradice los programas a que según la Constitución Nacional deben someterse las obras públicas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, tres (3) de octubre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

El señor Presidente de la República objetó por inconstitucionalidad e inconveniencia el proyecto de ley "por la cual se reconoce el valor de diez kilómetros de carreteras nacionales y un puente construídos por la Intendencia del Caquetá". Y como las Cámaras insistieran, el proyecto ha venido a la Corte para los fines del artículo 90 de la Constitución Nacional, que le atribuye el conocimiento, pero sólo en punto de inexequibilidad, y por ello descarta del juicio la cuestión de inconveniencia.

El acto objetado, que el señor Procurador General de la Nación encuentra exequible, dice así:

"Artículo 1º Reconócese a favor de la Intendencia Nacional del Caquetá la suma de seiscientos noventa mil pesos ($ 690.000.00) invertidos por ella en la construcción de 8 kilómetros de la carretera nacional Montañita-Puerto Rico-San Vicente del Caguán, entre las abscisas K 44 + 500 y K 52 + 500; en la construcción de 2 kilómetros de la carretera nacional Florencia-Morelia-Belén-Mocoa, de la abscisa K 54 + 000 a la abscisa K 56 + 000, y en la construcción del puente sobre la quebrada de Anaya, en la carretera nacional de Doncello a Puerto Rico, abscisa K 34 + 500, con una luz de 15 metros.

"Artículo 2º La suma a que se refiere el artículo 1º de la presente ley será pagada con cargo a las reservas ya existentes para la construcción de las carreteras nacionales, por el Ministerio de Obras Públicas.

"Artículo 3º Esta ley regirá desde su sanción".

La tacha de inconstitucionalidad está formulada por cuanto el artículo 76 de la Carta, en sus ordinales 4º y 19, exige que las obras públicas se ejecuten con arreglo a los planos y programas fijados por las leyes respectivas, condición que no se cumple, en sentir del Gobierno, con los kilómetros de carretera y puente construídos por la Intendencia del Caquetá. Con la consideración adicional de que la tarea planificadora de obras públicas se vería frustrada si en forma inconexa se aplicaran los fondos nacionales a diversas vías, por fuera de la coordinación necesaria para la realización de prospectos de largo aliento en beneficio público.

En efecto, se lee en el mensaje correspondiente:

"El reconocimiento que se pretende implica una dispersión de los recursos del erario, sin sujeción a programas coordinados y estructurados de obras y de inversiones, aspecto que es violatorio de los numerales 4º y 19 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

"Con este precedente, las personas jurídicas de derecho público podrían dedicarse a construír carreteras por su cuenta, sin planes ni programas, obteniendo con posterioridad el asentimiento legal de las inversiones. Semejante procedimiento desvertebraría los planos oficiales sobre el particular y la unidad presupuestal".

El criterio del Gobierno se halla en armonía con el espíritu de la Constitución. Pero en concreto sucede que la voluntad del Congreso tampoco se aparta de los mandatos de la Ley Fundamental. Porque como aparece de los antecedentes del proyecto y de la aserción de ambas Cámaras, no contradicha por elemento alguno de juicio,

en la hipótesis al estudio se trata de vías efectivamente incluídas en la planificación adoptada por la Ley 12 de 21 de septiembre de 1949, según lo destaca el señor Procurador General; de construcciones hechas por la Intendencia del Caquetá mediante contratos con el Ministerio de Obras Públicas, bajo la inspección técnica y vigilancia del mismo Ministerio; y de que el proyecto obedece a la finalidad esencial de compensar a la Intendencia del Caquetá los desembolsos que con la aquiescencia del Gobierno ha efectuado en el desarrollo del plan de carreteras nacionales, en provecho del progreso cultural y económico de aquellos pueblos. Lo que redunda en el bienestar general de la Nación colombiana.

Se desprende así que con el proyecto de ley no son desvirtuados ni contradichos los programas a que según la Constitución Nacional deben someterse las obras públicas. De donde no es viable la tacha de inexequibilidad.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional de que está investida, y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, *declara exequible* el proyecto de ley "por la cual se reconoce el valor de diez kilómetros de carreteras nacionales y un puente construídos por la Intendencia del Caquetá".

Vuelva la actuación al señor Presidente de la República.

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

Gustavo Rendón Gaviria, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Roberto de Zubiría, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Alvaro Díaz-Granados, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

OBJECIONES A UN PROYECTO DE LEY

Decide la Corte sobre las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Presidente de la República contra los artículos 4º y su parágrafo, 5º y 6º del proyecto de ley "por la cual se dan unas autorizaciones a los Departamentos para el cobro de las inversiones verificadas en la pavimentación de las carreteras, y se dictan otras disposiciones".

1. De acuerdo con los ordinales 4º y 19 del artículo 76 de la Constitución, corresponde al Congreso acordar, por medio de leyes, "los planes y programas de todas las obras públicas nacionales", y decretar, con arreglo a esos "planes y programas", las que hayan de emprenderse o continuarse.

2. El artículo 5º del proyecto, al disponer que la Nación "pavimentará los sectores de carretera que partiendo de la población del Cerrito conduce al Paraíso, por la vía Cerrito-La Mendaña-Santa Elena", lo único que hace es vincular con el plan vial acordado, respecto del Departamento del Valle del Cauca, en leyes anteriores, de las cuales cabe invocar, en razón de su importancia fundamental, la 88 de 1931, la 12 de 1949 y la 50 de 1962, un monumento grato a la Nación, interesada en el fomento del turismo, conexión que se justifica plenamente como vía accesoria que se incorpora en la principal y experimenta su misma suerte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, treinta de octubre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Para los fines a que se contrae el artículo 90 de la Constitución Nacional, llega a la Corte el proyecto de ley "por la cual se dan unas autorizaciones a los Departamentos para el cobro de las inversiones verificadas en la pavimentación de las carreteras, y se dictan otras disposiciones".

Las normas objetadas.

Las normas objetadas como inconstitucionales dicen así:

"*Artículo 4º* La Nación reconocerá al Departamento del Valle del Cauca las cantidades invertidas por esta entidad en la pavimentación de las carreteras nacionales dentro de su territorio en los sectores Cali-Jamundí, Cali-Florida, Palmira-Candelaria, Cali- Yumbo; carretera La Victoria, La Unión, Toro y San Francisco, Zarzal-Roldanillo. El valor de ese reconocimiento no será superior al de las inversiones que haya realizado el Departamento en la época en que fueron pavimentadas las carreteras a que se refiere este artículo. Para tal efecto el Ministerio de Obras Públicas y la Contraloría General de la República revisarán las cuentas que presente el Departamento, y exigirán los comprobantes de gastos que juzguen indispensables.

"*Parágrafo.* El Departamento del Valle del Cauca destinará el valor del crédito reconocido a su favor, y a cargo de la Nación, anteriormente dicho, a la formación del fondo de pavimentación de carreteras a que se refiere la presente ley, en lo que hace a nuevas pavimentaciones dentro de su territorio.

"*Artículo 5º* La Nación pavimentará los sectores de carretera que partiendo de la población del Cerrito conducen al Paraíso por la vía Cerrito-La Mendaña-Santa Elena, y la que partiendo de la Carretera Central en el puente del río Amaine, conduce al Paraíso, con el fin de fomentar el turismo nacional e internacional a ese histórico monumento que sirvió de escenario a la inmortal obra literaria 'La María', de Jorge Isaacs.

"*Artículo 6º* La Nación queda obligada a pavimentar las rectificaciones y ampliaciones que se hagan en la Carretera Central del Valle, especialmente en el sector de 1.600 metros de extensión, comprendido entre la glorieta de Versalles y La Manuelita, en el Municipio de Palmira, de acuerdo con los planos del Ministerio de Obras Públicas".

Las objeciones:

Las objeciones del señor Presidente, formuladas en su mensaje del 22 de enero del año en curso, dicen:

"El artículo 4º es, además, inconstitucional, pues al ordenar reembolso sin ningún plan previo viola los numerales 4º y 19 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

"Los artículos 5º y 6º obligan a la Nación a pavimentar algunos sectores de carretera en el Valle del Cauca.

"La pavimentación de las carreteras del país está sujeta a planes de orden técnico que ha venido desarrollando el Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Obras Públicas con las partidas presupuestadas. Al ordenarse estas pavimentaciones en forma parcial se viola el artículo 76, numerales 4º y 19, de la Carta.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que el artículo 4º del expresado proyecto de ley es inexequible en cuanto incluye carreteras "no previstas en el plan vial adoptado por leyes anteriores", lo mismo que su parágrafo, y que, en cambio, son exequibles los artículos 5º y 6º.

Para resolver se considera:

a) De acuerdo con los ordinales 4º y 19 del artículo 76 de la Constitución, corresponde al Congreso acordar, por medio de leyes, "los planes y programas de todas las obras públicas nacionales", y decretar, con arreglo a esos "planes y programas", las que hayan de emprenderse o continuarse;

b) Procede, en consecuencia, determinar las condiciones de las carreteras a que se contrae el proyecto, comenzando por las referidas en el artículo 4º, que son las señaladas para el reconocimiento de las cantidades invertidas en su pavimentación.

La carretera Cali-Jamundí está comprendida dentro de los planes al respecto, conforme al artículo 2º de la Ley 88 de 1931, en el "sector Popayán-Santander-Cali-Cartago", y según el artículo 1º de la Ley 31 de 1941, en el sector "Cali-La Viga-Puerto Tejada-Santander".

La carretera Cali-Yumbo, en el plan de vías nacionales del Valle del Cauca, corresponde, en orden al artículo 10 de la Ley 12 de 1949, ratificado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1962, al "sector Cali-Yumbo-Riofrío-Ansermanuevo".

La carretera La Unión-Toro-San Francisco se encuentra incluída, conforme al artículo 10 de la Ley 12 de 1949 y 2º de la Ley 50 de 1962, en el "sector Cali-Yumbo-Riofrío-Ansermanuevo".

c) Respecto de estas carreteras, el artículo 4º del proyecto, al ordenar que la Nación reconozca al Departamento del Valle del Cauca las cantidades que invirtió en su pavimentación, resulta entonces exequible, puesto que están comprendidas, en función de leyes anteriores, dentro de los planes y programas a que se refieren los predichos ordinales 4º y 19 del artículo 76 de la Carta y, de otro lado, aquello corresponde a una atribución del Congreso, de acuerdo con los ordinales 13 y 14 del mismo precepto constitucional;

d) El expresado texto es, en cambio, inexequible en cuanto la orden de reintegro comprende las inversiones de la mencionada entidad en la pavimentación de las carreteras Cali-Florida-Palmira-Candelaria, La Victoria-La Unión y Zarzal-Roldanillo, ya que esas vías no están incluídas, en razón de leyes anteriores, en "los planes y programas" que prescriben los citados ordinales 4º y 19 del invocado artículo 76 de la Ley Fundamental;

e) También resulta inexequible el *parágrafo* de la norma en examen, toda vez que "el valor del crédito", reconocido en ella, tiene por objeto reembolsar al Departamento del Valle del Cauca las cantidades que, como suyas, invirtió en la pavimentación de las carreteras nacionales especificadas, circunstancia que le da el carácter de bien patrimonial de esa entidad, el cual, conforme al artículo 183 de la Carta, debe ser respetado, y cuyo destino sólo puede señalar su respectiva Asamblea, según lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 187, ibídem;

f) El artículo 5º del proyecto, al disponer que la Nación "pavimentará los sectores de carretera que partiendo de la población del Cerrito conducen al Paraíso por la vía Cerrito-La Mendaña-Santa Elena", lo único que hace es vincular con

el plan vial acordado, respecto del Departamento del Valle del Cauca, en leyes anteriores, de las cuales cabe invocar, en razón de su importancia fundamental, la 88 de 1931, la 12 de 1949 y la 50 de 1962, un monumento grato a la Nación, interesada en el fomento del turismo, conexión que se justifica plenamente como vía accesoria que se incorpora en la principal y experimenta su misma suerte;

g) El sector de la carretera comprendido, a su turno, en la orden de pavimentación del mismo artículo 5º, que "partiendo de la Carretera Central en el puente del río Amaine, conduce al Paraíso", está incluído, bajo el número 26 del artículo 2º de la Ley 50 de 1962, en el Plan Vial del Departamento del Valle del Cauca, y entonces, por este otro aspecto, tampoco la norma en cuestión choca con las prescripciones de los referidos ordinales 4º y 19 del artículo 76 de la Carta;

h) El artículo 6º del proyecto, en razón del cual la Nación "queda obligada a pavimentar las rectificaciones y ampliaciones que se hagan en la Carretera Central del Valle, especialmente en el sector de 1.600 metros de extensión, comprendido entre la glorieta de Versalles y La Manuelita, en el Municipio de Palmira", es exequible, por cuanto que la expresada carretera se encuentra incluída, conforme a las Leyes 88 de 1931 y 12 de 1949, en el Plan Vial Nacional, bajo la denominación de "Troncal Occidental".

RESOLUCION:

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le concierne, *declara* que son *inexequibles el artículo 4º* del proyecto de ley "por la cual se dan unas autorizaciones a los Departamentos para el cobro de las inversiones verificadas en la pavimentación de las carreteras, y se dictan otras disposiciones", en cuanto el reconocimiento que ordena incluye las carreteras Cali-Florida, Palmira-Candelaria, La Victoria-La Unión y Zarzal-Roldanillo, y su *Parágrafo,* y que, en cambio, son *exequibles* el propio artículo 4º en cuanto a lo demás y los artículos 5º y 6º del mismo proyecto.

Vuelva la actuación al señor Presidente de la República.

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

Gustavo Rendón Gaviria; con salvamento de voto, *Ramiro Araújo Grau; Humberto Barrera Domínguez; Samuel Barrientos R.; Luis Alberto Bravo;* con salvamento de voto, *Enrique Coral Velasco; Roberto de Zubiría;* con salvamento de voto, *Alvaro Díaz-Granados;* con salvamento de voto, *Gustavo Fajardo Pinzón;* con salvamento de voto, *José J. Gómez R.; José Hernández Arbeláez;* con salvamento de voto, *Enrique López de la Pava; Simón Montero Torres;* con salvamento de voto, *Efrén Osejo Peña; Luis Fernando Paredes;* con salvamento de voto, *Carlos Peláez Trujillo;* con salvamento de voto, *Arturo C. Posada; Julio Roncallo Acosta; Primitivo Vergara Crespo; Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Muy respetuosamente nos hemos permitido disentir de la sentencia anterior, en cuanto declara exequible el artículo 5º del proyecto, en lo que respecta a la pavimentación que la Nación toma a su cargo, de la carretera que partiendo de la población del Cerrito conduce al "Paraíso", por la vía Cerrito-La Mendaña-Santa Elena, porque no figurando este sector en el plan nacional de carreteras del Valle, está por fuera de "los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse", planes y programas que el ordinal 4º del artículo 76 de la Carta encomienda al Congreso, de modo que la orden de invertir los dineros necesarios en pavimentar el tramo de que se trata no obedece, por tanto, a planes o programas previamente trazados como lo exigen los ordinales 4º y 19 del mismo artículo.

Enrique López de la Pava, José J. Gómez R., Ramiro Araújo Grau, Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, Alvaro Díaz-Granados, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Efrén Osejo Peña.

INCOMPETENCIA PARA DECIDIR SOBRE UNA ACUSACION DE INEXEQUIBILIDAD

No compete a la Corte el decidir sobre las acusaciones de inexequibilidad de los decretos de carácter reglamentario dictados por el Gobierno.

El artículo 214 de la Carta, al precisar el ámbito de la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como guardiana de la integridad del Estatuto, le asigna competencia, para decidir definitivamente sobre la exequibilidad: 1) de los proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales; 2) de las leyes; 3) de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Carta, y 4) de los decretos dictados por el Gobierno con fundamento en el artículo 121 de la misma Constitución.

Fuera de lo cual, el artículo 216 de ésta atribuye a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de "las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de esta Constitución".

Todo lo cual determina que no compete a la Corte el decidir sobre las acusaciones de inexequibilidad de los decretos de carácter reglamentario dictados por el Gobierno, como lo es el 465 de 27 de febrero de 1961, a que corresponde la disposición en este caso acusada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, D. E., treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

El señor José Vicente Navarrete Quintero, en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Constitución Nacional, ha venido a solicitar de esta corporación la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 82 del Decreto número 465 de 27 de febrero de 1961, "por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales de la Policía Nacional", artículo que dice así: "Los Oficiales de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro, tendrán derecho a que la Dirección General de la institución les suministre dentro del país, y donde hubiere servicio de Sanidad de la Policía, consulta médica y odontológica para ellos, sus esposas e hijos menores".

Estima el acusador que esta disposición, en cuanto desconoce otras prestaciones otorgadas por los artículos 8º de la Ley 72 de 1947 y 80 del Decreto 2295 de 1954, es violatoria del artículo 30 de la Carta que garantiza los derechos adquiridos con justo título.

Corrido el traslado del caso al señor Procurador General de la Nación, éste contestó solicitando que la Corte se declare incompetente para decidir sobre la demanda instaurada, por tratarse de artículo de un decreto reglamentario.

SE CONSIDERA:

Con base en las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 19 de 1958 (artículo 26), el Gobierno dictó el Decreto-ley número 1705 de 18 de junio de 1960, cuyo artículo 46 dice: "El Gobierno Nacional reglamentará la organización, distribución y funciones de la Policía Nacional".

Luego, en virtud de esta última autorización, el Poder Ejecutivo profirió el ya citado Decreto número 465 de 1961, de que es parte el artículo acusado en este juicio.

Ciertamente, como lo dice el Procurador General, "el Decreto 465 de 1961 es un Decreto reglamentario, dictado por el Presidente en uso de la facultad de que trata el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución. Es decir, se trata de un decreto ordinario que reglamenta un decreto extraordinario".

Ahora bien, el artículo 214 de la Carta, al precisar el ámbito de la jurisdicción constitucional

de la Corte Suprema de Justicia, como guardiana de la integridad del Estatuto, le asigna competencia para decidir definitivamente sobre la exequibilidad: 1) de los proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales; 2) de las leyes; 3) de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Carta, y 4) de los decretos dictados por el Gobierno con fundamento en el artículo 121 de la misma Constitución.

Fuera de lo cual, el artículo 216 de ésta atribuye a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de "las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de esta Constitución".

Todo lo cual determina que no compete a la Corte el decidir sobre las acusaciones de inexequibilidad de los decretos de carácter reglamentario dictados por el Gobierno, como lo es el a que corresponde la disposición en este caso acusada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, se *inhibe* de conocer de la acusación de inexequibilidad formulada por José Vicente Navarrete Quintero contra el artículo 82 del referido Decreto número 465 de 27 de febrero de 1961.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese.

Gustavo Rendón Gaviria, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Roberto de Zubiría, Alvaro Díaz-Granados, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACUSACION DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL DECRETO NUMERO 1228 DE 1959, POR EL CUAL SE DICTAN UNAS MEDIDAS PARA REPRIMIR EL CONTRABANDO DE EXPORTACION DE CAFE. INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA DECIDIR LA PRESENTE ACUSACION

Condiciones que han de llenar las demandas sobre inexequibilidad. A qué se extiende la jurisdicción constitucional de la Corte.

La demanda sobre inexequibilidad de leyes o decretos debe reunir las condiciones a que se refiere el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, que no reúne la actual, y que la haría por ese aspecto ineficaz.

Y además y primordialmente debe tenerse en cuenta al demandar la inexequibilidad de decretos que la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, según se desprende del artículo 214 de la Carta, solamente se refiere al conocimiento de la inexequibilidad de lo siguiente:

a) De los proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales:

b) De las leyes;

c) De los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Carta, y

d) De los decretos dictados por el Gobierno con fundamento en el artículo 121 de la misma Constitución.

El decreto acusado no está comprendido en los casos anteriores. Es de carácter administrativo, un acto condición dictado por el Gobierno en desarrollo de la facultad conferida por el artículo 1º de la Ley 1ª de 1959, en virtud de la cual se autorizó al Gobierno para tomar determinadas medidas.

Y es esta una cuestión que no está prevista en el contenido del artículo 214 citado, sino que cae en el ámbito del 216 de la Constitución.

Todo lo cual indica que la Corte no es competente para decidir sobre la acusación de inexequibilidad de un decreto del carácter del que motiva la acusación que ahora se resuelve.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, cuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

Con presentación del "Diario Oficial", debidamente autenticado, en que se publicó el Decreto número 1228 de 1959 (abril 28), expedido por el Presidente de la República "en uso de sus facultades legales, y en especial de las que le confiere el artículo 32 de la Ley 1ª de 1959", el abogado Hernán Cruz Riascos, en escrito de 31 de octubre de 1961, presentó demanda ante la Corte, afirmando la inconstitucionalidad del mencionado Decreto.

Expresa el demandante que el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional autoriza al Congreso para "revestir, pro témpore, al Presidente da la República de *precisas* facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen".

Dice que con fundamento en esta norma, el Congreso expidió la Ley 1ª de 1959, en cuyo artículo 32 se lee: "El Gobierno Nacional queda autorizado para adoptar *las medidas que sean indispensables* a fin de prevenir el contrabando de exportación e importación y reglamentar el tráfico fronterizo, lo mismo que para señalar las sanciones a que quedarán sujetos los negociantes, exportadores y transportadores de café que tuviesen participación directa e indirecta en el contrabando de ese producto".

Sostiene que el artículo 32 mencionado es violatorio de la Constitución, y a ese respecto expone los argumentos que cree oportunos para demostrar su afirmación, para luego sostener que

el artículo 25 del Decreto constituye un acto arbitrario del Gobierno.

Asegura que otro aspecto de la inconstitucionalidad consiste en que por medio del Decreto (no cita la disposición), se ha "dado vida a la pena de confiscación, que es sinónimo de decomiso, contra expresa prohibición de la Constitución Nacional en su artículo 34, que dice: 'No se podrá imponer pena *de confiscación*'".

Destaca el demandante el distinto significado que a las palabras "decomiso" y "confiscación" atribuye el Diccionario de la Real Academia Española y el Diccionario Jurídico de Escriche, para inferir que aunque el Decreto use la palabra "decomiso", su verdadero alcance es el de una perfecta "confiscación".

Asevera que la Ley 1ª de 1959 es inexequible por no haber señalado de manera precisa el tiempo en que el Presidente de la República podía hacer uso de las facultades que por medio de ella se le dieron.

Y, por fin, que el artículo 32 de la Ley 1ª ordenó al Presidente: "... lo mismo que para señalar las sanciones a que *quedaran sujetos los negociantes, exportadores y transportadores de café que tuvieren participación directa e indirecta en el contrabando de ese producto*".

"En cambio, el Decreto acusado en su artículo 25 dispone:

'Toda contravención dará siempre lugar al decomiso del café, lo mismo que al de los vehículos y embarcaciones...', sin excepcionar la dicha sanción a quienes, por ejemplo, aunque siendo dueños del vehículo no tuvieren ninguna participación en el ilícito, como puede ocurrir con el tercero a quien se le hubiere sustraído el vehículo para transportar el contrabando, o cuyo chofer obró a espaldas del dueño, el propietario de un local que se tomó en arrendamiento para un fin y se convirtió en depósito de café, etc.".

El señor Procurador General de la Nación descorrió el traslado y concreta su concepto en la afirmación de que la demanda "está mal fundamentada y dirigida".

La Corte considera:

La demanda sobre inexequibilidad de leyes o decretos debe reunir las condiciones a que se refiere el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, que no reúne la actual, y que la haría por ese aspecto ineficaz.

Y además y primordialmente debe tenerse en cuenta al demandar la inexequibilidad de decretos que la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, según se desprende del artículo 214 de la Carta, solamente se refiere al conocimiento de la inexequibilidad de lo siguiente:

a) De los proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales;

b) De las leyes;

c) De los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Carta, y

d) De los decretos dictados por el Gobierno con fundamento en el artículo 121 de la misma Constitución.

El Decreto acusado no está comprendido en los casos anteriores. Es de carácter administrativo, un acto condición dictado por el Gobierno en desarrollo de la facultad conferida por el artículo 1º de la Ley 1ª de 1959, en virtud de la cual se autorizó al Gobierno para tomar determinadas medidas.

Y es esta una cuestión que no está prevista en el contenido del artículo 214 citado, sino que cae en el ámbito del 216 de la Constitución.

Todo lo cual indica que la Corte no es competente para decidir sobre la acusación de inexequibilidad de un decreto del carácter del que motiva la acusación que ahora se resuelve.

RESOLUCION

Por lo anterior la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, se inhibe para hacer declaración de inconstitucionalidad impetrada.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese, previo aviso al Gobierno Nacional.

Gustavo Rendón Gaviria, Presidente, *Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Roberto de Zubiría, Alvaro Díaz-Granados, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SE DECLARA EXEQUIBLE EL ARTICULO 7º DEL DECRETO-LEY 1713 DE 1960, DISPOSICION QUE REGULA LA PROFESION DE CONTADORES

La disposición acusada se mantiene dentro de los límites de las autorizaciones extraordinarias. La mencionada norma no infringió el artículo 39 de la Carta, sino antes bien, hizo un legítimo desarrollo de sus disposiciones. Es verdad que el precepto constitucional garantiza a toda persona libertad para escoger profesión u oficio, pero no lo es menos que no consagra su ejercicio en términos absolutos.

El artículo 1º de la Ley 19 de 1958, sobre reforma administrativa, dispone: "La reorganización de la Administración Pública, de acuerdo con las normas de la presente ley, tiene por objeto asegurar mejor la coordinación y la continuidad de la acción oficial conforme a planes de desarrollo progresivo establecidos o que se establezcan por la ley; la estabilidad y preparación técnica de los funcionarios y empleados; el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquellos que puedan funcionar más eficazmente bajo la dirección de las autoridades locales; la simplificación y economía en los trámites y procedimientos; evitar la duplicidad de labores o funciones paralelas, y propiciar el ejercicio de un adecuado control administrativo". (Se ha subrayado).

Ahora bien, es del todo evidente que el artículo 7º del Decreto 1713 de 1960, objeto de la acusación, tiene como clara finalidad asegurar la mejor prestación del control fiscal que compete a las Contralorías sobre los organismos oficiales sometidos a su vigilancia. Por consiguiente, dicho artículo se mantiene dentro de los límites de las autorizaciones extraordinarias de que fue investido el Gobierno por la nombrada Ley 19 de 1958.

En cuanto al cargo de infracción al artículo 39 de la Carta, es suficiente considerar que si bien, como afirma el demandante, tal precepto garantiza a toda persona libertad para escoger profesión u oficio, no lo es menos que no consagra su ejercicio en términos absolutos, ya que, por una parte, confiere al legislador la facultad de exigir títulos de idoneidad y "reglamentar el ejercicio de las profesiones", y, por otra, hace posible una supervigilancia "en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas". Por consiguiente, el Gobierno, investido de manera precisa y pro tempore por el Congreso de la facultad de expedir ordenamientos con carácter legal, al establecer en el precepto acusado una limitación al ejercicio de la profesión de contadores, por un año, y circunscrita exclusivamente a aquellos establecimientos ante los cuales hubieran desempeñado funciones fiscalizadoras como empleados de una Contraloría, no infringió el artículo de la Carta en cita, sino antes bien, hizo un legítimo desarrollo de sus disposiciones. No debe perderse de vista, por lo demás, que durante el aludido año los contadores no tendrán, por obra del artículo 7º del Decreto 1713 que se examina, limitación alguna al desarrollo de sus actividades profesionales ante personas o entidades distintas de las allí mencionadas. En suma, el artículo acusado, regulador de la profesión de contadores, no viola norma alguna de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, 7 de noviembre de 1963.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

En ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Constitución Nacional, la ciudadana Dolly Aguirre Charry ha pedido a la Corte, en demanda que satisface los requisitos legales, que se declare inexequible el artículo 7º del Decreto-ley 1713 de 1960.

El Decreto en referencia fue dictado el 18 de julio de 1960 por el Presidente de la República

"en uso de sus facultades legales y de las extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958, previo concepto favorable del Consejo de Ministros".

La aludida Ley 19 de 1958, en su artículo 26, dispuso:

"Con el preciso y exclusivo objeto de que pueda dar cumplimiento a las disposiciones de la presente ley, en cuanto ello exceda el ejercicio de la potestad reglamentaria, invístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, de acuerdo con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, hasta el día 20 de julio de 1960. Los decretos que se dicten en uso de estas facultades serán sometidos previamente a la aprobación del Consejo de Ministros".

El texto acusado es del siguiente tenor:

"Los funcionarios de la Contraloría General de la República, o de las Contralorías Departamentales y Municipales, que hayan ejercido el control público de entidades oficiales o semioficiales, o de empresas públicas descentralizadas, no podrán ser nombrados, ni prestar sus servicios en ellas, sino después de un año de producido su retiro del organismo fiscalizador".

A juicio de la demandante, el citado texto viola los artículos 76 y 39 de la Carta.

Con relación a la primera violación la hace consistir en que el Gobierno se excedió en el uso de las precisas facultades recibidas del legislador, y al respecto afirma: "Las disposiciones de la Ley 19 de 1958 dicen relación a la reforma administrativa con el objeto de asegurar mejor la coordinación y la continuidad de la acción oficial conforme a planes de desarrollo progresivo establecidos o que se establezcan por la ley; la estabilidad y preparación técnica de los funcionarios y empleados; el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquellos que puedan funcionar más eficazmente bajo la dirección de las autoridades locales; la simplificación y economía en los trámites y procedimientos; evitar la duplicidad de labores o funciones paralelas y propiciar el ejercicio de un adecuado control administrativo".

"Por lo tanto el artículo 7º acusado viola también el espíritu y la letra de la Ley 19 de 1958, por cuanto no contribuye a la reorganización de la Administración Pública, ni tiene por objeto asegurar mejor la coordinación y la continuidad de la acción oficial, ni sirve a la estabilidad y preparación técnica de los funcionarios y empleados, ni mejora el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquéllos, ni evita la duplicidad de labores o funciones paralelas, ni propicia el ejercicio de un adecuado control administrativo".

"No existe ninguna razón jurídica, moral o de simple conveniencia que apoye la disposición acusada, porque un empleado de la Contraloría de la República, o de una Contraloría Departamental o Municipal, carece de toda influencia, de todo poder decisorio sobre el personal de las entidades que fiscaliza, ya que el nombramiento de aquellas personas ni se origina en él, ni puede considerarse limitado o condicionado por su voluntad en cualquier sentido".

Respecto al ataque al artículo 39 dice: "El artículo 7º acusado viola igualmente el artículo 39 de la Carta, según el cual toda persona es libre de escoger profesión u oficio, porque quien haya ejercido un cargo de control fiscal, por ejemplo Auditor del Ministerio de Gobierno, Auditor del Instituto de Fomento Tabacalero, Contralor Departamental o Contralor Municipal, y que opte por retirarse o sea separado del servicio de la Contraloría General de la República o de la Contraloría Departamental o de la Contraloría Municipal, queda incapacitado por un año para aceptar un cargo en el Ministerio de Gobierno, en el Instituto de Fomento Tabacalero, en el Departamento o en el Municipio, a pesar de que su capacidad, su preparación, su profesión u oficio, su propia vocación y todos los demás factores lo inviten o llamen al servicio en esa actividad lícita, donde nunca ha tenido la menor influencia, ni ha interferido jamás en uno u otro sentido, ni directa ni indirectamente, ni en grande ni en pequeño la marcha regular de las citadas entidades".

Al descorrer el traslado de la demanda, el señor Procurador General de la Nación dio concepto contrario a las pretensiones de la actora.

Consideraciones de la Corte:

El artículo 1º de la Ley 19 de 1958, "sobre reforma administrativa", dispone: "La reorganización de la Administración Pública, de acuerdo con las normas de la presente Ley, tiene por objeto asegurar mejor la coordinación y la continuidad de la acción oficial conforme a planes de desarrollo progresivo establecidos o que se establezcan por la ley; la estabilidad y preparación técnica de los funcionarios y empleados; el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquellos que puedan funcionar más eficazmente bajo la dirección de las autoridades locales; la simplificación y economía en los trámites y procedimientos; evitar la duplicidad de labores o funciones paralelas, y *pro-*

piciar el ejercicio de un adecuado control administrativo'' (se ha subrayado).

Ahora bien, es del todo evidente que el artículo 7º del Decreto 1713 de 1960, objeto de la acusación, tiene como clara finalidad asegurar la mejor prestación del control fiscal que compete a las Contralorías sobre los organismos oficiales sometidos a su vigilancia. Por consiguiente, dicho artículo se mantiene dentro de los límites de las autorizaciones extraordinarias de que fue investido el Gobierno por el Congreso.

En cuanto al cargo de infracción al artículo 39 de la Carta, es suficiente considerar que si bien, como afirma la demandante, tal precepto garantiza a toda persona libertad para escoger profesión u oficio, no lo es menos que no consagra su ejercicio en términos absolutos, ya que, por una parte, confiere al legislador la facultad de exigir títulos de idoneidad y ''reglamentar el ejercicio de las profesiones'', y, por otra, hace posible una supervigilancia ''en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas''. Por consiguiente, el Gobierno, investido de manera precisa y *pro témpore* por el Congreso de la facultad de expedir ordenamientos con carácter legal, al establecer en el precepto acusado una limitación al ejercicio de la profesión de contadores, por un año, y circunscrita exclusivamente a aquellos establecimientos ante los cuales hubieran desempeñado funciones fiscalizadoras como empleados de una Contraloría, no infringió el artículo de la Carta en cita, sino antes bien, hizo un legítimo desarrollo de sus disposiciones. No debe perderse de vista, por lo demás, que durante el aludido año los contadores no tendrán, por obra del artículo 7º del Decreto 1713 que se examina, limitación alguna al desarrollo de sus actividades profesionales ante personas o entidades distintas de las allí mencionadas. En suma, el artículo acusado, regulador de la profesión de contadores, no viola norma alguna de la Constitución.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de justicia, en *Sala Plena,* en desempeño de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Declárase exequible el artículo 7º del Decreto-ley 1713 de 1960.

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

Gustavo Rendón Gaviria, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Roberto de Zubiría, Alvaro Díaz-Granados, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes Arboleda, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE DECRETA LA CONSTRUCCION DE UNOS EDIFICIOS NACIONALES CON DESTINO A LAS DEPENDENCIAS OFICIALES EN LAS CIUDADES DE BUGA, PALMIRA Y CALI, Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES". FACULTADES DEL LEGISLADOR. BIENES Y RENTAS MUNICIPALES. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA CORTE

1. Examen comparativo de los ordinales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta. Planes y programas a que debe sujetarse el legislador al decretar obras nacionales o fomentar las pertenecientes a otras entidades o personas. — 2. Autonomía de los Departamentos y Municipios en relación con la administración y disposición de sus bienes y rentas. Extensión del control constitucional de la Corte.

1. El artículo 76 de la Constitución Nacional dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes y que por medio de ellas ejerce varias atribuciones, entre ellas las siguientes:

"4ª Fijar los planes y programas a que debe someterse el Fomento de la Economía Nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse".

"19. Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas".

"20. Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

De acuerdo con las dos primeras normas constitucionales transcritas, al Congreso corresponde la potestad de fijar los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, y decretar la construcción o continuación de esas mismas obras con arreglo a los planes y programas que señalen las leyes respectivas. Estas dos disposiciones se hallan en conexión íntima y se refieren sin duda a las obras públicas nacionales, esto es, a aquellas cuya construcción decreta el Congreso y autoriza costear con fondos de la Nación.

El ordinal 20 del artículo 76 de la Carta consagra otra atribución del Congreso, ya no en relación con las obras públicas de orden nacional, sino con el fomento y apoyo de las empresas útiles o benéficas que realicen las entidades o personas distintas de la Nación. La construcción de estas obras puede ser estimulada con dineros provenientes de los fondos nacionales, pero el auxilio debe sujetarse estrictamente "a los planes y programas correspondientes", o sea a los planes y programas elaborados por la entidad o persona constructora para llevar a cabo la empresa respectiva.

Al Congreso compete decretar las obras nacionales y fomentar las departamentales, municipales o de otras entidades o personas, religiosas o cívicas, pero en uno y otro caso debe sujetarse a los planes y programas señalados, bien por la ley, ora por la entidad o persona empresaria. Con este sistema no se ha pretendido limitar ni entrabar las facultades y la acción del legislador, sino evitar el desorden en la inversión de los fondos públicos y su dispersión en obras o empresas que no obedecen a ningún método ni armonizan siempre con las necesidades públicas.

En cuanto concierne a las obras o empresas departamentales, municipales o de otras entidades o personas, la Ley 71 de 1946, dictada en desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, señala los requisitos que han de cumplirse y comprobarse para poder recibir una ayuda o auxilio de los fondos públicos de la Nación. Esta Ley 71 de 1946 regula la actividad legislativa de "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo", sujeta esa facultad a obedecer "los planes y programas co-

rrespondientes", determina las obras que son dignas de apoyo por parte de la Nación y fija las condiciones necesarias para obtener este apoyo. Como la misma ley reglamenta la forma y casos en que el Congreso puede ejercer su facultad de otorgar auxilios para obras o empresas que no son nacionales, el olvido o desconocimiento de sus preceptos entraña el desempeño inadecuado de esa función legislativa y el quebranto de la norma constitucional que la consagra, y señala los requisitos de su ejercicio.

También la facultad de decretar obras nacionales y de invertir en ellas los recursos fiscales de la Nación, debe sujetarse a los planes y programas que al propio Congreso incumbe fijar por ley. Así lo prescribe la Carta y, por tanto, el ejercicio de esta atribución no puede realizarse libremente, sin método ni orientación, sino en armonía y con arreglo a los planes y programas que el mismo legislador se haya trazado previamente. De otro modo no se atiende al mandato de la Constitución, sino que se lo viola, con detrimento de la organización institucional y del ordenado destino de los recursos fiscales de la Nación.

Estas mismas consideraciones las ha expuesto y repetido ya la Corte en varias ocasiones desde la sentencia de 14 de diciembre de 1945 (LIX, 645), en que señaló por primera vez el alcance y la aplicación de las normas constitucionales que se han transcrito.

2. El proyecto de ley objetado en este caso contempla la construcción de unos edificios para el funcionamiento de dependencias y cárceles nacionales, y concede sendos auxilios pecuniarios a la Cooperativa Provivienda del Municipio de Cerrito y al Barrio de Empleados y de las Empresas Municipales de Palmira. También ordena edificar una cárcel municipal en La Virginia. Se trata, pues, de obras nacionales y de apoyo a instituciones y empresas municipales.

No aparece que, al decretar los auxilios para las instituciones y obras municipales de Palmira, Cerrito y La Virginia, se hubiera el proyecto de ley ajustado a las prescripciones de la Ley 71 de 1946, ni atendido a los requisitos que ese estatuto prescribe para hacer viable la inversión de los recursos fiscales de la Nación en empresas de la índole expresada. Lo cual quiere decir que esta iniciativa parlamentaria no se ha ejercido como lo prescribe el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, y que de consiguiente no puede ella prosperar en la forma como figura decretada en el referido proyecto de ley. Por este aspecto son, pues, inexequibles los artículos 5º y 6º y el parágrafo del artículo 3º de dicho proyecto, por quebrantar el citado proyecto constitucional.

Los artículos 1º, 3º y 4º del proyecto disponen construír con fondos públicos unos edificios para dependencias y cárceles nacionales. Tampoco aparece que estas obras se conformen a ningún plan ni programa previamente fijados por el Congreso mediante ley expedida en cumplimiento de la potestad que le confiere el ordinal 4º del mismo artículo 76 de la Carta. Síguese de esto que dichos artículos son también inexequibles por violar el ordinal 19 de la norma constitucional aludida.

El artículo 2º del proyecto dispone que los Concejos Municipales de las ciudades en donde se habrían de levantar los edificios para oficinas nacionales, "aportarán los lotes de terreno necesarios como cooperación municipal para la ejecución de las construcciones decretadas". Si este aporte se entiende como una obligación impuesta a los Municipios mencionados, la disposición transcrita resulta inexequible por infringir el artículo 183 de la Carta que garantiza la autonomía del patrimonio de cada uno de los Departamentos y Municipios del país. Si por el contrario, el aporte no constituye sino una contribución voluntaria de las entidades municipales el sobredicho artículo 2º estaría afectado por la inexequibilidad del artículo 1º que decreta la construcción de los edificios como norma accesoria de este precepto.

El segundo parágrafo del artículo 1º del proyecto dispone destinar el edificio que la Nación tiene en la Plaza de Caicedo de Cali al funcionamiento exclusivo de las dependencias de la Rama Jurisdiccional. Con toda razón expresa el señor Agente del Ministerio Público que esa disposición es exequible porque no hay precepto constitucional que le impida y le limite al Congreso la facultad de legislar sobre esa materia.

El Gobierno objetó de inconstitucional el proyecto de ley que se examina por estimarlo violatorio del ordinal 20 del artículo 76 de la Carta. Está visto que sólo unas disposiciones de ese proyecto son contrarias a esa norma y que otras quebrantan el ordinal 19 del mismo artículo constitucional. La circunstancia de que en el pliego de objeciones no se hubiera invocado este último precepto, no impide reconocer y declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del proyecto que lo violan y que han sido objetadas de inexequibles. Sobre este particular dispone en efecto el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 96 de 1936 que "si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invo-

cados en la demanda, o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

Resolución. **La Corte Suprema de Justicia declara inexequibles los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º, con excepción del parágrafo 2º del artículo 1º, del proyecto de ley número 75, "por la cual se decreta la construcción de unos edificios nacionales con destino a las dependencias oficiales en las ciudades de Buga, Palmira y Cali, y se dictan otras disposiciones".**

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, D. E., noviembre doce de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava).

El Congreso Nacional aprobó el proyecto de ley por la cual se decreta la construcción de unos edificios destinados al funcionamiento de las dependencias oficiales en las ciudades de Buga, Palmira y Cali, y se dictan otras disposiciones relacionadas también con la construcción de edificios para cárceles en los Municipios de Tuluá, Roldanillo, Sevilla, Caicedonia, Cerrito, Buenaventura, Cartago, Palmira y La Virginia. En el mismo proyecto se dispone la cooperación de la Nación con la cantidad de $ 500.000.00 en favor de la Cooperativa Provivienda del Municipio de Cerrito, y con $ 100.000.00 en beneficio del Barrio de los Empleados y Obreros del Municipio y de las Empresas Públicas de Palmira.

Pasado el proyecto para la sanción ejecutiva, el Gobierno lo objetó en su conjunto como inconveniente e inconstitucional por considerarlo violatorio del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional. Vuelto el proyecto a las Cámaras, éstas declararon infundadas las objeciones del Gobierno y renovaron la aprobación de dicho proyecto. Enviado por este motivo a la Corte, corresponde a esta entidad decidir sobre la tacha de inexequibilidad.

Corrido el traslado del caso al señor Procurador General de la Nación, este funcionario expuso su concepto adverso a la constitucionalidad del proyecto, con excepción de lo concerniente al parágrafo segundo del artículo primero.

El proyecto aprobado por el Congreso.

El proyecto de ley aprobado por el Congreso es de este tenor:

"Proyecto de ley número 75 'por la cual se decreta la construcción de unos edicifios nacionales con destino a las dependiencias oficiales en las ciudades de Buga, Palmira y Cali, y se dictan otras disposiciones'.

"El Congreso de Colombia decreta:

"Artículo 1º La Nación construirá en las ciudades de Cali, Palmira y Buga sendos edificios destinados a las dependencias oficiales que tuviere establecidas para la Administración Pública.

"Parágrafo. Los edificios que se construyan en las ciudades de Buga y Palmira no sólo se destinarán a oficinas nacionales de la Administración, sino a las dependencias de la Rama Jurisdiccional y a las respectivas dependencias municipales y departamentales.

"Parágrafo. El edificio que actualmente tiene la Nación en la ciudad de Cali, conocido con el nombre de Palacio Nacional, en la Plaza de Caicedo, se destinará exclusivamente a las Dependencias de la Rama Jurisdiccional y llevará el nombre de Palacio de Justicia.

"Artículo 2º Los Concejos Municipales de las ciudades mencionadas determinarán los lugares donde deben construírse los citados edificios, siendo entendido que aportarán los lotes de terreno necesarios como cooperación municipal para ejecución de las construcciones decretadas.

"Artículo 3º La Nación construirá edificios para cárceles en los Municipios de Tuluá, Roldanillo, Sevilla, Caicedonia, Cerrito, Buenaventura, Cartago, Palmira.

"Parágrafo. También la Nación construirá una Cárcel Municipal en La Virginia, Departamento de Caldas.

"Artículo 4º El valor de las construcciones de estos edificios se financiará con las apropiaciones que se hagan en el Presupuesto Nacional.

"Artículo 5º Establécese la cooperación de la Nación por la cantidad de quinientos mil pesos en favor de la Cooperativa Provivienda del Municipio de Cerrito, cantidad ésta que se apropiará en el Presupuesto Nacional, quedando facultado el Gobierno para abrir créditos y hacer traslaciones en el Presupuesto.

"Artículo 6º La Nación cooperará con la cantidad de cien mil pesos ($ 100.000.00) en favor del Barrio de los Empleados y Obreros del Municipio y de las Empresas Municipales de la ciudad de Palmira para la dotación de los servicios públicos de dicho Barrio.

"Artículo 7º Esta ley regirá desde su sanción".

Las objeciones del Gobierno.

El pliego de objeciones formulado por el Gobierno respecto del transcrito proyecto de ley recuerda lo que en éste se dispone, y expresa luego:

"La Ley 71 de 1946, que desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, considera que son empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, las que se someten a los requisitos que señala y que ella enumera, entre las cuales está la construcción de edificios públicos. El proyecto que busque la ayuda de la Nación deberá presentarse acompañado de los planos de las obras, de los presupuestos detallados del costo de las mismas, certificaciones de las autoridades correspondientes sobre la utilidad o necesidad de éstas y sobre la existencia de otras similares en los lugares respectivos, así como sobre la capacidad o aptitud de las obras para satisfacer las necesidades que tratan de remediar, y una explicación razonada y justificada sobre la necesidad del aporte nacional para garantizar su realización.

"El proyecto no da cumplimiento a los preceptos mencionados; no obedece a ningún plan orgánico ni se sujeta a programas y planes coordinados y estructurados de obras y de inversiones.

"En las actuales condiciones financieras de la Nación no es posible dispersar los recursos del erario en auxilios o en el fomento de empresas que no se sujeten estrictamente a planes y programas previos.

"Las consideraciones expuestas obligan al Gobierno Nacional a objetar, en su conjunto y por inconstitucionalidad e inconveniencia, el proyecto de ley a que nos hemos referido, y así se lo manifiesta respetuosamente al Congreso".

Concepto del Procurador.

El señor Procurador General de la Nación reproduce los mismos pasos del pliego de objeciones, expresa que las razones expuestas en él son valederas respecto de algunas de las disposiciones contenidas en el proyecto, pero no en relación con otras, cita los artículos que ordenan construír varios edificios para el servicio de dependencias nacionales y cárceles, y dice:

"Estas disposiciones, referentes a la construcción de edificios nacionales con fondos igualmente nacionales, no tocan para nada con la Ley 71 de 1946, dictada en desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, y que se refiere a estímulo y apoyo, por parte de la Nación, de empresas útiles o benéficas de carácter departamental, municipal, particular, religioso, etc., no nacional. En los artículos atrás citados del proyecto de ley que ahora se estudia, lo previsto son obras de carácter nacional, por lo cual no les son aplicables las referidas normas de la Ley 71 de 1946, que, se repite, no hace referencia sino a auxilio o cooperación de la Nación a empresas útiles o benéficas de entidades o personas distintas de la misma Nación.

"En consecuencia, desde este punto de vista no habría vicio de inconstitucionalidad, pues las normas proyectadas no son susceptibles de violar el numeral 20 del artículo 76 de la Carta, ni las disposiciones normativas de la Ley 71 de 1946 que lo desarrolla.

"No obstante que, en opinión de la Procuraduría, las disposiciones invocadas por el señor Presidente no son pertinentes para objetar por inconstitucionalidad los artículos 1º, con su parágrafo primero, 2º, 3º y 4º del proyecto, entiendo que la honorable Corte Suprema de Justicia, que tiene la guarda de la integridad de la Constitución, estaría facultada para declarar la inexequibilidad si encontrare que otras normas constitucionales distintas de las que se consignan en el pliego de objeciones resultan infringidas. Así lo ha sostenido la honorable corporación *(Gaceta Judicial,* Tomo XCIV, página 470), y por ello me permito exponer el criterio de este Despacho en relación con los referidos artículos del proyecto, confrontados con otras disposiciones de la Carta Fundamental.

"De conformidad con el ordinal 4º del artículo 76 de la Constitución, corresponde al Congreso, por medio de leyes, 'fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse'; y luego de que se hayan dictado estas leyes que adopten los planes y programas de obras públicas, es atribución del mismo Congreso, según el posterior numeral 19 del citado artículo 76, 'decretar las obras públicas que haya de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas'.

"Según entiendo, no se ha dictado aún por el Congreso la ley normativa que contenga planes y programas sobre construcción de edificios para las dependencias oficiales de la Nación, ni sobre la construcción de cárceles nacionales. En estas circunstancias, el Congreso todavía no ha dado cumplimiento al deber que le impone el numeral

4º del artículo 76 de la Constitución, y, en consecuencia, no puede ejercer la atribución que le otorga el número 19 del referido artículo para decretar obras públicas concretas como las que se mencionan en el proyecto; ello es así, en entender de la Procuraduría, toda vez que para que la ley que disponga la ejecución de obras públicas se acomode integralmente a la Carta Fundamental, debe versar sobre obras respecto de las cuales ya se hayan adoptado planes y programas, y decretarse 'con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas'; si estas leyes contentivas de planes y programas no existen, la ley que ordena la obra no podrá acomodarse a planes y programas inexistentes, y, por tanto, no llenará el requisito que exige perentoriamente el referido numeral 19 del artículo 76.

"Es cierto que el Congreso puede dictar leyes, y esa es su misión primordial; sin embargo, debe hacerlo de acuerdo con los mandatos de la Constitución, y ésta, para determinados casos, ha condicionado el ejercicio de esa función de hacer leyes, como es fácil advertirlo, para el caso de que viene tratándose".

En respaldo de estas tesis cita el señor Procurador la doctrina expuesta por la Corte en dos sentencias del 31 de enero de 1961 (XCIV-2235, 469 y 472), y concluye esta primera parte de su concepto expresando que "es suficiente lo dicho para que el suscrito Procurador llegue a la conclusión de que son inexequibles, por violar los numerales 4º y 19 del artículo 76 de la Constitución Nacional, los artículos 1º, con su parágrafo primero, 2º, 3º y 4º del proyecto de ley objetado".

Con referencia al segundo parágrafo del artículo 1º del mismo proyecto, que ordena destinar el edificio que en Cali se conoce con el nombre de Palacio Nacional al funcionamiento de las dependencias de la Rama Jurisdiccional, dice el señor Agente del Ministerio Público que "no hay, a mi entender, norma alguna constitucional que prohiba al Congreso legislar en este sentido, por lo cual dicho parágrafo resulta exequible".

En relación con el parágrafo del artículo 3º del proyecto de ley que dispone construír una cárcel municipal en La Virginia, Departamento de Caldas, expresa el concepto del señor Procurador que se trata en verdad de una obra útil o benéfica, digna de estímulo y apoyo por parte de la Nación, pero que para "auxiliarla ha de respetarse lo dispuesto por el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución y por la Ley 71 de 1946 que lo desarrolla", y que están ausentes del expediente los documentos que esta ley requiere.

Acerca de los artículos 5º y 6º del proyecto dice el mismo concepto del Procurador: "Estos dos artículos versan sobre auxilios nacionales en favor de personas jurídicas o entidades distintas a la Nación, para vivienda en el primer caso y para dotación de servicios públicos en el segundo. Uno y otro de estos objetivos están incluídos en la enumeración que la Ley 71 de 1946 hace de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación. En consecuencia, dichos auxilios son de los previstos en el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución, y el Congreso no puede decretarlos sin que al proyecto se acompañen los documentos que la misma Ley 71 exige; esta documentación al parecer no se acompañó al proyecto de ley y, en todo caso, no obra en el expediente, por lo cual no se llenan los requisitos constitucionales, siendo por tanto inexequibles los dos artículos en cita".

Al declarar infundadas las objeciones del Gobierno, las Cámaras observaron que el auxilio decretado por el artículo 5º del proyecto favorece a la Cooperativa Provivienda Municipal de Cerrito, y que en tal caso no puede exigirse la presentación de planos y presupuestos, porque esa institución está sujeta a la intervención oficial, tiene sus propios estatutos y personería jurídica autónoma para cumplir su objeto social. Sobre el auxilio ordenado por el artículo 6º dijeron las mismas Cámaras que él está destinado a dotar de los servicios de luz, agua y alcantarilla al Barrio de Empleados y Obreros de Palmira, que esos servicios se hallan sujetos a planos en dicha ciudad, y que esto es suficiente a satisfacer la exigencia del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución y de la Ley 71 de 1946. En relación con tales argumentos dice el señor Procurador que estos preceptos no hacen distinción ni excepción alguna, que no exoneran de la documentación a ninguna entidad por ser persona jurídica ni la exigencia atenta contra su autonomía.

Después de referirse al argumento de que la Ley 71 de 1946 no es un estatuto constitucional que impida la promulgación de otras leyes concernientes a la construcción de obras o empresas útiles o benéficas, el concepto del Procurador concluye así:

"Por todo lo expuesto, el suscrito Procurador conceptúa que es exequible únicamente el parágrafo segundo del artículo 1º del objetado proyecto de ley 'por la cual se decreta la construcción de unos edificios nacionales con destino a las dependencias oficiales en las ciudades de Buga, Palmira y Cali, y se dictan otras disposiciones'; y que son inexequibles los artículos 1º,

con su parágrafo primero, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del mismo proyecto de ley".

Consideraciones de la Corte.

El artículo 76 de la Constitución Nacional dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes y que por medio de ellas ejerce varias atribuciones, entre ellas las siguientes:

"4ª Fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse".

"19. Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas".

"20. Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

De acuerdo con las dos primeras normas constitucionales transcritas, al Congreso corresponde la potestad de fijar los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, y decretar la construcción o continuación de esas mismas obras con arreglo a los planes y programas que señalen las leyes respectivas. Estas dos disposiciones se hallan en conexión íntima y se refieren sin duda a las obras públicas nacionales, esto es, a aquellas cuya construcción decreta el Congreso y autoriza costear con fondos de la Nación.

El ordinal 20 del artículo 76 de la Carta consagra otra atribución del Congreso, ya no en relación con las obras públicas de orden nacional, sino con el fomento y apoyo de las empresas útiles o benéficas que realicen las entidades o personas distintas de la Nación. La construcción de estas obras puede ser estimulada con dineros provenientes de los fondos nacionales, pero el auxilio debe sujetarse estrictamente "a los planes y programas correspondientes", o sea a los planes y programas elaborados por la entidad o persona constructora para llevar a cabo la empresa respectiva.

Al Congreso compete decretar las obras nacionales y fomentar las departamentales, municipales o de otras entidades o personas, religiosas o cívicas, pero en uno y otro caso debe sujetarse a los planes y programas señalados, bien por la ley, ora por la entidad o persona empresaria. Con este sistema no se ha pretendido limitar ni entrabar las facultades y la acción del legislador, sino evitar el desorden en la inversión de los fondos públicos y su dispersión en obras o empresas que no obedecen a ningún método ni armonizan siempre con las necesidades públicas.

En cuanto concierne a las obras o empresas departamentales, municipales o de otras entidades o personas, la Ley 71 de 1946, dictada en desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, señala los requisitos que han de cumplirse y comprobarse para poder recibir una ayuda o auxilio de los fondos públicos de la Nación. Esta Ley 71 regula la actividad legislativa de "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo", sujeta esa facultad a obedecer "los planes y programas correspondientes", determina las obras que son dignas de apoyo por parte de la Nación, y fija las condiciones necesarias para obtener este apoyo. Como la misma ley reglamenta la forma y casos en que el Congreso puede ejercer su facultad de otorgar auxilios para obras o empresas que no son nacionales, el olvido o desconocimiento de sus preceptos entraña el desempeño inadecuado de esa función legislativa y el quebranto de la norma constitucional que la consagra, y señala los requisitos de su ejercicio.

También la facultad de decretar obras nacionales y de invertir en ellas los recursos fiscales de la Nación, debe sujetarse a los planes y programas que al propio Congreso incumbe fijar por ley. Así lo prescribe la Carta, y, por tanto, el ejercicio de esta atribución no puede realizarse libremente, sin método ni orientación, sino en armonía y con arreglo a los planes y programas que el mismo legislador se haya trazado previamente. De otro modo no se atiende al mandato de la Constitución, sino que se lo viola, con detrimento de la organización institucional y del ordenado destino de los recursos fiscales de la Nación.

Estas mismas consideraciones las ha expuesto y repetido ya la Corte en varias ocasiones desde la sentencia de 14 de diciembre de 1945 (LIX-2025, 645), en que señaló por primera vez el alcance y la aplicación de las normas constitucionales que se han transcrito.

El proyecto de ley objetado en este caso contempla la construcción de unos edificios para el funcionamiento de dependencias y cárceles nacionales, y concede sendos auxilios pecuniarios a la Cooperativa Provivienda del Municipio de Cerrito y al Barrio de Empleados y de las Empresas Municipales de Palmira. También ordena edificar una cárcel municipal en La Virginia. Se trata, pues, de obras nacionales y de apoyo a instituciones y empresas municipales.

No aparece que, al decretar los auxilios para las instituciones y obras municipales de Palmira,

Cerrito y La Virginia, se hubiera el proyecto de ley ajustado a las prescripciones de la Ley 71 de 1946, ni atendido a los requisitos que este estatuto prescribe para hacer viable la inversión de los recursos fiscales de la Nación en empresas de la índole expresada. Lo cual quiere decir que esta iniciativa parlamentaria no se ha ejercido como lo prescribe el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, y que, de consiguiente, no puede ella prosperar en la forma como figura decretada en el referido proyecto de ley. Por este aspecto son, pues, inexequibles los artículos 5º y 6º y el parágrafo del artículo 3º de dicho proyecto, por quebrantar el citado precepto constitucional.

Los artículos 1º, 3º y 4º del proyecto disponen construír con fondos públicos unos edificios para dependencias y cárceles nacionales. Tampoco aparece que estas obras se conformen a ningún plan ni programa previamente fijados por el Congreso mediante ley expedida en cumplimiento de la potestad que le confiere el ordinal 4º del mismo artículo 76 de la Carta. Síguese de esto que dichos artículos son también inexequibles por violar el ordinal 19 de la norma constitucional aludida.

El artículo 2º del proyecto dispone que los Concejos Municipales de las ciudades en donde se habrían de levantar los edificios para oficinas nacionales, "aportarán los lotes de terreno necesarios como cooperación municipal para la ejecución de las construcciones decretadas". Si este aporte se entiende como una obligación impuesta a los Municipios mencionados, la disposición transcrita resulta inexequible por infringir el artículo 183 de la Carta que garantiza la autonomía del patrimonio de cada uno de los Departamentos y Municipios del país. Si por el contrario, el aporte no constituye sino una contribución voluntaria de las entidades municipales, el sobredicho artículo 2º estaría afectado por la inexequibilidad del artículo 1º que decreta la construcción de los edificios como norma accesoria de este precepto.

El segundo parágrafo del artículo 1º del proyecto dispone destinar el edificio que la Nación tiene en la Plaza de Caicedo, de Cali, al funcionamiento exclusivo de las dependencias de la Rama Jurisdiccional. Con toda razón expresa el señor Agente del Ministerio Público que esta disposición es exequible, porque no hay precepto constitucional que le impida y le limite al Congreso la facultad de legislar sobre esa materia.

El Gobierno objetó de inconstitucioñal el proyecto de ley que se examina por estimarlo violatorio del ordinal 20 del artículo 76 de la Carta. Está visto que sólo unas disposiciones de ese proyecto son contrarias a esa norma, y que otras quebrantan el ordinal 19 del mismo artículo constitucional. La circunstancia de que en el pliego de objeciones no se hubiere invocado este último precepto, no impide reconocer y declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del proyecto que lo violan y que han sido objetadas de inexequibles. Sobre este particular dispone en efecto el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 96 de 1936 que "si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que son inexequibles los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º, con excepción del parágrafo segundo del artículo 1º, del proyecto de ley "por la cual se decreta la construcción de unos edificios nacionales con destino a las dependencias oficiales en las ciudades de Buga, Palmira y Cali, y se dictan otras disposiciones", y que así debe declararse.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 214 de la Constitución Nacional, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, *declara inexequibles* los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º, con excepción del parágrafo segundo del artículo 1º, del proyecto de ley número 75, "por la cual se decreta la construcción de unos edificios nacionales con destino a las dependencias oficiales en las ciudades de Buga, Palmira y Cali, y se dictan otras disposiciones".

Transcríbase esta providencia al señor Presidente de la República y a los señores Presidentes del Senado y de la Cámara de Representantes.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Gustavo Rendón Gaviria, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Roberto de Zubiría, Alvaro Díaz-Granados, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE DESTINA UNA PARTIDA PARA EL LICEO CELEDON, DE SANTA MARTA, Y SE PROVEE A SU FUNCIONAMIENTO". NORMATIVIDAD DE LA LEY 71 DE 1946. AUTONOMIA DE LOS DEPARTAMENTOS EN LA ADMINISTRACION DE SU PATRIMONIO

1. Las disposiciones contenidas en la Ley 71 de 1946 no son sino el necesario desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, y deben aplicarse como tales mientras el legislador no las derogue. — 2. Autonomía de las entidades departamentales para el manejo y disposición de su patrimonio. La ley no es medio constitucional idóneo para que un Departamento exprese su voluntad en cuestiones tendientes a definir asuntos de interés patrimonial.

1. Aunque la destinación de la suma a que se refiere el proyecto de ley en su artículo 1º es para el fomento de una empresa de las contempladas en el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional y en la Ley 71 de 1946, por la cual se desarrolló aquella norma, el artículo en estudio es violatorio de dicha disposición de la Carta, pues ni de los antecedentes del proyecto objetado, ni de la documentación enviada a la Corte se desprende que se hubieran observado las exigencias señaladas por el artículo 2º y siguientes de la expresada ley, que imponen, para que el legislador pueda destinar auxilios para la construcción de esas obras por cuenta de la Nación, el previo cumplimiento de los requisitos señalados por la citada ley, entre los que se enumeran los siguientes: planos de las obras, levantados o autorizados por ingeniero titulado y con el visto bueno del Agente del Ministerio Público y el Gobernador respectivo; presupuesto detallado del costo de la obra; certificación de las autoridades municipales o departamentales correspondientes, según los fines e índole de la obra, sobre la utilidad o necesidad de ésta y sobre la existencia de obras similares en el lugar respectivo.

En relación con la normatividad de la Ley 71 de 1946, de acuerdo con reiterada doctrina de esta corporación, las disposiciones contenidas en tal Ley no son sino el necesario desarrollo constitucional del ordinal 20 del artículo 76 de la Ley de Leyes, y deben aplicarse como tales mientras el legislador mismo no las derogue.

2. El artículo 5º del proyecto en cuanto dispone que "a partir del 1º de enero de 1961 nacionalízase el Colegio Celedón, de Santa Marta", contraría claramente el artículo 183 de la Carta, el cual establece: "Los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada".

En efecto, aquella disposición rompe el equilibrio institucional porque desconoce la autonomía de la entidad departamental para el manejo de su patrimonio, pues no otro alcance puede tener un precepto que sin limitación alguna nacionaliza un establecimiento que, precisamente, no tenía el carácter de bien nacional. Además, la ley no es medio constitucional idóneo para que el Departamento exprese su voluntad en cuestiones tendientes a definir asuntos de interés patrimonial, porque ello implicaría el desplazamiento de una facultad exclusiva de la entidad departamental hacia otro órgano del Poder Público, con quebranto del mandato constitucional que le garantiza independencia y autonomía al manejo y disposición de sus bienes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano).

La Presidencia de la República ha pasado a la Corte, para los fines previstos en el artículo 90 de la Constitución, el proyecto de ley "por la cual se destina una partida para el Liceo Celedón, de Santa Marta, y se provee a su funcionamiento", en atención a que el Congreso Nacional desechó las objeciones que a este proyecto le formuló el señor Presidente de la República, estimando inconstitucionales algunos de sus artículos.

El texto del citado proyecto es el siguiente:

"El Congreso de Colombia decreta:

"*Artículo 1º* Destínase la suma de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) moneda legal, para la obra de ampliación del establecimiento de bachillerato denominado 'Liceo Celedón', de la ciudad de Santa Marta. Esta obra se realizará con carácter de urgente, de acuerdo con planos que deberá preparar el Ministerio de Educación Nacional, con el objeto de convertir a dicho centro docente en un colegio piloto de bachillerato para la Costa Atlántica.

"Las obras de ampliación consistirán en la construcción de nuevos pabellones o edificaciones adyacentes al edificio actual, con el objeto de dotarlo de nuevas aulas escolares, dormitorios para internos, sala de lectura y biblioteca, casino, paraninfo, laboratorios y demás dependencias necesarias para un colegio de bachillerato moderno.

"*Artículo 2º* El Liceo Celedón, de Santa Marta, estará dirigido por una 'Junta Directiva del Liceo Celedón', que estará integrada así: por el Gobernador del Departamento del Magdalena, quien la presidirá; por el Rector del Colegio, quien será el Secretario de la Junta; por tres representantes del Gobierno Nacional, designados por el Ministerio de Educación Nacional y escogidos de entre el personal de profesores del Colegio; y por tres representantes de los estudiantes, elegidos para períodos de un año por la Asamblea Estudiantil.

"*Parágrafo.* La Asamblea Estudiantil será la entidad representativa de los estudiantes ante las Directivas del Colegio, y se compondrá de tres delegados por cada uno de los seis cursos de bachillerato, elegidos popularmente, por el sistema del cuociente electoral, en un mismo día del primer mes de actividades escolares en cada año, en fecha que señalará el Rector o que los estudiantes convendrán de común acuerdo.

"*Artículo 3º* La Junta Directiva del Liceo Celedón será la responsable de la dirección o funcionamiento del Colegio, y el Rector será el ejecutor de sus principales decisiones. Corresponderá a ella velar por la buena marcha del claustro y propugnar porque sean resueltas las principales necesidades del Colegio.

"Además la Junta Directiva tendrá las siguientes atribuciones:

"a) Resolver sobre las solicitudes de admisión, cada año, y decretar las expulsiones a solicitud del Rector;

"b) Fijar los cupos de nuevos alumnos, cada año, para cada curso, y señalar los horarios, a solicitud del Rector;

"c) Servir de cuerpo consultivo y asesor del Rector, quien tendrá voz y voto ante ella;

"d) Solicitar del Ministerio de Educación la remoción de profesores del Colegio, o su traslado, por incompetencia o inconveniencia;

"e) Resolver, por apelación de los estudiantes o de la Asamblea Estudiantil, las decisiones que haya tomado el Rector sobre sanciones y penas a los alumnos;

"f) Hacer cada año, antes de terminar las actividades escolares, la declaración por resolución motivada, de los 10 mejores bachilleres del Liceo Celedón en el año, en orden descendente, teniendo en todo caso en cuenta los cómputos y calificaciones de cada uno de los estudiantes de último año, al terminar los exámenes finales;

"g) Propender por el desarrollo e incremento cultural del claustro, por su mejoramiento, por su buena marcha y, en fin, hacer todo cuanto convenga a los intereses del Liceo Celedón en su condición de primera jerarquía del claustro.

"*Artículo 4º* El Ministerio de Educación Nacional mantendrá la vigilancia del claustro sobre su rendimiento y eficacia.

"Corresponde al Ministerio de Educación hacer los nombramientos de los profesores del Liceo Celedón, procurando en lo posible hacerlo con criterio de selección. También corresponde al Ministerio enviar cada año, en el último mes del año, a la Junta Directiva del Liceo, una lista de cinco candidatos, para que entre ellos la Junta escoja al Rector del Colegio, para el período de un año, que comenzará a contarse a partir del mes de enero del año siguiente; en esta lista el Ministerio forzosamente deberá incluír tres nom-

bres, que serán uno el del Rector que se encuentre en el desempeño de sus funciones, que encabezará la lista, y dos de los profesores del Liceo que se encuentren desempeñando sus cargos.

"La Junta hará la elección del Rector libremente escogiéndole de esta lista, y comunicará inmediatamente su decisión al Ministerio.

"Los demás empleados del Colegio serán designados por la Junta Directiva del Liceo.

"*Artículo 5º* A partir del 1º de enero de 1961 nacionalízase el Colegio Celedón de Santa Marta; en consecuencia, a partir de la fecha mencionada será de cargo de la Nación su dotación y sostenimiento.

"*Artículo 6º* Facúltase al Gobierno para dictar todas las disposiciones necesarias, tendientes a buscar que el Colegio Celedón, de Santa Marta, cumpla una función docente de carácter general.

"*Artículo 7º* La partida destinada en el artículo 1º de esta ley será incluída en el presupuesto de la próxima vigencia.

"*Artículo 8º* En caso de que el Congreso no lo haga, el Gobierno Nacional procederá a hacer las operaciones presupuestales necesarias para el eficaz cumplimiento de esta ley.

"*Artículo 9º* La presente ley regirá desde su sanción".

Las objeciones.

El señor Presidente de la República objeta el proyecto de ley en los términos siguientes:

"Honorables Senadores y Representantes:

"Originario de la honorable Cámara de Representantes y para su sanción ejecutiva ha sido enviado el proyecto de ley 'por la cual se destina una partida para el Liceo Celedón, de Santa Marta, y se provee a su funcionamiento'.

"El artículo 120 de la Constitución Nacional, ordinal 13, faculta al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, para reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional, no pudiendo la ley atribuírse esta facultad privativa del Ejecutivo.

"Los artículos 2º, 3º y 4º del proyecto contrarían el mandato constitucional al determinar un régimen de funcionamiento especial para un establecimiento nacionalizado, que se encuentra sujeto a la reglamentación que el Gobierno ha dictado para todos los establecimientos oficiales nacionales de la misma categoría.

"El artículo 5º es improcedente e inoperante porque el Liceo Celedón, de Santa Marta, fue nacionalizado en virtud de un contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el Gobernador del Departamento del Magdalena, debidamente autorizado por la Ordenanza número 66 de 1937. Por razón de este contrato el Ministerio de Educación atiende actualmente a su administración, dotación y sostenimiento que asciende en el año de 1962 a $ 557.224.00, y para 1963 se han calculado los gastos en $ 879.256.00, reajustando los sueldos del personal docente.

"El Liceo es propiedad del Departamento del Magdalena, creado por Decreto número 118 de 1905, noviembre 24. Para que el legislador pueda nacionalizarlo se requiere autorización expresa de la entidad administrativa que lo creó, por cuanto existe una nacionalización contractual y a término fijo.

"Por las anteriores consideraciones, el Ejecutivo se ve precisado a objetar por inconstitucionalidad e inconveniencia el proyecto mencionado, y así se lo expresa muy respetuosamente al Congreso".

Se considera:

Como el proyecto fue objetado al mismo tiempo por inconveniente y por inconstitucional, fue devuelto primeramente por el señor Presidente a las Cámaras Legislativas, en donde debatido nuevamente, se declararon infundadas las objeciones, por lo cual fue enviado a la Corte para que resuelva sobre la exequibilidad de las objeciones propuestas, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 90 de la Carta.

El mensaje de objeciones únicamente se refiere a cuatro artículos del proyecto. Primeramente expresa que los artículos 2º, 3º y 4º son violatorios del ordinal 13 del artículo 120 de la Constitución, que le confieren al Presidente de la República la facultad de reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional. En segundo lugar se menciona el artículo 5º que nacionaliza el Colegio Celedón de Santa Marta. Las observaciones que se hacen en el pliego de objeciones a este artículo del proyecto se resienten de claridad y precisión, ya que en primer lugar se afirma que dicho artículo "*es improcedente e inoperante,* porque el Liceo Celedón, de Santa Marta, fue nacionalizado en virtud de un contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el Gobernador del Departamento, debidamente autorizado por la Ordenanza 66 de 1937"; mas a continuación se expresa que el citado Colegio es propiedad del Departamento del Magdalena, y que para que el legislador pueda nacionalizarlo "se requiere autorización expresa de la entidad administrativa que lo creó".

El pliego de objeciones ha suscitado algunas dudas o dificultades a la Corte, y para aclararlas solicitó copia de algunos documentos a que se hace referencia en el mensaje, documentos que no obraban en las diligencias y antecedentes del proyecto, como la Ordenanza 66 de 1937 y el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el Departamento del Magdalena, a fin de establecer si se realizó por medio del expresado contrato la nacionalización del Colegio.

En relación con las atribuciones constitucionales que a la Corte le corresponde ejercer con respecto a las objeciones formuladas por el Jefe del Ejecutivo, se observa que, si bien del contenido del mensaje se podría deducir que aquéllas se contraen únicamente a los artículos 2º, 3º y 4º del proyecto, por cuanto sólo éstos se señalan como violatorios de una norma de la Constitución, no obstante, la Corte habrá de decidir sobre la exequibilidad o inexequibilidad de todos los artículos del mismo, ya que éste fue objetado en su conjunto por inconveniencia e inconstitucionalidad, sin que en el mensaje se hiciera una clara y precisa distinción en relación con esta cuestión.

Artículo 1º Como se ha visto, este artículo destina la suma de un millón de pesos ($ 1.000.000) para la obra de ampliación del Liceo Celedón, consistente en la construcción de nuevos pabellones o edificaciones para aulas, dormitorios, biblioteca, casino, laboratorios.

Aunque la destinación de la expresada suma es para el fomento de una empresa de las contempladas en el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional y en la Ley 71 de 1946, por la cual se desarrolló aquella norma, el artículo en estudio es violatorio de dicha disposición de la Carta, pues ni de los antecedentes del proyecto de ley objetado, ni de la documentación enviada a la Corte se desprende que se hubieran observado las exigencias señaladas por el artículo 2º y siguientes de la expresada ley, que imponen, para que el legislador pueda destinar auxilios para la construcción de esas obras por cuenta de la Nación, el previo cumplimiento de los requisitos señalados por la citada ley, entre los que se enumeran los siguientes: planos de las obras, levantados o autorizados por ingeniero titulado y con el visto bueno del Agente del Ministerio Público y del Gobernador respectivo; presupuesto detallado del costo de la obra; certificación de las autoridades municipales o departamentales correspondientes, según los fines e índole de la obra, sobre la utilidad o necesidad de ésta y sobre la existencia de obras similares en el lugar respectivo.

En relación con la normatividad de la Ley 71 de 1946 esta corporación, en Sala Plena, y en providencia de 31 de enero de 1961, sostuvo lo siguiente:

"En desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, el Congreso expidió la Ley 71 de 1946, que señala los requisitos, condiciones, planes y programas a los que se deben ceñir los proyectos de ley para la construcción o fomento de las obras o empresas útiles dignas de apoyo por parte de la Nación. Esta ley, como lo expresó la Comisión Primera que en la Cámara estudió el proyecto que posteriormente se convirtió en la expresada ley, 'sería una base para que sobre ella pudiera legislarse *sin incurrir en infracción alguna de nuestra Carta*' (número 70 de los 'Anales del Congreso' correspondientes al 11 de octubre de 1946).

"La expresada ley, en su artículo 1º, trae una enumeración de las empresas u obras a que se refiere el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, y en sus siguientes artículos establece los requisitos y condiciones indispensables que deben cumplirse por el legislador cuando ordena la ejecución o fomento de esas obras en un proyecto de ley. Por lo tanto, el proyecto de ley sobre la ejecución o desarrollo de estas obras debe sujetarse, por mandato de la misma Constitución, a la ley general sobre planificación y programación.

"De manera que es en virtud de la propia voluntad expresa del constituyente por lo que se condicionó el ejercicio de ciertas facultades legislativas a la previa existencia de una ley que contenga normas generales reguladoras, a las cuales deberán sujetarse las leyes que las desarrollan, y entre éstas se cuentan las de los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta, referentes a la preexistencia de una ley que determine los requisitos, planes y programas de las obras públicas que hayan de iniciarse o continuarse por cuenta de la Nación.

"Por lo tanto, todo proyecto de ley que trate de emprender una obra o de apoyar económicamente empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo, en concepto del legislador, necesariamente deberá cumplir los requisitos que en la ley general sobre planeación se exigen, para no incurrir, como lo expresó la Comisión Primera de la Cámara, 'en infracción alguna de nuestra Carta', pues el no cumplimiento de tales requisitos conlleva un vicio de inconstitucionalidad para el respectivo proyecto de ley, toda vez que el mandato constitucional es de forzoso cumplimiento".

Esta tesis la ha sostenido reiteradamente la Corte en varias decisiones.

Por lo tanto, las disposiciones contenidas en la citada Ley 71 de 1946, no son sino el necesario desarrollo constitucional contenido en el ordinal 20 del artículo 76 de la Ley de Leyes, y deben aplicarse como tales mientras el legislador mismo no las derogue.

En consecuencia, la falta del previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la mencionada ley para que el legislador pueda auxiliar económicamente el colegio Liceo Celedón, de Santa Marta, para las obras de ampliación de este establecimiento de enseñanza secundaria, entraña el quebrantamiento del numeral 20 del artículo 76 de la Constitución, en cuanto el artículo 1º del proyecto destina la suma que en él se indica para dichas obras.

Artículos 7º y 8º Siendo inexequible el artículo del proyecto de anterior mención, lógica y consecuencialmente quedan afectados de la misma tacha los artículos 7º y 8º del mismo, puesto que estas disposiciones se limitan a ordenar la manera como debe hacerse efectivo el pago que se destina para la construcción de dichas obras.

Por motivo de la fundamental incidencia que la tacha de inconstitucionalidad formulada contra el *artículo 5º* del proyecto tiene respecto de las restantes disposiciones objetadas, se pasa a su procedente estudio. Dice el mensaje presidencial al referirse a este precepto, por medio del cual se nacionaliza el Colegio Celedón, de Santa Marta, a partir del 1º de enero de 1961, que tal establecimiento de segunda enseñanza es de propiedad del Departamento del Magdalena, creado por Decreto número 118 de 1905, y "que para que el legislador pueda nacionalizarlo se requiere autorización expresa de la entidad administrativa que lo creó". Mas a la objeción así formulada, se antepone esta otra consideración: "El artículo 5º es improcedente e inoperante porque el Liceo Celedón, de Santa Marta, fue nacionalizado en virtud de un contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el Gobernador del Departamento, debidamente autorizado por la Ordenanza número 66 de 1937...".

La confusión que pudiera surgir de los términos del mensaje de objeciones sobre el punto en cuestión, debe dilucidarse a la luz del contrato que a la vez se invoca como fundamento de conclusiones al parecer antitéticas.

De conformidad con las cláusulas pertinentes del contrato, traído en copia auténtica al expediente, el Gobierno Nacional se obligó a asumir, desde la fecha de su celebración (11 de febrero de 1938), "la dirección, administración y organización futuras del instituto de educación llamado Liceo Celedón, de Santa Marta, de propiedad y a cargo ahora del Departamento del Magdalena". También se convino, entre otras estipulaciones, que el Gobierno se comprometía: "a continuar dando en el Colegio la enseñanza secundaria de acuerdo con los pénsumes y programas que para institutos de esta índole tiene determinados el Ministerio de Educación Nacional"; a dotarlo de laboratorios, gabinetes, biblioteca, etc., elementos que a la terminación del convenio "quedarían de propiedad del Departamento del Magdalena, con destino al servicio del Colegio"; a devolver a esta última entidad, en el evento expresado, el local donde funciona dicho establecimiento, del cual hace entrega el Departamento al Gobierno Nacional, "bajo riguroso inventario"; "a hacer todas las inversiones necesarias para colocar el establecimiento entre los de primera categoría". (Cláusulas primera, quinta, séptima, novena y undécima).

El Gobernador del Magdalena celebró el anterior contrato en uso de la atribución concedida por el artículo 20 de la Ordenanza Departamental número 66 de 1937, que reza: "Autorízase ampliamente a la Gobernación para que dicte las medidas que juzgue convenientes a la completa organización del Colegio y para que disponga de su clausura cuando las circunstancias así lo determinen".

Los términos mismos del contrato conducen a la conclusión de que, al perfeccionarse aquél en desarrollo de la autorización ordenanzal, sólo se dio al Gobierno Nacional la administración y dirección del Colegio Celedón, con reserva del derecho de propiedad sobre las edificaciones y demás bienes afectos al funcionamiento de ese centro educativo, cuya titularidad se reconoce al Departamento del Magdalena. Por lo tanto, el contrato en referencia no puede invocarse para sustentar en él la nacionalización del establecimiento, como parece indicarlo el mensaje presidencial, ya que las facultades conferidas por dicho pacto al Gobierno, no pueden trasmutarse en otras fundamentalmente distintas en relación con el patrimonio administrado.

Ahora bien: el artículo 5º del proyecto, en cuanto dispone que "a partir del 1º de enero de 1961 nacionalízase el Colegio Celedón, de Santa Marta", contraría claramente el artículo 183 de la Carta, el cual establece: "Los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los par-

ticulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada".

En efecto, aquella disposición rompe el equilibrio institucional porque desconoce la autonomía de la entidad departamental para el manejo de su patrimonio, pues no otro alcance puede tener un precepto que sin limitación alguna nacionaliza un establecimiento que, precisamente, no tenía el carácter de bien nacional. Además, la ley no es medio constitucionalmente idóneo para que el Departamento exprese su voluntad en cuestiones tendientes a definir asuntos de interés patrimonial, porque ello implicaría el desplazamiento de una facultad exclusiva de la entidad departamental hacia otro órgano del Poder Público, con quebranto del mandato constitucional que le garantiza independencia y autonomía para el manejo y disposición de sus bienes.

Los artículos 2º, 3º, 4º y 6º del proyecto de ley, mediante los cuales se establece un régimen futuro y especial sobre la organización y funcionamiento del Colegio Departamental de Santa Marta, son ordenaciones que emergen del artículo 5º, como necesaria consecuencia de este precepto que nacionaliza el referido instituto docente. La forma novedosa, pero constitucionalmente inadmisible, como el legislador reglamenta el funcionamiento del plantel, consagrando en dichas normas un derecho de plena intervención estatal en su control y marcha, revela que aquél partía de la base de que tenía esa potestad en virtud de no ser ajeno el Liceo Celedón. Por lo tanto, si, según lo antes expuesto, la nacionalización ordenada en el artículo 5º del proyecto de ley quebranta el equilibrio institucional, síguese que las precitadas disposiciones quedan afectadas, por vía de inmediata consecuencia, de la misma tacha de inconstitucionalidad señalada en el párrafo precedente.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, en ejercicio de la jurisdicción constitucional consagrada en el artículo 214 de la Carta, y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara inexequibles los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del proyecto de ley "por la cual se destina una partida para el Liceo Celedón, de Santa Marta, y se provee a su funcionamiento".

Dese cuenta de lo resuelto al señor Presidente de la República y al Congreso Nacional.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Gustavo Rendón Gaviria, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Alvaro Díaz-Granados, Roberto de Zubiría, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

No hay lugar a imponer sanción alguna en relación con la presente queja.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, 30 de noviembre de 1963.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

Del señor Jefe de la División de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia se recibió oficio en que manifestaba que "para los fines que esa corporación estime conveniente" enviaba copia de la "investigación administrativa adelantada en el honorable Tribunal Superior de Cali, por el Visitador de Justicia de esta División, doctor Jorge Ignacio García Martínez".

Entre los documentos integrantes de la aludida actuación figura una resolución del mismo Jefe de la citada División, en cuya parte resolutiva dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

"Artículo primero. Remitir copia a la honorable Corte Suprema de Justicia de los memoriales dirigidos al señor Ministro de Justicia y honorable Tribunal Superior de Cali por los doctores Jorge Enrique Gutiérrez Anzola y Raúl Arias López, y de la visita e informe elaborados por el Visitador de esta División, doctor Jorge Ignacio García Martínez, con motivo de la revisión del proceso aludido en el honorable Tribunal referido, para que decida, como superior jerárquico, si al honorable Magistrado doctor Demófilo Candela Moriones le cabe alguna de las sanciones establecidas en el Decreto 3665 de 1950".

En la parte motiva se expresan las siguientes conclusiones:

"1ª El honorable Tribunal de Cali se demoró veintitrés meses, aproximadamente, para resolver la apelación del auto revocatorio de la detención, proferido por el Juzgado Tercero Superior, contra varios sindicados".

"2ª A pesar de haber llegado el expediente en mayo 30 de 1959 al honorable Tribunal para resolver la apelación del auto de proceder dictado por el Juzgado del conocimiento contra Jerala Kronfly y otros, en la fecha, es decir, a los cuatro años, tres meses, aún no había sido desatado, con grave perjuicio para la recta administración de justicia y en detrimento de la misma".

"3ª El sindicado Jerala Kronfly ha gozado desde su detención en la Penitenciaría de Palmira de privilegios no autorizados por la ley, y algo más, su detención es meramente formal ya que el propio Visitador de Justicia comprobó que éste permanece dedicado a sus actividades comerciales en su establecimiento situado en la carrera 7ª número 13-18 de la ciudad de Cali...".

En suma, se acusa al doctor Demófilo Candela Moriones de morosidad en la tramitación del proceso seguido contra Jerala Kronfly y otros, y de haber concedido a este sindicado permisos de salida en forma irregular.

Dada en traslado la queja al doctor Candela, éste la contestó dentro de término legal.

Con relación a la demora en la resolución de la apelación del auto revocatorio de la detención de los sindicados, el doctor Candela manifiesta que no le "corresponde dar ninguna información, porque cuando se tramitó el recurso de apelación del auto que revocó la detención de los sindicados Kronfly Iza y otros, no era yo Magistrado de este Tribunal, pues que apenas tomé posesión del cargo el 31 de agosto de 1961, cuando ya el proceso había subido para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el respectivo auto de proceder". Y efectivamente consta de certificación de la Gobernación del Valle y del acta de la visita practicada al Tribunal, que el doctor Candela tiene plena razón en lo que se acaba de transcribir de su memorial de descargo.

Por lo que hace a la acusación de morosidad en la decisión de la apelación del auto de proceder, reza la parte pertinente del acta de la visita:

"... Por medio de memorial de septiembre 5/59, Jerala Kronfly confirió poder al doctor Isaías Hernán Ibarra, recibido en septiembre 10/

59 al despacho del Magistrado, *doctor Demófilo Candela en septiembre 10/59*".

"A fl. 150 y s.s. de la actuación a que nos venimos refiriendo, obra nueve, concepto del doctor Zafra dado al doctor Ibarra, apoderado de James Navia, fue presentado en julio 1º/59".

"A fl. 151, el detenido Jerala Kronfly pide copia de su indagatoria en octubre 28/59, pasó al despacho en la misma fecha".

"A fl. 152 a fl. 169, nuevo concepto del doctor Zafra".

"Por auto de noviembre 3/59 se ordenó traslado a la Fiscalía, fijación en lista. Se aceptó la renuncia del doctor Angel Rivera Quintana, aceptándose personería al doctor Ibarra, se nombró como defensor de oficio de Manuel Varona Medina al doctor Laureano Alberto Arellano, se ordenó allegar los nuevos conceptos del doctor Zafra. Se libró despacho para la notificación personal a Jerala Kronfly, devuelto diligenciado de Palmira en noviembre 10/59, notificado a la Fiscalía y por estado de noviembre 6/59. (El despacho está firmado por el doctor Serrano, que reemplazó interinamente al doctor Candela)".

"Remitido en traslado al Fiscal Primero del honorable Tribunal Superior, doctor Emigdio Cortés Holguín, por *el término de tres días, en noviembre /59. Devuelto con concepto en diciembre 19/59.* Fijado en lista en enero 11 de 1961, al estudio en enero 16/61. El Magistrado doctor Demófilo Candela en la misma fecha se declaró impedido, en resumen adujo como razón del impedimento, el que su cuñado hubiera sido apoderado dentro del proceso, lo cual 'le creaba impedimento de carácter moral'. Pasó al Magistrado doctor Moreno Mosquera, que registró proyecto en la misma fecha, la Sala Dual del honorable Tribunal, por auto de enero 17/61, no aceptó el impedimento declarándolo infundado, ordenó la remisión a la honorable Corte".

"Recibido en la honorable Corte Suprema en enero 28/61, radicado bajo el número 11041 del fl. 557. Repartido en enero 30/61 al Magistrado Roncallo Acosta. La Corte confirmó en febrero 11/61".

"Devuelto al honorable Tribunal en febrero 20/61, obrando en 13 cuadernos con 307-517-155-285-526-104-128-185-208-274-68-4-24 fols., junto con tres discos y una cinta magnetofónica, recibido en febrero 27/61; por auto de la misma fecha de la Sala Dual se devolvió al Magistrado ponente, se notificó por estado de marzo 2/61 y personalmente a la fiscalía. Al estudio del Magistrado, doctor Demófilo Candela, en marzo 7/61".

"Por auto de septiembre 23/61 el Magistrado doctor Pedro Elías Serrano se declaró impedido conforme a la causal del artículo 435 del C. P. P. Pasó al estudio del Magistrado doctor Moreno Mosquera en septiembre 25/61, que registró proyecto en la misma fecha".

"Por memorial de septiembre 26/61 el doctor Luis Zafra solicita al honorable Tribunal no califique el impedimento hasta tanto la Corte no haga la designación del Magistrado en propiedad, en razón de que se le había informado la corporación había fijado para el jueves siguiente la fecha para el nombramiento. El memorial pasó al despacho del doctor Romero Soto, donde se encontraba el proyecto del doctor Moreno Mosquera y el negocio, obra constancia secretarial en el expediente al respecto de septiembre 27/61".

"Obra en papel sellado número 11674322, certificado de la Secretaría de la honorable Corte Suprema de mayo 28/62 sobre el señalamiento para el miércoles 30 de mayo de 1962, para la elección de Magistrado en reemplazo del doctor César Suárez Candela, a quien no le fue confirmado el nombramiento, dice en su petición el doctor Zafra que no se califique el impedimento y que se agregue a la actuación; por auto de la fecha el Magistrado ponente ordenó agregarlo al expediente".

"Obra certificado del médico de la Cárcel de Palmira, doctor Hernán Parra Arce, por el que dictamina el preso Jerala Kronfly sufre hipertonia simpática y, por lo tanto, debe ser examinado por un especialista psiquiátrico".

"El detenido Jerala Kronfly pide su traslado de Palmira a Cali por escrito de enero 25/62, en razón de haber desaparecido las razones que se tuvieron para el traslado a esa Penitenciaría. Por auto de enero 21/62 el Magistrado doctor Serrano Abadía solicitó informe al Juzgado Tercero Superior a cargo de quien se encontraba el preso Electo Enrique de la Cruz, señalado como enemigo de Jerala, para establecer si éste se encontraba en Villanueva o, por el contrario, estaba en otro establecimiento, el Juzgado Tercero en febrero 1º/62 contestó al respecto informando que dicho detenido se encontraba en la Cárcel de Villanueva; por tal razón y por auto de fecha 22/62 negó la orden de traslado".

"Es de considerar cómo, no obstante la negativa del Magistrado para ordenar el traslado del detenido debido a que subsistían las razones aducidas para su traslado a Palmira, por Resolución número 134 de febrero 27/62, la División de Penas y Medidas de Seguridad ordenó el traslado a Villanueva".

"Por auto de julio 17/62 del Magistrado doctor Moreno Mosquera, se ordenó pasar el proceso al doctor Demófilo Candela en razón a que con su nuevo ejercicio del cargo el impedimento había cesado. Al estudio del Magistrado desde *el 18 de julio de 1962*".

"En noviembre 24/62, el doctor Luis Zafra, apoderado de Jerala Kronfly, impetró libertad por pena cumplida. La Fiscalía conceptuó en diciembre 5/62 favorablemente. Al estudio del Magistrado en diciembre 6/62, registró proyecto en enero 17/63, concediendo el beneficio solicitado. Devuelto al ponente con pliego de observaciones de los doctores Moreno Mosquera y Romero Soto en enero 19 y 25, respectivamente. Obra constancia secretarial de enero 28/63. Hay además constancia secretarial de abril 2/63, que dice pasa al despacho del Magistrado para estudio sobre la libertad provisional en abril 2/63, constancia sobre las vacaciones judiciales de abril 7 al 13".

"Comoquiera que la anotación anterior no precisaba en forma clara la fecha que debió pasar nuevamente el proceso al estudio del Magistrado con el pliego de observaciones de los restantes Magistrados que integran la Sala, para la ponencia sobre libertad provisional, revisado el libro radicador de negocios al estudio del Magistrado, dicha anotación aparece con fecha enero 28/62".

"Registró proyecto en abril 15/63. El honorable Tribunal, Sala Penal, en abril 17/63, con ponencia del doctor Moreno Mosquera y salvamento de voto del doctor Candela, negó el beneficio de libertad provisional. Notificado personalmente al sindicado en abril 20 y por estado de la misma fecha a la Fiscalía en abril 26/63, el doctor Zafra, mediante memorial presentado en abril 26/63, interpuso recurso de reposición. Hay constancia secretarial sobre la interposición del recurso en tiempo hábil; por auto de la fecha se ordenó poner a disposición de las partes en secretaría, notificado por estado de mayo 6/63 personalmente al Fiscal y al sindicado. Obra constancia de secretaría sobre que los términos comenzaron a correrse desde mayo 10/63. Pasó al estudio del Magistrado en mayo 14/63, registró proyecto en mayo 20/63; al estudio del Magistrado doctor Moreno Mosquera en junio 4/63, registró proyecto en junio 6/63; el honorable Tribunal en junio 17 negó la reposición, con salvamento de voto del doctor Candela, se notificó por estado de junio 20/63 en la misma fecha al detenido y al Fiscal".

"Al estudio del Magistrado en junio 26/63".

Si se tiene en cuenta que el doctor Candela, según certificación de la Gobernación, se posesionó, como ya se dijo, el 31 de octubre de 1959, y que disfrutó de quince días de licencia entre el 1º y el 15 de noviembre de 1959; que el 12 de septiembre de 1961 se retiró de la magistratura, y que volvió a desempeñar el cargo de julio 12 de 1962 hasta el presente, y las numerosas incidencias a que estuvo sometido el proceso, según relata el acta de visita transcrita antes, sólo se observan dos demoras de alguna consideración en la actuación del doctor Candela, a saber: del 10 de septiembre al 31 de octubre, lapso durante el cual debió ordenar la tramitación de la apelación, y de julio 18 a noviembre 24 de 1963, que correspondía al término para decidir la apelación del auto de proceder, y que igualmente parece un tanto excesiva.

Con relación a la primera demora debe anotarse que el doctor Candela, se repite, se había posesionado el 31 de agosto, y que se trata de un negocio voluminoso (13 cuadernos con 24, 4, 18, 274, 208, 307, 517, 155, 285, 526, 104, 128 y 185 folios, que suman 2.785, más tres discos y una cinta magnetofónica), en el cual, si bien sólo cuatro personas fueron llamadas a juicio, se hicieron sindicaciones a once en total, por lo que, en realidad, no puede considerarse como retraso injustificado el que se estudia, toda vez que el doctor Candela, al encargarse del Despacho, no podía dedicarse inmediata y exclusivamente al negocio motivo de la queja, sino que, como todo funcionario recién posesionado de un cargo judicial, debía hacer un examen de todos los asuntos recibidos y proceder a su despacho en el orden en que las necesidades de la administración de justicia le fueran indicando. Así que, habida consideración de tal circunstancia y a lo voluminoso del expediente, esta demora primera es excusable.

En cuanto a la segunda, debe tenerse en cuenta igualmente que el doctor Candela estaba recién posesionado del cargo, del cual había hecho dejación el 12 de septiembre de 1961. En efecto, el negocio pasó a su Despacho el 18 de julio de 1962, y sólo dos días antes había tomado nueva posesión de la magistratura. Y también debe considerarse el otro factor anotado antes, de lo muy voluminoso del expediente y su complejidad derivada de la pluralidad de sindicados. Es, pues, también igualmente disculpable esta segunda demora. Sin duda en atención a tales circunstancias exculpativas, la Sección de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia no hizo observación alguna al trabajo del doctor Candela en la visita que practicó al Tribunal en enero del

cursante año, copia de la cual fue remitida a la Corte antes de las elecciones de Magistrados y se ha tenido a la vista.

En el informe del señor Visitador del Ministerio aparece que el negocio pasó nuevamente al Despacho del doctor Candela el 26 de junio de 1963. Todavía estaba sin proyecto cuando el 23 de julio, o pocos días antes, el doctor Candela recibió un memorial de queja de los doctores Gutiérrez Anzola y Raúl Arias López, por razón del cual pidió al señor Fiscal Primero del Tribunal que revisara el expediente. Posteriormente, como considerara que las quejas también afectaban al Fiscal Primero, solicitó al señor Fiscal Segundo que practicara otra revisión a los autos. Según afirma en su memorial de descargo, copias de las correspondientes actas fueron enviadas a la Presidencia de esta Corte, al Ministerio de Justicia y al señor Procurador General de la Nación, pero no hay constancia de esos envíos, fuera de que al pie de la copia del informe pasado por el señor Fiscal Segundo, y después de su firma, aparece la indicación de que se envían las referidas copias.

En todo caso, es lo cierto que esta demora del 26 de junio al 26 de julio no rebasa los términos legales, en atención al número de hojas del expediente. Posteriormente, con motivo de las revisiones del proceso por parte de los dos Fiscales y del Visitador del Ministerio, continuó paralizado el negocio, y así estaba el 28 de agosto, en que terminó su examen el señor Visitador, a juzgar por la fecha del informe que rinde a su superior.

No aparecen, pues, motivos para imponer una sanción disciplinaria al doctor Candela por razón de morosidad. No está de más anotar que los querellantes perseguían que se averiguara por el Ministerio "si es el caso de recusar al Magistrado ponente, por dejar vencer los términos legales sin actuar, al tenor del Decreto-ley 3346 de 1950, o cambiar de radicación el proceso, de conformidad con el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal". Ahora bien, el ejercicio de la facultad de recusar por morosidad a un funcionario judicial compete exclusivamente a las partes, de conformidad con el citado Decreto.

En cuanto al cargo de haber concedido el doctor Candela privilegios carcelarios especiales al sindicado Kronfly Iza, consistentes en haber permitido su salida del establecimiento de reclusión para ser sometido a tratamientos médicos, ya en clínicas particulares, ya en la propia casa de habitación del recluso, examinados con todo detenimiento la larga serie de oficios, autos y dictámenes médicos relacionados, tanto en el acta de visita como en las copias del proceso, autenticadas por el Secretario del Tribunal de Cali, y que el acusado acompañó a sus descargos, no se puede menos de concluír que todas las salidas aludidas fueron concedidas por el doctor Candela con vista en certificaciones médicas, por lo cual resulta actuando correctamente. No está de más anotar que entre las copias certificadas por el Secretario del Tribunal figura la de una comunicación del señor Jefe de la División de Penas y Medidas de Seguridad del Ministerio de Justicia en la que, en atención a conceptos de un grupo de médicos oficiales, el Jefe de dicha División manifiesta su opinión de que el sindicado Kronfly Iza pudiera continuar en su casa, con las seguridades del caso, para los efectos del tratamiento que necesitaba de carácter psiquiátrico.

No hay motivo, por tanto, para censurar el proceder del doctor Candela con relación a los permisos dados al aludido sindicado para salir repetidas veces de la cárcel. Otra cosa es que el señor Visitador hubiera podido comprobar personalmente que dicho detenido frecuentaba el establecimiento donde mantiene sus negocios particulares, o que la Dirección de la Cárcel hubiera dado permisos por su propia cuenta para salidas no justificadas, y aun sin custodia. Pero es claro que estos procederes irregulares no son imputables al doctor Candela, y es de suponer que los competentes funcionarios del Ministerio habrán tomado las medidas del caso para reprimir tales anomalías.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena,

RESUELVE:

No hay lugar a imponer sanción disciplinaria alguna al doctor Demófilo Candela Moriones.

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

Gustavo Rendón Gaviria, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Roberto de Zubiría, Alvaro Díaz-Granados, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes Arboleda, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PALABRAS PRONUNCIADAS EN NOMBRE DE LA CORTE POR EL MAGISTRADO DOCTOR JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ EN EL SEPELIO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE J. GOMEZ R.

La Corte Suprema de Justicia, sobrecogida de dolor, se congrega aquí para tributar perdurable homenaje a quien fue apóstol del derecho, maestro de juventudes y juez por excelencia, como cifra y compendio de acrisoladas virtudes públicas y privadas, cívicas y hogareñas; como varón de rectitud, lleno del sencillo decoro que arranca espontáneo de la noción de propia dignidad; como patriota esmerado y vigilante por el futuro feliz de las instituciones nacionales.

Porque en José J. Gómez, como en no pocas de las grandes figuras con que ha sobresalido la magistratura colombiana desde los tiempos de José Félix de Restrepo, se produjo la conjunción admirable de la inteligencia clarísima y el carácter sublimado por la "constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo suyo". Con devoción insomne y perseverante hasta el límite de la eternidad. Porque así, en el instante mismo en que rindió su alma al Creador, oficiaba José J. Gómez en el propio altar en que la justicia es administrada en nombre de la República.

Que este infatigable operario de lo justo y lo equitativo sirva de ejemplo a las generaciones. Que este adalid, defensor impertérrito de la ley, desde el más allá vea consolidarse el imperio de las normas y perfeccionarse el acatamiento y respeto a las jurisdicciones; y que su espíritu sediento del bien pueda saciarse por siempre en la fuente de aguas vivas a que por su profunda fe cristiana fue invitado.

LA CORPORACION DEPLORA LA MUERTE DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE J. GOMEZ R. Y RINDE HOMENAJE DE ADMIRACION A SU MEMORIA

"La Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, deplora profundamente la muerte del ilustre miembro de la corporación, señor doctor don José J. Gómez R., acaecida en esta ciudad, en momentos en que dedicaba la intensidad de sus energías al desempeño del cargo;

Rinde homenaje de admiración a la memoria de quien, por haber aunado en sí los atributos de juzgador integérrimo, jurista de alto vuelo, maestro en la ciencia del derecho y caballero sin tacha, fuera Magistrado egregio;

Acuerda guardar en este acto un minuto de silencio, y

Levanta la sesión en señal de duelo, la expresión del cual hace llegar a la señora viuda, hijos y demás deudos del extinto. Comuníquese en nota de estilo, por conducto de los señores Magistrados de la Sala de Casación Civil, y publíquese en la **Gaceta Judicial**".

(Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha 13 de diciembre de 1963).

SALA DE CASACION CIVIL

Extractos de doctrina y jurisprudencia en materia civil, a cargo del Relator Judicial Auxiliar de entonces, Carlos Manuel Gutiérrez.

PROMESA DE COMPRAVENTA.—ENAJENACION DE EJIDOS.—FORMACION DE CONSENTIMIENTO DE LOS MUNICIPIOS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, dos (2) de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

El asunto al estudio se integra por tres juicios acumulados que versan sobre el mismo terreno situado en los ejidos de "El Guabito" de la ciudad de Cali: a) juicio de Pedro Arce contra la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda.; b) juicio de esta Cooperativa contra Pedro Arce y el Municipio de Cali, y c) juicio contra Pedro Arce promovido por el referido Municipio.

a) *Juicio de Pedro Arce contra la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda.* Sobre las afirmaciones de que el 17 de octubre de 1947 fue celebrada entre Arce y la Cooperativa una promesa de compraventa del lote de terreno de 1.000 metros cuadrados, en el Barrio Belalcázar, y determinado por linderos; de que tal promesa tuvo un principio de ejecución por la entrega material del inmueble en que la Cooperativa "inició sobre el terreno la construcción de una bomba de gasolina y estación de servicio para expendio de combustibles y lubricantes"; de que la Cooperativa le hizo a Arce anticipo de $ 4.500; de que la misma entidad no cumplió su compromiso; y de que Pedro Arce adquirió el inmueble por escrituras 2396 de 3 de octubre de 1947 y 2623 de 7 de octubre de 1948, ambas de la Notaría 1ª de Cali, confirmadas por el Municipio mediante la escritura pública 2302 de 12 de julio de 1950, que "saneó y ratificó los títulos de Arce", la demanda inicial suplicó estas declaraciones:

"1ª Que carece de eficacia legal la promesa de compraventa celebrada el día 17 de octubre de 1947 entre la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda. y el señor Pedro Arce, por no haberse ajustado a los requisitos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en relación con el lote alinderado y descrito en el hecho primero de esta demanda.

"2ª Que el señor Pedro A. Arce, mayor de edad y vecino de Cali, tiene derecho a recobrar la tenencia del lote de terreno de su propiedad, ya mencionado, previo el pago del valor de las mejoras sobre él levantadas por la referida Cooperativa y previo también el pago a la mencionada Cooperativa de la suma de $ 4.500 recibidos por Arce como parte del precio de la compraventa.

"3ª Que Pedro A. Arce debe pagar a la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda. los intereses legales sobre la ya mencionada suma de $ 4.500 moneda corriente, y a su turno la Cooperativa debe pagar a Arce el valor del usufructo del lote de terreno descrito, contadas ambas prestaciones desde el día 17 de octubre de 1947.

"4ª Que cumplidas las prestaciones recíprocas ya mencionadas, la Cooperativa debe entregar al señor Pedro Arce el lote de terreno alinderado y descrito en el hecho primero de este libelo".

b) *Juicio de la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda. contra Pedro Arce y audiencia del Municipio de Cali.* En síntesis, la demanda se

apoya en que Arce ofreció en venta y le entregó materialmente a la Cooperativa el terreno de que se trata, para que con su asentimiento construyera una bomba de gasolina y estación de servicio para automóviles; en que Arce no cumplió su promesa ni es propietario del inmueble, porque si el Personero de Cali le reconoció dominio en la escritura pública 2302 de 12 de julio de 1950, Notaría 1ª de ese Circuito, el acto no fue consultado, ni ratificado o aprobado por el Concejo Municipal; en que el terreno hace parte de los ejidos de aquella ciudad, de manera que si en la sucesión de Francisco Zamorano le fue adjudicado a Pedro Arce el mismo terreno, no por ello lo adquirió, pues el causante no tenía allí ningún título de dominio. Por lo cual el libelo pidió que con audiencia del Municipio de Cali se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que está viciado de nulidad el contrato celebrado entre el señor Personero Municipal de Cali, entonces el doctor Antonio Rebéiz Valencia, y el señor Pedro A. Arce, mediante la escritura número 2302 del 12 de julio de 1950, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito.

"2ª Que siendo nulo dicho contrato, la sociedad demandante no tiene obligación de restituírle al señor Pedro A. Arce el lote de terreno a que hace referencia la citada escritura y la presente demanda.

"3ª Que el demandado Pedro A. Arce debe pagar a la sociedad actora los perjuicios sufridos por haberle ofrecido en venta un inmueble que resultó no ser de su propiedad, autorizándole para entrar en costosas inversiones como las que hizo la Cooperativa.

"4ª Que el demandado Pedro A. Arce debe restituír a la Cooperativa la suma de $ 4.500.00 moneda corriente, que recibió como parte del precio de la venta del lote en cuestión.

"5ª Que se condene en costas al demandado Pedro A. Arce, si afronta este litigio".

c) *Juicio contra Pedro Arce promovido por el Municipio de Cali.* Con fundamento en que el Personero Municipal careció de las autorizaciones necesarias para celebrar con Pedro Arce la transacción contenida en la escritura 2302 de 12 de julio de 1950, Notaría 1ª de Cali, porque en conformidad con las normas "corresponde exclusivamente al Concejo Municipal, mediante acuerdos, la facultad de disponer de los terrenos de propiedad del Municipio", la demanda formuló estas súplicas:

"1ª Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de transacción celebrado entre Pedro A. Arce y el Municipio de Cali, y consignado en la escritura pública número 2302, del 12 de julio de 1950, pasada en la Notaría 1ª de esta ciudad, y el cual versa sobre el siguiente inmueble: 'Un lote de terreno situado en esta ciudad, con una cabida superficiaria de 1.000 metros cuadrados, ubicado en el Barrio Belalcázar y comprendido dentro de los linderos especiales que se expresan a continuación...'.

"2ª Declárase que el Municipio de Cali, por virtud del contrato consignado en la escritura mencionada no se ha desprendido del dominio del inmueble, y, en consecuencia, el señor Pedro A. Arce no lo ha adquirido por ese medio.

"3ª Ordénase al señor Pedro A. Arce restituír al Municipio, al día siguiente de la ejecutoria de esta sentencia, el inmueble descrito en el punto primero de esta sentencia, y al Municipio de Cali dentro del mismo término la devolución de los $ 1.600.00 moneda corriente, que recibió como precio del inmueble.

"4ª Ordénase al Registrador de Instrumentos Públicos la cancelación del registro de la escritura pública número 2302 ya mencionada, en el libro correspondiente".

En derecho se fundó en los artículos 1740, 1741 y siguientes del Código Civil; 2º de la Ley 50 de 1936; 734 y siguientes del Código Judicial; 17 y 234 del Código Político y Municipal; 2º de la Ley 172 de 1938, y 2º y siguientes de la Ley 41 de 1948.

Después de varias vicisitudes, el Juez 4º Civil del Circuito de Cali, con fecha 12 de febrero de 1960, resolvió:

"1º Declarar sin eficacia legal la promesa de compraventa celebrada el día 17 de octubre de 1947 entre la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda. y el señor Pedro Arce, por no reunir los requisitos del artículo 89, Ley 153 de 1887.

"2º Pedro Arce tiene derecho a recobrar materialmente el predio alinderado en el hecho primero del libelo inicial, previo el pago de las mejoras plantadas (sic) por la Cooperativa de Transportes Ltda., las cuales fueron avaluadas en $ 15.250.00 moneda corriente.

"3º Pedro Arce debe devolver a la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda. la suma de $ 4.500.00 moneda corriente, más los intereses legales de esta suma. A su vez la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda. debe pagar el usufructo del lote de terreno a Pedro Arce, contadas ambas prestaciones a partir del 17 de octubre de 1947.

"4º Cumplidas las prestaciones recíprocas enunciadas, la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda. debe entregar a Pedro Arce el lote de terreno alinderado y descrito en el hecho primero de la demanda.

"5º Costas de la acción inicial a cargo de la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda.

"6º Absolver a Pedro Arce de la acción incoada por la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda., por carecer dicha empresa de personería sustantiva para demandar.

"7º Costas a cargo de la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda., en relación con la acción propuesta por la misma.

"8º Todo aquello que se diga de la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda., debe entenderse en cabeza del señor Juan Manfredi, toda vez que éste, por medio de la escritura pública número 1991 del 17 de junio de 1953, adquirió de la empresa demandada los derechos litigiosos objeto de la presente sentencia.

"9º Declárase nulo, de nulidad absoluta, el contrato de transacción celebrado entre Pedro Arce y el Municipio de Cali, consignado en la escritura pública número 2302 del 12 de julio de 1950, pasada en la Notaría 1ª de Cali. Contrato que versa sobre el inmueble descrito y alinderado en el hecho tercero de la demanda incoada por el Municipio.

"10. Declárase que el Municipio de Cali, en virtud del contrato consignado en la escritura pública mencionada, no se ha desprendido del dominio del inmueble, y Pedro Arce tampoco lo ha adquirido por ese medio.

"11. Ordénase al Municipio de Cali devolver al señor Pedro Arce la suma de $ 1.600.00 moneda corriente, que recibió como prestación del contrato de transacción con Arce, al día siguiente de la ejecutoria de esta sentencia.

"12. No hay lugar a ordenar la restitución del predio a favor del Municipio de Cali.

"13. Ordénase al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali la cancelación de la escritura pública número 2302 del 12 de julio de 1950 de la Notaría 1ª de esta ciudad.

"14. Costas a cargo del demandado Pedro Arce en el juicio propuesto contra él por el Municipio de Cali".

Todas las partes apelaron, y con fecha 18 de diciembre de 1961 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali cerró el debate en segunda instancia con pronunciamiento revocatorio del fallo apelado, para resolver en su lugar:

"*Primero.* Absuélvese a la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda., y en su lugar al señor Juan Manfredi, de los cargos contra ella formulados en la demanda del 20 de noviembre de 1950, presentada por el doctor Alejandro Valencia como apoderado del señor Pedro Arce.

"*Segundo.* Absuélvese al señor Pedro A. Arce y al Municipio de Cali de los cargos contra éstos formulados en el libelo de 28 de julio de 1951, presentado por el doctor Jorge Enrique Velasco como personero de la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda.

"*Tercero.* Declárase nulo, de nulidad absoluta, el contrato de transacción celebrado entre Pedro A. Arce y el Municipio de Cali, el consignado en la escritura pública número 2302, pasada ante el Notario 1º de Cali el 12 de julio de 1950, y que tuvo por objeto: un lote de terreno de mil metros cuadrados de cabida, ubicado en el Barrio Belalcázar de esta ciudad, alinderado así:...

"*Cuarto.* Declárase que por medio del convenio a que se contrae la escritura pública número 2302 citada, el Municipio no se ha desprendido de su derecho sobre el inmueble de autos ni el señor Pedro A. Arce lo ha adquirido.

"*Quinto.* Ordénase al Municipio de Cali restituír al señor Pedro A. Arce, al día siguiente de la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de $ 1.600.00 que el primero recibió del segundo por razón del convenio cuya nulidad se declara.

"*Sexto.* Niégase la restitución del inmueble del juicio por parte del señor Pedro A. Arce al Municipio.

"*Séptimo.* Ordénase la cancelación del registro de la escritura número 2302 del 12 de julio de 1950, de la Notaría 1ª de Cali, para lo cual líbrese el correspondiente oficio al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Cali.

"*Octavo.* Condénase al señor Pedro A. Arce a pagar al señor Juan Manfredi, quien ocupa el lugar de la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda., el valor de las costas causadas en el juicio de que trata el punto primero de esta parte resolutiva.

"*Noveno.* Condénase al señor Juan Manfredi, quien ocupa el lugar de la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda., a pagar al señor Pedro A. Arce y al Municipio de Cali el valor de las costas causadas por razón del juicio a que se refiere el punto segundo de esta parte resolutiva.

"*Décimo.* Condénase al señor Pedro A. Arce a pagar al Municipio de Cali el valor de las costas causadas en el tercero de los juicios acumulados, o lo que es lo mismo, en el que se produjo la

declaración de nulidad de la escritura número 2302 del 12 de julio de 1950.

"*Duodécimo.* (sic). Regístrese esta sentencia en el libro respectivo (art. 2652, numeral 2º, del C. C.)".

Introducido y sustentado oportunamente el recurso de casación por el apoderado de Pedro Arce; replicado en tiempo por el señor Procurador 2º Delegado en lo Civil, y extemporáneamente por el representante de Juan Manfredi, como cesionario de la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda., pasa al estudio.

La sentencia acusada.

I. El Tribunal entendió celebrada entre Arce y la Cooperativa una "informal promesa de compraventa" del terreno objeto de los litigios acumulados, por considerarla consignada en un recibo suscrito por Arce en testimonio de haberle dado la Cooperativa $ 4.000.00 "a buena cuenta de mayor suma que debe pagarme esa entidad por venta de un lote con capacidad de mil metros cuadrados, que he vendido a esa entidad, y cuya escritura se firmará tan pronto como el título original esté perfeccionado...", recibo de fecha 17 de octubre de 1947, en que, aparte de la noticia de la escritura de adquisición y de expresar los linderos del inmueble, se lee: "El suscrito deja constancia en este recibo que es requisito indispensable para perfeccionar el negocio a que hace referencia este recibo, que el título esté totalmente perfeccionado, porque así lo ha exigido la respectiva entidad bancaria que financiará las obras que la Cooperativa de Transportes levantará en ese lote".

Encuentra el sentenciador que Arce recibió además $ 1.500.00; que la Cooperativa construyó en el terreno "edificio o casa para estación de servicio y venta de gasolina y lubricantes para vehículos automotores"; y que en el camino de perfeccionar su título, Arce obtuvo del Personero Municipal de Cali el otorgamiento de la escritura de transacción varias veces mencionada, número 2302 de 12 de julio de 1950, Notaría 1ª de Cali, precisamente objeto de la querella de nulidad propuesta por el referido Municipio.

Y cuanto al fondo, considera:

"Importa establecer, en primer término, el valor de promesa de contrato que tenga el recibo que se dejó transcrito y los efectos que puedan derivarse del incumplimiento de ella.

"Mientras que el contrato de compraventa tiene por objeto la cosa que se vende, el de la simple promesa no es otro que el de la perfección del dicho contrato. La promesa es, por lo tanto, un convenio, otro contrato bilateral con características propias que para su validez como tal ha de reunir los requisitos que al efecto previene el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, esto es, que conste por escrito y se determine de tal manera el contrato por celebrarse que para su perfeccionamiento y validez apenas falte la tradición de la cosa o el lleno de las formalidades legales.

"Por lo mismo, no puede constituír verdadera promesa un acto unilateral como es un recibo por cantidad de dinero que el presunto vendedor dice haber recibido a buena cuenta de lo que ha de pagársele como precio del lote, y aunque en él se determine el inmueble, no se estipuló el precio ni se pactó el plazo en que habría de solemnizarse la venta.

"En lugar de éste, se hizo depender la celebración del contrato de una condición suspensiva, la de que se llevaría a cabo tan pronto como el señor Arce presentara saneados sus títulos sobre el inmueble, porque seguramente medió la consideración de que el lote de terreno pertenecía al patrimonio ejidal del Municipio de Cali. No puede, sin embargo, sustituírse así un elemento indispensable de la promesa como es el término de que han de disponer las partes para cumplir lo pactado, particularmente cuando el hecho constitutivo de la condición no es de los que pueden tenerse como de realización indubitable, tal sería el fallecimiento de una persona, sino, al contrario, expuesto a dudas justificadas el que se dice ser su acaecimiento. En el caso más favorable para el actor, el plazo incierto e indeterminado en que puede resolverse el cumplimiento de la condición no podría considerarse vencido sino al quedar en firme este fallo, y ello en el supuesto de desatarse en contra del Municipio la demanda de nulidad a que se refiere otro de los juicios acumulados, porque haya de tenerse como válido el arreglo o transacción a que se contrae la escritura pública número 2302 del 12 de julio de 1950 citada. Empero, la firmeza de este fallo es otra condición con cuya ocurrencia no se puede contar para dar por llenado este requisito de la promesa de contratar".

Alude el Tribunal a que en papel o comunicación no reconocida por su autor se hubiese aceptado el precio de $ 30.00 por metro cuadrado, sin que por ello estén reunidos los requisitos de la promesa de contrato, que han de formar "un solo cuerpo inequívocamente aceptado por los dos promitentes", dice el sentenciador, y añade:

"No puede darse por establecida, pues, la pretendida promesa de venta, mas la consecuencia no puede ser la declaración primera de la de-

manda, porque mal puede declararse nulo lo que no ha existido. Menos puede acomodarse a esta inexistencia, que no a la nulidad, una demanda de restitución del bien objeto de la pretendida promesa, porque ello sería antijurídico además de absurdo.

"Aún más, la entrega material por anticipado del objeto prometido no constituye al promitente comprador en poseedor del bien sino en mero tenedor, comoquiera que necesariamente ha de contar con el dominio ajeno en cabeza del promitente vendedor, y así la acción de dominio o más bien de recobro que informa la demanda del señor Arce resulta en absoluto improcedente, y, línea seguida, no puede haber lugar tampoco a las prestaciones mutuas o de pago de mejoras y frutos que se desprenden de las principales declaraciones del libelo. Agréguese a lo anterior que no es esta la acción que puede generar el incumplimiento de la promesa sino la resolutoria de ésta, esto es, el resarcimiento de los perjuicios causados.

"Por la misma razón de inexistencia de la promesa sobra enjuiciar, en función de ésta, el carácter del anticipo por $ 4.500.00 recibidos por el señor Arce, si como un mero anticipo de parte del precio o como arras para asegurar el cumplimiento de la promesa, de modo que su reembolso por el señor Arce a la Cooperativa tan sólo significa una obligación simple, aislada, cuya condena al pago o absolución de éste es por lo tanto ajena al alcance de esta sentencia, establecida como queda la falta de acción en el actor".

II. Por cuanto al juicio de la Cooperativa contra Arce y el Municipio de Cali, sobre nulidad de la transacción contenida en la escritura 2302 de 12 de julio de 1950, Notaría 1ª de Cali, halla el sentenciador que la Cooperativa "es un tercero sin títulos para el ejercicio de esa acción", además de ser un simple tenedor del objeto "que si en un principio recibió el lote y empezó a explotarlo a nombre del señor Arce por virtud de la promesa de venta, de autos aparece cambiada su posición, pero en el mismo carácter de tenedora, por no aceptar como legítimos los títulos del señor Arce sino los del Municipio de Cali".

III. En lo que respecta al juicio del Municipio de Cali contra Pedro A. Arce para que se declare absolutamente nula aquella transacción de la escritura 2302 de 12 de julio de 1950, el fallo estima que el Personero obró en exceso de sus facultades y de las autorizaciones recibidas en proposición del Cabildo que apenas le permitía iniciar arreglos o transacciones con particulares, cuyos títulos de dominio aparecieran en colisión con los del Municipio sobre sus ejidos. Y porque encuentra que la materia compete al Cabildo, de acuerdo con el número 17, artículo 169 del Código Político y Municipal, considera necesario que el arreglo "se hubiera sometido al estudio y aprobación del Concejo, en forma de haberse procedido después a otorgar la escritura correspondiente sobre la base del respectivo acuerdo en que aparecieran consignadas las condiciones del convenio".

Añade en seguida:

"Como estos requisitos de imperioso cumplimiento no se observaron, hay que concluír que el arreglo o transacción a que se refiere la escritura número 2302 es nula, de nulidad absoluta, por falta de consentimiento del Municipio al tenor del artículo 1502 del Código Civil, la que debe ser declarada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 50 de 1936, numeral 2º. Si el acto escriturario o de derecho privado que le da fisonomía civil a la relación fue legal en su forma, no lo fue, sin embargo, el administrativo en que se fundó por haberse expedido en forma irregular".

La acusación.

En el proemio se hace esta censura:

"... la manera como toma las cosas el Tribunal sorprende. Sostiene él que en el recibo se precisó el terreno que habría de venderse, mas no se estipuló el precio ni se pactó el plazo en que habría de solemnizarse la venta, y comienza el 'estudio' por el último problema. En vez de plazo, afirma, se introdujo condición suspensiva, la presentación de títulos saneados. A lo cual observa que no puede sustituírse de tal modo un elemento indispensable de la promesa como es el término, particularmente cuando el hecho constitutivo de la condición no es de los que pueden tenerse como de realización indubitable, como la defunción de una persona, sino dudoso. Es de lamentar el olvido en que incurrió la corporación, tanto del artículo 89, ordinal 3º, que lleva y trae (que la promesa contenga un plazo o *condición* que fije la época en que ha de celebrarse el contrato), como del 1530, Código Civil (condición, acontecimiento que puede suceder o no), del 1128 (condición, esto es un suceso futuro e *incierto)* y del 1139, ambos del mismo Código Civil (día cierto, como el de la muerte de una persona...)".

Y en su cuerpo el libelo presenta siete aspectos de acusación por la causal 1ª, a saber:

Primero. "Violación directa del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, de los artículos 1502, 1864, 1740, 1741 y 1746, Código Civil, y del 2º de la Ley 50 de 1936".

La sustentación toma por base la nulidad del acto a que falta requisito exigido por la ley para su valor, según su especie o la calidad de las partes. Que los requisitos para la eficacia de la promesa contractual están exigidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Que Pedro Arce y la Cooperativa se prometieron de palabra una compraventa: "Lo único escrito a propósito —dice el recurrente— es un recibo del primero a favor de la segunda por un dinero a cuenta de un precio indeterminado. Esa carta de pago no vale como compraventa, ya que el bien objeto suyo es raíz; tampoco como promesa porque no es el documento cierto y suscrito por los sujetos recíprocamente obligados. Y ni lo uno ni lo otro por la indeterminación del contrato prometido, indeterminación del precio".

"Frente a una operación de esa suerte —continúa— la nulidad absoluta ha de ser declarada, tanto más si se pidió la 'carencia de eficacia legal, y se impone la consecuencia propia de toda nulidad, o sea la recuperación del estado anterior al contrato o a la tentativa de contrato'".

Segundo. "Interpretación errada de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 1740 y 1741, Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936. Violación directa del artículo 1746, Código Civil". Arguye el recurrente:

"Que la promesa no escrita o sin determinación de objeto o sin ubicación temporal del contrato subsiguiente no es nula sino inexistente, no es un contrato irregular, sino una pretensión de contrato, no un negocio inválido, sino un conato de negocio o negocio tentado, son cuestiones harto interesantes para la doctrina, pero que al pasar por el tamiz de nuestras instituciones se resuelven en la única figura de que trata la ley al respecto: *la nulidad absoluta.* Suponer que la Ley 153, artículo 89, describe una inexistencia, y que tal idea se opone a la nulidad y la excluye, tal como ésta se encuentra caracterizada en los artículos 1740 y 1741, Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, envuelve un yerro interpretativo de estas disposiciones, tanto más peligroso cuanto que lleva denegar justicia, forzando al interesado a abandonar la única ruta segura en aras de un camino que la norma no señala y que la jurisprudencia todavía no se ha atrevido a trazar y mucho menos a afirmar".

Tercero. "Error manifiesto en la interpretación de la demanda, consecuencial violación de los artículos 1740, 1741 y 1746, Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, por defecto de aplicación (violación directa)".

Alega el libelo que aun en la hipótesis de que la acción adecuada fuera la de inexistencia y de que lo impetrado fuera abiertamente la nulidad, habría yerro evidente al interpretar la demanda con que principió el juicio, porque nulidad e inexistencia "se asimilan para muchos en la teoría y para todos en su desenvolvimiento procesal". "Pero es más —agrega—, como se ha reiterado insistentemente, la demanda pide se declare 'que la promesa carece de eficacia legal', entonces la cuestión inexistencia-nulidad pierde por completo alcances, ya que de no mediar la ignorancia del libelo el Tribunal ha debido pronunciar la ineficacia con el apelativo de su gusto, pero fallar conforme a lo pedido en las súplicas, en los hechos, en el derecho invocado".

Vuelve sobre la apreciación errónea de la demanda inicial, y después manifiesta:

"Debiendo adicionarse el ataque con la insistencia en que la súplica cuarta de la misma demanda dice: 'condena a entregar el bien', de modo tan genérico que el Tribunal no se podía escapar sino haciendo caso omiso del escrito y entrando a resolver, equivocadamente, una demanda diferente de la que se le sometió y a la que estaba sometido. De haber sido leído el libelo, de habérsele puesto alguna atención a él, muy otro hubiera sido el resultado y la exigencia al detentador de restituír el bien que mantiene a título precario insubsistente se habría impuesto y así se habría aplicado el artículo 1746, Código Civil".

Cuarto. "Interpretación errónea del artículo 1546, Código Civil, y violación directa del 1746 ibíd.".

Se refiere a que la acción resolutoria supone la validez del contrato, "al tiempo que su violación por el deudor trae como efecto inmediato, antes que perjuicios, que son cosa secundaria y eventual, la vuelta de las cosas a su situación previa al convenio, de modo que así fuera de recibo la acción resolutoria, en el supuesto de que se hubiera esgrimido y de que el sentenciador hubiera de decretarla, la consecuencia práctica patrimonial sería igual a la que aspira Arce: la restitución, el recobro del inmueble que entregó en promesa. Pero lo grave no está allí, porque el hecho escueto es que el incumplimiento y resolución por tal motivo sólo se le han ocurrido al Tribunal. Lo importante es que en esos requiebros la Sala se pierde y no ve el artículo 1746, Código Civil, que así resulta afectado de modo directo".

Quinto. "Aplicación indebida del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 y de los artículos 1740 y 1746, Código Civil. Violación directa de los artículos 1505, 2186, 2304 y 2309, Código Civil".

Alega el recurrente que en el caso de que el Personero se hubiera excedido en sus funciones, el contrato con Pedro Arce "no sería *nulo,* sino simplemente *inoponible* al Municipio, no *obligatorio* para él".

Y continúa: "La cuestión está regulada, *a contrario sensu* por el artículo 1505: lo que se ejecuta a nombre de otra persona *estando facultado para ello* se considera haber sido hecho por ésta. Lo que se realiza sin autorización no produce consecuencias para el patrocinado. Es algo más simple, el sujeto no se compromete sino por sí o por quien está apoderado legal o convencionalmente. Lo que otro haga a nombre suyo sin poder no es nulo, es no vinculante, es inoponible, con el límite de la ratificación y la necesidad o conveniencia del negocio, circunstancias que vienen a aclarar mayormente el tema, para ubicarlo en casilla distinta de la nulidad".

Sexto. "Aplicación indebida de los artículos 1741 y 1746, Código Civil, y del 2º de la Ley 50 de 1936. Violación directa del artículo 1741, inciso 3º, interpretación errada del 1502 ibíd.".

Estima el libelo que si lo que hubo en el contrato del Personero con Arce fue la falta de aprobación por el Concejo Municipal, ese rito no es común a todo contrato de compraventa, y por ello no es solemnidad prescrita en atención a la naturaleza del contrato, sino propia de la presencia o intervención en él, de una determinada persona, el Municipio, por su calidad de entidad administrativa.

Y arguye que "tal tipo de solemnidades, de protección o habilitantes, cae dentro de la previsión del aparte final del artículo 1741, como motivo, en su omisión, de nulidad relativa".

Sobre el considerando de nulidad absoluta por falta de consentimiento, expresa:

"Me impresiona el forzamiento del artículo 1502, Código Civil, que podría considerarse mal interpretado, para incluír una cuestión que otras normas regulan adecuadamente y que allá no cabe. La doctrina, en la disputa en torno al *'dogma de la voluntad',* se esfuerza por totalizar los casos de ausencia de ésta y menciona la declaración no seria, el negocio *iocandi causa,* la *vis absoluta,* el error obstativo y la simulación, como únicos ejemplos de ausencia de la voluntad". Y más adelante:

"La deficiencia de solemnidades habilitantes o de protección, la omisión de requisitos dispuestos en consideración a la calidad o estado de las partes no es ya (para el Tribunal) motivo de *nulidad relativa,* como hasta ahora lo enseñaba el artículo 1741, Código Civil, sino algo más grave, razón de *nulidad absoluta y por ausencia de voluntad".*

Séptimo. "Error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas: escrituras públicas números 2396 de 1947, 2623 de 1948, Notaría 1ª de Cali, 2302 y 1658 de 1950, Notaría 2ª, 2203 de 1956, y consecuencial violación de los artículos 1740, 1741, 1746, 2º de la Ley 50 de 1936, por incorrecta aplicación, y de los artículos 752 y 1752, Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, por defecto de empleo".

Alude a que Arce "adquirió por escrituras 2396 de 1946 y 2623 de 1948, Notaría 1ª de Cali, el inmueble que más tarde debatiera con el Municipio de Cali y en torno a cuyos derechos transigiera para consolidar su título, por escritura 2302 del 12 de julio de 1950 (cf. escrt. 1658 del mismo año, Not. 2ª). Esa transacción no fue regular y debe invalidarse, es lo alegado por el Municipio en su demanda. El Tribunal reconoce el vicio y pronuncia, además de la nulidad absoluta pedida, declaración de no enajenación ni adquisición, y condena a restituír el precio. Y sale del problema probatorio diciendo que sobra todo estudio de los títulos acompañados a la demanda y agregados en segunda instancia".

Y sobre la base de que "un título nulo se sanea por ratificación, convalidación o insistencia en el negocio, a través de acto posterior, complementario y con eficacia retroactiva, realizado sin los defectos que aquejaban al original", alega el recurrente que el Municipio, con plenitud de formas, confirmó al antecesor de Arce en su derecho y por ello al adquirente. Al efecto dice:

"Que quien vendió a Arce no era dueño: como tradente no podía transmitir derechos con que no contaba. Pasó el tiempo y ese sujeto adquirió la integridad del dominio por confirmación del único que le podía disputar el derecho, el Municipio, de allí se desprende obviamente y con eficacia retroactiva, el dominio de quien adquirió del entonces no dueño.

"Así las cosas —añade— es impertinente la declaración de nulidad que buscó el Municipio. No tiene razón de ser, es inocua, es improcedente, y apenas contribuye a confundir más las cosas, si cupiere.

"La escritura aportada por Arce en segunda instancia quita todo piso a la querella del Municipio. Y su no consideración, deliberada, constituye un indudable error de hecho: se sabe que está la prueba, se reconoce su mérito conforme

a la ley, pero se le desecha porque 'sobra'. No es un olvido, es la consumación de un propósito de no tenerla en cuenta, con argumento ninguno''.

La Corte considera:

1. *Cuando se invoca promesa de contratación en ausencia de escrito que la encierre proveniente de ambas partes, nada hay que no sea una simple afirmación de hecho desamparada de respaldo en los autos, sin relieve jurídico y sustancialmente inepta como causa para pedir. Es tanto como la afirmación de que un instrumento negociable fuese emitido de viva voz, porque en esta materia lo mismo que en la promesa de contrato es categórica la necesidad de un escrito que los contenga. No es entonces cuestión de inexistencia o nulidad absoluta: en tales eventos sucede apenas que no son aplicables las normas rectoras de la promesa de contrato o de los instrumentos negociables.*

2. *Si en la práctica acontece que una persona, por haber recibido dinero, entrega a otra determinado solar para que lo tenga y lo mejore, en la escueta inteligencia recíproca de que más tarde habrán de perfeccionar compraventa, el tratamiento que en derecho corresponde a la pretensión de conseguir que las cosas regresen a su estado anterior, no es atinente al supuesto del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, sobre promesa de contrato, sino que concierne a la regulación del inciso 2º, artículo 739 del Código Civil, para cuando ''se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno'', quien está obligado ''para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera'', para evitar cualquier género de injusto enriquecimiento. No hay en realidad promesa de compraventa. Pero sí el consentimiento adecuado para que quien recibe el terreno, pueda invertir dineros en mejorarlo conforme a la destinación emanada razonablemente del mismo acuerdo de voluntades.*

De suerte que si la relación en que el tenedor queda frente al objeto no ha podido culminar en titularidad y es susceptible de concluír en cualquier momento a demanda del dueño, su precariedad no es tanta que lo inhiba de conservar el bien en su poder hasta el pago de las indemnizaciones a que tiene derecho. Y el anticipo de dinero recibido por el dueño aparecerá incausado a tiempo de la restitución, en cuanto al exceso del valor del disfrute del terreno en sí mismo, o sea calculado con abstracción de las mejoras allí puestas. Todo en ajuste del equilibrio de intereses entre las partes.

3. *Pero la solución lleva implícita la exigencia de que no se discuta el dominio de quien pretende recuperar el objeto. Entonces, si por virtud de acumulación procesal un tercero ingresa como parte que precisamente acusa de nulidad el título de recobro, es indispensable definir el punto, en órden a la legitimación en causa.*

4. *Incidentalmente cabe anotar que cuanto a la censura del criterio desviado en el sentenciador sobre los elementos que integran la promesa de contrato, el recurso está en lo cierto. Pues la lectura de los textos permite ver de una vez que tanto el plazo como la condición constituyen modalidades admisibles para fijar la época en que ha de celebrarse el contrato prometido (3ª, artículo 89, Ley 153 de 1887), y que por condición se entiende un acontecimiento futuro, que puede suceder o no (1630). Lo cual significa que la incertidumbre está en la esencia de la modalidad condicional, que cabe muy bien en la promesa de contratación de acuerdo con normas claras, y contra el pensamiento del sentenciador al respecto, que es notoriamente erróneo y por lo mismo inexplicable. Mas el reparo, aunque fundado, no trasciende al recurso si no es para el efecto de evitar la condena en costas, por corrección de doctrina. No para quebrar el fallo, en razón de que los supuestos de hecho no están regidos por las reglas que contemplan la promesa de contrato, según viene expuesto.*

5. El Municipio de Cali impugna la titularidad de Pedro Arce por cuanto el Personero se salió de la órbita de sus atribuciones cuando en la escritura 2302, de 12 de julio de 1950, Notaría 1ª de allí, dijo transigir con Arce para reconocerle dominio sobre aquel terreno de un mil metros cuadrados en los ejidos de ''El Guabito'' o ''Barrio Belalcázar'', a trueque de $ 1.600.00.

No se ha controvertido el extravío del Personero Municipal en ese acto, que el sentenciador encontró aquejado de nulidad absoluta. El reparo consiste en sostener que se trata de inoponibilidad por cuanto el agente carecía de facultades para celebrar aquella operación. O bien, que se contempla una causal de rescisión por incumplimiento de requisitos que no atienden a la estructura del contrato, sino que miran a la guarda de los intereses de Cali, en su condición de Municipio. Lo que apenas engendraría nulidad relativa, para los efectos del artículo 1741 del Código Civil.

6. Pero así se perdería de vista que las normas propias del régimen municipal de contratación no sólo pertenecen al derecho público sino que a la vez determinan el modo como se forma el con-

sentimiento de los Municipios en los actos y declaraciones de voluntad. De donde resulta el vicio de nulidad absoluta para el negocio en que falta el cumplimiento de aquellas exigencias legales, primeramente porque hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación (a. 1519); y en segundo término, porque el consentimiento del Municipio no llegó a formarse, y por lo mismo falta de manera absoluta ese elemento esencial de la contratación.

7. Es palmar que el consentimiento de los Municipios en la enajenación de sus ejidos no puede estructurarse sino con el pleno de los requisitos ordenados por las normas sustanciales administrativas sobre la materia. Tanto más claro cuanto que no hay lugar a prescripción de ninguna especie, por virtud de lo declarado en el artículo 1º, Ley 41 de 1948, cuando expresa:

"Los terrenos ejidos situados en cualquier Mucipio del país no están sujetos a prescripción, por tratarse de bienes municipales de uso público o común".

Y sucede, además, que cuando la nulidad absoluta se genera en objeto ilícito, no es susceptible de saneamiento por la ratificación de las partes (2º, Ley 50 de 1936).

De donde hubo de prosperar la querella de nulidad absoluta propuesta por el Municipio de Cali.

8. Se alega, sin embargo, que por error de hecho evidente el Tribunal halló sobrante el estudio de los títulos acompañados a la demanda y agregados en segunda instancia, cuando para el recurrente la escritura aportada en la segunda etapa procesal suprime por completo el piso a la querella de nulidad, pues entiende que el antecesor de Arce fue confirmado en sus derechos por el Municipio de Cali, con eficacia retroactiva.

Parecería al respecto bastante diminuto el considerando del sentenciador. Pero si se mira la escritura citada en el recurso, no surge de sus términos evidencia ninguna acerca de que dentro de los varios terrenos en que es confirmado el derecho de José Dabah, antecesor de Arce, se encuentre precisamente el solar de un mil metros cuadrados por los linderos que la demanda inicial señala. Para saberlo, en pro o en contra, harían falta otros medios complementarios, no señalados en la acusación.

En estas circunstancias viene a verse que no se configura el error manifiesto de hecho en que radica la última censura.

RESOLUCION:

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 18 de diciembre de 1961, proferida en los presentes litigios acumulados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Por cuanto hubo rectificación doctrinal, no es el caso de imponer costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONTRATOS

Obligaciones del deudor. — Quien no cumple la obligación dentro del término estipulado se constituye en mora. — Requerimiento judicial para constituír en mora al deudor. — Efectos de la voluntad explícita de no cumplir la obligación expuesta por uno de los contratantes al otro.

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

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

1º Juvenal Saavedra Velasco y Ricardo Varón Calvo celebraron el 12 de mayo de 1958, en Chitaraque, contrato de promesa de compraventa de un inmueble rural, individualizándolo por sus linderos, fijaron el precio, la forma de pago, señalaron el 21 de ese mismo mes y año para el otorgamiento de la escritura pública que pasarían en una de las Notarías de la ciudad de Vélez, y señalaron la suma de $ 10.000.00 como sanción penal para el caso de incumplimiento.

2º La venta prometida no se elevó a escritura pública, y eso originó este pleito de resolución del contrato de promesa, la petición de que al demandado se lo condene a pagar la multa pactada y las costas causadas en la actuación procesal. Obra como demandante el prometiente vendedor y como demandado Ricardo Varón Calvo, prometiente comprador.

Son antecedentes que motivan el juicio las cláusulas mismas del contrato de promesa y la afirmación de que el demandado no cumplió con lo convenido en ella. Al contestar el libelo y negar los hechos fundamentales allí expuestos, el demandado propuso excepciones perentorias, como la de contrato incumplido, nulidad de la promesa por falta de los requisitos exigidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y dolo.

La sentencia de primera instancia pronunciada el 1º de julio de 1960 por el Juez Civil del Circuito de Vélez, declaró la resolución invocada y condenó al demandado al pago de la multa estipulada como cláusula penal y a las costas del juicio.

El Tribunal de San Gil, ante quien pasó el negocio por apelación de la parte demandada, confirmó la sentencia de primer grado.

El recurso de casación que ahora se resuelve lo propuso la parte vencida en las dos instancias.

3º La sentencia del Tribunal estudia la conducencia de la acción incoada en lo que respecta a la resolución del contrato de promesa de venta. Y en lo atañedero a la renuencia del comprador para cumplir lo prometido, afirma lo siguiente:

"Asimismo el documento trae la fecha para pasar ante Notario la escritura. Ciertamente, como resulta de la diligencia de absolución de posiciones, el 21 de mayo se acordó dar para el efecto un nuevo plazo de 'unos días'. Indeterminado quedó entonces el momento para el otorgamiento escritural. Pero tal circunstancia no se presenta como fuerza capaz de rendir ineficacia para la promesa, dejándola sin consecuencia en las esferas jurídicas. Porque, la negativa que posteriormente al aplazamiento dio uno de los contratantes, es perentoria, definitiva, en orden a fijar su resolución de no recibir la escritura, de ninguna manera, en ningún tiempo. No manifiesta duda respecto de la época para acudir al cumplimiento del convenio estipulado en la promesa. Sino que sencillamente realza que no se prestará a él. Entonces sería rigorismo exagerado encontrar en el aplazamiento una razón para dejar sin validez lo pactado mediante el lleno de las formalidades de ley".

Encuentra explicación este párrafo en que en la absolución de posiciones rendidas por Varón a petición del demandante Saavedra, afirmó éste en la pregunta respectiva y confirmó aquél en la respuesta que el 21 de mayo, día en que de-

bieron correr la escritura pública, convinieron ampliar el plazo por "unos días" más. Empero, el 13 de junio siguiente, por medio de carta debidamente reconocida en el juicio, el demandado y prometiente comprador hizo saber al prometiente vendedor que no "podía llevar a efecto el negocio de la finca". Obra también el telegrama del 20 del mismo mes de junio, en el que reitera su voluntad de no cumplir el negocio. Estos documentos fueron reconocidos por el demandado, tanto al absolver posiciones como en la diligencia de inpección ocular practicada en el término de pruebas de la primera instancia.

4º La demanda de casación afirma que hubo violación por aplicación indebida del artículo 1546 del Código Civil; violación directa de los artículos 1595 y 1608 de la misma obra, y del artículo 343 del Código Judicial.

Medularmente sostiene el recurrente que, "ninguna de las partes estuvo lista a suscribir la escritura el día convenido en la promesa (pregunta séptima de las posiciones de Saavedra a Varón, certificados notariales, cuaderno C., fs. 4, 5 y 7). En tales circunstancias ninguna podría reclamar por el incumplimiento de la contraria por no estar libre de culpa. Pero ocurrió que el propio 21 de mayo, o en sus alrededores, concertaron los contratantes posponer la oportunidad para la firma del instrumento notarial, sin que de palabra o por escrito hubieran fijado una fecha cierta; simplemente aplazaron la conclusión del negocio.

"A ese aplazamiento no se le ha puesto punto final. Cómo determinar entonces la oportunidad del pago, o lo que es igual, ¿cuál es la base para establecer la mora o el incumplimiento de las partes?

"La ley no admite dudas, pues indica un solo medio: *el requerimiento judicial.*

"El caso es que, ante la imposibilidad de otra circunscripción temporal del pago, ninguna de las partes es admitida a acusar de incumplimiento, de retardo, de retracto, a su contraria sin que previamente haya procedido a reconvenirla con intervención de Juez, pues hasta entonces cada cual conserva la posibilidad de cumplir oportunamente.

"....."

"De ahí por que sostenga yo que la sentencia incurrió en aplicación indebida del artículo 1546, Código Civil: declaró resuelto un contrato por haberlo incumplido el demandado, siendo así que los deberes emanados de aquél no tenían ni tienen una localización en el tiempo y, por lo mismo, no cabe pensar en incumplimiento o mora; se declaró resuelto un contrato que no ha sido incumplido".

Agrega además el recurrente que los "yerros de la sentencia consistieron en el total olvido de los preceptos que presuponen la mora del deudor para su vencimiento en acción resolutoria e indemnizatoria, y cifran tal hecho en el requerimiento judicial. Si se creyera que lo que el Tribunal consideró que fue el dicho oral, el telegrama y la carta de Varón, podían ser tenidos como prueba bastante de su incumplimiento y motivo seguro para su condena, la acusación habría de variar, para asumir esta forma:

"Error de derecho en la apreciación de la prueba: Respuestas a las preguntas 7ª a 10 de las posiciones, carta y telegrama traídos al proceso en inspección ocular (folios 4 y vto., 9 y 10 del cuaderno C.), de donde se desprende el quebranto de los artículos 1546 y 1595, Código Civil, por aplicación indebida, y lo que produjo a la vez violación directa de los artículos 1608, Código Civil, y 343, Código Judicial.

"Ese error de derecho consistiría en haber dado por acreditado un hecho: incumplimiento, con confesión y documentos privados, cuando la norma exige una solemnidad especial y única: el requerimiento *judicial,* preciso instrumento público. Y se habría practicado con quebrantamiento del artículo 605, Código Judicial, dada la inadmisibilidad del instrumento privado.

"Así las cosas, el influjo de la equivocación probatoria en la sentencia sería patente, pues sólo en base a haber tenido por probado lo que no se demostró se habría producido una declaración y una condena inmotivadas (aplicación indebida de los artículos 1546 y 1595), en lugar de una absolución por solicitud prematura (violación directa de los artículos 1608, Código Civil, y 343, Código Judicial)".

La Corte considera:

1º *Es principio general de derecho civil que los contratos se celebran para cumplirse y, en consecuencia, que el deudor debe estar dispuesto a ejecutarlos íntegra, efectiva y oportunamente. La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido.*

2º *El incumplimiento por acción u omisión es la inejecución del contrato, y crea una situación antijurídica, lesiva del derecho del acreedor que*

lo autoriza para el ejercicio de las acciones correspondientes. El incumplimiento puede ser definitivo, llamado también absoluto, cuando no es posible obtener la prestación, ni voluntaria ni forzosamente. No cumplir la obligación dentro del término estipulado, es constituírse en mora y este fenómeno ocurre generalmente por ministerio de la ley (1608), y excepcionalmente, por medio del requerimiento hecho en la forma prevista por la ordenación procesal (325).

3º *El requerimiento judicial no siempre es necesario para constituír al deudor en mora. Y en ese caso no hay entre lo uno y lo otro relación de medio a fin. La mora es el hecho de la inejecución. Si dentro del plazo estipulado no se cumple el contrato, se produce la mora automáticamente. La ley no establece como principio general que deba requerirse al deudor. La previsión legal es la de que por no cumplirse la obligación dentro del tiempo pactado, el deudor "está en mora", "se constituye en mora". En razón de ser el cumplimiento o la inejecución un hecho de los contratantes, es su propia conducta la que determina una u otra posición frente al contrato. Por eso el citado artículo 1608 usa las expresiones transcritas, y, por eso también, dijo: "salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituírlo en mora".*

4º El 21 de mayo de 1958 debió otorgarse la escritura pública de compraventa. Era la fecha convenida: sin embargo, los prometientes acordaron posponer el otorgamiento de la escritura por "unos días". El 13 de junio Varón Calvo, en carta que fue reconocida en el juicio al practicarse una inspección ocular, le hace saber a Juvenal Saavedra que no puede llevar a efecto el negocio de la finca, y le da las razones de su determinación.

El aplazamiento ha dado motivo para que en la demanda de casación se afirme: "que ninguna de las partes estuvo lista a suscribir la escritura el día convenido en la promesa", y que "en tales circunstancias ninguna podría reclamar por el incumplimiento de la contraria por no estar libre de culpa" y, además, que "a ese aplazamiento no se le ha puesto punto final", lo que significa que no se puede determinar la oportunidad del pago, sino mediante requerimiento.

La alegación sería atendible en cuanto a la exigencia de requerimiento, si no mediara la manifestación expresa del presunto comprador de no allanarse a celebrar la escritura pública, obligación de hacer nacida de la promesa de venta. La voluntad explícita de no cumplir expuesta al otro contratante, determinó renuncia al plazo, y por ese hecho se constituyó en mora haciéndose superfluo cualquier requerimiento.

De lo dicho se infiere que los cargos no son prósperos.

RESOLUCION:

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de fecha siete (7) de diciembre de mil novecientos sesenta (1960), proferida en este juicio ordinario de Juvenal Saavedra contra Ricardo Varón, sobre resolución de un contrato.

Sin costas en casación porque no se causaron.

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

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INSTRUMENTOS NEGOCIABLES.—FIRMA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y ocho (18) de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Por demanda de León Botero Villegas fue citado Abiécer Salazar Montoya a juicio ordinario para revisar la sentencia de excepciones de fecha 14 de julio de 1959, en que el Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, por insuficiencia del título, ordenó cesar la ejecución que en su despacho cursaba contra el propio Salazar Montoya por $ 10.000.00, e intereses al 12% anual desde el 19 de junio de 1958.

El recaudo insuficiente consistía en orden de pago aceptada por Luis Giraldo Gómez, a pesar de la ausencia de firma del girador, beneficiario y endosante Abiécer Salazar Montoya.

Suplicó el libelo inicial que se declarara a Salazar Montoya en la obligación de pagar la expresada cantidad de dinero al actor Botero Villegas, con los intereses y costas, y, en consecuencia, sin efecto la sentencia que en el ejecutivo declaró probada la excepción de insuficiencia del título.

En 13 de septiembre de 1961 el Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría desató el litigio en primera instancia con despacho favorable de las súplicas, en pronunciamiento confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 22 de agosto de 1962, con imposición de costas al demandado apelante, cuyo recurso ante la Corte pasa ahora al estudio.

La sentencia acusada.

De la motivación conviene señalar los pasos siguientes:

"Cuando la ley indica que la sentencia de excepciones no hace tránsito a cosa juzgada, y que por lo mismo es revisable en juicio ordinario, está significando que la materia objeto de la litis en el incidente de excepciones puede ser motivo de un nuevo estudio en un proceso en el que las partes tendrán amplia oportunidad para esclarecer el asunto. Revisar la sentencia de excepciones no significa, pues, un simple examen jurídico de ella con la finalidad de saber si el Juez que la pronunció se pudo haber equivocado o no. Bien puede ocurrir que la decisión sometida a un nuevo examen haya sido dictada siguiendo estrictamente los ordenamientos legales, y no obstante ser revisable. Porque si en el juicio ordinario las partes tienen oportunidad de debatir el asunto con mayor amplitud, ello indica que bien pueden aportar elementos de juicio que no fueron tenidos en cuenta en el juicio especial en el que se pronunció la decisión motivo de revisión. Y si esto ocurre, el fallo en el juicio ordinario tiene que ser distinto del proferido en el juicio especial, aunque por otra parte no pueda afirmarse que éste sea equivocado".

Aplica ese criterio al caso de autos, y en seguida expresa el sentenciador:

"Se recuerda que en aquel juicio ejecutivo fue presentado como recaudo un instrumento que tiene la forma de letra de cambio aceptado por Lucio Giraldo Gómez y girado por Abiécer Salazar Montoya, quien no lo firmó, y a favor de este mismo señor. Tiene una nota de cesión sin firma del cedente, a favor de Esteban Zapata Vallejo por igual valor recibido. Una segunda nota de cesión aparece a favor del señor León Botero Villegas y suscrita por el señor Zapata Vallejo.

"El señor Salazar Montoya confiesa que la letra fue firmada por el girador a su favor; y que la endosó por igual valor recibido al señor Esteban Zapata Vallejo, en razón de un negocio que el endosante celebró con el endosatario.

"Según esto el *quid* de la cuestión está solamente en saber si el hecho de no aparecer en la letra de cambio las firmas del demandado como girador y endosante, indica que no existe la obligación de que trata el actor.

"La firma puesta en cualquier documento ampara el contenido del mismo, obliga al firmante. Probada la autenticidad de la firma, o supuesta

tal autenticidad, se presume auténtico el documento por esta razón el reconocimiento de un documento privado se cumple con la aceptación de que es legítima la firma puesta en él, por la persona que aparece suscribiéndolo. Dice el artículo 642 del Código Judicial que '...basta que quien hace el reconocimiento confiese ser suya la firma'.

"Pero lo anterior no quiere decir que la obligación que una persona contrae esté en su firma. Ello es obvio. La obligación está, se descubre, en el contenido del documento...

"Siendo ello así cuando el contenido es auténtico aun cuando a éste no se haya llegado por la vía de la autenticidad de la firma, el problema que pueda verse en cuanto toca con la obligación que existe en aquel contenido, es apenas aparente. Porque aunque lo que generalmente ocurre es que quien contrae una obligación constante en un documento, firma éste, no se modifica la naturaleza de las cosas si se demuestra que la obligación fue contraída, aunque por otra parte el obligado no haya firmado el documento que la contiene...

"Infiere lo expuesto que si el demandado aceptó la obligación que contrajo para con él el señor Lucio Giraldo Gómez, según recibió el instrumento que éste suscribió a su favor, y según luego lo entregó a Esteban Zapata Vallejo por valor recibido y por razón de un negocio que celebró con el cesionario, existe entonces la obligación a cargo del demandado de que trata la demanda.

"Para llegar a esta conclusión no es necesario hacer afirmaciones sobre si el documento que es motivo de examen es o no un instrumento negociable. Sería necesario hacerlas si la cuestión sometida a decisión fuera la de revisar en un recurso de instancia la sentencia de excepciones. Pero si de lo que se trata es de estudiar nuevamente la cuestión de si el demandado debe al demandante la suma de pesos a que aquel documento se refiere, lo importante es entonces definir si Salazar Montoya contrajo la obligación de que trata el actor".

El Tribunal encuentra en los actos confesados por Salazar Montoya la voluntad de obligarse, y remata así:

"Si el demandado tomó el instrumento y lo entregó a Esteban Zapata Vallejo por igual valor recibido y por razón de acto celebrado con éste, se descarta la intención de no obligarse, porque surge nítida la de hacer valer el instrumento en un acto jurídico que el mismo demandado menciona. Entonces lo recibió en un acto serio y lo entregó en un acto igualmente serio. Ello prueba que contrajo la obligación que se discute. Ambos actos se refieren a contratos cuyo ámbito jurídico vinculó en forma inexorable a su autor. Por el primero aceptó la obligación que contrajo para con él Lucio Giraldo Gómez, pero al mismo tiempo se colocó en situación potencial de deudor secundario. Y pasó a serlo al ejecutar el segundo acto porque la cesión que hizo a Zapata Vallejo llevaba ínsita la obligación de pagarle al cesionario el valor del título cedido".

La acusación.

Viene formulada por el cargo único de "infracción directa de los artículos 5º, 21, 32 y 128 de la Ley 46 de 1923, y 758, 759 y 786 del Código de Comercio". (Causal 1ª, artículo 520 C. J.).

Expresa el recurrente que la parte resolutiva del fallo confirmatorio de la decisión de primera instancia concreta "el ámbito del recurso extraordinario para verificar la confrontación de la sentencia con la ley sustantiva". Y continúa:

"De esta sencilla confrontación surge nítidamente en el caso presente la apuntada violación directa de la ley de instrumentos negociables, en las disposiciones que se citan en el cargo, en concordancia con los artículos que se contienen en el Código de Comercio, y que también se dejan citados". Para concretar el cargo así:

"Precisa estudiar entonces la posición de Abiécer Salazar Montoya en el negocio jurídico configurado en la letra de cambio:

"a) *No es girador:* no aparece su firma en el instrumento en tal calidad. (Ley 46 de 1923, artículos 5º, ordinal 1º, y 128; Código de Comercio, 750, ordinal 8º).

"b) *No es endosante:* no aparece su firma en esa calidad, requisito indispensable por tratarse de un instrumento otorgado a la orden, que se negocia por el endoso que debe ser escrito y firmado por el tenedor. (Ley 46 de 1923, artículo 32, Código de Comercio, 783, 786).

"c) *No es deudor:* ninguna persona contrae obligaciones por un instrumento en que no aparezca su firma. (Ley 46 de 1923, artículo 21).

"De lo anterior es fácil concluír que el título primeramente presentado para servir de recaudo ejecutivo... *es insuficiente* como lo declaró el Juzgado del conocimiento en la sentencia de excepciones. Y si el título no ha recobrado su vigor como instrumento negociable que apareje obli-

gación a cargo del señor Salazar, la sentencia de excepciones no es revisable. Por lo mismo ese título insuficiente no puede dar base jurídica para una condena en juicio ordinario, como lo hace el honorable Tribunal con evidente violación de las normas sustantivas citadas en el encabezamiento del cargo único que dejo formulado en los anteriores términos''.

La Corte considera:

1. Dentro de las cosas que son de la esencia del instrumento negociable se destaca en el ordinal 1º, artículo 5º de la Ley 46 de 1923, la necesidad de ''estar firmado por el que lo extiende o lo gira''; exigencia que con respecto a la letra de cambio reitera el artículo 128. Ni especie alguna de endoso para la negociación del instrumento a la orden sería inteligible sin la firma de quien lo cede. Así lo ordena la naturaleza propia del fenómeno jurídico, al par que el principio de que ''ninguna persona contrae obligación por un instrumento negociable en que no aparezca sù firma, salvo disposición en contrario''. (21, ibídem).

2. Si, pues, el fallo recurrido consistiera meramente en condenar al pago por consecuencia de la responsabilidad surgida de una letra de cambio sin suscripción del girador y del endoso de la misma sin firma del endosante, haría quiebra inmediata en presencia de las normas sustanciales en mención, y la censura sería válida.

Pero no estuvo allí simplemente el apoyo del sentenciador, sino que puso especial énfasis en la proyección obligatoria del reconocimiento efectuado en este juicio por el girador-beneficiario del documento, en el claro sentido de ser cierto el hecho de haber expedido él la orden de pago, del propio modo que acerca de la aceptación y el endoso por igual valor recibido. Por donde el Tribunal formó convicción de que a virtud de ser confesada la autenticidad del contenido del escrito, el reconocimiento judicial llenaba el vacío de la firma; de que por ello aparecía comprobada la obligación, y surgida la necesidad de satisfacerla por ministerio del pronunciamiento judicial, abstracción hecha de ser o no ser negociable el instrumento. Y porque si en esto último se trataba de considerando básico en la oportunidad de calificar formalmente la insuficiencia del título en excepciones dentro del juicio ejecutivo, no lo es ya durante el plenario en que se aporta la confesión del demandado y se revisa el fondo del asunto para determinar por todos los medios admisibles de prueba la existencia misma de la obligación.

3. A lo cual cabe agregar ahora que si el documento fue ineficaz como negociable, el resultado depende de la omisión culposa de quien se confesó girador-beneficiario y endosante de la orden de pago; quien por lo mismo estuvo en el deber ineludible de firmar el libramiento y el traspaso; quien no puede favorecerse ni amparar derecho alguno en el incumplimiento de ese deber elemental; y quien, en último término, habría de verse obligado a restituír el igual valor que reconoce recibido por causa de un instrumento ineficaz, o sea sin causa que le permita mantener tal valor en su patrimonio.

4. Y comoquiera que el planteamiento del sentenciador es bastante a sustentar su decisión y se encuentra libre de censura en el recurso extraordinario, la acusación no está llamada a buen suceso.

RESOLUCION:

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 22 de agosto de 1962, proferida en el presente litigio de León Botero Villegas contra Abiécer Salazar Montoya por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRESUNCION DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO. — INDOLE DE ESTA

Convenciones a que puede dar lugar una sucesión futura. — Fenómenos jurídicos de la apertura, delación y disposición de la herencia en los casos de muerte real y de muerte presunta. Efectos que produce el decreto de posesión definitiva de los bienes del muerto presunto. Prueba principal y supletoria de la muerte de una persona. — La notoriedad no es medio supletorio de comprobar el fallecimiento de una persona.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., agosto ocho de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava).

Ante el Juez del Circuito de San Andrés, Isla, la señora Sara May de Martínez, obrando por ministerio de apoderado, demandó al señor Luis A. Tobar para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que es absolutamente nulo el contrato que consta en la escritura número cuatrocientos treinta y dos (432), otorgada el primero (1º) de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) en la Notaría Segunda del Circuito de Cartagena, según la cual la señora Sara May de Martínez cedió a favor del señor Luis A. Tobar todos los derechos herenciales que le corresponden en la sucesión de su hija legítima Myrtha Martínez de Weber;

"Segunda. Que, en consecuencia, debe cancelarse el citado instrumento por el Notario Segundo del Circuito de Cartagena, y su correspondiente inscripción, tanto por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cartagena como por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de San Andrés (Isla);

"Tercera. Que el señor Luis A. Tobar debe pagar las costas del presente juicio".

Los fundamentos de hecho de la demanda pueden resumirse así:

1. En la escritura número 432, extendida en la Notaría Segunda de Cartagena el primero de junio de 1944, se hizo constar un contrato mediante el cual la señora Sara May de Martínez cedió a título de venta al señor Luis A. Tobar todos los derechos herenciales que le correspondían en la sucesión de su hija Myrtha Martínez de Weber.

2. La señora May no habla ni entiende la lengua castellana, y sólo conoce el idioma inglés.

3. En el otorgamiento de la escritura número 432 no intervinieron intérpretes que pudieran dar a conocer a la señora May el contenido y significado del contrato que en ese instrumento se consignó.

4. En consecuencia, la señora May de Martínez no prestó su consentimiento al referido acto o contrato.

5. El señor Luis A. Tobar obtuvo que la señora May suscribiera el instrumento público mencionado, haciéndole creer que el acto allí consignado era un poder para reclamar de las autoridades colombianas perjuicios por la muerte de la señora Myrtha Martínez en el hundimiento de la goleta "Urios" o "Roamar".

6. La señora May no ha recibido del señor Tobar suma alguna por la referida cesión de derechos herenciales.

7. La señora Myrtha Martínez de Weber debió perecer en el naufragio de la goleta "Urios" o "Roamar" que ocurrió probablemente el 29 de julio de 1942 en aguas del Mar Caribe, cerca del Cayo Bolívar, cuando esa embarcación viajaba de Cartagena al Archipiélago de San Andrés y Providencia.

8. "No se ha registrado por las autoridades correspondientes la defunción de la señora Myr-

tha Martínez de Weber ni se han iniciado diligencias para declarar la presunción de su muerte por desaparecimiento''.

9. La señora Sara May de Martínez es heredera universal de su hija Myrtha Martínez de Weber.

El demandado Tobar no dio respuesta a la demanda, y el Juez del conocimiento puso término a la primera instancia con el fallo de 25 de junio de 1958, en el cual se hicieron las declaraciones impetradas por la actora, y se condenó en costas a la parte demandada.

La sentencia acusada.

Por apelación del mismo demandado se surtió la segunda instancia del negocio, la cual concluyó con la sentencia de 14 de octubre de 1960, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Mediante ese fallo se confirmó la decisión apelada y se condenó también en costas al demandado.

Las razones en que se sustenta el fallo acusado pueden compendiarse así:

En primer lugar la sentencia se refiere brevemente a los testimonios aportados al juicio y a las conclusiones a que se llegó en las inspecciones oculares que se practicaron en las Notarías de San Andrés, Isla, y Segunda de Cartagena, y en la Administración de Hacienda de la misma San Andrés, y entrando en el análisis de las súplicas de la demanda, dice:

''De la lectura detenida del libelo de la demanda, y en especial de cada una de sus peticiones y hechos fundamentales, así como de las citas de derecho hechas por el apoderado judicial de la actora, se desprende en forma que no se presta a duda alguna que la nulidad alegada la fundamenta en dos hechos básicos para ello, a saber: 1º La falta de consentimiento pleno de la señora Sara May de Martínez para otorgar la escritura, por falta de conocimiento del idioma castellano, y 2º Que la muerte de la señora Myrtha Martínez de Weber no estaba registrada oficial y legalmente para la época de la cesión.

''La enunciación de esos hechos demuestra el interés del autor en sacarles consecuencias de orden jurídico que inciden necesariamente en el planteamiento del debate procesal. Entonces, presentada en esa forma la demanda, hay que aceptar que la controversia está planteada sobre esos hechos, y de ahí que sean objeto de estudio especial en la sentencia del inferior, como también lo son aquí''.

Con relación al hecho de que la señora May ignoraba la legua castellana, la sentencia recuerda todas las pruebas que se adujeron para comprobarlo, encuentra que esas pruebas no son convincentes y expresa en conclusión: ''Como resultado de todo lo expuesto, la Sala es de concepto que la parte demandante no ha probado satisfactoriamente que la señora Sara May de Martínez desconociera el idioma castellano al momento de otorgar la cesión de los derechos herenciales contenida en la tántas veces citada escritura número 432, y, por consiguiente, no puede prosperar por este aspecto la nulidad solicitada''.

Acerca del segundo hecho, relativo a que para la época de la cesión no se hallaba legalmente establecida la muerte de la señora Myrtha Martínez de Weber, la sentencia anota que sólo en 1955 se iniciaron las diligencias conducentes a obtener la declaración de muerte presunta de dicha señora, ''aparentemente desaparecida en el mar como consecuencia del hundimiento de la goleta 'Urios' '', según se desprende de las pruebas traídas a los autos. Luego añade sobre este mismo particular:

''Ante estas pruebas, la Sala considera que al momento de legalizarse por escritura pública el contrato de cesión de los derechos herenciales no estaba demostrada legalmente la muerte de Myrtha Martínez de Weber, y, por tanto, a ella seguía considerándosele jurídicamente como a una persona viva, y en esas condiciones su madre, Sara May de Martínez, no podía ser titular de ningún derecho para sucederle por causa de muerte y, por consiguiente, ese derecho no podía válidamente ser objeto de un contrato de venta, por prohibición expresa del Código Civil, artículo 1520, que dice: 'El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona'.

''Así, pues, si Sara May de Martínez no podía vender el derecho de suceder por causa de muerte a su hija que legalmente era considerada viva, este hecho hizo ilícito el objeto del contrato contenido en la escritura 432 de 1º de julio (sic) de 1944, otorgada en la Notaría Segunda de Cartagena, por mandato terminante del mismo Código cuando dice en el artículo 1521, numeral 2º, que hay objeto ilícito en la enajenación de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, y como resultado de todo lo anterior el contrato es nulo, de nulidad absoluta, según lo tienen establecido los artículos 1740 y 1741 de la misma obra citada.

''Comprobado, pues, el segundo de los hechos fundamentales de la demanda, y por disponerlo

así la ley, resulta que la escritura número 432 es nula, y por este aspecto sí debe prosperar la petición de la parte actora y por esta misma razón confirmarse la providencia que se revisa.

"Resumiendo todo lo anterior se tiene que en el otorgamiento de la escritura pública número 432 de 1º de julio (sic) de 1944 sí hubo el consentimiento de la otorgante Sara May de Martínez, pero siendo ilícito el objeto del contrato celebrado, resultó afectado de nulidad como ya se dijo".

La impugnación.

Con motivo del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, el personero de la misma parte, invocando la primera de las causales establecidas por el artículo 520 del Código Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado los dos siguientes cargos que la Corte procede a examinar:

Primer cargo. Consiste en el quebranto indirecto, por aplicación indebida, del artículo 1520 del Código Civil, a causa de error de hecho en la apreciación de la demanda.

El impugnante sustenta este cargo diciendo que, de una parte, ninguno de los hechos de la demanda afirma que la señora Myrtha Martínez de Weber estuviera viva cuando su madre Sara May cedió los derechos herenciales al señor Luis A. Tobar; que, por el contrario, en el hecho octavo se expresa que ninguna autoridad ha registrado la defunción de dicha señora, lo cual significa que la actora no sólo no niega ese fallecimiento, sino que lo reconoce. De otro lado, el recurso considera inadmisible la tesis de que una persona no nace, ni se casa ni muere mientras no se recoja la noticia en los libros del Registro Civil, porque ninguno de esos hechos de orden físico puede confundirse con la constitución de su prueba y porque la ausencia de ésta no autoriza para sostener que tales hechos no han sucedido.

En relación con las diligencias concernientes a la declaración de muerte presunta debe tenerse en cuenta, según el recurrente: primero, que ellas proceden respecto de las personas ausentes por más de dos años sin haberse tenido noticias suyas, y que en el caso de autos la propia demandante adujo abundantísimas pruebas sobre el naufragio de la embarcación en que viajaba la señora Myrtha Martínez, sobre el decreto en que se honraba su memoria junto con las de sus compañeros y sobre los oficios religiosos que se celebraron en descanso de su alma; segundo, que la declaración de muerte presunta es necesaria para obtener la posesión provisoria o definitiva de los bienes del ausente, pero no para otros fines legales, como la delación de la herencia, la cual se produce por ministerio de la ley al momento de la muerte del causante, momento real e independiente de aquel en que se registra la prueba de la defunción, y al cual se retrotraen los efectos de la partición de los bienes.

El artículo 1520 del Código Civil sanciona con la nulidad los contratos relativos al derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, pero no a un difunto cuyo fallecimiento no se ha inscrito aún en el Registro Público o no ha sido motivo de declaración presuntiva para los fines especiales y excluyentes que la ley señala.

"El Tribunal —dice el impugnante— leyó en el hecho octavo de la demanda lo que en él no se dice, a saber: que doña Myrtha estaba viva cuando su señora madre le vendió a mi mandante los derechos que pudieran corresponderle en la sucesión de aquélla, hecho que el demandante no sólo no se atrevió a consignar, sino que, como ya se vio, está contradicho por él mismo".

Tarea del sentenciador es subsumir los hechos en la norma que gobierna la situación configurada por ellos, y en el caso presente hay un divorcio ostensible entre los hechos alegados y la norma que el Tribunal consideró que debía regularlos. "Al proceder así —afirma el recurso— el Tribunal violó, aplicándolo indebidamente, el precepto contenido en el artículo 1520 del Código Civil, como consecuencia de haber introducido erradamente en la demanda un hecho distinto del que en realidad en ella se relata.

"Por tanto acuso la sentencia recurrida, dentro de la primera de las causales consagradas por el artículo 520 del Código Judicial, por violación del artículo 1520 del Código Civil, el cual fue indebidamente aplicado como efecto de error de hecho en la apreciación de la demanda (hecho 8º)".

Segundo cargo. Versa sobre la violación indirecta, por indebida aplicación, del mismo artículo 1520 del Código Civil, a causa de errores de derecho en la apreciación de varias pruebas.

En desarrollo de este cargo el recurso transcribe los pasos de la sentencia en que se sostiene que, al tiempo de efectuarse la cesión de derechos herenciales por la señora May al señor Tobar, no estaba legalmente establecida la muerte de la señora Myrtha Martínez de Weber, y que, de consiguiente, su madre no podía considerarse titular de ningún derecho en la sucesión de esta señora, ni tal supuesto derecho podía ser objeto de un contrato de venta por prohibición del artículo 1520 del Código Civil. Según esta tesis,

dice el recurrente, el hecho físico de la muerte de una persona no puede tenerse como sucedido sino en virtud de la respectiva prueba inscrita en el Registro del Estado Civil o de la declaración judicial de muerte presunta; mientras no se disponga de esos documentos hay que considerarla "jurídicamente como una persona viva", lo cual es absurdo en concepto del impugnante. Y aunque así fuera, para celebrar el contrato cuya nulidad se solicita en este juicio, no era necesario acreditar el fallecimiento de la señora Myrtha Martínez, sino que bastaba que su muerte hubiera acaecido en realidad. Y que la señora Myrtha había fallecido era un hecho notorio como lo acreditan estas pruebas:

a) La comunicación número 120, dirigida por el Intendente del Archipiélago al Presidente de la República, en la cual informa que, a la altura del Cayo "Bolívar" unos pescadores oyeron unas detonaciones y observaron velas y humo que desaparecieron pronto, y que daban a entender el naufragio por acción de guerra de la goleta "Urios" o "Roamar";

b) El decreto dictado por el propio Intendente el 18 de agosto de 1942, por el cual se honraba la memoria de las víctimas del hundimiento de la embarcación nombrada;

c) La invitación que el Intendente hizo a los habitantes de San Andrés el mismo 18 de agosto para que asistieran a las honras fúnebres que se celebraron en descanso de las almas de los náufragos.

"La copia de los documentos que dejo relacionados —expresa el impugnante— es un instrumento público que da fe sobre el convencimiento de las autoridades y de los habitantes del Archipiélago de que doña Myrtha había muerto en el hundimiento de la goleta 'Urios' o 'Roamar', y ese hecho público y notorio, demostrado en forma irrefutable, lo desconoció el Tribunal sentenciador, el cual, a pesar de estas probanzas, considera que a la mencionada señora hay que considerarla jurídicamente como una persona viva".

Esta conclusión de la sentencia reposa sobre el hecho de que sólo en mayo de 1955 la señora Sara May inició las diligencias encaminadas a obtener la declaración de muerte presunta de la señora Myrtha Martínez, actividad ésta que llevó al fallador a sostener la teoría de que "la muerte tiene que ser jurídica, porque de lo contrario se equipara a la vida".

"A nadie se le podrá ocultar —prosigue el recurso— que doña Sara May de Martínez no incurrió en ilicitud alguna cuando después de participar de la convicción general de su medio acerca de la muerte de doña Myrtha, después de haber recibido y leído los informes y condolencias públicos de las autoridades, después de haber orado junto con todos sus coterráneos por el descanso de su alma en un solemne funeral de carácter público y oficial, vendió a mi mandante los derechos en la sucesión de su hija así tenida por muerta, y como tal deplorada y llorada.

"Dudo mucho de que sea legalmente necesario intentar la declaración de muerte presunta de persona cuyo fallecimiento es un hecho notorio, que no fueran ausentes de los cuales no volvió a tenerse noticia, sino náufragos en una acción de guerra, cuya ocurrencia y cuyas consecuencias están oficial y ciertamente confirmadas. Creo que cualquier persona hubiera podido hacer sentar el acta de defunción con base en el convencimiento general de la muerte, confirmado en los documentos públicos traídos con la demanda.

"Pero en el supuesto de que así no sea, ha de tenerse en cuenta que dicha declaración de muerte presunta no tiene como finalidad legal sino obtener la posesión de los bienes de la persona presuntivamente fallecida, pero en caso alguno interferir la delación de la herencia que, como ya lo dije, ocurre en el momento de la muerte y no en el momento de la declaración, ni los efectos normales de esa delación, uno de los cuales es el comercio de los derechos herenciales".

El Tribunal no discurrió de este modo porque, a pesar de haber considerado los medios probatorios mencionados, "no les otorgó el valor demostrativo que comportan conforme a la ley, incurriendo así en un error de derecho en cuanto a la apreciación de ellos". En efecto, esos documentos constituyen instrumentos públicos y auténticos, y hacen por ello "plena prueba acerca de su contenido", de acuerdo con lo prescrito por el artículo 632 del Código Judicial. Dicho contenido "no es otro que las circunstancias constitutivas de la notoriedad acerca de la muerte de quienes viajaban en la goleta torpedeada y hundida, las cuales están, pues, plenamente probadas".

El Tribunal olvidó este aspecto y no dio a los documentos el valor probatorio que señala la ley, pero en cambio estimó la copia de la demanda sobre declaración de muerte presunta como prueba de que la señora Martínez de Weber está "jurídicamente viva". "Hay, pues —concluye el recurrente—, un doble error de derecho relativo, el uno a los documentos públicos referidos, y el otro a asignar a la mencionada demanda el poder demostrativo de un hecho que está con-

tradicho por el contenido de los primeros. Sobre ese error el Tribunal aplicó el artículo 1520 del Código Civil, transgrediéndolo, por cuanto dicho precepto gobierna una situación diferente de la demostrada en los autos.

"Acuso, en consecuencia, el fallo recurrido, dentro de la causal primera de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, por violación de la norma consagrada en el artículo 1520 del Código Civil, la cual aplicó indebidamente como consecuencia de los errores de derecho que dejo alegados y demostrados".

Consideraciones de la Corte.

I. El artículo 1520 del Código Civil prescribe: "El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona. Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título *De las asignaciones forzosas*".

Este precepto prohibe la celebración de pactos, gratuitos u onerosos, sobre sucesión futura, esto es sobre la herencia de una persona viva. Lo cual significa que esos convenios tienen objeto ilícito, y que su sanción consiste en la nulidad absoluta de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 6º, 1523 y 1741 del Código Civil.

Las convenciones a que puede dar lugar una sucesión futura son susceptibles de agruparse en tres clases, así: a) Pactos de renuncia a esa sucesión; b) Pactos de institución de heredero; c) Pactos de cesión, transferencia o disposición del derecho herencial a favor de un tercero.

Para que estos pactos resulten afectados de nulidad por objeto ilícito se requiere la concurrencia de estos tres requisitos: primero, que versen sobre una sucesión aún no abierta por estar vivo el causante; segundo, que tengan por objeto el derecho de suceder mortis causa; *tercero, que se refieran a la totalidad o a una cuota parte de ese mismo derecho o a bienes o derechos comprendidos en la herencia.*

El artículo 1283 del Código Civil establece que no se puede repudiar una asignación sino después de la muerte del causante, o sea una vez que la sucesión se haya abierto y deferido. Ningún heredero puede renunciar, en forma unilateral o por convenio, el derecho de herencia en vida de su presunto causante.

Carece también de eficacia jurídica el pacto mediante el cual una persona viva se obliga a instituír heredero suyo a otra persona, esto es, a dejarle el todo o parte de sus bienes por concepto de herencia. Este convenio, aun celebrado en forma recíproca, atenta contra la libertad de testar y queda viciado de nulidad por objeto ilícito. El inciso segundo del propio artículo 1520 remite a las normas especiales de las asignaciones forzosas la regulación de los convenios relativos a las legítimas y las mejoras. Entre esas normas hay unas que autorizan a quien debe una legítima o mejora para cubrirla por anticipado, en todo o en parte, mediante donaciones hechas por esa persona a su legitimario. En relación con la cuarta de mejoras el artículo 1262, ibídem, permite concertar entre el causante que vive y uno de sus legitimarios el pacto de carácter negativo de no disponer de esa cuarta. Estos convenios constituyen una excepción a la regla general consagrada por el citado artículo 1520, regla que aparece además confirmada por el inciso segundo del mismo artículo 1262, en estos términos: "Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura entre un legitimario y el que debe la legítima, serán nulas y de ningún valor".

Está asimismo prohibido y es, por tanto, nulo por objeto ilícito el contrato en virtud del cual se cede o transfiere a un tercero el derecho de herencia en una sucesión futura, es decir, en una sucesión que no se ha abierto ni deferido por hallarse aún vivo el causante.

II. La existencia de una persona termina con su muerte (Ley 57 de 1887, artículo 9º).

Desde el punto de vista jurídico y para los efectos que interesan a la ley, la muerte de una persona es real o presunta. Es real la que aparece directamente comprobada, y es presunta la que por sentencia judicial se declara respecto de la persona que ha desaparecido y de cuya existencia no se tienen noticias.

Cuando se trata de la muerte real, los fenómenos jurídicos de la apertura y por regla general el de delación de la herencia se producen en el momento mismo del fallecimiento del causante. Así lo estatuyen los artículos 1012 y 1013 del Código Civil. Desde ese momento los sucesores del de cujus *adquieren la facultad de aceptar o repudiar la herencia y de disponer de sus respectivos derechos herenciales.*

En el caso de muerte presunta varían el modo y tiempo en que se realizan los fenómenos de apertura y de delación de la herencia, y en que se puede disponer de ésta.

En efecto, dentro del sistema regulador de la declaración de muerte presunta se distinguen tres períodos, así: el de la mera ausencia, el de la posesión provisoria de los bienes del desaparecido y el de la posesión definitiva de los mismos bienes.

a) *El período de mera ausencia consiste en el desaparecimiento de una persona del lugar de su domicilio, y en la incertidumbre sobre su existencia a causa de no haberse tenido noticias de ella (C. C., 96). Durante este período la ley sólo autoriza tomar aquellas medidas que son necesarias para atender a la protección y defensa de los intereses del ausente, tales como el nombramiento de un curador de bienes cuando el desaparecido no ha dejado representante convencional o legal (C. C., 561).*

Si el lapso de mera ausencia se prolonga por más de dos años, quien tenga interés puede impetrar la declaración judicial de muerte presunta mediante el cumplimiento de los requisitos que señala la ley (C. C., 97). Satisfechas esas formalidades, el Juez declara al desaparecido presuntivamente muerto y señala el día en que debe suponerse acaecido el fallecimiento. Ese día corresponde por lo general al último del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del ausente; por excepción el Juez debe fijar como día presuntivo de la muerte aquel en que al desaparecido le haya sobrevenido un accidente grave, como herida en acción de guerra, naufragio de la embarcación en que viajaba u otro peligro semejante, siempre que se demuestre este suceso y que desde entonces hayan transcurrido cuatro años.

Esta declaración de muerte presunta no produce ningún efecto inmediato respecto de los bienes del desaparecido, pero sí está llamada a causarlo en el futuro. Mediante ella no se altera la representación del ausente ni la administración de sus bienes por su apoderado general, por su representante legal o por el curador que se le haya designado, según el caso. "Como lo hemos observado, la declaración de presunción de muerte no produce por sí misma ningún efecto inmediato en cuanto al patrimonio actual del desaparecido. La administración de los bienes continúa en manos del apoderado, de los representantes legales o del curador nombrado al efecto. A pesar de que se presume muerto al desaparecido, su sucesión no se abre inmediatamente, y ninguna providencia se toma por lo pronto en favor de los herederos " (Champeau y Uribe, "Tratado de Derecho Civil Colombiano", t. I, No. 193).

b) *Transcurridos dos años desde el día señalado como fecha de la muerte presunta, el Juez, también a petición de interesado, decreta en favor de los herederos la posesión provisoria de los bienes del desaparecido. Este decreto produce varios efectos, tales como éstos: disuelve la sociedad conyugal que tuviere el desaparecido; autoriza la apertura y publicación del testamento cerrado o la aducción del abierto que el mismo ausente haya dejado (C. C., 99 y 1820); pone fin a la patria potestad que ejercía el muerto presunto, así como también a la curaduría de sus bienes (C. C., 314 y 579).*

Por el mismo decreto de posesión provisoria los herederos toman la administración de los bienes del muerto presunto, pero no adquieren sobre éstos ningún derecho real ni pueden sin licencia judicial disponer de los mismos bienes (C. C., 103). Como excepción a esta regla la ley otorga a los herederos el derecho de hacer suyos los frutos naturales y civiles de los bienes que reciben en administración provisional (C. C., 104).

Según el artículo 102, ibídem, "los poseedores provisorios representarán a la sucesión en las acciones y defensas contra terceros". Esta prescripción no se conforma con la realidad del sistema, porque la posesión provisoria no produce la apertura de la sucesión del muerto presunto, debiendo entenderse, en consecuencia, que la representación atribuída a los poseedores provisorios se refiere a los intereses del desaparecido que ellos administran en sustitución del representante convencional o legal o del curador, cuyas funciones concluyen al otorgarse la referida posesión provisoria.

c) *Por regla general la posesión definitiva de los bienes del muerto presunto se decreta después de pasados cuatro años de concedida la provisional, si para entonces no se ha hecho presente el desaparecido o no se tuvieren tampoco noticias de él (C. C., 105). Por vía de excepción puede otorgarse también esa posesión definitiva en estos casos: primero, cuando han transcurrido cuatro años desde que el desaparecido sufrió un siniestro, como un naufragio, una herida grave en guerra u otro peligro similar (C. C., 97); segundo, cuando han pasado dos años desde el día presuntivo de la muerte, y se probare que han corrido setenta a partir del nacimiento del desaparecido (C. C., 98); tercero, cuando han discurrido quince años desde la fecha de las últimas noticias del desaparecido (C. C., 98).*

El decreto de posesión definitiva produce varios efectos, de los cuales vale recordar dos: el

primero de ellos consiste en que, mediante ese decreto, "se abrirá la sucesión del desaparecido, según las reglas generales" (C. C., 105). El segundo efecto, que es consecuencia del anterior, radica en que desde ese decreto se considerará al desaparecido como realmente muerto, y sus herederos y legatarios adquirirán y podrán hacer valer sus derechos "como en el caso de verdadera muerte" (C. C., 106).

Como se ve, la sucesión del muerto presunto no se abre ni se defiere sino con el decreto de posesión definitiva de sus bienes; pero en este caso tales fenómenos de apertura y delación de la herencia se entienden realizados desde el día señalado como fecha de la muerte presunta, es decir, que sus efectos se retrotraen a esa fecha. Así lo expresó ya la Corte en casación de tres de octubre de 1955 (LXXXI-2159, 368). En esa misma fecha queda señalado el patrimonio del desaparecido, en el cual suceden los herederos al causante presuntivamente fallecido (C. C., 100).

Sobre la base de que la presunción de muerte por desaparecimiento es de carácter simplemente legal, el artículo 107 del Código Civil consagra la regla de que esa presunción favorece a quien invoca un derecho subordinado a la fecha de la muerte presunta, de modo que no está obligado a demostrar que el desaparecido falleció verdaderamente en esa fecha, y que, por el contrario, quien reclama un derecho dependiente de que el desaparecido haya muerto realmente en otro día distinto, estará obligado a comprobar este fallecimiento a fin de destruír la presunción aludida.

III. La primera censura que el recurso dirige contra la sentencia consiste en haber incurrido en el error de hecho de ver afirmada en la demanda la existencia de la señora Myrtha Martínez, cuando lo que en realidad se asevera en esa pieza es la muerte de esta señora. Tal error condujo al sentenciador a aplicar indebidamente el artículo 1520 del Código Civil a una situación que no le corresponde, produciendo con ello su quebranto.

Está visto que en el hecho octavo de la demanda se expresa que no se ha registrado por las autoridades correspondientes la defunción de la señora Myrtha Martínez ni se han iniciado las diligencias conducentes a declararla presuntivamente muerta por desaparecimiento. Después de reseñar las pruebas allegadas al juicio dice la sentencia que al momento de celebrarse la compraventa de los derechos herenciales entre la señora Sara May y el señor Luis A. Tobar "no estaba demostrada legalmente la muerte de Myrtha Martínez de Weber", y que, por tanto, a ésta se le seguía considerando "jurídicamente como a una persona viva".

Lo primero que cabe anotar en relación con este cargo es que el fallecimiento de una persona no puede acreditarse en juicio mediante simples afirmaciones, sino que requiere una prueba específica, cual es la certificación del funcionario encargado del Registro Civil o la sentencia declarativa de muerte presunta. Por manera que, aunque de la demanda pudiera colegirse que la actora afirmaba la muerte de la señora Myrtha Martínez, tal aserción carecería por sí sola de valor para tener por cierto el deceso de esta misma señora.

En segundo término, el hecho de aseverar la inexistencia del registro legal de la defunción de la señora Martínez de Weber y que no se habían promovido las diligencias concernientes a la declaración de muerte presunta, equivale sólo a decir que no estaba legalmente comprobado ese fallecimiento, y que, de consiguiente, no podía sostenerse que la sucesión de dicha señora se hubiera abierto y deferido. Así lo entiende y admite la sentencia, de modo que no puede argüírse con razón que ella leyó en la demanda lo que ésta no dice, porque el hecho octavo lo que ineludiblemente significa es esto: que no aparece legalmente establecida la muerte real o presunta de la señora Myrtha Martínez.

El fallo no entendió el hecho octavo de la demanda como si en él se afirmase la existencia de la señora Martínez de Weber. Lo que entendió expresado en ese hecho es que no aparece demostrada legalmente la muerte de la misma señora y que, como consecuencia de esa falta de prueba sobre su fallecimiento, hay que considerarla desde el punto de vista jurídico como persona viviente y cuya herencia no se ha abierto ni deferido. Esta inteligencia de la demanda no implica el error de hecho que alega el impugnante y, por tanto la premisa del cargo que se estudia se halla desprovista de fundamento.

IV. El segundo cargo versa sobre el quebranto indirecto del mismo artículo 1520 del Código Civil, por aplicación indebida, a causa de estos dos errores de derecho en la apreciación de las pruebas: primero, el de haberle dado a la demanda sobre declaración de muerte presunta el valor demostrativo de que la señora Myrtha Martínez estaba jurídicamente viva; segundo, el de no reconocerles a los documentos aducidos con la demanda inicial de esta litis el mérito probatorio que les corresponde, y que consiste en establecer de manera plena el hecho notorio

del fallecimiento de la nombrada señora Myrtha Martínez en el hundimiento de la goleta "Urios" o "Roamar".

La sentencia sostiene, como se ha dicho, que en este negocio no aparece legalmente comprobada la muerte real o presunta de la señora Martínez de Weber, porque no se adujeron las probanzas idóneas para demostrar ese hecho. Alude a la demanda en que la señora Sara May solicitó la declaración de muerte presunta de su hija Myrtha, no para atribuírle el mérito de acreditar que esta señora estaba viva, sino para concluír que esa sola pieza procesal no es suficiente a establecer la presunción de muerte por desaparecimiento de la misma señora, y que, en consecuencia, y desde el punto de vista jurídico hay que considerarla como persona viva, esto es, como no producidos los efectos jurídicos que podrían derivarse de su fallecimiento.

La trascendencia que el estado civil tiene en las relaciones jurídicas determinó a la ley a establecer un sistema especial de registro y prueba de los hechos o actos constitutivos de ese estado, hasta el punto de que en el campo jurídico no puede considerarse originado el mismo estado ni producidos los derechos y obligaciones que dimanan de él sin aparecer debidamente comprobado el hecho que lo genera. Aunque es frecuente el reparo de que este sistema confunde el hecho constitutivo de un estado civil con su prueba, no debe perderse de vista que la ley, al atribuír efectos jurídicos a determinados hechos, exige la demostración adecuada de éstos para que puedan obrar en el campo del derecho y proyectar allí sus consecuencias. Es este un procedimiento de técnica jurídica impuesto por la necesidad de asegurar la estabilidad y firmeza de los negocios también jurídicos, y especialmente del estado civil de las personas y de sus efectos legales. No existe, pues, la confusión sobredicha, sino una exigencia inherente al propio ordenamiento jurídico.

El recurrente sostiene que los documentos allegados con el libelo inicial de este litigio, consistentes en la comunicación del Intendente de San Andrés al Presidente de la República sobre el presunto hundimiento de la goleta "Roamar", en el decreto en que se honraba la memoria de las víctimas y en la invitación a orar por el descanso de las almas de éstas, constituyen documentos auténticos que acreditan en forma plena el hecho notorio de la muerte de la señora Martínez de Weber, y que la sentencia, al no reconocerles ese mérito, incurrió en un error de derecho con violación del artículo 632 del Código Judicial.

Los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 señalan las pruebas principales y supletorias del estado civil. Conforme al primer precepto la prueba privilegiada de la defunción de una persona es la copia del acta que sobre ese hecho se haya extendido por el funcionario encargado del Registro Civil. Consisten las pruebas supletorias en otros documentos auténticos, en las partidas de origen eclesiástico, en declaraciones de testigos presenciales de los hechos constitutivos del respectivo estado civil y en la posesión notoria de éste. Los otros documentos auténticos a que alude este precepto son aquellos que aparecen debidamente autorizados por un funcionario competente, y en que se reconoce de manera expresa el estado civil que se pretende probar o un hecho constitutivo del mismo.

Los documentos que en concreto estima el impugnante erróneamente ponderados no hablan de que la señora Myrtha Martínez viajara en la goleta "Roamar", ni de que hubiera perecido en el naufragio de esa nave. Se refieren en general al hundimiento de tal embarcación, y conjeturan la muerte de sus tripulantes y pasajeros. Además, esos documentos no provienen de funcionario encargado del Registro Civil y no hacen fe sino sobre lo concerniente a las funciones del empleado que los expidió, según el artículo 632 del Código Judicial. En estas circunstancias, esas piezas no pueden catalogarse entre aquellos documentos auténticos que, por vía supletoria, serían aptos para probar el fallecimiento de la señora Martínez de Weber.

Por otro aspecto, sucede que entre los medios supletorios de comprobar la muerte de una persona no figura la notoriedad de ese hecho, esto es, la creencia general y pública que en un lugar y tiempo determinado se tuviese de haber ocurrido ese suceso. Y mucho menos cuando el supuesto hecho notorio no fue presenciado por nadie, sino que consiste en una conjetura generalizada, resultante de la ausencia o desaparecimiento de dicha persona. Esta circunstancia apenas sería motivo para llegar a obtener la declaración judicial de muerte presunta, como atrás se expresó, pero no para tener por demostrada la muerte real. No huelga recordar que entre esos medios supletorios de probar el estado civil figura el de la posesión notoria, pero contraído a los estados de matrimonio y de hijo legítimo o natural. Este medio no es idóneo para demostrar la muerte de las personas.

Por donde se ve que la sentencia no incurrió en error de derecho al no reconocerles a los documentos mencionados el mérito de plena prueba del supuesto hecho notorio de la muerte de la

señora Myrtha Martínez de Weber, y que, por tanto, tampoco cometió los quebrantos de ley que se le imputan.

Todo lo cual lleva a la conclusión de que los cargos no pueden prosperar.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de catorce de octubre de mil novecientos sesenta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en este juicio ordinario de la señora Sara May de Martínez contra el señor Luis A. Tobar.

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD DE UNOS CONTRATOS Y REIVINDICACION.—POSTERIOR INTERDICCION JUDICIAL DEL VENDEDOR POR MOTIVOS DE DEMENCIA

Razones por las cuales no procede alegar, simultáneamente, error de hecho y de derecho respecto de un mismo medio probatorio.— Antitécnica acusación, con base en la causal primera, por errónea apreciación de la prueba y de los hechos.—En casación es ineficaz la oposición de declaraciones de testigos a conceptos periciales que el juzgador considera bien fundados.

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

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

Juicio ordinario de Elsa Martínez de Coral, en su carácter de causahabiente de Carlos Martínez Segura y para la sucesión de éste, contra Alfonso Camues Vallejo.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, fechada el 14 de septiembre de 1961.

Recurrente: la parte actora.

I

Antecedentes.

1. Elsa Martínez de Coral, como causahabiente de Carlos Martínez Segura y obrando para la sucesión de éste, pide, con audiencia de Alfonso Camues Vallejos, que se declaren absolutamente nulos los contratos contenidos en las escrituras números 566 de 16 de diciembre de 1929 y 13 de 15 de enero de 1931, de la Notaría Segunda del Circuito de Túquerres, instrumento el primero que contiene la venta de tres bienes raíces llamados "Santo Tomás", "Corrales" y "La Playa", ubicados en el Municipio de Ospina, en que figura Carlos Martínez Segura, como vendedor, y Alfonso Camues Vallejos, como comprador; y modificativo el segundo del precio de la misma venta; que, en consecuencia, se ordene la cancelación del registro de dichas escrituras y la restitución de los dos inmuebles primeramente nombrados a la demandante, quien en su calidad de causahabiente del vendedor, obra para la sucesión nombrada, así como los frutos de los mismos inmuebles, percibidos o que han debido percibirse a partir del 16 de diciembre de 1929, con la calificación del demandado, además, de poseedor de mala fe.

Subsidiariamente, que se decrete la resolución de los mismos contratos, por "falta de pago oportuno del precio", con la condena de restitución de los mismos bienes raíces y de los frutos correspondientes a contar de la contestación de la demanda y del resarcimiento de los perjuicios causados por la infracción de los contratos, más la orden al Notario Segundo del Circuito de Túquerres, de cancelación de las dos escrituras en referencia.

2. Como causa de la acción de nulidad se alega el estado de incapacidad absoluta en que el vendedor se hallaba cuando otorgó las precitadas escrituras, debido a su estado de demencia, sin embargo, de no haber sido puesto en interdicción sino después de celebrados los referidos contratos.

Genera la acción de resolución del contrato el hecho de no haber satisfecho el vendedor, ni la suma de $ 500.00, estipulada en la primera escritura, ni la de $ 2.500.00 convenida en la segunda.

3. Testó Martínez Segura en el año de 1916, por medio de escritura pública número 330 de 22 de julio de este año, de la Notaría Segunda de Pasto, e instituyó como herederas a sus hermanas Cecilia, Josefina y Concepción Martínez.

La demandante fue reconocida como heredera en la sucesión de Martínez Segura, y como subrrogataria, además, de varias cuotas herenciales.

4. Se practicaron numerosas pruebas y surtieron varios incidentes de tacha de testigos, falsedad de algunos documentos y nulidad de la actuación. El Juez del conocimiento —el Civil del Circuito de Túquerres— pronunció la nulidad impetrada y condenó al demandado a restituír los fundos "Santo Tomás" y "La Playa" (no el de "Corrales" por haber sido enajenado antes por Camues Vallejos), con los frutos percibidos o que debieron percibirse a partir de la demanda, y a pagar las costas de la instancia.

El recurso de alzada interpuesto por el demandado finalizó con fallo de 14 de septiembre de 1961, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante el cual fue confirmada la sentencia de primera instancia.

El mismo litigante ha introducido contra esta providencia el recurso de casación, el cual ha sufrido el trámite de rigor. En audiencia pública fue oído el representante del recurrrente.

II

La sentencia acusada.

5. Tras de explicar que la carga de la prueba pesa sobre quien suplica la nulidad del acto jurídico, y tratarse, en el caso presente, de invalidez fundada en la demencia del vendedor —quien aún no había sido declarado interdicto—, la sentencia estudia a la luz de la doctrina de la Corte el artículo 553 del Código Civil, en cuanto prescribe que "los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba *entonces* demente", y de manera especial el alcance de este adverbio, según el cual se comprende no sólo el caso de la afección psíquica capaz de suprimir "la libre determinación de la voluntad" en el acto mismo del otorgamiento, sino también en la época antecedente y en la subsiguiente al contrato, caso en el cual se presume *juris tantum* el mismo estado en el momento de la celebración, a menos que se acredite que ésta tuvo lugar en un período de lucidez, y cita, en su respaldo, las casaciones de octubre 10 de 1923 (XXX, 1584 y 1585, 351), abril 4 de 1936 (XLIII, 1911 y 1912, 799) y diciembre 1º de 1938 (XLVII, 1943, 453), así como la doctrina de algunos autores.

Decide primeramente las diversas tachas propuestas a testigos y documentos, para examinar luego el copioso acervo probatorio, dictámenes periciales y deposiciones de testigos, instrumentos privados y públicos, y concluye que, habiéndose comprobado, por una parte, el estado de demencia anterior y posterior al perfeccionamiento de los contratos, en el otorgante Carlos Martínez Segura, y por otra, sin prueba de haberse hallado al otorgarlos en intervalo lúcido, aquéllos adolecen de nulidad absoluta, y en este sentido se hace el pronunciamiento solicitado.

III

La acusación de la sentencia.

Con respaldo en la causal primera y en un solo capítulo, compuesto de siete acápites marcados a), b), d), e), f), g) y h), se formula la acusación de la sentencia. Si se trata de un solo cargo, sus diferentes partes no guardan la debida relación, y si de varios, no aparecen destacados en el orden y con la precisión propios de este recurso. Quizá por esto el recurrente, en el resumen de las alegaciones formuladas en la audiencia pública, dice que "el cargo de casación se encuentra claramente postulado en la demanda, al lado de otros cargos paralelos", con lo cual no se acierta a saber si se trata de un solo cargo o de varios.

6. Se advierte en el cuerpo de la impugnación que en repetidas veces se alega "error de hecho y de derecho" respecto al examen de una misma prueba, contrariando el régimen de la casación. *Si el juzgador omite o cree existente una prueba, incurre en error de hecho: el de derecho le es extraño; y si yerra al valorarla, es porque —figurando en el proceso— le otorga el mérito que no tiene o le niega el que tiene, frente a la tarifa:* el error de hecho le es ajeno.

Una noción que es de orden material, porque se refiere a la presencia o ausencia física de un medio probatorio, no puede identificarse con una noción que es de valoración legal de la prueba que hace parte del proceso. Además, en el primer caso el error de hecho produce la violación de la ley sustancial, derrumbando la decisión; mientras que en el segundo, el quebranto de esta última no se produce si no hay infracción de la ley que determina y gradúa los medios probatorios. Por ello, en tratándose de error de hecho, no se requiere la cita de ninguna disposición legal sobre pruebas, en tanto que, si de derecho, esa mención es indispensable.

Hay, pues, distancia notoria entre una y otra especie de error, desde el punto de vista de su

naturaleza, del campo en que actúan y de la manera como emplazan la prueba, todo lo cual impone al recurrente el deber de separarlas en forma francamente circunscrita y ostensible, como bien lo indica la segunda parte del ordinal primero del artículo 520 del Código Judicial, so pena de improcedencia del cargo.

7. *La Corte se refiere a las partes integrantes del capítulo único de la acusación:*

1º *No se ajusta tampoco a la técnica del recurso la formulación de un cargo, como se hace en el aparte a) de la demanda, con apoyo en la causal primera, "por errónea apreciación de la* prueba y de los hechos", *porque la primera parte de esta locución indica error de derecho en la valoración del medio probatorio, al paso que la "errónea apreciación de los hechos" no toca ya con la prueba —pues se parte de la base de que están acreditados— sino con el significado y alcance de tales hechos ante el derecho, lo que traslada el cargo, del terreno probatorio al estrictamente jurídico de la violación de la ley sustantiva. Tales preceptos distintos y, en cierto modo, opuestos, le imprimen al cargo evidente confusión, contraria a la claridad y exactitud que este recurso demanda.*

Ni responde a los requerimientos de la casación, afirmar, como lo hace el recurrente en el mismo aparte a), que el Tribunal, para demostrar la incapacidad del vendedor, o sea el estado de demencia al tiempo de celebrarse los contratos, "atribuyó a la prueba testimonial como a la pericial, un valor que no tiene, prescindiendo por error de hecho y de derecho *de valorar la prueba testimonial de quienes afirman el estado de normalidad absoluta en la celebración de esos contratos, al omitir apreciar los conceptos de eminentes facultativos —psiquiatras— como también el error de hecho y de derecho...". Porque, si el juzgador atribuyó a la prueba testimonial y a la de peritos un valor que no tienen, se trataría de error de derecho, al que no se llega por prescindirse de una prueba —que es error de hecho—, ni pueden concurrir simultáneamente ambas especies de error en el mismo elemento probatorio, según lo expuesto antes y la reiterada jurisprudencia de la Corte.*

Por lo demás, en el acápite a) tampoco se indican con precisión las pruebas respecto de las cuales concurren los dobles errores, porque no basta hablar de "testimonios", de "conceptos periciales" o "escrituras públicas". Es necesario decir en qué consisten los errores y cómo se violarían, a causa de los de derecho, los textos sobre pruebas, produciéndose, en consecuencia, el agravio a la ley sustancial.

2º La alegación distinguida con la letra b), dedicada a atacar la sentencia por violación de los artículos 1502, 1503, 1504, 1741 y 553 del Código Civil, a causa de "errores de hecho y de derecho", dice, después de comentar algunas de dichas disposiciones, lo siguiente:

"Mas, como en los contratos de venta celebrados por Martínez Segura y Camues Vallejos, no se trata de una persona que llevó a efecto dichas ventas dentro del régimen de interdicción judicial, sino de actos o declaraciones de voluntad, cumplidos dentro de la presunción de plena capacidad para contratar, es decir, antes del decreto de interdicción, el Tribunal al desconocer estos hechos violó indirectamente por error de derecho manifiesto el contenido de los artículos 553 y 1503 del Código Civil.

"Afirmación que se respalda en la tesis del Tribunal cuando dice:

" 'El concepto pericial constituye, pues, en la forma que queda analizada plena prueba de la *demencia posterior a dichos actos* en el otorgante, señor Martínez Segura; y a tal prueba puede agregarse, también como plena por sí sola, la interdicción por demencia judicialmente declarada de dicho señor Martínez Segura. Esa declaración tiene efectos *erga omnes,* a partir de su fecha, registro y publicación'.

"Estamos de acuerdo con la afirmación del Tribunal, precisamente, por esto es por lo que sostenemos la violación indirecta de las disposiciones citadas, porque los contratos no se celebraron cuando el vendedor se hallaba bajo interdicción judicial, sino dentro de la presunción de capacidad legal, para verificar actos o declaraciones de voluntad".

Vuelve a invocarse el doble error, pero dejando esto aparte, no se ve cómo puede configurarse un error de derecho, con el quebranto de los artículos 553 y 1503 del Código Civil, por haber el Tribunal desconocido el hecho de que los contratos fueron celebrados cuando Martínez Segura gozaba de la presunción de capacidad, por no haberse pronunciado aún la interdicción. La enunciación del cargo, según la parte inserta, pone de manifiesto la falta de idoneidad del mismo: no se dice allí siquiera cuáles fueron las probanzas mal valoradas, y como se habla de errores de derecho, tampoco se mencionan los preceptos de derecho probatorio infringidos.

3º En el acápite d) la acusación ataca el fallo, en cuanto éste considera establecida la demencia de Martínez Segura anterior al otorgamiento de los instrumentos públicos.

Se refiere a la prueba testimonial rendida al respecto en la primera instancia, y en especial al concepto del sentenciador contenido en este párrafo:

"La prueba testimonial enumerada demuestra que el señor Carlos Martínez Segura realizaba actos anormales durante un tiempo bastante anterior al otorgamiento de las escrituras objeto de este juicio. Y aun cuando la generalidad de estos mismos testigos afirma que fuera de las manías que describen, el comportamiento habitual del señor Martínez Segura era el de una persona normal y atendía en forma corriente a sus propias necesidades y administración de sus bienes, aquellos actos indican que desde ese tiempo anterior venía sufriendo de una enfermedad mental, sea cual fuere su denominación científica y con síntomas que coinciden con algunos de los que directamente observaron los psiquiatras que reconocieron al paciente".

De este concepto concluye el impugnante que habiendo sido la conducta de Martínez Segura la de una persona normal, afectada únicamente por algunas manías, al afirmar el Tribunal la demencia anterior, "incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, que lo llevó a violar indirectamente las disposiciones legales contenidas en los artículos 1502, 1503 y 1741 del Código Civil, al declarar que los contratos son nulos, porque cuando ellos se cumplieron Martínez Segura era un demente".

A lo cual se observa:

En primer lugar, la valoración definitiva, según la sentencia, de las pruebas aportadas para establecer el hecho de la psicosis de Martínez Segura, anterior a los contratos, se apoya tanto en los testimonios de la primera instancia como en los producidos en la segunda, según puede leerse al folio 146 del cuaderno 19. El fallo, después de examinar pormenorizadamente la prueba de testigos, dice:

"Del análisis de la prueba testimonial se saca en limpio que el señor Martínez Segura padeció desde su juventud alteraciones mentales exteriorizadas con hechos anormales, producidos con periodicidad, alternando con conducta normal y correcta administración de su patrimonio. Los facultativos declarantes perciben esos hechos anormales como manifestaciones psicopáticas periódicas. Este es el valor de la prueba testimonial por sí misma, en el análisis que le corresponde al juzgador; pero tiene otro valor más importante todavía, y es el de servir de fundamento a la prueba pericial. Y esta es la propiamente apta para, encontrándose debidamente fundada, demostrar el estado de demencia anterior a los contratos". (C. 19, f. 148 v.).

En segundo lugar, el concepto sobre la demencia que padecía el vendedor con antelación a las fechas de los contratos, se basa no sólo en aquellas pruebas, sino también y de manera fundamental, en la de peritos, que el sentenciador analiza a los folios 149 vt. y siguientes del mismo cuaderno 19, de modo que la conclusión a que llega se origina en la plenitud del acervo probatorio, y por ello resulta ineficaz en casación la censura que sólo se refiere a una porción de ese acervo.

Termina así el aparte d):

"Precisamente el no haber apreciado esta prueba y valorarla en su estimación jurídica y legal, fue lo que condujo al Tribunal a violar indirectamente las disposiciones que se dejan relacionadas por haber incurrido en error de hecho en la apreciación, no sólo de la prueba testimonial sino también en esta prueba documental".

Advierte la Corte de nuevo el cargo de doble error *de hecho,* por haber omitido las pruebas en el examen del proceso —pruebas encaminadas a acreditar la anormalidad psíquica anterior de Martínez Segura—, y de error *de derecho* a la vez, por haberlas apreciado erróneamente, estilo que —se vuelve a decir— conllevaría la ineficacia de los cargos. La convicción del Tribunal, sobre el estado de insanidad mental, tiene su razón y apoyo en la estimación de las numerosas probanzas producidas.

4º En el acápite e) se enuncia así la impugnación:

"La prueba sobre la cual el Tribunal hace la afirmación de que Martínez Segura padecía una enfermedad mental anterior al otorgamiento de las escrituras, y concomitante, habitual y permanente, al tiempo de su celebración, se basa en los conceptos emitidos por los doctores Julio Moncayo Candia, Luis Jaime Sánchez y Ricardo Rodríguez Aranza, conceptos que no reúnen los requisitos legales, como luego se verá, desechando en esta forma los conceptos de los médicos José Francisco Socarrás C. y Tufik Meluk Aluma, los cuales, para efecto de su valoración, los aprecia someramente como declaraciones".

Se refiere el cargo al hecho de haber aceptado la sentencia el dictamen pericial de los especialistas en enfermedades mentales, doctores Julio Moncayo Candia, Luis Jaime Sánchez y Ricardo Rodríguez Aranza, como prueba de que Martínez Segura adolecía de "psicosis maniaco-depresiva, de carácter circular", con anterioridad a los contratos y al tiempo de la celebración de

éstos, siendo así que el referido dictamen "no reúne los requisitos legales", y desecha los conceptos de los médicos Socarrás y Meluk Aluma, "los cuales, para efecto de su valoración, los aprecia someramente como declaraciones".

De acuerdo con esta enunciación el aparte e) termina así:

"Este error en cuanto a la apreciación de la prueba y su valoración con carácter de definitiva, sin tener en cuenta la crítica formulada por los médicos que rindieron un concepto técnico, en el cual destruyen los argumentos y conclusiones del dictamen pericial, llevó al Tribunal a violar indirectamente el contenido de los artículos 1503, 1741 y 553 del Código Civil, 705, 722 y 723 del Código Judicial, como se demostrará".

La parte del cargo que distingue la letra f) desarrolla lo anterior en esta forma:

"En autos existe el concepto de los doctores José Francisco Socarrás y Tufik Meluk Aluma 'especialistas en psiquiatría', quienes hicieron un estudio pormenorizado de las pruebas del expediente, y de los conceptos periciales rendidos en el juicio, prueba esta que no fue considerada por el Tribunal para hacer la crítica y valoración del dictamen, omisión que llevó al fallador a violar la ley, por error esencial de hecho y de derecho, como luego se verá".

Después de la dicha reiteración de los errores de hecho y de derecho simultáneos, el recurrente inicia, en el mismo aparte f), la confrontación del dictamen de los peritos Moncayo Candia, Sánchez y Rodríguez Aranza, con las opiniones y apreciaciones de los testigos doctores Socarrás y Meluk Aluma, y en síntesis dice:

"El Tribunal en la valoración del concepto del doctor Moncayo Candia, no tuvo en cuenta para nada la crítica científica de los eminentes psiquiatras, crítica que no proviene de elementos profanos sino de personas especializadas en este ramo del saber humano, y que, por consiguiente, debieron tenerse en cuenta como punto de referencia o como índice para apreciar la prueba.

"Si el concepto del doctor Moncayo 'sobre incapacidad mental carece de fundamento por cuanto se apoya en un diagnóstico no demostrado', teniendo en cuenta únicamente las pruebas favorables y desechando las que se oponen a ellas, es indudable que la parcialidad del concepto no merece pleno crédito, ora porque la misión del perito es analizar los elementos que existen en pro y en contra para deducir, sobre la base de estudio y ponderación, una conclusión. Mas si a ello se llega con un criterio parcializado, si el diagnóstico base del concepto no está demostrado, es indudable que en la apreciación de la prueba no se cumplieron los preceptos del artículo 722 del Código Judicial, cuya conclusión debe darse 'sin lugar a la menor duda', y en este caso la duda es protuberante, pues la conclusión del concepto se edifica sobre un diagnóstico no demostrado".

La parte marcada con la letra g), siguiendo el mismo objetivo, combate el dictamen del perito doctor Rodríguez Aranza, y la de la letra h) el del doctor Luis Jaime Sánchez, empleando el mismo procedimiento de enfrentarlos a los conceptos contenidos en los testimonios de los doctores Socarrás y Meluk Aluma. Y reafirma la demanda el cargo consistente en los dichos errores de hecho y de derecho, imputados a la sentencia, relativos al examen del dictamen pericial.

5º Salta a la vista que mal puede apoyarse el cargo de error de derecho sufrido en la tarea valorativa de un concepto pericial, en la circunstancia de que las *declaraciones —sólo declaraciones,* por muy respetables que sean los profesionales que las rinden, como en verdad lo son en este caso—, están en pugna con el dictamen de peritos producido conforme a la ley procesal.

En primer término, la prueba de testigos se confina a la percepción sensorial de los hechos, en tanto que la de peritos trasciende este nivel para remontarse a la esfera de las apreciaciones críticas, a efecto de deducir de los hechos sometidos a su análisis conclusiones basadas en sus conocimientos o prácticas en artes, ciencias u oficios. Así que cuando la prueba testimonial invade el ámbito privativo de la pericial, deja de tener influencia en el campo probatorio.

En segundo término, el juzgador es autónomo en la apreciación de la prueba. Tiene sólo dos límites en la legislación colombiana: el error de hecho y el error de derecho. No se trata ahora del primero, puesto que no se discute la presencia de la prueba en el pleito; sino del segundo, cuya razón de ser, en principio, está en el quebranto de un texto legal sobre los medios probatorios y su escala de valores.

Cita al efecto en este pasaje la demanda de casación, como infringido, el artículo 722 del Código Judicial: "... es indudable que en la apreciación de la prueba no se cumplieron los preceptos del artículo 722 del Código Judicial, cuya conclusión debe darse 'sin lugar a la menor duda', y en este caso la duda es protuberante, pues la conclusión del concepto se edifica sobre un diagnóstico no demostrado".

Aparte la semejanza que se pretende entre las especies de error, puesto que en este pasaje de la demanda se acusa el desempeño del Tribunal, frente a dichas pruebas, de error *de hecho*, y en otros, de error *de derecho*, con la infracción del artículo 722 y aun del 723 del Código Judicial, entre otros preceptos, no hay duda de que el error de hecho está ausente del examen probatorio del fallo, puesto que de las expresadas probanzas trata, sin excluír los testimonios, que el recurrente aspira a colocar sobre los conceptos periciales.

Y en cuanto al *de derecho*, lejos está de configurarse, porque el sentenciador, tras el examen del peritazgo rendido por los doctores Moncayo Candia y Sánchez, considera que reúne los requisitos exigidos por el artículo 722 del Código Judicial, y que constituye, por tanto, la demostración plena de que Martínez Segura venía sufriendo desde antes de la celebración de los contratos y continuó padeciendo después de una psicosis maniaco-depresiva de tipo circular, y también la de que Martínez Segura no se hallaba en el uso de sus facultades mentales al suscribir aquéllos. Y niega, en consecuencia, a la prueba de testigos la fuerza bastante a contrarrestar la pericial practicada conforme a las normas de procedimiento, por especialistas de renombre, y en la cual aparecen reunidos los requisitos y factores que, a juicio del sentenciador, le otorga el mérito máximo probatorio. El sentenciador no manifiesta abrigar duda sobre las conclusiones de los peritos. En sus palabras no se vislumbra reticencia, inseguridad o vacilación. El artículo 722, al decir: "... y lo que expongan (los peritos), sin lugar a la menor duda...", toca con el juzgador, no con las partes. El texto, pide, por tanto, que la convicción del Juez esté revestida de certeza, y este estado no puede resultar sino de su juicio autónomo, invulnerable, por consiguiente, en casación, salvo error de hecho o de derecho.

3º Dirige el recurrente su principal ataque, tanto en la demanda como en el resumen de las alegaciones orales, contra el concepto del doctor Sánchez, y afirma en la primera:

"El perito doctor Luis Jaime Sánchez concluye su dictamen así: 'El señor Carlos Martínez Segura, en el momento de otorgar las escrituras número 566 de 16 de diciembre de 1929 y número 18 de 15 de enero de 1931, en la Notaría 2ª del Circuito de Túquerres, y seguramente varios años antes de esta fecha, no se encontraba en el pleno y cabal uso de sus capacidades intelectuales, volutivas y efectivas, afectado como estaba por una psicosis maniaco-depresiva de forma circular. Por consiguiente, no se encontraba en condiciones de disponer libre, racional y voluntariamente de sus actos, naturalmente estaba incapacitado por demencia para el manejo de sus bienes'.

"Estas afirmaciones las respalda —dicen los doctores Socarrás y Meluk— 'en diversas pruebas, la *casi totalidad son las mismas* aportadas *por el doctor Moncayo Candia;* en el diagnóstico del propio doctor Moncayo Candia, y en la refutación de la pericia del doctor Rodríguez Aranza. El doctor Sánchez inicia la primera etapa de su estudio con el siguiente interrogante: ¿El señor Carlos Martínez Segura padeció de una enfermedad crónica y mental de más de diez años de duración? A continuación enumera un conjunto de argumentos en favor de la respuesta afirmativa', los cuales son examinados en el mismo orden de presentación".

La Corte observa:

El perito doctor Sánchez (fs. 202 y siguientes, C. 19) afirma que estudió detenidamente el expediente, en el cual ya figuraban los conceptos de los peritos doctores Moncayo Candia y Rodríguez Aranza; que se trata de "un caso de reconstrucción diagnóstica, de tipo retrospectivo", y que "los necesarios, válidos y únicos elementos de juicio" son aquellos que figuran en el expediente "como hechos válidamente establecidos"; dice que "sí hay datos fehacientes y fidedignos que demuestran que el señor don Carlos Martínez Segura padeció de una enfermedad crónica y mental de más de diez años de duración", con base en las declaraciones de testigos que cita y una serie de hechos que narra, suficientemente acreditados en el expediente; después de examinar los conceptos de los peritos principales nombrados, se declara de acuerdo con el primero, y concluye que Martínez Segura padeció años antes de otorgar las escrituras de una "psicosis maniaco-depresiva de tipo maligno (circular)", y que en las fechas de aquéllas (las escrituras) "no se hallaba en condiciones de disponer libre y voluntariamente de sus bienes".

Si el perito tercero manifestó estar de acuerdo con el principal doctor Moncayo Candia, dando las razones que tuvo para ello —como las dio en efecto—, incluso la del respeto que le merece su autoridad científica, fue cosa apreciada por el Tribunal, y en verdad que al aceptar como prueba el concepto del perito en discordia y al apreciar el dictamen de todos los expertos, no faltó en forma alguna, como antes se expuso, en el examen ni en la valoración de dichas pruebas.

Por manera que es ineficaz en casación oponer a conceptos periciales que el sentenciador considera bien fundados, y cuyas conclusiones no suscitan en él duda alguna, declaraciones de testigos —así sean expertos en la misma rama psiquiátrica—. Máxime cuando las conclusiones del juzgador de instancia se apoyan, además, en el resto del conjunto de pruebas, respecto de cuya estimación no demuestra el recurrente error alguno. Por ello, no se da la infracción del artículo 722 del Código Judicial —si de error de derecho se trata—, y menos aún del artículo 723 ib., también citado por el recurrente y frente al cual la independencia del sentenciador más lejos estaría del control en casación.

7º Bajo la letra h) la acusación se refiere a la aplicación que hace la sentencia de la doctrina de la Corte, según la cual, probada la demencia anterior y la posterior al acto jurídico, se presume el mismo estado al tiempo de la celebración de aquél, doctrina contenida en casaciones de octubre 10 de 1923 (XXX, 1584 y 1585, 351), abril 4 de 1936 (XLIII, 1911 y 1912, 799) y diciembre 1º de 1938 (XLVII, 1943, 453). Cita en contra las sentencias fechadas en noviembre 7 de 1945 (LIX, 2025 a 2027, 770), extraña al problema presente, y octubre 27 de 1949 (LXVI, 2077 y 2078, 641), en la cual se negó la nulidad del acto por no haber asumido la perturbación mental del contratante los caracteres indispensables para anular la voluntad, sin que hubiese lugar al planteamiento en referencia.

Dice el fallo recurrido:

"Demostrada la demencia del señor Carlos Martínez Segura con anterioridad y con posterioridad al otorgamiento de las escrituras 566 de 16 de diciembre de 1929 y 13 de 15 de enero de 1931, de la Notaría 2ª de Túquerres, se invierte la carga de la prueba; y el demandado, quien afirma que las escrituras se otorgaron en intervalos de lucidez, es quien debe demostrar plenamente esa circunstancia.

"Para hacerlo se aportaron los testimonios de José Zambrano, José María Cabrera, José Rosas, Alejandrino Salazar, Segundo Zambrano, Florentino Jurado A., Segundo M. Paredes, Moisés Cruz, Teófilo Igua A. y Octavio Peña (fs. 60 a 105 del C. 3º). Florentino Jurado y Segundo Paredes, como testigos instrumentales, afirman que la conducta del señor Martínez Segura como otorgante fue normal. El señor Jurado advierte que tenía sus reparos para servir de testigo instrumental, porque había oído que el señor Martínez Segura se encontraba loco, y por ello le interrogó, quedando satisfecho con las respuestas que obtuvo. Los otros testigos observaron normalidad en su conducta, comportamiento personal y administración de sus bienes por el tiempo de tales escrituras. Lo mismo agregan Ignacio Mesa, Virgilio Benavides, Julio Delgado y Juan M. Delgado.

"Dado el estado de locura anterior y posterior, la prueba testimonial no es apta para demostrar el intervalo lúcido, por lo que antes se dijo que lo relacionado con el estado de demencia es una cuestión científica, que cae en el campo de determinación de los psiquiatras. A lo sumo, la conducta observada por los testigos, como manera de actuar normal del señor Carlos Martínez Segura, podría servir de fundamento al concepto del psiquiatra doctor Rodríguez Aranza que la acoge como fundamento del intervalo lúcido que él dictamina.

"Es en este punto donde la prueba pericial tiene su divergencia sustancial. Los doctores Moncayo y Sánchez no admiten el intervalo lúcido en la clase de enfermedad que padeció el señor Martínez Segura, y el doctor Rodríguez la admite, y la admite precisamente para el tiempo en que las escrituras se otorgaron.

"Por fundado que sea, el concepto del doctor Rodríguez Aranza queda aislado para demostrar el intervalo lúcido, y su valor probatorio no alcanza a producir la convicción plena, que el fallador debe calificar en conformidad con el artículo 723 del Código Judicial. Mas sí se tiene en cuenta que frente a este concepto está el adverso que para calificar la naturaleza de la enfermedad tuvo en cuenta los hechos anormales plenamente demostrados que alternaban con una conducta aparentemente normal del paciente.

"La circunstancia de haberse producido, en forma evidente, el derrumbamiento total de la personalidad psíquica del paciente, hecho plenamente demostrado con las copias del juicio de interdicción y con el concepto unánime pericial de los psiquiatras, el lapso cercano al otorgamiento de las escrituras, hecho que reconoce asimismo el demandado en su absolución de posiciones (f. 20, C. 4º), constituye otra presunción, muy fuerte, contra la posibilidad del aludido intervalo lúcido.

"No habiéndose probado plenamente el intervalo lúcido queda en pie la demostración del actor del estado de demencia del señor Carlos Martínez Segura al tiempo de las citadas escrituras. Y esta demostración da firmeza a las conclusiones contenidas en la parte resolutiva de la sentencia apelada".

La convicción del sentenciador sobre la perturbación mental sufrida por Martínez Segura antes y después de celebrados los contratos, es inconmovible en casación, por basarse en el conjunto de pruebas —especialmente el dictamen de peritos— y no haberse demostrado error en el examen de las mismas, que pudiese desquiciar esa conclusión. La aplicación de la presunción de insanidad psíquica coetánea a las fechas de los actos jurídicos, fundada en tales extremos tiene el sustento de la doctrina jurisprudencial consagrada en las sentencias arriba citadas de 10 de octubre de 1923, abril 4 de 1936 y diciembre 1º de 1938, sobre el alcance del adverbio "entonces" que emplea el artículo 553 del Código Civil. Y ocurre, además, que aun cuando fuese vulnerable dicha doctrina y la presunción no concurriera, por consiguiente, subsistiría, sin embargo, para acreditar la demencia de Martínez Segura en los días de la celebración de los contratos, la prueba de una peritación uniforme, debidamente fundada, de dos peritos, los doctores Moncayo Candia y Sánchez, para quienes no gozaba el otorgante de capacidad mental para esos días.

DECISION:

En mérito de las razones expuestas la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha catorce (14) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario seguido por Elsa Martínez de Coral contra Alfonso Camues Vallejos.

Costas de la casación a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R. José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

USUCAPION ORDINARIA

Error de derecho en la apreciación de prueba testimonial.—El secuestro no tiene el alcance o significado de posesión, es un título de mera tenencia.—El secuestro de la cosa poseída no implica interrupción de la prescripción adquisitiva.

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

(Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.).

Juicio ordinario del Municipio de Cali contra Luis F. Muñoz.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fechada el veinticuatro de mayo de mil novecientos sesenta y dos.

Recurrente: el demandado.

I

Antecedentes.

1. Interpretando como reivindicatoria y no de petición de herencia, la acción ejercida por el Municipio de Cali, en su calidad de heredero de Francisca Jaramillo, contra Luis F. Muñoz, el Juez 5º Civil del Circuito de Cali hizo el siguiente pronunciamiento:

"1º Declárase que el Municipio de Cali, representado por el señor Personero Municipal, en su condición de único heredero reconocido de la señora Francisca Jaramillo y como representante legal de la comunidad herencial de bienes de la aludida señora, es dueño del inmueble delimitado en *petitum* de la demanda que ha dado origen a este juicio, y situado en la ciudad de Cali, y comprendido dentro de los siguientes linderos y especificaciones: una casa de habitación y el terreno en que se halla construída, ubicados en la carrera 4ª de Cali, siendo la casa la distinguida con los números 21-23 y 21-27, edificada sobre paredes de adobe y bahareque, y con techo de tejas de barro, determinados, casa y terreno, por los siguientes linderos: Norte, pared de ladrillo al medio, con predio que fue de Manuel Balcázar, hoy de Gregorio Martínez; Sur, la carrera 4ª; Oriente, pared al medio con predio que fue de Manuel Balcázar, y es hoy de Luis Palacios; y Occidente, casa que fue o es de Julio o Gustavo Fajardo.

"2º Como consecuencia de lo anterior condénase al señor Luis F. Muñoz a restituír al Municipio de Cali, representado por el señor Personero Municipal, representante aquél de la comunidad herencial de bienes de Francisca Jaramillo, el bien singularizado por sus linderos en la demanda.

"3º Dicha restitución la hará el demandado vencido, una vez se le abone el valor de las mejoras realizadas sobre el mismo bien, avaluadas ellas pericialmente en la suma de $ 19.207.70 (diez y nueve mil doscientos siete pesos setenta centavos).

"4º Condénase al señor Luis F. Muñoz al pago de los frutos civiles producidos por el inmueble, desde la contestación de la demanda. Tásense conforme al artículo 553 del Código Judicial.

"5º Condénase en costas al demandado".

Apelada esta sentencia por el demandado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decidió:

"Confírmanse los puntos 1º, 2º, 3º y 4º de la sentencia apelada. Los puntos 1º y 2º quedan aclarados así:

"a) Declárase que el bien inmueble consistente en la casa de habitación y el terreno en que se halla construída, ubicados en la carrera 4ª de esta ciudad, siendo la casa la distinguida con los números 21-23 y 21-27, edificada sobre paredes de adobe y bahareque y con techo de tejas de barro, determinados casa y terreno por los siguientes linderos: por el Norte, pared de ladrillo

al medio con predio que fue de Manuel Balcázar, hoy de Gregorio Martínez; Sur, la carrera 4ª; Oriente, pared al medio con predio que fue de Manuel Balcázar, y es hoy de Luis Palacios; y por el Occidente, casa que es o fue de Julio o Gustavo Fajardo, forma parte integrante de la comunidad universal de bienes, formada por la sucesión intestada de la señorita Francisca Jaramillo, comunidad universal de la cual es derechoso el Municipio de Cali, en su condición de heredero representado por el señor Personero Municipal.

"b) En consecuencia de la anterior declaración, condénase al señor Luis F. Muñoz a restituír al Municipio de Cali, representado por su Personero Municipal, el bien inmueble antes especificado por ser el Municipio derechoso en la comunidad universal de bienes ya determinada.

"Revócase el numeral 5º de la misma sentencia (numeral 1º, artículo 2º del Decreto 243 de 1951)".

2. El Municipio expuso en su demanda que, mediante escritura número 775 de 15 de diciembre de 1922, de la Notaría Segunda del Circuito de Cali, fue protocolizado el juicio mortuorio de Francisco Enrique Jaramillo, seguido en el Juzgado tercero Civil del Circuito de allí mismo;

Que en dicha sucesión le fue adjudicada a Francisca Jaramillo "una casa de habitación con su correspondiente terreno, sobre el cual fue levantada, ubicada en esta ciudad, en la carrera 4ª entre calles 21 y 22, distinguida en sus puertas de entrada con los números 21-23 y 21-27, casa de paredes de adobe y bahareque, con techo de tejas de barro, la cual en aquel entonces se encontraba delimitada en la siguiente forma: Norte y Oriente, solar de Manuel Balcázar; Sur, con la carrera 4ª, y Occidente, con casa y solar de Gustavo Fajardo".

Que en los juicios de sucesión de Gertrudis Jaramillo y Francisco Jaramillo, acumulados en el Juzgado Cuarto Civil del mismo Circuito, fue reconocido el Municipio como heredero de Francisca Jaramillo, según providencias dictadas el 2 de febrero de 1940, en el primer juicio, y el 26 de diciembre de 1924, en el segundo;

Que con fecha 8 de marzo de 1945 fueron secuestrados los inmuebles pertenecientes a las expresadas universalidades hereditarias, entre los cuales figuró el antes descrito, habiendo sido designado secuestre José Ignacio Fonseca, "quien por negligencia se dejó arrebatar la tenencia y el control de la administración de los bienes..., y como resultado el señor Luis F. Muñoz viene poseyendo como dueño la casa y el terreno";

Que el 25 de enero de 1954 le fueron entregados los bienes secuestrados al Municipio. En la correspondiente diligencia se opuso a la entrega el señor José H. Palacio, alegando calidad de dueño, y

Que José H. Palacio transfirió a Luis F. Muñoz el inmueble en referencia, según escritura número 1883 de 14 de junio de 1955, de la Notaría Segunda de Cali.

3. El demandado se opuso a lo pedido, y en cuanto a los hechos los negó prácticamente todos; en el alegato de bien probado propuso las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y de prescripción adquisitiva ordinaria; y la litis terminó en la forma expuesta al principio de esta providencia, mediante fallo de primera y segunda instancia favorables a la entidad demandante.

Recurrió en casación el demandado, y éste, como la actora —representada por el Procurador 2º Delegado en lo Civil—, ejercieron las facultades legales propias del recurso.

II

La sentencia acusada.

4. Con base en la *causa petendi* expuesta por la parte actora, y no obstante afirmar en la segunda súplica que ejerce "el derecho de petición de herencia", considera el fallo recurrido que la acción incoada es la reivindicatoria.

Examina la titulación del Municipio: los reconocimientos judiciales de heredero de Francisca Jaramillo; la escritura número 775 de 15 de diciembre de 1922, de la Notaría Segunda de Cali, mediante la cual fue protocolizada la causa mortuoria de Jorge Enrique Jaramillo, en la cual le fue adjudicado el bien de que se trata a la nombrada Francisca; la disparidad entre la nota de inscripción que aparece al pie de la hijuela, nota según la cual fue registrada en el Libro de Causas Mortuorias, y el certificado del Registrador que da testimonio de haberlo sido en el Libro número 1º, disparidad que el fallo desata en favor de la inscripción primeramente mencionada: y escritura número 479 de 11 de febrero de 1909, de la Notaría Primera del Circuito de Cali, en que consta la adquisición que del predio hiciera Jorge Enrique Jaramillo.

Estudia igualmente la titulación del demandado: escritura número 1883 de 14 de junio de 1955, otorgada en la Notaría mencionada, que da cuenta de la compra que del inmueble hizo el demandado Muñoz a José H. Palacios; instrumento número 1452 de abril 2 de 1952, de la No-

taría Primera de dicho Circuito, por la cual Palacios compró a Ranulfo Mesa; escritura número 3616, pasada en la Notaría Primera el 30 de octubre de 1950, en la cual consta la compra de la mitad proindiviso de la finca, que hiciera Mesa a su condueño Jaime Daniel Valencia; escritura número 1708 de junio 10 de 1948, otorgada en la misma Notaría, por medio de la cual se perfeccionó la compraventa entre Mesa Valencia, por una parte, y Jorge Lourido, por otra; instrumento público número 1374 de 27 de junio de 1947 —Notaría Primera citada—, mediante el cual fue protocolizada el acta de la diligencia en que Lourido remató el mismo bien en juicio hipotecario seguido contra Eduardo Cardozo B., quien a su turno compró a Ranulfo Mesa, según escritura número 2434 de octubre 20 de 1945, otorgada en la Notaría Tercera, que también hace parte del proceso.

La sentencia prefiere la titulación del Municipio, por ser más antigua.

Y como el demandado alegó la usucapión ordinaria del dominio, a partir de la escritura número 2434 de 20 de octubre de 1945, inscrita en el Registro Público el 30 de noviembre siguiente, el fallo estudia el asunto de la posesión, y al efecto afirma que los testigos Antonio F. Vásquez Otero, Alvaro Navia y Luis M. Gil declaran en forma conteste sobre conocimiento del inmueble y de los hechos constitutivos de la posesión invocada, ejecutados sucesivamente por Eduardo Cardozo y demás antecesores del demandado, a contar de la mitad del año de 1945.

Pero a esta prueba el fallo le enfrenta el secuestro verificado en la sucesión de Francisca Jaramillo, y al efecto sostiene la incompatibilidad entre las dos situaciones jurídicas de secuestro y posesión, de las cuales "una de ellas tiene que existir y excluír por esa causa a la otra", y, por tanto, "era imposible el ejercicio de la posesión por parte de los antiguos tradentes del demandado".

Consecuencialmente, el fallo niega la usucapión y hace las declaraciones pedidas en la demanda.

III

La acusación de la sentencia.

6. De los varios cargos formulados con apoyo en la causal primera de casación, la Corte se ocupará primeramente del quinto, por error de derecho en la apreciación de unas pruebas.

Afirma el recurrente que, por no haber reconocido valor de plena prueba a las declaraciones de testigos —acordes en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar— sobre la posesión ejercida en el inmueble por el demandado Luis F. Muñoz y sus antecesores, desde el año de 1945, viola el fallo el artículo 697 del Código Judicial; que tal desestimación se debió, no a fallas de la dicha prueba testimonial, sino por haber atribuído al secuestro del inmueble verificado a solicitud del Municipio, en el juicio mortuorio de Francisca Jaramillo, un significado posesorio de que carece, suficiente para interrumpir la usucapión, con quebranto de los artículos 762, 775, 786, 958 y 959, 778 y 2521, 2526, 2528 y 2529, 2524 y por último el artículo 1325, todos del Código Civil.

7. A) Sobre la prueba testimonial dice el recurrente:

"En el presente caso la prueba de la posesión por más de diez años sobre el inmueble materia de la litis, por parte del señor Luis F. Muñoz y todos sus tradentes, se presentó entre otros medios por medio de declaraciones que obran al cuaderno tercero del expediente, folios 21 a 26, en las que deponen los señores Alvaro Navia T., Luis Mario Gil, doctor Antonio J. Vásquez Otero, señora Rosa Lina Zúñiga, señor José David Ramírez y señor José Urrego. Todos estos testigos concuerdan en el hecho y circunstancias de modo, tiempo y lugar, para demostrar que a partir de octubre de 1945, cuando el señor Eduardo Cardozo B. adquirió del señor Ranulfo Mesa el inmueble discutido, todos los tradentes sucesivos, e inclusive el señor Cardozo, tuvieron la posesión de dicho inmueble vigilándolo, reparándolo, dándolo en arrendamiento a personas diferentes. cuyos inquilinos siempre los reconocieron como exclusivos propietarios y ejercitando diversos actos de posesión que los declarantes relatan y describen. En la parte introductiva de esta demanda se transcribió una de esas declaraciones como indicación de que todas las seis que se han presentado al juicio concuerdan con esa primera. Además estas declaraciones están sustentadas por las escrituras correspondientes de adquisición de los respectivos tradentes, dentro de los cuales aparecen además los recibos o notas de la Tesorería Municipal de Cali con indicación de la inscripción de dichos tradentes en los Libros de Catastro respectivos. Además estas declaraciones encuentran también base, frente al pretendido secuestro a que antes se aludió, en el punto octavo de la demanda donde se admite que dicho secuestre perdió la posesión de la cosa, o mejor su tenencia, después de practicada tal diligencia.

"El fallo ni siquiera analiza dichos testimonios, simplemente los desecha en virtud de que considera que el secuestre, señor Fonseca, tuvo el inmueble desde el 8 de marzo de 1945 hasta el 7 de diciembre de 1953, contraviniendo con esta apreciación el mismo hecho octavo de la demanda. De manera que no hubo análisis del testimonio aquí rendido, sino simplemente su desestimación en forma total. Por esto se atacó en el numeral anterior esta situación como error de hecho, pero entraña también un error de derecho puesto que el artículo 697 del Código de Procedimiento Civil le da una fuerza probatoria a esas seis declaraciones que se han mencionado, las cuales no pueden ser desechadas por el Juez en virtud de su absoluta concordancia en todos los hechos relativos a la posesión por parte del señor Muñoz y sus tradentes. De manera que el Tribunal despreció el mérito legal de las pruebas de las declaraciones sustrayéndose a la fuerza probatoria que les imponen los artículos citados procedimentales".

B) En relación con el mérito *posesorio* del secuestro, reza:

"Primeramente, como se vio en otros cargos, el Tribunal, al apreciar la prueba relativa a la existencia de un secuestre que se dice recibió el inmueble materia de la litis el día 8 de marzo de 1945, analiza el caso bajo el equivocado concepto jurídico de que el secuestre es un poseedor. Este error jurídico en la apreciación de la prueba, hace acto de presencia a lo largo de todo el fallo pero, especialmente en los siguientes párrafos:

" 'La cual consiste en que en el período comprendido entre 1945 y 1953 el inmueble estuvo en poder de un secuestre nombrado a solicitud del Municipio dentro del sucesoral de la señora Jaramillo. Esta situación excluye necesariamente la posibilidad de que en el mismo período —1945 a 1953— hubiera estado el inmueble en poder de los antecesores del señor Luis F. Muñoz, como lo afirman los testigos. Es inadmisible, por ser contraria a la lógica y a la naturaleza de la institución, la coexistencia en una misma cosa de dos posesiones distintas y contrapuestas. Forzosamente una de ellas tiene que existir y excluír por esa causa a la otra. Ahora bien, la demostración de que en el período predeterminado el bien estuvo en poder de un secuestre originado en el juicio sucesional de la señora Jaramillo y promovido por el Municipio de Cali, en su condición de heredero, acredita que era imposible el ejercicio de la posesión por parte de los antiguos tradentes del demandado, comoquiera que el secuestro es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa, y aunque de él se derivan relaciones de simple tenencia, implica, sin embargo, la detención del bien.' ".

C) El alcance que en materia posesoria le asigna el fallo al secuestro, sobre la prueba testimonial de la posesión, al punto de que efectuado éste, no puede continuar la posesión de quien venía ejerciéndola, con la consiguiente interrupción del medio exceptivo alegado, quebranta, según la demanda de casación, los preceptos antes citados, sobre el concepto de posesión, sobre la relación del secuestro con el estado posesorio, la usucapión ordinaria y los elementos que lo componen, la interrupción de la misma, la adición de posesiones y la acción reivindicatoria establecida a favor del heredero.

Se considera:

8. Las declaraciones de los testigos Alvaro Navia T., Luis Mario Gil, doctor Antonio J. Vásquez Otero, Rosa Lina Zúñiga, José David Ramírez y José Urrego demuestran la posesión ejercida en el inmueble a partir del 20 de octubre de 1945, primero por Eduardo Cardozo B., a virtud de la compra que del inmueble hizo a Ranulfo Mesa (escritura número 2434, octubre 20 de 1945, Notaría Tercera de Cali), y luego por los demás antecesores del demandado hasta cuando éste entró a poseer el inmueble en 1955.

Los deponentes dan suficiente razón de sus afirmaciones: conocimiento personal y directo de dichos poseedores y del inmueble, y el hecho de haber presenciado los actos constitutivos de la posesión alegada, tales como el arrendamiento de la finca a distintas personas, las reparaciones, mejoras de los techos e instalaciones de servicios de luz eléctrica y agua, y aun el haberla habitado personalmente uno de los nombrados poseedores.

Y así la posesión *regular* está probada, porque a los actos materiales ejecutados se agrega el *título justo* que contiene el instrumento número 1883 de junio 14 de 1955, de la Notaría Primera de Cali, debidamente registrada (f. 31 vt. C. 3º), título causante de la posesión del demandado, y la *buena fe,* que se presume (aa. 764, 768 y 769, C. C.). Y como esta posesión regular ha tenido duración de diez años, a contar de la escritura número 2434 de octubre 20 de 1945, de la Notaría Tercera del mismo Circuito, inscrita en el Registro Público el 30 del siguiente noviembre, y las sucesivas posesiones se hallan eslabonadas por medio de las escrituras posteriores, también inscritas en forma legal, aparece configurada la usu-

capión ordinaria (aa. 778. 2521, 2526, 2528, 2529).

No tacha el sentenciador estas declaraciones por no reunir los requisitos que exige el artículo 697 del Código Judicial. "Si ciertamente —dice— la posesión de que hablan los testigos hubiera sido real y efectivamente ejercida por los antecesores del demandado en las épocas que señalan en sus declaraciones, la prescripción prosperaría porque esa posesión habría estado protegida por los títulos, en especial los que se sucedieron con posterioridad al señor Ranulfo Mesa y al señor Eduardo Cardozo". Y agrega:

"Empero hay en autos una situación clara y plenamente establecida que enerva fundamentalmente el dicho de los declarantes en relación con períodos necesarios para la configuración de la prescripción ordinaria adquisitiva. En efecto, al consultar las copias tomadas de los juicios sucesorios acumulados de las causantes Gertrudis y Francisca Jaramillo, se establece la imposibilidad de que por lo menos los antiguos propietarios Mesa, Cardozo y Lourido, hubieran estado en posesión del inmueble. Con fecha de 8 de marzo de 1945, se practicó una diligencia de secuestro preventivo de los bienes herenciales de las señoras Jaramillo por el Juez 4º de este Circuito en lo Civil. En esa diligencia el Juez hizo entrega real y material del inmueble controvertido al secuestre, señor José Ignacio Fonseca, sin oposición de nadie. En el inmueble se encontraron personas que dijeron ser inquilinas, no hubo determinación de la persona arrendadora, y que aceptaron las órdenes del Juez de pagar la renta al secuestre. Esta relación de lugar con el inmueble conservó su vigencia por varios años, hasta cuando el secuestre Fonseca la perdió por razón de un nuevo secuestro, como se verá. En todo caso, con fecha del 26 de junio de 1947 el doctor Eduardo Arango Garrido, en su condición de apoderado de Jorge Lourido, adquirente del inmueble en virtud del remate verificado dentro de juicio hipotecario contra Eduardo Cardozo, que se protocolizó por medio de la escritura 1374 del 24 de junio de 1947 ya citada, solicitó al Juez 4º del Circuito en lo Civil que conocía de los sucesionales acumulados, decretara el levantamiento del secuestro del inmueble y ordenara al depositario Fonseca 'la entrega material de tales inmuebles a mi mandante, señor Lourido'(f. 78, C. 2º). Es decir, se está reconociendo expresamente que en el año de 1947 la vigencia del secuestro no sólo continuaba, sino que, por fuerza de esa especial situación jurídica del bien, el adquirente, señor Lourido, no estaba en posesión del inmueble, de allí que solicite la cesación del secuestro y que se pida complementariamente la entrega material del inmueble al rematante".

9. Existe el error de derecho en la apreciación de los referidos testimonios, por haberles negado el mérito que de prueba de la posesión tienen en sí mismos y haber quebrantado la ley sustancial en los textos pertinentes, al dar a un acto de secuestro alcance o significación de posesión.

En efecto, viola el fallo los preceptos que cita el recurrente por haber procedido así, ya que el secuentro es un título de mera tenencia, como se sigue de los artículos citados en el cargo: el 762, que define la posesión como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño", relación de hecho esencialmente distinta de la que se origina entre el secuestre y la cosa, en la cual éste la tiene a nombre del propietario; del 775 ib., que llama "mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño"; y el 786 ib., según el cual "el poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la mera tenencia...".

Son inexplicables estas palabras de la Sala sentenciadora:

"Es inadmisible por ser contraria a la lógica y a la naturaleza de la institución, la coexistencia en una misma cosa de dos posesiones distintas y contrapuestas". Lo que realmente es contrario a la lógica y a la institución de la posesión, es suponer que el secuestro —que es título precario— sea posesión. El secuestre, por ello, tiene la cosa en lugar y a nombre del poseedor; éste sigue poseyéndola a través de aquél, y el tiempo del secuestro aprovecha al poseedor, como si éste ejecutase sobre la cosa los actos materiales que integran el estado posesorio.

No advirtió el Tribunal, por lo demás, la jurisprudencia de la Corte, contenida en las casaciones —entre otras— de julio 4 de 1932 (XL, 1887, 180) y septiembre 30 de 1954 (LXXVIII, 2146, 698), según las cuales "ni el embargo ni el depósito de una finca... implica la interrupción natural ni civil de la prescripción. El poseedor, sea el deudor o un tercero, no pierde la posesión".

Si el sentenciador no se hubiese apoyado en tan extraña tesis, habría hallado compatibles la posesión de los distintos antecesores de Muñoz y el secuestro cumplido en la causa mortuoria de Francisca Jaramillo, posesión que asumió el mismo contendiente, según lo afirma el actor en el hecho 8º del libelo inicial del litigio, y lo acredita la calidad de demandado del mismo Muñoz en una controversia de reivindicación.

Como consecuencia, no habría aceptado el secuestro como interrupción de la posesión, transgrediendo con ello los artículos 778 y 2521 del Código Civil —también citados por el recurrente—, preceptos que prevén la continuidad de las posesiones para los efectos de la usucapión, siempre que haya conexión jurídica entre ellas, como en el caso actual, en razón de los títulos registrados que figuran en autos.

A lo cual se agrega que recuperada la tenencia por el demandado, haya sido o no perdida por él o por alguno de sus antecesores, tal recuperación, en ausencia de prueba en contrario, debe considerarse legalmente lograda y no interrumpida la posesión, por consiguiente (aa. 792 y 2523, última parte, C. C.).

Se habría evitado igualmente el quebranto de los artículos 2523 y 2524 ib. —citados en el cargo segundo—, que consagran los casos en que se presenta el fenómeno de la interrupción natural y civil de la prescripción adquisitiva, entre los cuales no figura el secuestro de la cosa poseída.

Y, desde luego, la violación específicamente directa de la ley sustantiva referente a la sustancia del problema debatido, o sean los artículos 2526 que reconoce la usucapión ordinaria contra un título inscrito, a partir de la inscripción de aquel que invoca el poseedor; 2528, que exige posesión regular, demostrada aquí por los actos materiales, de que habla la prueba testimonial, por la precitada escritura número 1883 de junio 14 de 1955, inscrita en el Registro Público el 27 de los mismos (f. 31 v., C. 3º), escritura que contiene un título justo; y por la buena fe del poseedor —que se presume legalmente—, y 2529, que fija en diez años el lapso requerido para dicha especie de prescripción, transcurrido en este caso, a contar del 30 de noviembre de 1945, ya que la notificación de la demanda reivindicatoria tuvo lugar después del mes de noviembre de 1955.

Lo cual causa la infirmación del fallo, siendo así que los motivos de un fallo de instancia serían sustancialmente los mismos que hacen prosperar la casación, o sean los referentes a la usucapión.

DECISION:

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de fecha veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario seguido por el Municipio de este nombre contra Luis F. Muñoz, y como Tribunal de instancia, revoca el fallo de primer grado, y en su lugar

RESUELVE:

Primero. Declárase probada la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria alegada por el demandado.

Segundo. Absuélvese a Luis F. Muñoz de los cargos que le fueron formulados por el Municipio de Cali, en demanda de veinte (20) de marzo de mil novecientos cincuenta y siete (1957).

Sin costas en las instancias ni en la casación.

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

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESTITUCION DE UN TERRENO A UNA COMUNIDAD DE INDIGENAS QUE LO HABIA ADQUIRIDO POR PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

Representación de ella y prueba de su existencia.—Violación directa e infracción por errónea interpretación o aplicación de la ley.—Elementos de la acción reivindicatoria y finalidad de la misma.—Conexión entre los hechos y la parte resolutiva del fallo y alcance de ésta. La cosa juzgada se extiende a la parte motiva de la sentencia.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada).

La comunidad de indios del Municipio de Córdoba, debidamente representada, citó en juicio ordinario ante el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales a Julio y Alberto Guerrero, Luis Cuarán y Aristipo Bolaños, con las siguientes súplicas:

1ª Se condene a Alberto Guerrero, como poseedor de mala fe, a restituír a la comunidad demandante el predio denominado "Purgatorio" o "El Quemado", por los linderos indicados en la demanda.

2ª Se condene a los demandados Julio y Alberto Guerrero, Luis Cuarán y Aristipo Bolaños solidariamente al pago de los perjuicios de que son responsables por el hecho doloso de que se valieron para privar a la comunidad del resguardo que se reivindica.

3ª Subsidiariamente de la acción reivindicatoria principal, que esta se decrete, previa declaración de nulidad tanto del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 13 de 1948, como del remate del mismo inmueble en el juicio de venta o adjudicación de bienes hipotecados.

La demanda relata estos hechos:

El Predio "Purgatorio", situado en el Municipio de Córdoba, comprendido por los linderos expresados, es de propiedad de la comunidad de indios de Córdoba, pues por conducto de varios indios adjudicatarios lo ha poseído real y materialmente por más de veinte años consecutivos, y lo ha adquirido la comunidad cuando menos por prescripción extraordinaria.

La última adjudicación de este terreno se hizo en el año de 1946 por el Cabildo de Indígenas de Córdoba a los menores Guillermo, Rafael, Ricardo, Carmela, Enriqueta y Hermógenes, hijos de Ricardo Cando, a Elena Cuarán y al esposo de ésta.

El 19 de diciembre de 1946 el Cabildo dividió el terreno en dos partes iguales, de las cuales entregó una a los nombrados menores y la otra a los esposos Cando. La mitad de éstos se adjudicó luego a sus hijos Fidelina, Carmelina, Ramón y Rubén Inagán Cuarán.

El inmueble fue enajenado, no obstante ser de resguardo, por el indio Luis Cuarán de la parcialidad de Córdoba al blanco Julio Guerrero R. por la escritura 13 de 3 de enero de 1948, autorizada en la Notaría 2ª de Ipiales, pero el comprador no entró en posesión del bien.

Luis Cuarán en 1945 se hizo ejecutar por Efraím Cuarán en el Juzgado Municipal de Pupiales, y para despojar a la indígena María Elena Cuarán de parte del resguardo *sub lite,* lo hizo embargar y secuestrar, pero el Cabildo obtuvo el levantamiento del secuestro por auto de 27 de febrero de 1946 y la entrega en diligencia de 13 de diciembre del mismo año. Julio Guerrero hipotecó el predio a Aristipo Bolaños por escritura 151 de 23 de abril de 1948, de la Notaría de Puerres. Bolaños adelantó juicio de venta del terreno hipotecado en el Juzgado Municipal de Mallama, en el cual se remató dicho bien por Alberto Guerrero, según acta de 29 de marzo de 1957. El rematador Guerrero prosiguió juicio de entrega en el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales, que la ordenó, y se llevó a cabo el 16

de septiembre de 1958, con despojo del bien raíz sufrido por la comunidad.

Los demandados se opusieron manifestando: Julio Guerrero, que lo compró de buena fe a Luis Cuarán, quien llevaba más de diez años de posesión. Cuarán, que no vendió el terreno como indígena de la parcialidad de Córdoba sino como dueño por haber tenido una posesión de muchos años, la cual, agregada a la de sus antecesores, se extiende a más de veinte años. Alberto Guerrero, que une su posesión actual a la de sus antecesores. Y Bolaños, que se limitó a perseguir su crédito.

Todos propusieron las excepciones de petición de modo indebido, ineptitud sustantiva de la demanda, prescripción adquisitiva ordinaria de dominio y extintiva ordinaria de la acción.

El Juzgado en sentencia que lleva fecha 28 de octubre de 1959, condenó al demandado Julio Guerrero a restituír el fundo denominado "Purgatorio", situado en el Municipio de Córdoba, comprendido por los linderos allí expresados, "a la comunidad de indios de Córdoba, representada por su Cabildo, a quien se le declara dueña de este inmueble, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria de dominio, según lo probado en el curso de este juicio, junto con sus frutos naturales y civiles desde la notificación de la demanda, hasta que la entrega se efectúe a razón de $ 180.00 mensuales, según concepto pericial.

"2º Absolver a los demandados —todos— de la acción propuesta contra ellos por indemnización de perjuicios, y

"3º Se condena en costas a los demandados".

La apelación propuesta por los demandados Julio y Alberto Guerrero fue decidida por el Tribunal Superior de Pasto en fallo de cinco de diciembre de 1960, por el cual confirmó el del Juzgado.

Motivación de la sentencia de segunda instancia.

Aclara la confusión del Juzgado entre la acción reivindicatoria y la publiciana, y agrega: "En este caso se trata de la acción reivindicatoria, fundada en la prescripción; y a este respecto debe concretarse el estudio, ya que la otra acción no es susceptible de acumularse a la intentada; ni está ejercitada en la demanda".

Con respaldo en doctrina de la Corte, acepta que para adelantar la acción de dominio fundada en la usucapión extraordinaria no es necesario que ésta se haya declarado en juicio previo, porque habiéndose consumado la prescripción adquisitiva y obtenido el dominio por este modo, "la acción reivindicatoria puede ejercitarse prósperamente contra quien alega una posesión fundada en título posterior al presentado por el actor, pues uno de los efectos propios de la usucapión es conferir al prescribiente acción para exigir la restitución de la cosa en caso de que sea privado de su posesión. (G. J., T.-2146, pág. 704)".

El Artículo 23 de la Ley 89 de 1890, reglamentaria de las parcialidades o comunidades de indígenas, confiere a los Cabildos la personería de éstas para promover las acciones en ella consagradas, y el 23 confía el patrocinio de los resguardos a los Fiscales, para que intervengan en los juicios de una comunidad con otra, o de una comunidad con personas o asociaciones que no pertenezcan a la clase indígena.

Acepta que la prescripción extraordinaria favorece a las comunidades de indígenas, dado que el artículo 12 de la citada Ley autoriza al resguardo para demostrar su derecho "por el hecho de la posesión judicial o no disputada por el término de treinta años", cuando no se cuenta con título protocolizado.

Aplica el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, que redujo a veinte el término de todas las prescripciones treintenarias.

Transcribe en lo pertinente al testimonio de Florentino Revelo P., Ramón Cuarán, Manuel Silvestre Cuarán, Maximino Cuarán y Abraham Hernández, quienes acreditan que la comunidad de indígenas de Córdoba tuvo la posesión del terreno que se reivindica desde agosto de 1938 a agosto de 1958, "lo que indica que se consumó para la parcialidad de indígenas la prescripción adquisitiva de dominio".

Esta posesión la perdió la comunidad en virtud del remate que hizo Alberto Guerrero en el juicio de venta del predio, seguido por Aristipo Bolaños contra Julio Guerrero, en el cual se ordenó la entrega al rematador, la cual se efectuó en septiembre de 1958.

A la prueba testimonial presentada por la parte demandada para demostrar la posesión de Juan Bautista Morán, Luis Cuarán y Julio Guerrero, observa que los declarantes "son imprecisos e inseguros, por lo cual no alcanzan a controvertir la prueba de la posesión de la comunidad indígena".

Vistos los documentos sobre adjudicación del terreno "Quemado" a la comunidad de indígenas, entre los cuales figura Luis Cuarán, a quien se le adjudicó el lote número 3 en diligencia que firmó, halla que éste no fue poseedor sino mero

tenedor del inmueble, ya que también consta su calidad de indígena en certificación al respecto.

Analiza los instrumentos públicos 489 de 31 de julio de 1943, por el cual Juan Bautista Morán vendió a Luis Cuarán el terreno de que se trata, y número 13 de 3 de enero de 1948, que contiene la venta del mismo bien por Cuarán a Julio Guerrero, pero advierte que estos adquirentes no consiguieron la posesión material, y, por lo tanto, no interrumpieron la que traía la comunidad de indios de Córdoba, sino desde septiembre de 1958, cuando aquélla había adquirido el dominio del fundo "Purgatorio" o "Quemado" por prescripción adquisitiva extraordinaria.

Finalmente encuentra que los elementos de la acción reivindicatoria se acreditaron debidamente.

El apoderado de los demandados Guerrero y Cuarán propuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal que decide la Corte por haber recibido la tramitación correspondiente.

El Procurador 2º Delegado en lo Civil y el apoderado del Cabildo de Indígenas de Córdoba replicaron a la demanda de casación fuera de término.

Esta propone una tacha por infracción de la ley sustantiva a causa de violación directa, aplicación indebida y apreciación errónea; y otra por incongruencia.

I

La primera causal de casación la presenté así: "La primera del artículo 520 del Código Judicial por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, ya por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea. Y en este último caso el Tribunal incurrió en error de derecho que aparece de manifiesto en los autos".

Pretende demostrar la acusación con razones que se resumen así: a) "Violación de ley sustantiva por infracción directa". La restitución del inmueble "El Purgatorio" se pide para la comunidad de indios de Córdoba. Debe, por tanto, haberse demostrado la existencia de esa comunidad por la titulación otorgada por la Corona de España, "ya que no es una entidad de derecho público sino que es una entidad de carácter particular de bienes como cualquiera otra, y entonces ha de acreditarse esta circunstancia muy importante".

La sentencia dio como probado este hecho, como si se tratara de una entidad de derecho público. Y como tal prueba no existe, "el Juzgado y el Tribunal violentaron uno de los principales presupuestos como el de 'capacidad sustantiva procesal' o aptitud legal para comparecer en juicio y así pueda originar la relación procesal".

"Tal omisión conlleva a la violación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, porque no aparece demostrado el verdadero dueño de la finca reclamada.

"b) Violación de ley sustantiva por aplicación indebida".

La sentencia no le dio el alcance a la escritura número 489 de 31 de julio de 1943 para tener a Juan Bautista Morán como propietario. La apreciación arranca de Luis Cuarán Playa, a quien se atribuye que, siendo usufructuario o adjudicatario de la comunidad de indígenas, usurpó el título de poseedor en razón de que siendo un simple tenedor, vendió el terreno a Julio Guerrero por escritura número 13 de 3 de enero de 1948, lo cual no es verdadero, ya que Cuarán hubo tal bien no como adjudicatario de él sino por compra a Juan Bautista Morán mediante la escritura 489 de 31 de julio de 1943.

Con esta prueba quedó acreditado que el terreno no pertenecía a la comunidad de indígenas, y que, aunque así fuera, en 1943 salió de ese patrimonio, y se cumplió lo preceptuado por el artículo 787 del Código Civil: "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya", disposición que también fue violentada, lo mismo que la regla del artículo 791, ibídem, según la cual el que compra a un usurpador que enajena a su propio nombre, adquiere la posesión y pone fin a la anterior. Esta norma era aplicable a Luis Cuarán, porque en el supuesto de que hubiera enajenado la porción que le fue adjudicada en el resguardo, la venta que de ella hizo es natural que llevara a la entrega material del bien enajenado.

De aquí concluye que la acción deducida por el Tribunal fue la consagrada en el artículo 951 del Código Civil, el cual aplicó indebidamente, porque no hay prueba de que la Comunidad de Indios tuviera la posesión regular, dado que la acción publiciana no vale contra el verdadero dueño ni contra el poseedor de igual o mejor derecho, pues ella sólo se concede al poseedor regular que, en tratándose de inmuebles, solamente lo es el que tiene título inscrito.

Concluye que por las anteriores razones "se ha violentado en forma directa el artículo 951 del Código Civil, y en forma indirecta los artículos 787 y 791 de la misma obra".

"c) Violación de la ley sustantiva por apreciación errónea. Error de derecho".

Es errónea la aplicación del artículo 12 de la Ley 89 de 1890 con el alcance de que la propiedad del resguardo puede demostrarse con la posesión judicial no disputada por el término de treinta años por su aplicación a las parcialidades de indígenas.

Es errónea esta aplicación, porque para dar cabida a la prueba sobre posesión judicial de treinta años, debía acreditarse que los títulos que hubiera tenido el resguardo se habían perdido "por caso fortuito o maquinaciones dolosas de algunas personas". Aquí no se sabe si la comunidad de indios de Córdoba tenía o no títulos de propiedad. Si los tenía ha debido presentarlos, si no, debió demostrar la pérdida de ellos por las circunstancias anotadas, para que pudiese prosperar la posesión por el término de treinta años.

Además, debe tenerse en cuenta que ninguno de los censos que llevan los Cabildos está formado de acuerdo con las exigencias de la Ley 89 de 1890; "no tiene aprobación ni del mismo Cabildo ni menos de la Alcaldía, mucho menos de la Gobernación del Departamento, y por lo mismo, tal efecto no presta mérito probatorio". Era necesario presentar copia de las respectivas aprobaciones como lo ordenan los artículos 35 y 36 de la citada Ley, disposiciones éstas que con el artículo 12 "se han infringido en forma errónea con error de derecho y aun de hecho que aparece de manifiesto en los autos".

Se considera:

La tacha por infracción directa, propiamente dicha, de ley sustantiva, que consiste en que el fallo contenga disposiciones claramente contrarias al precepto o preceptos violados, es independiente de las apreciaciones de hecho. Se trata de una cuestión puramente legal, en cuya consideración los hechos se tienen como los admitió el fallador de segunda instancia. El representante formula el cargo por violación directa de los artículos 946 y 950 del Código Civil, pero para llegar a ellos desvía la demostración del cargo hacia un punto de hecho, cual es la falta de comprobación de la existencia de la comunidad de indígenas, involucrando en la tacha de infracción directa una de violación indirecta de normas sustanciales por error de hecho, contraviniendo así a la técnica del recurso y a lo preceptuado por el artículo 531 del Código Judicial que dispone exponer en capítulos separados cada causal, cuando son varias.

Esta falta de técnica en la presentación del recurso extraordinario sería suficiente para rechazar el cargo.

Pero hay más, pretender que la existencia de la comunidad de indios de Córdoba ha debido demostrarse con la titulación expedida por la Corona de España, sin citar norma legal alguna que esto disponga y con desconocimiento de la Ley 89 de 1890, que, lejos de exigir tal documento, en el artículo 1º se refiere a las incipientes sociedades que se forman entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada; y en el 3º dispone: "En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres". Se trata, por consiguiente, de parcialidades establecidas o que se establezcan de hecho, y cuya existencia, por lo mismo, no cabe acreditarla por documentos expedidos por la Corona de España, sino por todos los medios legales probatorios, entre los cuales está el testimonio. Y precisamente por tratarse de comunidades existentes de hecho, la citada Ley, en los artículos 23 y 24, confiere la representación de ella a los Cabildos de Indígenas patrocinados por el Ministerio Público, tanto en los Juzgados de Circuito como en el Tribunal.

El cargo no es viable.

En la censura por aplicación indebida, la demanda de casación incurre también en la falta de técnica de derivar la acusación hacia un error de hecho que coloca en que no se tuvo en cuenta la venta que Juan Bautista Morán le hizo a Luis Cuarán por medio de la escritura 489 de 31 de julio de 1943, del terreno "Quemado" o "Purgatorio". Este aserto carece de razón, porque la sentencia de segunda instancia sobre el particular dice: "Mediante la escritura 489 de 31 de julio de 1943, otorgada en la Notaría 1ª de Ipiales, vendió el terreno de que se trata Juan Bautista Morán a Luis Cuarán. A los diez años de tomar el bien como usufructuario con reconocimiento del dominio en la comunidad de indígenas, utilizando este medio, se dio por dueño del bien".

Luego de analizada la prueba testimonial aducida por ambas partes, para demostrar la posesión material, encuentra que la comunidad la acreditó "de agosto de 1938 a agosto de 1958, lo que indica que se consumó para la parcialidad la prescripción adquisitiva de dominio".

"Frente a este título constitutivo son inferiores los traslaticios que presentó la parte demandada, no respaldados por la posesión del predio sino desde 1958, cuando la prescripción en favor de la comunidad indígena ya se había cumplido".

La aplicación indebida del artículo 951 del Código Civil a que, con el error de técnica anotado, llevaría el cargo, también está reñida con lo que la sentencia acepta expresamente cuando dice: "Confunde el sentenciador de primer grado la acción reivindicatoria general con la publiciana. Se trata de dos acciones diferentes". Transcribe el aparte de una sentencia de la Corte en que hace la distinción de dichas acciones, y agrega: "En este caso se trata de la acción reivindicatoria general, fundada en la prescripción; y a este aspecto debe concretarse el estudio, ya que la otra acción no es susceptible de acumularse a la intentada; ni está ejercitada en la demanda".

Por este aspecto la censura tampoco es viable.

La infracción por errónea interpretación o aplicación de la ley sustantiva, según sostenida doctrina de la Corte, en aplicación del ordinal 1º, primera parte del artículo 520 del Código Judicial, toca, lo mismo que la violación directa y la aplicación indebida, con la cuestión jurídica que el cargo implica, no con el error de hecho o de derecho cometido por el sentenciador en la apreciación de las pruebas.

Sin embargo de ser tan clara esta disposición legal, el recurrente se ocupa del error de derecho en que pudo incurrir el sentenciador al admitir como prueba del dominio la prescripción extraordinaria basada en los cinco testimonios de que trata el artículo 12 de la Ley 89 citada. Tal error lo hace consistir el impugnante en que, de conformidad con lo preceptuado por dicho artículo, para aceptarse la prueba de la prescripción, debía haberse demostrado por la parcialidad la pérdida de sus títulos por caso fortuito o maquinaciones dolosas y especulativas de algunas personas; y también que no se presentó copia de la aprobación dada por el Cabildo del Distrito, ni por el Alcalde, ni por el Gobernador, al censo, padrón o lista de la parcialidad respectiva, ordenada por los artículos 35 y 36 de la misma Ley.

Debe observarse que el artículo 12 de la Ley 89 contempla dos situaciones: 1ª cuando una parcialidad ha perdido sus títulos por caso fortuito o maquinaciones dolosas, y 2ª "en caso de que no se cuenta con esa solemnidad", la del título, el resguardo comprueba su derecho con la posesión acreditada por la declaración de cinco testigos de reconocido abono y de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, que es precisamente el evento aquí contemplado, según la sentencia.

Los artículos 35 y 36, ibídem, disponen la forma en que debe realizarse la división de las parcialidades, en virtud de la cual "cesarán las funciones de los Cabildos respectivos" (art. 39). Aquí no se ha planteado este punto, que, por lo mismo, sería un hecho nuevo en casación, sino que la comunidad de indios de Córdoba, por medio de su Cabildo, todavía existente, reclama el terreno de su propiedad, situación contemplada por el artículo 38, que dice: "Mientras dure la indivisión, los indígenas continuarán como hasta aquí, en calidad de usufructuarios con sujeción a las prescripciones de la presente ley".

Lo expuesto indica que el fallador no cometió error de derecho al darle pleno mérito a la prueba testimonial que estableció la posesión de veinte años, y, por ende, la prescripción extraordinaria.

Y en el supuesto de que el yerro existiera y lo hubiera demostrado el recurrente, su alegación sería ineficaz, porque las normas que cita en la demanda solamente se refieren a los requisitos que debierán llenar las pruebas presentadas por la parcialidad de indios de Córdoba, pero no cita las normas sustanciales que por medio del error alegado hubiera violado el sentenciador.

El cargo por este motivo es infundado.

II

"Causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial".

Acusa la sentencia de no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, con fundamento en estas razones:

La demanda solicitó la reivindicación o restitución del terreno "Purgatorio" o "El Quemado", sin colocar en las súplicas la acción de prescripción del dominio. Con todo, el fallo del Tribunal acogió íntegramente el de primera instancia, que declaró a la Comunidad de Indios dueña del inmueble, según lo probado en el curso del juicio.

Solamente en el hecho primero del libelo se hace referencia a que dicho inmueble es de propiedad de la comunidad demandante por haberlo poseído de manera real y material por más de veinte años consecutivos, y que cuando menos lo adquirió la comunidad por prescripción extraordinaria de dominio. "Y la técnica procesal ordena que en este caso, cuando se pide la restitución de la propiedad que se halla en vía de prescribir extraordinariamente, debe ejercitarse también la correspondiente acción sobre prescripción de dominio".

Cita una sentencia de la Corte, en la cual se sienta la doctrina que en el curso del juicio no puede alegarse una prescripción adquisitiva que no se adujo a la demanda.

Infiere el impugnante que por no haberse incluído la súplica de prescripción el sentenciador incurrió en *plus petitio*, porque se le decretó al demandante más de lo que pidió, y, en consecuencia, hay inconsonancia.

Se considera:

La acción reivindicatoria en los términos del artículo 946 del Código Civil "es la que tiene el dueño de una cosa de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla". *En desarrollo de esta definición la jurisprudencia tiene admitidos como elementos integrantes de esta acción: 1º El dominio en el actor o reivindicante; 2º la posesión en el demandado; 3º que se trate de una cosa singular o de cuota de la misma, y 4º identidad del bien poseído con el que expresan los títulos aducidos por el actor y expresados en la demanda.*

La restitución del bien reclamado, que es la finalidad de la acción reivindicatoria, tiene, pues, como primer fundamento que el demandante demuestre su dominio con los títulos que posea, entre los cuales figura la usucapión que, si bien es un modo para la adquisición del dominio, para los efectos de hacer valer este derecho la ley las considera como título (art. 765 del C. C.).

Ya está visto en la consideración de los motivos anteriores que la comunidad de indios de Córdoba funda la restitución del predio "Quemado" o "Purgatorio" en haberlo adquirido por prescripción extraordinaria consumada antes de que fuera desposeída de él, en virtud de la entrega que se hizo a Alberto Guerrero en el juicio de venta seguido por Aristipo Bolaños contra Julio Guerrero.

Dada la íntima conexión que hay entre los hechos y la parte resolutiva de un fallo, al examinar el alcance de ésta es indispensable analizar aquellos de los cuales la resolución es una consecuencia necesaria. En el particular la Corte ha dicho:

"1º Que cuando los motivos del fallo están íntimamente ligados a la parte resolutiva, y son como 'el alma y el nervio de la sentencia', constituyen un todo con dicha parte y participan de la fuerza de ésta;

"2º Que se entiende por motivos las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el Juez ha apoyado la resolución de la litis;

"3º Que, en consecuencia, la parte resolutiva puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en aquel o aquellos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que asuman o el lugar que ocupen, y

"4º Que la fuerza de una sentencia comprende no sólo aquello que se decide de manera expresa, sino también de modo implícito o virtual; así sea para lograr en la nueva litis el reconocimiento de una consecuencia no contemplada en la acción". (G. J., T. 82, págs. 557-558).

Dedúcese de esta doctrina que, demandada la restitución del terreno *sub lite* en razón de que la comunidad actora lo tenía adquirido por usucapión extraordinaria, este hecho quedó comprendido implícita o virtualmente en la súplica correspondiente del libelo, a punto que si la sentencia no lo hubiera incluído en la parte resolutiva, no sería posible discutir nuevamente el dominio del mismo bien entre las mismas partes y por la misma causa. Por manera que la condena al poseedor Alberto Guerrero a restituírle el inmueble "Purgatorio" a la Comunidad de Indios de Córdoba, a la cual declara dueña de él "por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria", no implica para la sentencia incongruencia o decisión de más de lo pedido.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto el cinco de diciembre de mil novecientos sesenta en el juicio ordinario seguido por el Cabildo de Indígenas de Córdoba contra Julio y Alberto Guerrero, Luis Cuarán y Aristipo Bolaños.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

DIFERENCIAS ENTRE LA SIMULACION Y LA NULIDAD

Simulación absoluta y simulación relativa.—La omisión del requisito exigido por el artículo 1458 del Código Civil acarrea nulidad absoluta.—Error de hecho en la interpretación de la demanda.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 14 de septiembre de 1960, en el juicio ordinario seguido por Luis Alberto Mancheno frente a Julio César Farah Helo.

I

El litigio.

Luis Alberto Mancheno demandó, ante el Juez del Circuito de Buenaventura, a Julio César Farah Helo, a fin de que mediante los trámites del juicio ordinario se hicieran para la sucesión intestada de la señora Matilde Farah Helo, cuya causa mortuoria cursa en el Juzgado Segundo del Circuito de Cali, las declaraciones y condenas que informan el siguiente pedimento principal:

1º Que es simulado y por lo mismo nulo, de nulidad absoluta, el contrato contenido en la escritura pública de fecha 22 de junio de 1948, otorgada ante el Notario Público del Cantón de la ciudad de Guayaquil, en la República del Ecuador, en la cual la finada Matilde Farah Helo de Mancheno aparece vendiendo a Julio César Farah Helo "varios inmuebles ubicados en el puerto de Buenaventura y algunos bienes muebles";

2º que consecuencialmente se condene al demandado Julio César Farah Helo a restituír a la sucesión intestada de Matilde Farah Helo, representada por sus herederos y el cónyuge sobreviviente, Luis Alberto Mancheno, "los dos inmuebles y los bienes muebles especificados y alinderados en el punto cuarto de la narración de hechos de la demanda, y los mismos bienes especificados y alinderados en la escritura simulada";

3º que como resultas de la simulación declarada, se "decrete que es ilegal o nulo el contrato oculto de donación celebrado entre la finada Matilde Farah Helo de Mancheno y el señor Julio César Farah Helo, a que se refiere el contrato firmado ante el Notario Público de la ciudad de Guayaquil, y por medio del cual la primera dona a su hermano dos inmuebles y algunos bienes muebles";

4º que se decrete que todos los bienes determinados en el referido instrumento público pasado en la ciudad de Guayaquil el 22 de junio de 1948, "son de propiedad de la sucesión intestada de la misma Matilde Farah Helo de Mancheno, representada por sus herederos y el cónyuge sobreviviente";

5º que se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos de Buenaventura la cancelación de los registros correspondientes al mismo instrumento;

6º que se condene al demandado a pagar a la referida sucesión intestada, representada como está dicho, los frutos naturales y civiles provenientes de los inmuebles de que trata la dicha escritura pública de 22 de junio de 1948;

7º que se ordene el competente registro de la misma sentencia; y que por medio de la Cancillería colombiana se haga saber al Notario Público del Cantón de Guayaquil, en la República del Ecuador, que la susodicha escritura pública "ha sido declarada simulada y sin ningún valor legal" en virtud de tal sentencia;

8º "que se declare que el doctor Joel Carrillo es cesionario del cuarenta por ciento de todos los derechos litigiosos que le correspondan al cónyuge sobreviviente, señor Luis Alberto Mancheno, de acuerdo con el contrato de fecha 2 de noviembre, consignado en la escritura pública número 2877 de la Notaría Primera de Cali y del presente año";

9º que se condene al demandado al pago de las costas, si afrontare el pleito.

Y para el caso de que no fueran acogidas tales peticiones principales, el actor solicitó subsidiariamente que se decretase la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa que consta en la referida escritura de 22 de junio de 1948, formulando una serie de súplicas en que tal pretensión subsidiaria se contiene.

Como *hechos* fundamentales de sus pretensiones, el actor expuso los siguientes:

1º y 2º Luis Alberto Mancheno y Matilde Farah Helo contrajeron matrimonio el día 28 de septiembre de 1927, en la Iglesia Catedral de Cali, por lo que quedaron ellos constituídos en sociedad conyugal;

3º Los esposos nombrados no celebraron capitulaciones matrimoniales ni aportaron bienes a su sociedad conyugal;

4º "Después de algunos años de celebrado el matrimonio la señora Matilde Farah Helo adquirió, a título oneroso, varios bienes inmuebles, entre ellos los siguientes:

"a) Un predio urbano ubicado en el puerto de Buenaventura, en donde se encuentra construído un edificio de tres pisos, de ladrillo y cemento armado, comprendido dicho inmueble por estos linderos: por un costado, con calle pública; por el costado opuesto a éste, con propiedad de los herederos de Bergonzoli; por el tercer costado, con la calle pública o el Malecón; por el último costado, o sea el opuesto a este último, con propiedad de Vicente Luey;

"b) Otro predio urbano y edificio de tres pisos, en regular estado, con su correspondiente terreno, ubicado también en el Puerto de Buenaventura y comprendido por estos linderos: por el frente, calle pública o Malecón de la ciudad; por el costado opuesto a éste, con terreno de propiedad de Enrique Eder; por el tercer costado, con terrenos de propiedad de los herederos de Bergonzoli, y por el último costado, o sea el opuesto al anterior, con terrenos también de Enrique Eder;

"c) Adquirió también todos los muebles y enseres que se encuentran actualmente en el edificio denominado Gran Hotel, destinados a dormitorios, comedor, sala, cocina, cristalería y todas las instalaciones del conocido Gran Hotel";

5º "La finada Matilde Mancheno, con el fin deliberado de que su marido Luis Alberto Mancheno no recibiera lo que le correspondía por gananciales o por porción conyugal, una vez muerta ésta, se trasladó a la ciudad de Guayaquil y el día 22 de junio de 1948, ante el Notario Público de ese Cantón, hizo como que daba en venta a su hermano Julio César Farah Helo los bienes inmuebles y muebles especificados y alinderados en los apartes a), b) y c) del hecho cuarto de la presente demanda";

6º todos los bienes vendidos quedaron en poder de la aparente vendedora, quien continuó ejerciendo sobre ellos actos de administración y disposición, a título de dueña ostensible;

7º el aparente comprador Julio César Farah Helo, a la fecha del contrato simulado, en que aparece disponiendo de la "fabulosa suma de ciento veinte mil sucres, o sean poco más o menos veinte mil pesos colombianos", carecía de bienes de fortuna, era un hombre paupérrimo;

8º el referido aparente contrato fue formalizado un mes y siete días antes del fallecimiento de la aparente vendedora;

9º en realidad, lo que se ocultó bajo tal acto "fue un contrato de donación" de los mismos bienes de que él trata, otorgada por Matilde Farah Helo de Mancheno a su hermano Julio César Farah Helo;

10. ese contrato secreto de donación "ha versado sobre derechos de dominio de bienes inmuebles con valor mayor de dos mil pesos", como que a la sazón valían aproximadamente trescientos mil pesos colombianos, por lo cual necesitaba para su validez la insinuación judicial; pero que, como carece de este requisito, "dicha operación se encuentra afectada de nulidad absoluta";

11. lo anterior se pretendió cubrir con el simulado contrato de compraventa;

12. "El contrato aparente de la escritura de fecha 22 de junio de 1948, es simulado porque no hubo por parte de la vendedora intención de transferir el dominio, posesión y tenencia de los bienes, y tampoco hubo intención por parte del comprador de adquirir el dominio, posesión o tenencia de los mismos bienes especificados en ese instrumento público, y tampoco recibió la vendedora el precio, ni tampoco el comprador pagó el precio";

13. los inmuebles que se ven simuladamente enajenados por Matilde Farah Helo a su herma-

no Julio César, en la fecha de tal acto, tenían un valor aproximado de trescientos mil pesos colombianos, y aparecen vendidos por veinte mil pesos de la misma moneda, poco más o menos;

14. aunque en el caso de que el contrato de compraventa que muestra la dicha escritura de 22 de junio de 1948 fuese verdadero —es de deducir que así pensó decirlo el demandante, pues dejó trunca la formulación del supuesto—, "la vendedora Matilde Farah Helo sufrió lesión enorme, porque el precio que aparece recibiendo de manos de su comprador, Julio César Farah Helo, es inferior a la mitad del justo precio de los inmuebles y muebles que vendió", y

15. a la fecha del mismo contrato, "en el sector urbano del Puerto de Buenaventura, en donde se encuentran ubicados dichos inmuebles, la propiedad raíz tiene el más alto valor", por ser ese sitio la parte más central de la ciudad.

En *derecho* se invocaron la Ley 28 de 1932; los artículos 673, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 789, 1502, 1517, 1523, 1524, 1740, 1946, 1947, 1948, 1949, 1950, 1951, 1952, 1953, 1954 y 2674 del Código Civil; el Capítulo 1º del Título 7º, sobre posesión, los Títulos 13 del Libro Tercero y 21, 22 y 28 del Libro Cuarto, todos del mismo Código; y los artículos 205, 209, 734 y siguientes del Código Judicial.

El demandado, en su contestación al libelo, aceptó algunos hechos, expresó no constarle otros y negó así los tocantes con la simulación, como los referentes a la lesión enorme, pues sostiene que el contrato que expresa la referida escritura de 22 de junio de 1948 es un real contrato de compraventa, y no de donación; que el precio de la dicha venta no fue de veinte mil pesos ($ 20.000.00) sino de ochenta y cinco mil seiscientos treinta pesos ($ 85.630.00); que el valor de los bienes vendidos no alcanza a la suma de ciento sesenta mil pesos ($ 160.000.00), y que ellos "en el momento en que fueron vendidos tenían a su cargo gravámenes reales por sesenta y cinco mil seiscientos treinta pesos ($ 65.630.00) moneda legal colombiana, constituídos a favor de los Bancos de Colombia y de Bogotá, en este Puerto, gravámenes de los cuales se hizo cargo el comprador"; que éste sí disponía de dineros e hizo el pago del precio en efectivo; y que "la vendedora se reservó solamente el usufructo de los bienes vendidos". En conclusión se opone "a que se decreten las peticiones principales y subsidiarias de la demanda por no asistir a la parte demandante derecho alguno".

Con producción de pruebas de una y otra parte, surtiose l aprimera instancia, a que recayó el fallo de fecha 13 de febrero de 1956, por el cual el Juez del Circuito declaró "que es absolutamente simulado y, por tanto, ineficaz" el debatido contrato de compraventa celebrado entre Matilde Farah Helo de Mancheno y Julio César Farah Helo, el día 22 de junio de 1948; que todos los bienes de que en él se trata son de propiedad plena y absoluta de la sucesión de la mencionada señora; condena al demandado a restituír todos esos bienes a la misma sucesión y a pagarle los frutos de los inmuebles dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria del proveído; y ordena la cancelación de los registros de tal contrato, la inscripción de la sentencia en el Registro de Instrumentos Públicos, la comunicación de la misma al Notario ante el cual fue corrido aquel acto, y se imponen al demandado las costas del proceso.

Por apelación de la parte vencida abriose el segundo grado, en el que también se adujeron pruebas por ambos litigantes, y que remató con la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha 14 de septiembre de 1960, por la cual se *revoca* la del inferior y en su lugar se resuelve que "no hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones impetradas en la demanda, tanto principales como subsidiarias, y, en consecuencia, se absuelve de los cargos formulados al señor Julio César Farah Helo", se ordena la cancelación del registro de la demanda y se condena en costas al actor.

II

La sentencia recurrida.

Consideraciones de ese pronunciamiento son, en síntesis, las siguientes:

Que no obstante la confusión entre simulación y nulidad absoluta que se advierte en el libelo, hay que reconocer que éste, en lo principal, no tiene otro sentido que el de la acción de simulación;

que la simulación propuesta es la relativa, en cuanto el demandante pretende que bajo el aparente contrato de compraventa relatado por la escritura de 22 de junio de 1948, se ocultó uno de donación otorgada por Matilde Farah Helo de Mancheno a su hermano Julio César Farah Helo; y que tal donación secreta, por versar sobre bienes inmuebles de valor mayor de dos mil pesos ($ 2.000.00) necesitaba de la insinuación judicial, requisito de que carece, por lo cual se encuentra afectada de nulidad absoluta;

que el actor demandó en su calidad de heredero, para la sucesión intestada de Matilde Farah Helo, ejercitando una acción derivada de la cau-

sante, y no en nombre propio, por menoscabo de sus derechos en la sociedad conyugal o en la sucesión, por lo que no se le puede considerar como tercero;

que, así las cosas, si la causante no podía contradecir la fe debida a la escritura pública, sino dentro del marco de la prueba literal, confesión de la contraparte o principio de prueba por escrito debidamente complementado, el heredero que, obrando en ese carácter y para la herencia ejercita la acción de simulación, ha de hacerlo "en las mismas condiciones y con las mismas reservas en cuanto a la prueba", aplicables a aquélla, "ya que el heredero es considerado jurídicamente como el continuador de la persona del causante";

que, en el caso de la litis, "no habiéndose conseguido la prueba de confesión, ni existiendo en el expediente un principio de prueba por escrito, la prueba de la parte actora quedó reducida a prueba indiciaria por medio de testimonios y deducciones... No se estableció, por consiguiente, la simulación demandada... En ausencia de estas pruebas, no es del caso, ni jurídico, entrar en el análisis de la prueba indiciaria".

Y por lo que hace a la acción subsidiaria, el juzgador estimó: por una parte, que habiéndose la vendedora reservado para mientras viva el usufructo de los bienes vendidos, ello le da al contrato el carácter de aleatorio y, por lo mismo, no susceptible de rescisión por lesión enorme; y por otra, que en cuanto a los bienes muebles comprendidos en el contrato, éste tampoco sería rescindible por lesión, al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 57 de 1887.

III

El recurso extraordinario.

Interpuesto por la parte actora, cuyo apoderado especial llegose a fundarlo oportunamente y agotado su trámite, con audiencia pública en que sólo compareció esta parte, se procede ahora a despachar el recurso.

Formúlanse por el recurrente tres cargos que él dice relacionar con las causales primera y segunda de casación, pero sin que de sus planteamientos resulte configurarse tacha alguna por inconsonancia ni quepa ésta, desde luego que el fallo completamente absolutorio descarta la incongruencia. Quiere, pues, decir que la censura se confina en la órbita de la causal primera.

De los tres cargos propuestos, la Corte procede al estudio del segundo, por encontrarlo destinado a prosperar como se ve adelante.

En la exposición de ese *segundo cargo* dice el recurrente:

Que el Tribunal incurrió en "error de derecho al interpretar de manera equivocada la demanda, no sólo en lo que se refiere a su parte petitoria sino a la motiva, y así desconocer el derecho de mi mandante como cónyuge sobreviviente, y con esta calidad poder intervenir en el juicio de sucesión de su difunta esposa Matilde Farah Helo de Mancheno ejerciendo la acción de simulación";

que "el Tribunal en el fallo absolutorio dice y afirma: 'El actor demandó para la sucesión intestada de la señora Matilde Farah Helo, ejerciendo la acción derivada de la causante; por consiguiente, no se puede considerar como tercero porque no demandó a nombre propio, por menoscabo de sus derechos en la sociedad conyugal en la sucesión' ".

que "esta afirmación, surgida por equivocada apreciación jurídica de la demanda, de su finalidad clara y precisa, conlleva también error de hecho al desconocer una cosa existente, que forma parte del expediente como lo es el libelo de demanda, objeto material y tangible con que se inició este juicio y que, en cierta forma, constituye a la vez una prueba escrita, susceptible de examen y de interpretación";

que "al demandar para la sucesión representada no sólo por los herederos, hijos, padres, hermanos, etc., sino por el esposo o esposa sobreviviente como lo hizo mi mandante, es accionar precisamente en favor de sus gananciales o porción conyugal o herencia si a ella hubiere lugar, derechos que fueron defraudados por el contrato celebrado por su esposa Matilde Farah Helo de Mancheno, ajustado en tierra extraña y con el fin preconcebido de perjudicar a su esposo";

que "las peticiones de la demanda promovida por el apoderado de mi mandante en primera instancia, doctor Joel Carrillo, así como los fundamentos y hechos en la parte motiva rectifican el concepto equivocado del Tribunal de que demandó para la sucesión y no en nombre propio, por considerar menoscabados sus derechos en la sociedad conyugal o en la sucesión";

que "el derecho a gananciales es creación de la ley, no del capricho, de la voluntad o generosidad del esposo o de la esposa. Surge por ministerio de la propia ley, al contraer matrimonio y ese derecho se hace efectivo en el curso del juicio sucesorio, mediante la partición y adjudicación de bienes herenciales y de la respectiva sociedad líquida (sic) y extinguida", y

que "al afirmar como lo hace el Tribunal en su fallo absolutorio que el actor no demandó a

nombre propio, es desconocer la realidad de los hechos y el mérito probatorio de piezas tan reales y materiales, como es, repito, el libelo de demanda con que se inició el juicio y las actas de origen civil y eclesiástico que acreditan el matrimonio de mi mandante con su difunta esposa, y la muerte de ésta, punto de partida, la primera de sus derechos, y la segunda de oportunidad para accionar en defensa de los mismos.

"Por este concepto, el Tribunal erró de derecho, por violación directa de los artículos 180, 113, 115, 118, 1008, 1009, 1010, 1011, 1013, 1037, 1041, 1820, 1374, 1821, 1781, 826, 1312 del Código Civil, 19 de la Ley 45 de 1936, artículos 1º, 4º y 7º de la Ley 28 de 1932, 22 de la Ley 57 de 1887, 50 de la Ley 153 de 1887, 18 de la Ley 92 de 1938, relacionadas con la sociedad conyugal que principia con el matrimonio y termina con la muerte, surgiendo, como ya lo dije, los derechos legítimos del cónyuge sobreviviente al goce efectivo de sus gananciales, de la porción conyugal o de la herencia, legado, etc.".

Consideraciones de la Corte:

Aunque el planteamiento de este cargo no se ofrece con perfiles de impecable modelación técnica, no es menos cierto que los elementos que lo integran y su conexidad lógica estructuran suficientemente una acusación susceptible de recibo en el recurso extraordinario.

En efecto, la sustancia del reparo se encuentra en que el Tribunal erró en la interpretación de la demanda, al entender que el actor intentaba la acción principal de simulación, no en su propio interés, para defensa de sus personales derechos como cónyuge sobreviviente de Matilde Farah Helo de Mancheno, sino como sucesor de ésta en pro de la herencia de la misma, ejercitando así, no una acción propia, sino una heredada; y que, al negarle por ese motivo el despacho de la acción, vulneró preceptos sustanciales, tales como los contenidos en los artículos 180 del Código Civil y 1º y 4º de la Ley 28 de 1932, según los cuales, por el hecho del matrimonio, se forma entre los consortes la sociedad de bienes denominada "sociedad conyugal", y, al disolverse ésta, debe procederse a su liquidación, para distribuír entre los respectivos partícipes el acervo social líquido o gananciales resultantes.

La índole del cargo muestra a las claras que el error que se imputa al sentenciador es el de hecho en la interpretación de la demanda, en cuanto no vio que el actor expresaba obrar en su propio interés. Evidentemente, como está visto atrás, el enunciado del quinto de los hechos de la demanda reza que "la finada Matilde Mancheno, con el fin deliberado de que su marido, Luis Alberto Mancheno, no recibiera lo que le correspondía por gananciales o por porción conyugal, una vez muerta ésta, se trasladó a la ciudad de Guayaquil, y el día 20 de junio de 1948, ante el Notario Público de ese Cantón, hizo como que daba en venta a su hermano Julio César Farah Helo los bienes inmuebles y muebles especificados y alinderados en los apartes a), b) y c) del hecho cuarto de la presente demanda".

Esta afirmación de la demanda hace patente que el actor atribuye la simulación acusada, al propósito de su finada cónyuge de evitar que aquél recibiera lo que le correspondía en los gananciales originados en cabeza de ésta o por razón de la porción conyugal a que hubiera lugar, y que, por lo tanto, fue móvil en el demandante, para interponer la acción de simulación, el de defender su derecho a esos gananciales.

Ni desvirtúa la función trascendente de ese interés propio del actor en el ejercicio de la acción, la circunstancia de que el pedimento, en sus varias súplicas, se hubiera formulado en pro de la sucesión intestada de Matilde Farah Helo de Mancheno, "representada por sus herederos y el cónyuge sobreviviente", porque si, como lo ha dicho la Corte, "no es posible interpretar una demanda descoyuntando de los hechos que la motivan, el pedimento, para tratar éste aisladamente de aquéllos, sin miramiento alguno por el derecho que los vincula y que sirve de centro de gravedad a la acción" (cas. 5 abril 1960, XCII, 2223/24, pág. 415), en el caso *sub judice* resulta que, por virtud de lo afirmado en el hecho 5º del libelo y de la invocación que en éste se hizo del título del Código Civil sobre sociedad conyugal y de la Ley 28 de 1932, el demandante, al pedir para la referida sucesión intestada, ciertamente accionó por razón de su personal interés en la sociedad conyugal disuelta y necesariamente para ésta, cuyo patrimonio daría los gananciales correspondientes, así al supérstite demandante como a la sucesión de la finada.

Lo dicho muestra que el Tribunal cometió error manifiesto al interpretar la demanda en el sentido de que el actor la interpuso como sucesor de Matilde Farah Helo de Mancheno, en ejercicio de una acción heredada, y no como cónyuge sobreviviente en defensa de su derecho a los gananciales; y como ese yerro fue motivo para que el sentenciador, absteniéndose de entrar en el análisis de la prueba indiciaria, como expresamente lo dijo, desestímase en el fondo la acción principal, quebrantó por esto los artículos 180 del Código Civil y 1º y 4º de la Ley

28 de 1932: los dos primeros, en cuanto desconoció el derecho del demandante a actuar en la condición de miembro de la sociedad conyugal Mancheno-Farah Helo disuelta e ilíquida, que de tales textos le resulta; y el último de ellos, en cuanto vulneró el derecho del actor a defender los intereses del acervo social a que el mismo precepto se refiere.

Razones son éstas suficientes para que la sentencia de segunda instancia deba ser casada, y proceda la Corte a dictar la que haya de reemplazarla.

Consideraciones para la sentencia de instancia.

Es verdad admitida hoy por la jurisprudencia la de que la simulación o fenómeno de divergencia intencional entre la declaración y el querer, origina la acción de prevalencia tendiente a que por sentencia judicial se haga caer la ficción y asumir su imperio a la realidad jurídica que las partes quisieron ocultar bajo el acto aparente. De aquí que si a la sombra de éste, ellas apenas se propusieron mantener, sin cambio alguno, la situación anterior, la simulación se tenga como absoluta y haya de declararse así, para establecer formalmente el regreso de las partes a ese estado anterior; pero que si, por el contrario, lo que ellas acordaron en el secreto fue un negocio real, distinto del que hicieron figurar en el acto ostensible, la simulación sea relativa, dando lugar a que su declaración permita al acto oculto producir entre las partes sus efectos, en cuanto no sea contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

Ni se discute que los terceros ajenos a la simulación y que tengan interés en hacer prevalecer la realidad oculta, puedan intentar la acción pertinente, pudiendo prevalerse al efecto de medios probatorios de toda suerte, sin las restricciones a que por virtud del 2º inciso del artículo 91 de la Ley 153 de 1887 estarían sujetos quienes fueron partes en el acto simulado. De donde resulta que aun el cónyuge sobreviviente o el sucesor a título universal de quien intervino en la simulación, si ésta fue dirigida en perjuicio de los derechos de ellos, que el dicho simulante no podía desconocer, tengan que ser considerados como terceros, investidos de la mencionada prerrogativa de libertad probatoria.

Es también cierto que la simulación y la nulidad son fenómenos diferentes. Porque la simulación, según está dicho, tiene como necesario supuesto una duplicidad de actos simultáneos, aparente el uno, clandestino el otro, en cuya ocurrencia la declaración ostensible diverge deliberadamente del convenio oculto, el que tiene su propio tratamiento legal; al paso que la nulidad procede de vicios o fallas inherentes a un acto jurídico objetivamente real, en sí mismo considerado.

Lo que no quita que, cuando de simulación relativa se trata, pueda acumularse a esta acción la de nulidad, tendiente a que se declare la ineficacia del acto verdadero oculto, en cuanto éste carezca en sí de algún requisito necesario a su validez, para que la situación por el mismo acto creada se desate con arreglo a su propio régimen.

La acción principal. Aunque en la primera de las súplicas, al pedido de simulación se asocia el de nulidad absoluta del contrato de compraventa de 22 de junio de 1948, otorgado ante el Notario de Guayaquil, entre Matilde Farah Helo de Mancheno y Julio César Farah Helo, aunando así conceptos jurídicos incompatibles, el pensamiento predominante, tanto en la *causa petendi,* como en la *intentio* del libelo, es ciertamente el de tratarse de una simulación fraguada a efecto de ocultar una donación de bienes hecha por Matilde a su hermano Julio César, con el propósito de defraudar los derechos del cónyuge de la domante a sus gananciales o porción conyugal.

En este sentido obran con diafanidad incontrastable los hechos 5º, 9º y 10 de la demanda, íntimamente relacionados con la súplica 3ª de la misma. Efectivamente: ya se vio que en el 5º de los hechos se propone como fin del acto simulado, el de perjudicar al demandante en sus derechos referidos; en el 9º se afirma que "en realidad lo que se ha ocultado y se ocultó en el contrato simulado... fue un contrato de donación... de los mismos bienes distinguidos con las letras a), b) y c) del hecho cuarto de esta demanda"; y en el 10 se sostiene "que el contrato secreto de donación... ha versado sobre derechos de dominio de bienes inmuebles con un valor mayor de dos mil pesos, y que para su validez legal es indispensable la insinuación judicial, y careciendo de este requisito dicha operación se encuentra afectada de nulidad absoluta". Finalmente, en la súplica 3ª del *petitum* se impetra "que como consecuencia de la simulación declarada, su despacho decrete que es ilegal o nulo el contrato oculto de donación celebrado entre la finada Matilde Farah Helo de Mancheno y el señor Julio César Farah Helo, a que se refiere el contrato firmado ante el Notario Público de la ciudad de Guayaquil, y por medio del cual la primera dona a su hermano dos inmuebles y algunos bienes muebles".

Aunque el enunciado del 12 de los hechos expresa que "el contrato aparente de la escritura de fecha 22 de junio de 1948 es simulado porque no hubo por parte de la vendedora intención de transferir el dominio, posesión y tenencia de los bienes, y tampoco hubo intención por parte del comprador de adquirir el dominio, posesión o tenencia de los mismos bienes especificados en ese instrumento público...", ello no se compagina ni con lo expuesto en los ya referidos hechos 9º y 10, ni menos con la estructura del pedimento, definitivamente ordenado a que se decrete la nulidad del contrato oculto de donación. De donde resulta que, si el demandante supone y acepta haberse encubierto una donación, en esto implícitamente afirma que la donante sí quiso transferir el dominio de los bienes objeto de tal acto, y el donatario, por su parte, también quiso adquirirlos a ese título. Sólo que para el actor la donación oculta es obsolutamente nula por haberle faltado la insinuación o autorización judicial.

De todo lo cual resulta que la acción incoada no es otra que la de simulación relativa, con el fin de que se declare que el acto escondido consiste en una donación; acompañada esa acción de la de nulidad para que se decida que la dicha donación, considerada como tal, es absolutamente nula, por falta de un requisito indispensable para su validez; y consecuencialmente acumulada a estas dos, la acción reivindicatoria de los bienes en el mismo acto comprendidos, para que se decrete su restitución por el demandado a la sucesión intestada de Matilde Farah Helo de Mancheno, súplica restitutoria ésta que, según lo dicho en el estudio del recurso, se entiende propuesta en favor de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que se formó por el matrimonio de la dicha señora con el actor.

Precisada así la esfera del pedimento principal, se procede a verificar sus extremos, mediante el estudio del material probatorio.

La legitimación del actor. Con las competentes actas se encuentra acreditado que Luis Alberto Mancheno y Matilde Farah contrajeron matrimonio católico en la ciudad de Cali el 28 de septiembre de 1927; y que la última falleció en el mismo Municipio, el 27 de julio de 1948 (fs. 9 y 10, C. 1º). Además, obra copia del auto de 14 de octubre de 1948, proferido por el Juez 2º Civil del Circuito de Cali, en el juicio de sucesión intestada de Matilde Farah de Mancheno, en que se reconoce a Luis Alberto Mancheno como interesado "por la mitad de sus gananciales y heredero de la causante" (f. 10, C. 5º).

Se halla, pues, acreditada la personería del demandante para gestionar por interés suyo, en pro de la sociedad conyugal referida, las peticiones que el libelo contiene.

La simulación. A este respecto la Corte encuentra establecidos los siguientes hechos:

a) Que Matilde Farah de Mancheno estaba minada de grave e irreversible enfermedad en la época del otorgamiento del contrato de compraventa discutido. Ello ya se desprende de la confesión rendida por el mandatario del demandado en la contestación al hecho 6º del libelo, cuando dice que, luego de otorgada en Guayaquil, con fecha 22 de junio de 1948, la escritura del negocio de que se trata, el demandado "viajó a la República de Colombia, llegando a Cali el día 28 de junio de 1948 acompañando a la señora Matilde Farah de Mancheno, quien venía gravemente enferma, y hospitalizándola inmediatamente en la 'Clínica Garcés' de Cali"; y lo demuestra el acta de defunción de Matilde, al hacer constar que "la causa principal de la muerte fue 'carcinoma de la matriz' ". Como se ve, el deceso ocurrió treinta y seis días después del en que se instrumentó el susodicho negocio.

b) Que no obstante encontrarse en tal estado de gravedad, Matilde de Mancheno se trasladó a la ciudad de Guayaquil, en la República del Ecuador, para otorgar tal escritura y regresar luego, en vez de ser el comprador quien viajara a Colombia, al lugar de la residencia de la vendedora, para recibir la enajenación, como ciertamente lo hizo luego de hecha la operación en Guayaquil, para llegar a Cali seis días después, según atrás se vio.

c) Que esa venta otorgada en las postrimerías de la vida de Matilde Farah de Mancheno versó sobre bienes de gran importe, los que según el dictamen pericial de la segunda instancia fueron avaluados para la época en que el acto se produjo, en la cantidad de doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00) (fs. 21 a 25, 78 a 79 y 83 C. 6º), si bien los inmuebles eran objeto de hipotecas abiertas que garantizaban créditos bancarios, a la sazón montantes la suma de sesenta y cinco mil seiscientos treinta pesos ($ 65.630) (fs. 24 y 25, C. 1º, 27 y 30, C. 2º). Es de anotar que en la primera instancia los mismos bienes fueron avaluados para la misma época en la cantidad de doscientos mil novecientos noventa y un pesos y cuarenta y cinco centavos ($ 200.991.45) (fs. 24 a 26, C. 2º); y que al hacerse un promedio entre las dos estimaciones, ello arroja un valor de doscientos veinticinco mil cuatrocientos noventa y cinco pesos y setenta y dos centavos ($ 225.495.72), como cuantía

aproximada de los bienes objeto del negocio litigado.

d) Que en la susodicha escritura pública de 22 de junio de 1948 (fs. 3 a 8, C. 1º), la sedicente vendedora expresó que "se reserva para sí y mientras viva" el usufructo de los bienes a que el acto se refiere; y que, sin esta reserva, tratándose de un contrato serio, el precio estipulado habría sido jurídicamente lesivo, como inferior a la mitad del valor de los mismos bienes, pues, según lo reza el instrumento, ese precio fue el de ciento veinte mil sucres (Scs. 120.000.00), que a la tasa de cambio certificada por la Oficina de Control de Cambios y el Banco de la República, para el día 20 de junio de 1948, equivalía a la cantidad de diez y seis mil ochocientos pesos ($ 16.800.00) en moneda colombiana (f. 29, C. 2º); y aunque en tal escritura se expresó que el adquirente Farah Helo quedaba obligado a satisfacer los créditos entonces existentes a cargo de la enajenante y a favor de los Bancos de Bogotá y de Colombia, que como atrás se vio ascendían a la cifra de sesenta y cinco mil seiscientos treinta pesos ($ 65.630.00), en el supuesto de que la estipulación fuese seria, con todo, el precio de la discutida venta calculado en la cantidad de ochenta y dos mil cuatrocientos treinta pesos ($ 82.430.00), que es la suma del valor estipulado en sucres convertido a pesos colombianos, y del de aquellas deudas bancarias, continuaría siendo notoriamente inferior a la mitad del promediado valor comercial de los bienes, existiendo entre este último y el precio de la venta una diferencia de ciento cuarenta y tres mil sesenta y cinco pesos y setenta y dos centavos ($ 143.065.72).

e) Que esa venta en condiciones de tánto favor para el adquirente, le fue otorgada a quien era hermano legítimo de la enajenante, cuyo parentesco afirma el actor en la demanda, no lo contradice el demandado en su contestación y, bien al contrario, lo declara éste en la absolución de posiciones que rindió en la primera instancia, cuando a la pregunta de "¿Cómo es cierto, sí o no, que el absolvente es hermano legítimo de la finada Matilde Farah de Mancheno, y sus padres son César Farah y Bárbara Helú? Contestó: "Sí es cierto... Con la aclaración de que mi padre se llamaba *Julio*". No discutiéndose el parentesco en referencia, ni versando el juicio sobre pretensión alguna que implique su demostración en forma específica, la expresa conformidad de las partes sobre la verdad de éste es suficiente para tenerlo por acreditado.

f) Que Julio César Farah Helo, ciudadano ecuatoriano, vecino de Guayaquil, como lo reza la escritura de 22 de junio de 1948, no aparece como persona que a la sazón disfrutase de recursos pecuniarios que lo capacitaran para pagar a Matilde Farah de Mancheno la cantidad de ciento veinte mil sucres (Scs. 120.000.00), o sea diez y seis mil ochocientos pesos ($ 16.800.00) colombianos, que la escritura expresa cubiertos, ni para entrar a servir a los Bancos de Bogotá y de Colombia en Buenaventura las deudas de su mentada hermana y de que él dijo hacerse cargo. Este hecho resulta de los siguientes elementos de probación:

El certificado expedido por el Jefe Provincial de Ingresos del Guayas, en el Ecuador (f. 67, C. 2º), en correspondencia a la solicitud que dentro del término de prueba de la primera instancia se le hizo para que, revisados los índices o libros de contribuyentes del impuesto sobre la renta, en los años de 1945, 1946, 1947 y 1948, "certifique si el señor Julio César Farah Helo aparece como contribuyente del mencionado impuesto sobre la renta". Al efecto, este funcionario manifestó que consta, en los libros del Departamento de Contabilidad a su cargo, que Julio Farah pagó, por impuesto a la renta, en diciembre de 1945, seiscientos cincuenta y ocho sucres ochenta y un centavos (Scs. 658.81), y en diciembre de 1947, quinientos ocho sucres y setenta y nueve centavos (Scs. 508.79), "no habiendo, por lo tanto, constancia alguna sobre otro pago verificado por el mismo concepto por la susodicha persona. No será demás aclararle a usted que los pagos verificados en esta Oficina son hechos por el señor Julio Farah y no por Julio César Farah Helo".

Aparte la pequeñez que en pesos colombianos representan estas dos cantidades, que a la tasa de catorce centavos ($ 0.14) por sucre, certificada por la Oficina de Control de Cambios y el Banco de la República para el 20 de junio de 1948, equivaldrían a las cantidades de noventa y dos pesos, veintitrés centavos ($ 92.23) y setenta y un pesos, veintitrés centavos ($ 71.23), respectivamente, lo que apenas acusaría una renta exigua, y fuera de que no se certifica sobre pago alguno por el año de 1948, es lo cierto que, como expresamente lo advierte el funcionario fiscal, todo ello se refiere a Julio Farah y no a Julio César Farah Helo, nombre este último respecto del cual no se acredita pago alguno de contribución por razón de renta, lo que permitiría deducir que no tuvo allí ninguna gravable en el lapso indicado.

Además, obran aducidas por el actor en el término probatorio de la primera instancia, las declaraciones rendidas ante el Cónsul General de

Colombia en Guayaquil, en el mes de agosto de 1949, por los señores Alberto Pareja Cabanilla, Walter Aragón Lavayen, Dennis Defranc, Elías Cartagena, Rafael Alava Navarro y Alfonso Leonidas Aguilar I. (fs. 38 v. a 43 v., C. 2º), quienes, luego de afirmar que conocen desde hace varios años a Julio César Farah Helo, coinciden en expresar, en una u otra forma, que lo conocen como persona pobre. Según Pareja Cabanilla, Defranc y Alava, así es considerado Farah Helo en Guayaquil.

Es verdad que a folios 15 a 17 del cuaderno 7º corre, producida por el demandado en la segunda instancia, copia formal de una escritura de 14 de abril de 1948, pasada ante Notario del Cantón de Guayaquil, en la cual aparecen los cónyuges Julio César Farah Helo y María Luisa Miranda de Farah vendiendo al doctor Carlos Espinosa Ayala, por precio de veintiún mil trescientos sucres (Scs. 21.300.00), un predio urbano compuesto de solar y edificio situado en Guayaquil, que los vendedores habían comprado al mismo Espinosa Ayala por escritura de 30 de julio de 1947 otorgada ante el mismo Notario. Pero resulta que esta última cantidad de sucres, convertida a pesos colombianos, a la tasa ya indicada, equivaldría a la cantidad de dos mil novecientos ochenta y dos pesos ($ 2.982.00), que en la hipótesis de pertenecer toda, si no en su mitad, a Julio César Farah Helo, tampoco demostraría por sí sola su capacidad patrimonial para satisfacer a Matilde Farah Helo el precio figurante en la escritura del litigio.

Y llama la atención que el demandado, que se preocupó por traer al juicio esa otra escritura en vía de acreditar su capacidad pecuniaria para la celebración del contrato acusado, no hubiera producido, aunque no estaba obligado a ello, ninguna otra prueba de suficiencia patrimonial.

g) Que fuera de que en la escritura de Guayaquil, al hablarse del pago por Farah Helo, de los ciento veinte mil sucres (Scs. 120.000.00) imputables al precio, no se empleó un modo expresivo de acción de presente, sino el ambiguo de que "la vendedora declara que a la fecha los tiene recibidos a su entera satisfacción sin lugar a reclamo alguno posterior", es lo cierto que se ignora la forma en que Matilde hubiera recibido ese dinero, de cuyo lugar de procedencia diera Julio César, en absolución de posiciones, una explicación poco convincente cuando a la segunda pregunta contestó que el dinero lo tenía en su casa (f. 33, C. 2º). Por otra parte, no parece que Matilde al regresar a Colombia contase con disponibilidades en efectivo, pues el día 19 de julio de 1948, además de cancelar por pago total un crédito de veinte mil pesos ($ 20.000.00) que le adeudaba Carlos A. Ramírez, hubo de vender a Israel Sragowicz un lote de terreno ubicado en Buenaventura, por la cantidad de catorce mil pesos ($ 14.000.00), de lo cual dan fe las escrituras números 686 y 688 de la Notaría 4ª de Cali (fs. 59 y 60, C. 6º).

Las circunstancias anotadas en este ordinal y en el anterior inducen, pues, la presunción de que no hubo pago real de la cantidad de ciento veinte mil sucres (Scs. 120.000.00) a que se refiere la escritura de Guayaquil.

h) Que no obstante haberse dicho en la referida escritura de 22 de junio de 1948, que Julio César Farah Helo se obligaba a satisfacer a los Bancos de Bogotá y de Colombia los créditos a cargo de Matilde Farah de Mancheno, de que allí se trata, no aparece que aquél hubiera hecho abono alguno a esos créditos durante el tiempo en que ésta sobrevivió al otorgamiento de tal acto. Bien al contrario, según el certificado del Banco de Bogotá, que en dos ejemplares de igual tenor forman los folios 27 y 28 del cuaderno 2º, fue la misma señora quien, el 12 de julio de 1948, abonó a su deuda la suma de once mil setecientos treinta y tres pesos y treinta y cuatro centavos ($ 11.733.34). Y en cuanto hace a la deuda en favor del Banco de Colombia, si bien aparece en el certificado respectivo (fs. 30 v. a 32, C. 2º) que el día 23 de junio de 1948 se le hizo un abono de cien pesos ($ 100.00), como esta certificación no especifica quién lo hizo, sino que lo reseña en la misma forma de los asientos anteriores, es decir, refiriéndolo implícitamente al nombre de la deudora, señora Matilde de Mancheno, se impone el presumir que tal abono se hizo por cuenta de ésta y por encargo suyo, y no por obra o gestión de Julio César Farah Helo, quien se encontraría en Guayaquil, pues, como lo dice la contestación al hecho 6º de la demanda, otorgada que fue allí la escritura que se debate, en el lapso intermedio él viajó a Colombia, para llegar a Cali el 28 de junio en compañía de su hermana Matilde, y luego de dejarla instalada en la Clínica Garcés "viajó a este puerto (Buenaventura) a mediados del mes de julio de 1948 a hacer registrar la escritura de compra y a revisar los bienes que había comprado".

i) Que Matilde Farah estaba distanciada de su cónyuge Luis Alberto Mancheno. Es hecho que revelan la escritura número 29 de 26 de febrero de 1934, otorgada en la Notaría de Buenaventura, y la propia escritura de Guayaquil, de 22 de junio de 1948.

Por la del año de 1934, los dos consortes hicieron constar que "actualmente la sociedad con-

yugal que ha venido existiendo entre ellos no tiene bienes de ninguna clase", y que "debe considerarse liquidada, de tal manera que los bienes que en adelante adquiera cada uno de los cónyuges le corresponderán al adquirente, exclusivamente, sin que esos bienes se consideren, o puedan considerarse, en lo sucesivo como bienes en los cuales tenga o pueda tener derecho el otro cónyuge, sin perjuicio, eso sí, de que se cumpla en su caso y en su tiempo lo previsto en la Ley 28 de 1932 sobre repartición de remanentes, en los casos en que pudiera haberse hecho, según las leyes anteriores, liquidación de la sociedad conyugal" (fs. 9 y 10, C. 3º).

Y en la última de las mismas escrituras, o sea en la de 1948, la señora de Mancheno declaró con insistencia estar separada de bienes de su mencionado marido a virtud de lo pactado en la primera y tener así capacidad para enajenar los bienes adquiridos por ella, "durante la separación de bienes con su marido, con el fruto de su trabajo personal".

La convergencia de estos dos actos permite descubrir en la señora de Mancheno un ánimo de alejamiento y aun de hostilidad respecto de su cónyuge, ánimo que contribuyó a alimentar su pretensión de que los bienes de que disponía no tendrían la calidad de sociales. Y es este el momento de advertir que, no habiendo tenido el pacto de la referida escritura número 29 de 26 de febrero de 1934 eficacia alguna para disolver la sociedad conyugal formada entre los esposos Mancheno y Farah Helo por el hecho de su matrimonio, ciertamente los bienes de que Matilde dispuso en la escritura de 22 de junio de 1948, al conservarse en su cabeza en el momento de su muerte, correspondían al haber de la sociedad conyugal, por haber sido adquiridos a título oneroso dentro de la misma.

Respecto de los inmuebles, lo demuestran los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Buenaventura, que obran en el plenario, a saber: el certificado original que forma los folios 28 a 30 del cuaderno 6º, del que resulta que Matilde Farah de Mancheno adquirió, por división que hizo de un lote de terreno con Vicente Liloy, mediante la escritura número 75 de 14 de febrero de 1946, y por compra que anteriormente había hecho de tres quintas partes pro indiviso de tal terreno a Jorge Enrique Liloy y otros, según la escritura número 439 de 31 de octubre de 1945, y por construcción de un edificio de tres pisos a sus expensas, según declaraciones protocolizadas bajo la escritura número 47 de 29 de enero de 1948, instrumentos otorgados en la Notaría de Buenaventura, como también adquirió otro predio por compra a la sociedad anónima "El Marañón S. A.", según la escritura número 2184 de 22 de septiembre de 1945, de la Notaría 2ª de Cali; y el certificado transcrito en la copia de la escritura número 95 de 25 de febrero de 1946 (fs. 13 v. y 14, C. 3º), según el cual la misma Matilde Farah de Mancheno adquirió otro terreno por compra al Banco de Bogotá, mediante la escritura número 174 de 26 de julio de 1943, y por construcción de una casa de tres pisos a sus expensas, según declaraciones protocolizadas bajo la escritura número 42 de 31 de enero de 1946, instrumentos otorgados ambos en la Notaría de Buenaventura. Y en cuanto a los muebles y enseres del "Gran Hotel", ellos por su misma naturaleza tenían que ser bienes sociales.

Conclusión: La suma y concurrencia de todos los hechos relacionados tiene poder indiciario suficiente a producir en la inteligencia del juzgador la convicción de que el contrato de venta que expresa la escritura de 22 de junio de 1948, otorgada ante Notario del Cantón de Guayaquil, no es verdadero, sino que encubre una donación entre vivos hecha por Matilde Farah de Mancheno en beneficio de su hermano Julio César Farah Helo. Porque, ¿qué otra cosa podría significar el que la mencionada señora, ya herida de la grave enfermedad que la llevó al sepulcro, se trasladase a otro país, para en ambiente de reserva, libre de fiscalizaciones y trabas, otorgar, como lo hizo, esa enajenación de cuantiosos bienes de fortuna a un hermano suyo, sin recursos para pagar el reducido precio que el instrumento reza, y cuya satisfacción en cuanto a lo que se dijo pagado no aparece materialmente, reservándose ella el usufructo de los mismos bienes por los días de su vida, que presentiría contados, todo en perjuicio de los derechos que, a su muerte, pudieran corresponderle respecto de tales bienes al cónyuge sobreviviente, por quien mostraba desafecto y de quien se pretendía separada de bienes?

Ni empece a esta conclusión la circunstancia de que Julio César Farah Helo, después de muerta Matilde, hubiera pagado con fecha 3 de febrero de 1949, al Banco de Bogotá, el saldo por valor de treinta y ocho mil doscientos sesenta y seis pesos y sesenta y seis centavos ($ 38.266.66), pendiente de la deuda de la causante a favor de dicha entidad, porque ese pago, a que se refiere el certificado de los folios 27 y 28 del cuaderno 2º, apenas tendría como razonable significado el de que Julio César, como pretenso dueño del inmueble hipotecado, para ga-

rantía de tal deuda estaba en la necesidad de liberarlo de ese gravamen; y otro tanto cabría advertir respecto de los abonos que, a partir del 13 de septiembre de 1948, se hicieron a la deuda en favor del Banco de Colombia, montantes la suma de quince mil quinientos treinta pesos ($ 15.530.00), los que el certificado de este Banco, visible a los folios 30 v. a 32 del mismo cuaderno, no determina por quién fueron efectuados. Pero, si lo hubieran sido por Julio César, su natural explicación sería la misma atribuída a la cancelación hecha al Banco de Bogotá.

De otro lado, ello en nada debilitaría el indicio de la falta de recursos de Julio César en la época en que se produjo el acto simulado, porque si después de muerta Matilde pudo él hacerse a recursos para efectuar los abonos en referencia, esto se explicaría en razón de haber sido puesto en condiciones económicas para lograrlos, mediante la aparente adquisición del absoluto dominio de aquellos bienes.

Por lo visto, la escritura de 22 de junio de 1948, otorgada en Guayaquil, contiene una simulación relativa, en que el acto oculto es una donación entre vivos, llamada a prevalecer con eficacia restringida al límite en que se hayan cumplido las condiciones de validez exigidas por la ley colombiana. Sin que pueda remitirse a duda que es esta ley la que rige la suerte de tal acto, no sólo en sus condiciones de forma sino de fondo, porque él se otorgó sobre bienes situados en Colombia, y para tener aquí sus efectos, por lo cual está sujeto al imperio de las leyes de la República, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil. Conclusión esta que corrobora el tratado sobre Derecho Internacional Privado entre Colombia y el Ecuador, aprobado por la Ley 13 de 1905.

La donación oculta. Estudiada ésta a la luz de la ley colombiana, se tiene: primeramente, por lo que hace a la forma, refiriéndose el acto a bienes raíces y muebles, su otorgamiento aparece hecho, como debía serlo, por escritura pública pasada ante un Notario del Cantón de Guayaquil, autenticada por el Cónsul General de Colombia en aquella ciudad; y aunque la copia que de esta escritura figura en el expediente no ostenta nota de su registro, el cumplimiento de esta formalidad aparece satisfecho como lo atestigua el certificado del Registrador de Buenaventura, que obra a los folios 28 a 30 v. del cuaderno 6º, según el cual el instrumento fue inscrito el 19 de julio de 1948, a la partida número 1461 del Libro Primero, tomo 12.

En lo que hace al fondo del acto, no se encuentra defecto alguno de incapacidad en las partes, ni la presencia de vicios del consentimiento. Pero, en lo atinente a la licitud, cabe observar lo siguiente: *preceptúa el artículo 1458 del Código Civil que "la donación entre vivos que no se insinuare sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso". Exigiéndose este requisito de la autorización judicial en consideración a la naturaleza misma del acto, con el fin de evitar el otorgamiento de donaciones que vayan en perjuicio, ya de los presuntos asignatarios forzosos del donante, ya de terceras personas, ya del mismo donante, quien no puede empobrecerse sin "reservarse lo necesario para su congrua subsistencia" (art. 1465, ibídem), o que por cualquier otro aspecto sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres, resulta evidente que la nulidad acarreada por la omisión de tal requisito es absoluta.*

Ahora bien, como la donación oculta de que se trata no fue insinuada, la Corte tendrá que declararla absolutamente nula en cuanto excede de dos mil pesos ($ 2.000.00), referido este valor al que tenía el conjunto de los bienes donados el día 22 de junio de 1948, en que se otorgó la donación y que, como ya se vio, promediando las estimaciones periciales de las dos instancias, resulta ser el de doscientos veinticinco mil cuatrocientos noventa y cinco pesos y setenta y dos centavos ($ 225.495.72). Quiere decir que la donación se tendrá por válida en una cuota pro indiviso sobre el conjunto de los bienes donados, equivalente a dos mil pesos ($ 2.000.00) con relación a la cantidad total últimamente dicha, y que, al declararse la nulidad absoluta de la donación respecto de la cuota restante de los mismos bienes, tendrá que ordenarse la restitución de esta cuota, con sus correspondientes frutos, a la comunidad formada por la disuelta sociedad conyugal Mancheno-Farah y por la sucesión intestada de Matilde Farah de Mancheno, para que la liquidación de tal comunidad se haga con inclusión de los valores correspondientes, en la forma a que en derecho haya lugar.

Esa restitución habrá de decretarse a cargo del demandado Julio César Farah Helo como poseedor de los bienes, así acreditado en el juicio (fs. 19v. a 22, C. 2º).

En cuanto a los abonos o pagos que Julio César Farah Helo, con dineros suyos, haya hecho de las deudas que Matilde Farah Helo de Mancheno dejó pendientes en favor de los Bancos de Bogotá y de Colombia, Sucursales de Buenaventura, el régimen de las restituciones mutuas (art. 1746, C. Civ.) impone el que por la comunidad formada por las referidas sociedad conyugal disuelta y sucesión de Matilde Farah de

Mancheno le sean reintegradas al demandado las sumas por éste invertidas en tales pagos, con sus intereses legales computados a partir desde las fechas de los respectivos desembolsos. Y entre las cantidades que por frutos resultare a deber el demandado y las a que éste sea acreedor en razón de los pagos por él mismo efectuados, habrá lugar a hacer las compensaciones correspondientes hasta concurrencia de valores.

Para el efecto de las restituciones mutuas el demandado recibirá el tratamiento de poseedor de buena fe.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de segunda instancia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha catorce (14) de septiembre de mil novecientos sesenta (1960) y, como juzgador de instancia,

RESUELVE:

Revócase la sentencia de primer grado dictada por el Juez Promiscuo del Circuito de Buenaventura el día trece (13) de febrero de mil novecientos cincuenta y seis (1956) y, en su lugar, decide este pleito así:

Primero. Declárase que es simulado el contrato de venta que expresa la escritura pública de veintidós (22) de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), otorgada ante Tobías Alvarado Fuentes, Notario Público del Cantón de Guayaquil, en la República del Ecuador, en cuanto el acto real que ese instrumento contiene es una donación entre vivos otorgada por Matilde Farah de Mancheno a favor de Julio César Farah Helo, sobre los bienes inmuebles y muebles en el mismo instrumento indicados.

Segundo. Declárase que esa donación entre vivos, contenida en la dicha escritura de veintidós (22) de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), es válida en cuanto a una cuota pro indiviso de dos mil pesos ($ 2.000.00) con relación a un avalúo de doscientos veinticinco mil cuatrocientos noventa y cinco pesos y setenta y dos centavos ($ 225.495.72), sobre el conjunto de los bienes que fueron objeto de tal acto.

Tercero. Declárase que la misma donación es absolutamente nula en cuanto a la cuota restante, equivalente a doscientos veintitrés mil cuatrocientos noventa y cinco pesos y setenta y dos centavos ($ 223.495.72), con relación al avalúo total que se acaba de señalar, y calculada igualmente sobre el conjunto de esos mismos bienes.

Cuarto. Condénase, en consecuencia, a Julio César Farah Helo a restituír a la comunidad formada por la sociedad conyugal que se constituyó en el matrimonio de Luis Alberto Mancheno y Matilde Farah de Mancheno, hoy disuelta, y por la sucesión intestada de esta señora, representadas por el cónyuge sobreviviente y los herederos de la misma, la cuota equivalente a doscientos veintitrés mil cuatrocientos noventa y cinco pesos y setenta y dos centavos ($ 223.495.72), con relación al avalúo de doscientos veinticinco mil cuatrocientos noventa y cinco pesos y setenta y dos centavos ($ 225.495.72), sobre el conjunto de esos mismos bienes.

Parágrafo. Los bienes inmuebles y muebles a que se refieren el presente ordinal y los dos ordinales inmediatamente anteriores de esta resolución, están situados en la ciudad de Buenaventura, Departamento del Valle del Cauca, y según las especificaciones consignadas en la referida escritura de veintidós (22) de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), se determinan respectivamente así:

A) Predio urbano compuesto de solar y edificio de tres pisos, entonces en edificación, comprendido dentro de los linderos siguientes: por un costado, calle pública; por el costado opuesto a éste, con propiedad de los herederos de Bergonzoli; por el tercer costado, con la calle pública o el Malecón, y por el último costado, o sea el opuesto a este último, con propiedad de Vicente Luey;

B) Predio urbano compuesto de solar y edificio de tres pisos, entonces en regular estado, comprendido dentro de los siguientes linderos: frente, calle pública o el Malecón de la ciudad; costado opuesto a éste, con terrenos de propiedad de Enrique Eder; por el tercer costado, con terrenos de propiedad de los herederos de Bergonzoli, y por el último costado, o sea el opuesto al anterior, con terrenos también de Enrique Eder, y

C) Los muebles y enseres que se encontraban entonces en el edificio denominado "Gran Hotel", y que formaban el menaje y dotación del hotel de este nombre, al tenor de lo expresado en el punto C) de la cláusula primera (1ª) de la misma escritura.

Quinto. La restitución de que se trata en el ordinal inmediatamente anterior, la hará Julio

César Farah Helo junto con la correspondiente cuota de los frutos que de los mismos bienes haya éste percibido a partir de la notificación de la demanda o que el dueño de ellos hubiera podido percibir desde la misma fecha con mediana inteligencia y actividad, teniendo las cosas en su poder. Se le abonarán al demandado las expensas invertidas en la producción de los frutos.

Parágrafo. Para las prestaciones a que en derecho pudiere haber lugar, relativas a mejoras que el demandado haya hecho en los mismos bienes, éste recibirá el tratamiento de poseedor de buena fe.

Sexto. Condénase a la comunidad formada por la sociedad conyugal que se constituyó en el matrimonio de Luis Alberto Mancheno y Matilde Farah de Mancheno, hoy disuelta, y por la sucesión intestada de esta señora, representadas por su cónyuge sobreviviente y herederos, a restituír a Julio César Farah Helo la cantidad de treinta y ocho mil doscientos sesenta y seis pesos y sesenta y seis centavos ($ 38.266.66), que éste pagó al Banco de Bogotá —Sucursal de Buenaventura—, el día tres (3) de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), y que había quedado pendiente a cargo de Matilde Farah de Mancheno en el día de su muerte.

Parágrafo a) La misma comunidad, representada como está dicho, deberá restituír al mencionado Julio César Farah Helo las cantidades que resulten pagadas por éste al Banco de Colombia —Sucursal de Buenaventura—, por cuenta de la deuda que a favor del mismo Banco tenía pendiente a su muerte Matilde Farah de Mancheno.

Parágrafo b) Las restituciones de que se trata en este ordinal se harán con los intereses legales correspondientes a las cantidades erogadas por Julio César Farah Helo, computados a partir de las respectivas fechas de los desembolsos efectuados por el mismo y hasta cuando éste sea reintegrado de tales erogaciones.

Séptimo. Entre las cantidades que por razón de lo dispuesto en los ordinales quinto (5º) y sexto (6º) de esta resolución, resulten a deberse recíprocamente las partes, habrá lugar a hacer las compensaciones del caso hasta concurrencia de valores, todo lo cual se liquidará al darse cumplimiento a este fallo y con arreglo a lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial.

Octavo. Reconócese al doctor Joel Carrillo como cesionario del cuarenta por ciento (40%) de los derechos litigiosos correspondientes a Julio César Farah Helo en este pleito, al tenor de lo estatuído en la escritura número dos mil ochocientos setenta y siete (2.877) de dos (2) de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), de la Notaría Primera (1ª) del Circuito de Cali.

Noveno. Inscríbase esta sentencia en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.

Décimo. Por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, hágase llegar a la Notaría del Cantón de Guayaquil en que fue otorgada la escritura de veintidós (22) de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), copia de la parte resolutiva del presente fallo, en sus ordinales primero (1º) a tercero (3º), inclusive.

Sin costas en las instancias ni en el recurso extraordinario.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial,* remítase copia a la correspondiente oficina de Administración de Impuestos Nacionales, y vuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REIVINDICACION. — ACCION DE RECOBRO

La calidad de poseedor atribuída por el reivindicante al demandado, una vez aceptada por éste, no puede ser negada por aquél en el curso del juicio.

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

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

Antecedentes.

En el juicio de sucesión de Susana Samper se reconoció como único heredero a Efraím Samper, en calidad de hermano legítimo de la causante.

Como haber sucesoral se inventarió una casa de habitación construída de bahareque, pisos de cemento, techos de paja y zinc, ubicada en la calle 12, entre carreras 8ª y 9ª, lote que hace parte de la manzana número 100 del plano oficial de La Dorada, de propiedad del Departamento de Caldas, y comprendida por los linderos señalados en el hecho primero de la demanda. "La causante había adquirido la propiedad de estas mejoras con la respectiva posesión, en parte por compra que había hecho al señor Saturnino Bolaños y en parte por haberlas puesto a sus propias expensas durante el tiempo que poseyó hasta su muerte, que fue mayor de 14 años".

Manuel Duque Duque, por escritura número 52, otorgada en la Notaría de La Dorada, de fecha 3 de febrero de 1958, compró a Efraím Samper sus derechos herenciales, y el Juzgado donde se tramitaba el juicio de sucesión lo declaró subrogado en los derechos de heredero, y le fueron adjudicadas las mejoras antes referidas.

La causante había solicitado del Departamento de Caldas se le adjudique a título de pobladora el lote de terreno o solar donde está edificada la casa. Muerta ésta, sin que se le hubiere otorgado el correspondiente título, continuó tales gestiones el heredero Efraín Samper. Por fin, con la presentación de la respectiva hijuela y en calidad de subrogatario, Manuel Duque Duque obtuvo la adjudicación del lote según escritura número 189 de 9 de abril de 1959, registrada el 22 del mismo mes y año.

El litigio.

Con base en estos antecedentes, Manuel Duque Duque inició acción reivindicatoria frente a Carmen Carrera, y pidió que se declare que le pertenece en dominio la casa antes dicha; que la demandada está obligada a restituírle el inmueble una vez ejecutoriada la sentencia; que igualmente debe pagarle el valor de los frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos, sino los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad "estando el inmueble en mi poder a partir del 4 de octubre de 1956 hasta el día de la entrega, más el costo de las reparaciones que el inmueble haya sufrido"; y que se condene a las costas del juicio.

La parte demandada, después de negar los hechos y de oponerse a que se hagan las peticiones invocadas por el actor, propuso la excepción de prescripción, en estos términos:

"A nombre de mi mandante formulo la excepción perentoria de prescripción adquisitiva de dominio, fundado en que mi mandante ha poseído con justo título y buena fe, en forma pacífica, tranquila e ininterrumpida el inmueble a que se refiere la demanda.

"Ni el actor ni sus presuntos tradentes han tenido nunca la posesión real y material del inmueble que pretenden reivindicar. Lo único que ha sucedido es que el actor se ha subrogado en la posición del titular del terreno (del dominio del suelo) mediante una hábil escritura de venta, en donde se dijo —sin serlo— dueño y poseedor de las mejoras".

El Juez de primer grado falló de acuerdo con las pretensiones del demandante.

Ambas partes apelaron de la sentencia: la demandada, por serle adversa en su totalidad y la parte actora, "en cuanto por ella se le reconoce a la demandada el derecho a que le abonen mejoras, ya que nunca las ha puesto y que además no comprobó dentro del juicio.

"Igualmente en cuanto a la fecha dentro de la cual principia la obligación a restituír frutos, que debe ser desde la muerte de la causante".

Tramitado el recurso de apelación, el Tribunal profirió fallo el 25 de octubre de 1960, en el que revocó la sentencia apelada y denegó las súplicas de la demanda.

Contra esta resolución la parte demandante interpuso recurso de casación, el que, tramitado sin oposición, procede a resolverse.

La sentencia acusada.

El Tribunal expresa que el demandante fue parco en la afirmación de la posesión material de la demandada, limitándose a indicar que él carecía de la posesión y que ésta ejecutaba algunos actos propios de su situación civil. Sin embargo, encuentra el fallador que la sola promoción de la acción reivindicatoria lleva en sí la aseveración de ser el demandado el poseedor del bien cuya restitución se pretende. Asimismo reconoce que la demandada afirmó su situación de poseedora al dar contestación al libelo, que construyó la casa a sus expensas y que la ha poseído quieta y pacíficamente. Además ve en la excepción de prescripción propuesta por la demandada el reconocimiento de la posesión por parte de ésta, y, por fin, afirma:

"A falta de otra prueba sobre el particular, se acepta y entiende que la posesión material de la demandada principió el 4 de octubre de 1956, según la afirmación del demandante, en el libelo inicial, la cual comporta confesión judicial. Artículos 606 y 607 del Código Judicial".

Al estudiar la calidad de dueño, afirmada por el demandante, y después de volver a relatar los hechos que motivaron el pleito y de citar jurisprudencia de la Corte respecto a la manera de probar el dominio frente al poseedor, concluye el Tribunal:

"Poco se cuidó el actor de demostrar su derecho de dominio en forma de superar la posesión material que reconoció en cabeza de la demandada. Habiéndose iniciado ésta el 4 de octubre de 1956, para triunfar en sus pretensiones, debió haber demostrado el título de su causante, o sea el Departamento de Caldas, una vez que su posesión inscrita apenas había principiado en la fecha del registro de la escritura pública número 189, o sea el 22 de abril de 1959. Con este fin debió haber allegado las escrituras públicas de adquisición del Departamento de Caldas, en copia legal con el correspondiente registro.

"No procedió así, y de ello resulta, como conclusión: que no ha demostrado un mejor derecho al lote de terreno con casa de habitación que trata de reivindicar, que no ha justificado la calidad de dueño que alega y que, sobre sus aspiraciones de reivindicante y pretensiones de propietario, prima la posesión material de la demandada, atendiendo la presunción legal de que 'el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo'. Artículo 762, inciso 2º del Código Civil.

"A folio 11 del cuaderno segundo obra un certificado de la Oficina de Registro de La Dorada, en cuyo primer punto se da razón de la escritura pública número 189, título directo del demandante, y en el segundo se expresa: 'En la misma escritura que se menciona en el punto anterior se da la siguiente tradición de adquisición por parte del Departamento, en mayor extensión de terreno: escritura pública número 1429 de 9 de septiembre de 1919; escritura 999 del 17 de junio de 1922, pasadas ambas en la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá, y la escritura número 431 de 23 de junio de 1920, pasada ante el Notario Segundo Principal del Circuito de Honda...'. Este segundo punto es, pues, una copia fiel de la cláusula quinta de la escritura 189, y no un certificado de tradición.

"El prealudido certificado, por la razón dicha, de por sí nada prueba, apenas se remite a lo que expresa la escritura pública número 189, la cual es trasunto de una 'minuta' presentada por los otorgantes de la misma escritura, según se advierte al final de la misma. En estas condiciones, la tradición que se declara en aquél y en ésta apenas 'hace fe entre las partes' y contra ellas mismas —Artículos 1759 y 1765 del Código Civil—. Pero aun en el caso de que el certificado sí estuviera acomodado a la ley y expresara los títulos de adquisición con sus registros de los causantes directos e indirectos del demandante, tampoco demostraría dominio, porque, como dice la Corte, 'para comprobar el dominio en un juicio reivindicatorio debe presentarse la prueba específica correspondiente, la escritura registrada, según los términos del artículo 639 del Código Judicial; y no el certificado del Registrador, que es un elemento complementario de los títulos que requieren la solemnidad del registro, pero en ningún caso constituye el título mismo,

y porque solo excepcionalmente puede servir de prueba supletoria de éste, en el evento del artículo 2675 del Código Civil, comprobándose, previamente, las situaciones allí previstas' —Tomo 72 de la G. J., pág. 65—.

"Tampoco demuestran el dominio en favor del actor las copias de los memoriales dirigidos a la Secretaría de Obras Públicas Municipales de La Dorada por la señora Susana Samper Ramírez. Estos de por sí no constituyen un título. Ni demuestran posesión material de la mencionada señora, pues la ley civil es clara cuando dispone que 'se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión' —Artículo 981 del Código Civil—, no hallándose incluídos entre estos 'hechos positivos' la afirmación que de ellos se hagan ante las autoridades o ante los particulares.

"Los declarantes presentados por el demandante, en el plenario de la primera instancia, o el Secretario del Juzgado receptor de las declaraciones, incurrieron en la grave anomalía de atestar en forma de copia el testimonio pedido, según el memorial de pruebas, infringiendo lo dispuesto por los artículos 687 y 688 del Código Judicial. Empero esa deficiencia, las declaraciones no establecen hechos trascendentales en la causa o de influencia decisiva en el juzgamiento. Se refieren a la posesión material que ejerciera la señora Susana Samper Ramírez, la cual tomó la señora Carrera el 4 de octubre de 1956, sin que el heredero, señor Efraím Samper Ramírez, hubiera procedido conforme a la ley para recobrarla u obtener su restitución".

De lo anterior infiere el juzgador que el demandante no ha demostrado un mejor derecho en relación con la posesión por él reconocida a la demandada.

La demanda de casación.

Los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal de Manizales, los concreta el recurrente del modo siguiente:

"1º Violación indirecta de ley sustantiva por indebida aplicación al caso del litigio, a que se llegó al través de errores de hecho y de derecho en la falta de apreciación de determinadas pruebas, y en la apreciación de otras.

"2º Violación de ley sustantiva por infracción directa como resultado de los mismos errores de hecho y de derecho en la falta de apreciación de más (sic) pruebas y en la apreciación de otras. En subsidio, formulo el mismo cargo con el calificativo de *violación* indirecta de ley sustantiva como consecuencia de estos errores".

La argumentación fundamental con el ánimo de obtener la infirmación de la sentencia impugnada y para sustentar los dos cargos, a más de otras razones circunstanciales, es la de que el Tribunal dejó "de apreciar en absoluto, con manifiesto error de hecho y de derecho" la constancia procesal contenida en el acta de la diligencia de secuestro practicada dentro del juicio de sucesión de Susana Samper del 11 de marzo de 1958, en la cual se dijo: 'Una vez identificado el inmueble en la forma anterior, se presentó la señora Carmen E. Carrera *alegando mejoras* en el inmueble y manifestando se oponía a que tal diligencia se llevara a término, sin que para ello hubiera exhibido comprobante alguno para respaldar su oposición. En vista de lo anterior, el Juzgado hace el secuestro en forma simbólica, y le previene para que en lo sucesivo se entienda con el secuestre designado, señor don Elías Ospina".

"De la manera más clara se ve aquí que la señora Carmen Carrera no formuló su oposición al secuestro como *poseedora* del *inmueble,* es decir, *con ánimo de dueño,* sino simplemente como *retenedora* por concepto de *mejoras.*

"El Tribunal omitió apreciar este elemento de prueba, siendo como es de influencia manifiesta en el proceso, como que se relaciona directamente con la calidad en la cual tiene la demandada en su poder el inmueble materia del juicio. Incurrió así en manifiesto *error de hecho* en tal omisión, que al propio tiempo es de *derecho,* por cuanto no le reconoció a la referida constancia el valor de plena prueba respecto de la calidad en que se presentó la opositora respecto del inmueble materia del proceso, y como parte integrante de un documento público que *hace fe contra los declarantes* por mandato del artículo 1759 del Código Civil (última parte del primer inciso), y del 630 del Código Judicial".

Se refiere también a la diligencia de secuestro practicada el 25 de marzo de 1957, en el mismo juicio de sucesión, en la cual hubo oposición por parte de la propia demandada Carmen Carrrera, y dice que el Tribunal omitió apreciar este elemento de prueba, "siendo como es de manifiesta influencia en el proceso", incurriendo por razón de tal omisión en doble error, de hecho y de derecho: "de hecho en cuanto a la omisión en sí misma, y de derecho en cuanto no le asignó a la declaración en referencia el valor de plena prue-

ba contra la opositora, en lo referente a la calidad en que se presentó...".

A pesar del argumento anterior, continúa el recurrente:

"Es oportuno observar aquí que la constancia de haber comprobado la opositora *con información sumaria extrajudicial* en el acto de la diligencia de que se trata, tener mejoras en el inmueble materia de ella, limitó sus efectos a aquel acto, sin que puedan extenderse al presente juicio, toda vez que, como en la constancia misma se dice, la prueba consistió en 'información sumaria extrajudicial', es decir, producida *fuera de juicio* y *sin citación* de parte contraria. Y no habiéndose elevado a la categoría de prueba *plenaria* y *judicial* dentro del presente juicio, no hace parte del proceso, para que así pudiera estimarse en el fallo como prueba. Obsérvese que ni siquiera se dice cuál fue ese medio de información sumaria y extrajudicial presentada en la diligencia, ni cuáles fueron las mejoras que la opositora pretendía hechas por ella".

Con referencia a los testimonios de Filomena Rico, Rafael Betancourt, Felisa Millán, Bernardo Londoño y Efraím Samper Ramírez, que el Tribunal, al estudiarlas, declaró que no establecen hechos trascendentales en la causa o de influencia decisiva en el juzgamiento, asevera el recurrente el doble error de hecho y de derecho en que cayera el fallador, no apreciando como decisivos en el proceso esos testimonios, en cuyo estudio individualizado se detiene el recurrente, para oponer su criterio al del sentenciador.

De estos prolegómenos infiere el impugnante lo siguiente:

"Pero es lo evidente que en este estado de cosas no puede haber posesión por parte de la ocupante ni de la totalidad del inmueble, ni de la sola edificación. No de aquél, porque se ha reconocido dominio ajeno sobre el terreno. No de ésta, porque la edificación *accede* al terreno, formando con él un todo jurídicamente indivisible. Lo único que de esta situación resulta es la *retención* del inmueble así formado por quien levantó a sus expensas la edificación, mientras no se le pague el valor de ésta. Y el retenedor en este caso es un *mero tenedor* en lugar y a nombre de quien se hizo dueño del todo por *accesión*.

"Y no porque el apoderado de la demandada haya dicho en la contestación de la demanda que su mandante 'ha poseído con justo título y buena fe, en forma pacífica, tranquila e ininterrumpida el inmueble a que se refiere la demanda', ha de entenderse que la demandada se presenta como poseedora del inmueble. Porque, de un lado, como ya se dijo, en presencia de la declaración de que otro es el titular del dominio del suelo, aquella afirmación de posesión debe entenderse limitada a la edificación, que no puede ser poseída aisladamente. Y de otro lado, la sola afirmación de ser poseedor, hecha por quien tiene en su poder una cosa, no implica que en realidad lo sea, máxime cuando en contra de tal afirmación obran circunstancias que excluyen el *ánimo de dueño*".

Asimismo, según el escrito de casación, "en la demanda no se ejercita de manera específica la acción reivindicatoria propiamente dicha, que se dirige contra el *actual poseedor*. Se persigue la restitución de la finca y sus frutos, lo que también es propio de otra acción que se rige por las mismas normas de aquélla, excepto el requisito de que se dirija contra el actual poseedor, pues tiene lugar contra quien *retiene indebidamente* una cosa, así sea sin ánimo de dueño. Es la acción de recobro o restitución de que trata el artículo 971 del Código Civil".

Como resumen de lo anterior deduce el recurrente las siguientes consecuencias:

Haberse atribuído por el Tribunal a la demandada la calidad de poseedora del inmueble materia del litigio;

No haber ejercitado el demandante la acción reivindicatoria propiamente dicha, sino la de recobro, por ser la demandada simple retenedora, y

No haber asumido la demandada, ni en este juicio ni en los actos jurídico-procesales anteriores a éste, la calidad de poseedora.

Como resultado de los errores anteriores, señala el recurrente error de derecho en la sentencia impugnada al apreciar la escritura 189 de 1959, "por no haberle reconocido a dicho instrumento el valor de plena prueba que le asignan los artículos 1759 y 1765 del Código Civil, respecto de las declaraciones que en él hicieron los contratantes", por considerar a la demandada como poseedora. Estima también como errores de derecho la desestimación del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, como prueba de la tradición del inmueble, violando así, además de los preceptos civiles citados, el artículo 629 del Código Judicial.

Finalmente, y como fruto de los mismos errores, dice la demanda que el Tribunal desconoció el valor de plena prueba que le asignan los preceptos legales citados antes, y que por el camino de esos errores se violaron los artículos 762, por quebranto que "también puede calificarse de infracción directa si se considera que la norma fue aplicada al *hecho inexistente* de la posesión del demandado"; el 971, ibídem, por infracción

directa también, como los artículos 740 y 756 del Código Civil.

La Corte considera:

1º Sin incurrir en infidelidad subjetiva ni desconocer el medio probatorio, el Tribunal dio validez a la aseveración del demandante en relación con la posesión de la parte demandada, sobre que ésta principió a poseer el inmueble objeto de la reivindicación el 4 de octubre de 1956 y, además, el mismo libelo, en cuanto por haber iniciado la acción reivindicatoria a que el juicio se refiere, lleva implícita la afirmación de ser el demandado el actual poseedor. Igualmente tuvo el fallador la contestación de la demanda como aceptación de esa calidad afirmada por la demandada, máxime por haber propuesto ésta la excepción de prescripción adquisitiva de dominio.

Sin embargo, el recurrente afirma que el Tribunal incurrió en errores de hecho evidente y de derecho al tener como prueba los medios antes referidos, cuando, en verdad, dichas afirmaciones, que entre otras cosas constituyen elementos configurativos de la acción reivindicatoria, son bastantes para catalogarla como lo hizo el Tribunal y para tener a la demandada, en razón de la misma afirmación del demandante, como poseedora del inmueble.

Los hechos y las peticiones de la demanda fueron claros para el Tribunal. En unos y en otras encontró propuesta por el demandante la acción de reivindicación. Afirmó ser dueño del inmueble, y para demostrarlo presentó la escritura 189 de 1959; dijo no estar en posesión de él, y señaló como poseedora a Carmen Carrera, la demandada; no distinguió ni hizo separación alguna respecto a que si la reivindicación se dirigía solamente a obtener la restitución del lote, reconociéndole a la demandada la edificación de la casa en él construída, sino que solicitó la reivindicación del lote y casa, como un todo indivisible. Sólo que en la parte final de la demanda el actor dijo ser la acción "reivindicatoria o de recobro".

Ninguno de los hechos ni de las peticiones alude a esa acción. Estas tienen sus elementos característicos propios y determinados, de tal manera que no pueden confundirse unas con otras, hasta el extremo de que si la acción está bien configurada en cuanto a los hechos y a las peticiones, no importaría ni la equivocación ni la falta de cita de las disposiciones legales que la fundamentan.

Resulta que para el impugnante no debe tenerse como prueba ni la demanda en cuanto a sus afirmaciones, entre ellas la de ser la demandada poseedora, ni las de ésta en cuanto acepta esa calidad y ratifica lo que el demandante asegura; pretende que la demandada es retenedora por lo que ésta afirmó en las diligencias de secuestro y que, por tanto, la acción es de recobro, con lo cual desconoce la pretensión ejercitada por el demandante.

La demanda como acto de incoación del proceso, no solamente señala el contenido de la sentencia, sino los límites en que se va a desarrollar la actividad de los sujetos de él. Cuando el reivindicante afirma la calidad de poseedor del demandado, coloca a éste en la alternativa de afirmar que no lo es y de indicar en ese caso en nombre de quien tiene, o de aceptar la calidad reconocida por el actor.

En el primer supuesto, el fallo de la excepción dilatoria define la situación y el juicio se sigue con el demandado o se paraliza frente a él. En el segundo evento, la calidad que el demandante reconoce al demandado, y que éste acepta, no puede ser negada por aquél en el desarrollo del proceso, porque haría nugatorio el juicio en el cual pretende el reconocimiento de su calidad de dueño. Proponer por el demandante, como medio defensivo el de que el demandado no es poseedor, como sucede en la demanda de casación, es contradecir la acción misma y negarse a obtener una voluntad concreta de la ley buscada por medio de la pretensión.

Para evadir esta antinomia, se afirma que la acción no es de reivindicación sino de recobro, porque "al expresar los fundamentos de derecho, el demandante no señala las disposiciones especiales referentes a la acción reivindicatoria propiamente dicha, sino a todo el Título 12 del Libro 2º del Código Civil, dentro del cual se encuentra el citado artículo 971, que consagra la acción a que me refiero".

Tendría eficacia el argumento si las disposiciones que regulan la acción de reivindicación estuviesen en un título distinto del Código Civil. Mas sucede que el título citado contiene y consagra la acción del dueño contra el poseedor y también la del artículo 971; no cabe, entonces, excluír esas reglas generales, para tener por fundamento de la acción un principio de excepción como es el contenido en el artículo 971, que no regula ni la acción de reivindicación que se ejercita frente al poseedor, ni la de recobro que autoriza el artículo 739 del Código Civil, no citado en el libelo, sino la de simple restitución que se adelanta con el mero tenedor en casos señalados por la jurisprudencia, como éstos: "el poseedor material de una cosa en que está vincu-

lado un derecho o cuota de otro, que no desconoce, pero que se niega a entregársela; el propietario de la cosa cuyo usufructo en mano ajena terminó y a quien no se le entrega porque el usufructuario se niega a hacerlo; el dueño de una cosa ocupada por otro como administrador que, sin negarle ese dominio, no se la entrega, están autorizados para acudir a ese procedimiento y obtener la aplicación de estas reglas, a fin de recuperar, aprovechando la mencionada extensión concedida por aquella disposición legal, sin que por ello pueda decirse que en rigor de verdad es un reivindicante que está ejerciendo precisamente la acción de dominio, tal como si éste le fuese desconocido por el respectivo condueño, usufructuario o administrador, que para no entregar adujera ánimo de señor". (Casación, 8 diciembre 1944, LVIII, 173).

Cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó dentro de las circunstancias previstas en el artículo 739, inciso 2º, no ha perdido la posesión de la cosa, su acción es simplemente de recobro porque el edificador reconoce el dominio ajeno sobre el suelo.

Dice el demandante en el libelo, que no tiene la posesión; su acción, por tanto, es de dominio, y aún más, se niega a pagar la edificación, y, para obtener que el Tribunal revocara la condenación hecha contra él, en la sentencia de primer grado, apeló "en cuanto por ella se le reconoce a la demandada el derecho a que se le abonen mejoras, ya que nunca las ha puesto, y que además no comprobó dentro del juicio", lo cual es incompatible con el pretendido ejercicio de la acción de recobro.

2º La oposición hecha en los secuestros verificados en el juicio de sucesión por la demandada Carmen Carrera son de carácter intransitivo, y efectuada para defenderse de lo que con el secuestro trataba de obtenerse.

No se le podría exigir haber opuesto medios distintos de defensa que los indispensables en ese momento para obtener el amparo de su derecho. Por eso no puede interpretarse que por no haberse llamado poseedora, no lo sea, cuando los actos cumplidos demuestran que lo es, y las pruebas lo atestiguan, según lo estudió el Tribunal al fallar este negocio en el que, uno de los extremos de la acción, es precisamente la posesión que el demandante afirma, la demandada confirma alegando la prescripción, los testigos corroboran y, requisito, el de la posesión, que por ser elemento constitutivo de la acción y de la relación sustancial, preexiste al proceso.

Afianza a lo anterior el hecho de que los funcionarios judiciales que practicaron las diligencias de secuestro no lo cumplieron sino simbólicamente, advirtiéndose que estas diligencias fueron anteriores al título traído por el demandante al juicio para demostrar su dominio. (Escritura 189 de 1959).

De lo cual se desprende la improsperidad de los cargos contenidos en la demanda de casación.

RESOLUCION:

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de fecha veinticinco (25) de octubre de mil novecientos sesenta (1960), proferida en este juicio ordinario de Manuel Duque Duque contra Carmen Carrera, sobre dominio de un inmueble.

Sin costas porque no se causaron.

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

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

TACHA POR INFRACCION DIRECTA DEL ARTICULO 30 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. — TECNICA DEL CARGO POR ERROR DE DERECHO. — ESTIMACION DE LA BUENA FE

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada).

Vicente López Gómez, en libelo contra el Municipio de Cali, representado por el Personero Municipal, repartido al Juez 1º Civil de aquel Circuito, relató los siguientes hechos que se resumen así:

El Concejo Municipal de Cali ordenó negociar o expropiar la zona para prolongar la carrera 2ª entre calles 17 y 18, en proposición número 83 de enero de 1942.

En lugar de proceder así, el Municipio invadió el edificio antiguo que el demandante López Gómez había adquirido por escritura 329 de 28 de febrero de 1939, autorizada en la Notaría 2ª de Cali, marcado con los números 1-A-38/60, y delimitado como reza este hecho. En esta forma, sin previa ni posterior notificación, López Gómez fue despojado del terreno y locales en él construídos para prolongar la vía pública dicha, y diez locales más del edificio fueron inundados con grandes cantidades de tierra.

El Municipio omitió construír el muro de contención para evitar la inundación de los diez locales, cuyo piso quedó a dos metros bajo el nivel de la prolongación de la carrera 2ª. Así se vio obligado López Gómez a levantar el muro y a destruír los diez locales invadidos de tierra. López Gómez construyó un edificio de dos plantas en el sitio ocupado por los locales llenos de tierra, de los cuales fue despojado por el mismo Municipio en enero de 1949 por medio de contratos de arrendamientos celebrados por el Alcalde y el Personero Municipal es con los inquilinos que los ocupaban a nombre de López Gómez.

El Municipio de Cali fue condenado en juicio posesorio a restituírle a López el nuevo edificio, y dispuso que en juicio separado se resolviera lo concerniente al pago de los perjuicios causados con el despojo.

A pesar del despojo que ha privado al actor de los bienes especificados y de su renta a partir de marzo de 1942, el Municipio le ha venido exigiendo el pago de valorización y catastro del citado inmueble.

Basado en estos hechos, López Gómez demanda al Municipio de Cali en juicio ordinario, para que se hagan las siguientes declaraciones:

I. Que por lo dispuesto en el artículo 1612 del Código Civil y no poderse deshacer una calle pública, "se condene al Municipio de Cali a pagarle al actor el terreno de que fue despojado para prolongar la carrera 2ª entre calles 17 y 18 de Cali, por el precio que se establezca en el juicio por medio de peritos o en la forma prevista en el artículo 553 del Código Judicial, señalando en ambos casos el precio que ese mismo terreno tenga en la fecha del pago".

II. Que se condene al mismo Municipio a pagarle al demandante López Gómez los perjuicios que le causó tanto por la destrucción de parte del edificio para la prolongación de la carrera 2ª como por la inundación de los locales del mismo edificio con tierra por la omisión en construír el muro de contención impuesto por la misma obra. La determinación de estos perjuicios se hará bien en el curso del juicio por medio de peritos, bien por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

"El derecho de esta acción emana de los artículos 2342, 2341, 2343, 2344, 1629 y 1494 del Código Civil, 209 y pertinentes del Código Judicial".

El Personero Municipal contestó el traslado de la demanda negando los hechos y el derecho invocado, y proponiendo las excepciones de inepta demanda, prescripción, petición de modo indebido "y cualquier otra que resultare probada".

El Juzgado falló el primer grado del juicio el 22 de abril de 1957 condenando al Municipio a las siguientes prestaciones a cargo del mismo:

Primera. A pagarle "al demandante López Gómez el valor del terreno que le despojó para prolongar la carrera segunda entre calles 17 y 18 de Cali".

Segunda. A pagarle el valor de los perjuicios que le causó con la destrucción de parte del edificio antiguo para la prolongación de la misma vía, "como por la inundación con tierra, por la omisión de construír el debido muro de contención de tierra necesario para dicha obra pública". El monto de este pago se hará también por los trámites del artículo 553 del Código Judicial.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de 24 de marzo de 1961, por la cual desató la apelación interpuesta por el Personero Municipal, dispuso:

Primero. Confirmar el punto primero del fallo del Juzgado con la adición de deducir del precio de la faja de terreno ocupado para la prolongación de la carrera 2ª, la valorización "debida por las obras llevadas a cabo por el Municipio de Cali para la prolongación de la carrera segunda expresada. Sobre tal suma se liquidarán los intereses legales desde la contestación de la demanda hasta que se verifique el pago".

"Segundo. Revocar los puntos segundo y tercero de la sentencia expresada, y en su lugar absolver al Municipio de los puntos segundo y tercero contenidos en la parte petitoria de la demanda".

Motivación de la sentencia de segunda instancia.

Considera que la demanda acumula tres acciones de condena "de naturaleza diferente contra el Municipio de Cali": I. Por el valor del lote de terreno de propiedad del actor, que ocupó el Municipio de Cali para prolongar la carrera 2ª. II. Por "los perjuicios causados al actor por los trabajos de construcción de la carrera segunda entre calles 17 y 18". III. Por los perjuicios que recibió con el despojo por el cual fue condenado el mismo Municipio.

En relación con la primera, el Tribunal advierte que la acción reivindicatoria se encamina a reclamar el valor del terreno ocupado por el Municipio de Cali en una vía pública. Admite que los elementos de la reivindicación se hallan comprobados, pero como los peritos a la zona ocupada le señalan el valor que tenía al tiempo del avalúo, considera que de éste debe descontarse la valorización que recibió por causa de las obras ejecutadas por el Municipio. De ahí la adición ordenada a la parte confirmada de la sentencia de primer grado.

Sobre la segunda súplica expresa la sentencia: "... no existe en el expediente prueba alguna de un daño material y cierto que hubiera sido causado por determinados agentes de la Administración, de cuyas actuaciones debiera responder la misma Administración Pública, de acuerdo con lo estatuído en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil. En tales circunstancias debe absolverse a la entidad demandada de la petición respectiva formulada en la demanda. Por tanto, la Sala habrá de revocar el punto segundo de la parte resolutiva de la sentencia que se revisa".

Análoga observación hace respecto de la tercera súplica, para concluír: "No pareciendo, pues, demostrados en parte alguna los perjuicios causados por el actor con motivo de una sentencia dictada en un juicio posesorio adelantado contra el Municipio de Cali, debe concluírse que no es jurídica la condenación decretada contra el Municipio de Cali".

Recurso de casación.

El demandante impugnó la sentencia del Tribunal en recurso extraordinario de casación que fundó con demanda, en la cual le hace dos cargos que pasan a examinarse:

I

Lo expone así: "1º Dicha sentencia del honorable Tribunal de Cali es violatoria de ley sustantiva, por infracción directa del artículo 30 de la Constitución Nacional y de todas las leyes que regulan la materia. El primero impone la obligación de obtener sentencia de expropiación y de hacer el pago previo, o sea antes de invadir y destruír locales de renta ajena, y también para convertir en renta oficial las rentas de dichos locales de propiedad privada..., y fue absuelto de tamañas culpas".

Se considera:

Si bien, según doctrina de la Corte expuesta en fallo de veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos (LIV, 111), acogida en el de treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y nueve (91-122), el artículo 30 de la Carta, que hace parte del Título III de la misma incorporado como título preliminar del Código Civil, es susceptible "de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el motivo 1º del artículo 520 del Código Judicial", el cargo debe someterse a la técnica y alcance de

la casación como si se tratara de la infracción de cualquier norma sustancial.

Propuesta la tacha por infracción directa del artículo 30 de la Constitución, para su examen hay que acoger la estimación de las acciones instauradas y los hechos como los encontró el fallador de segunda instancia.

Habiendo hallado que por la primera acción se reclama el precio de la zona ocupada por el Municipio de Cali para la prolongación de la carrera segunda, el cual halló demostrado, menos en cuanto los peritos en su fijación incluyeron la valorización que el terreno adquirió por las obras que realizó la misma entidad, en virtud de lo cual ordenó fijar el precio mediante el procedimiento señalado en el artículo 553, no se ve cómo haya violado el sentenciador el artículo 30 de la Carta si despacha favorablemente la súplica de la demanda, pero con la aclaración de que el precio que debe fijarse al terreno es el que tenía en la época de la ocupación, no en la fecha del peritazgo, por la indiscutible razón de que las obras de prolongación de la vía a que fue destinado han aumentado su valor. No puede haber trasgresión de la citada norma, dado que la indemnización que se ordena comprende el precio de la propiedad ocupada en este caso, que es lo pedido en la primera súplica del libelo.

La violación "de todas las leyes que regulan la materia no cuenta en el estudio de la censura, ya que en los términos del artículo 531 del Código Judicial el recurrente en la formulación de cada cargo debe citar concretamente los textos legales que estime infringidos".

Tampoco hay trasgresión directa de la citada norma constitucional por haber negado la sentencia las súplicas segunda y tercera referentes a perjuicios sufridos por el demandante, si, como lo dice el Tribunal, no se demostraron esos perjuicios. La acusación en caso tal, para desvirtuar la apreciación del fallador, si era demostrable, debería haber sido por infracción indirecta proveniente de error evidente de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas que establecieron lo contrario.

No prospera la tacha.

II

El segundo cargo lo enuncia en estos términos: "Negar la culpabilidad y todas las pruebas aducidas a este juicio, no constituye error de hecho ni simple apreciación errónea de leyes ni de ciertas pruebas, sino grave error de derecho, el cual 'constituye', según el artículo 768 del Código Civil, 'una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario'. Esto es tan cierto que sólo con mala fe se le pudo disculpar al reo de los delitos de invadir edificio privado, destruír locales de renta ajena y convertirlos en vía pública; para cobrar por medio de la Junta de Valorización el valor del terreno usurpado contra mandato expreso de ley sustantiva, más el valor de las tres capas de tierra, de balastro (sic) de pavimento con que se le convirtió en vía pública". Para que el Tribunal dijera que no hay invasor sino poseedor de buena fe vencido con derecho a que se le pague la tierra y el balasto con que mejoró el terreno cobrado por la Junta de Valorización a los beneficiados con dicha vía.

Pide se dicte sentencia acorde "con las pruebas aducidas al proceso y las leyes que regulan la materia", no dejando como lo hizo el Tribunal para otro juicio ordinario las cuestiones que debía resolver en éste, observando que la obligación era expropiar y pagar previamente tanto el terreno como las construcciones destruídas respecto del primer despojo; y en cuanto al otro, consistente en la sustitución de los inquilinos del propietario por los del despojante, la obligación, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 30 de la Constitución Nacional, era de pagar todos los perjuicios no como poseedor de buena fe, sino desde el día de la contravención, según el artículo 1615 del Código Civil. Transcribe los artículos 768, ibídem, que define la buena fe, y 789, ibídem, en virtud del cual quien se apodera de inmueble inscrito no adquiere posesión, y termina: "Dadme el hecho probado y yo os daré el derecho, suele repetir esa Suprema Corte, en virtud de lo cual imploro que se le dé el derecho respectivo a cada uno de los hechos cuyas pruebas fueron aducidas a este proceso".

Considera la Corte:

El impugnante no "expresa la causal que invoca para pedir la infirmación del fallo", como lo ordena el artículo 531 del Código Judicial, entre los requisitos a que debe someterse la demanda de casación.

Pero no es esto sólo sino que agrega que la negación de las pruebas aducidas al juicio no constituye error de hecho ni apreciación errónea de ciertas pruebas ni interpretación errónea de leyes descartando expresamente la infracción indirecta de ley sustantiva por error de hecho y de derecho, y su violación directa por interpretación errónea de la misma.

Y el "grave error de derecho" que podría constituír una censura por violación directa o apli-

cación indebida de normas sustanciales, adolece del defecto de no especificar cuál de estas dos modalidades de quebranto contiene el fallo, porque ambas no pueden darse al tiempo. Y el conducir el grave error de derecho a una presunción de mala fe endilgada al fallador, en cuanto dispuso que en la fijación del precio del terreno ocupado debía tenerse en cuenta el mayor valor adquirido por las obras efectuadas por el Municipio, constituye un agravio a los administradores de justicia, extraño e inaceptable en un abogado conocedor de su responsabilidad y consciente de sus deberes, el cual, para rebatir las equivocaciones en que haya podido incurrir el Tribunal, cuenta con el recurso de casación para presentar debidamente y demostrar las tachas contenidas en el fallo, no en la conducta del fallador.

Pretender que la Corte dicte una sentencia acorde con los hechos cuyas pruebas fueron aducidas al juicio, es confundir el recurso extraordinario de casación, que no puede actuar sino dentro del ámbito de las causales técnicamente invocadas y demostradas, con un alegato de instancia, en el cual caben todos los planteamientos posibles sin sujeción a normas estrictas, dado el amplio poder de apreciación que tiene el fallador de instancia.

Finalmente, la estimación de la buena fe del demandado es una cuestión sometida al poder discrecional del fallador con respaldo en la presunción que de ella consagra el artículo 769 del Código Civil, excepto en los casos en que aparezca desvirtuada dicha presunción, lo cual no ha sucedido en el presente caso contra el Municipio de Cali.

El cargo es inoperante.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veinticuatro de marzo de mil novecientos sesenta y uno, en el juicio ordinario seguido por Vicente López Gómez contra el Municipio de Cali.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REVISION DE SENTENCIAS.—CAUSAL 2ª DEL ARTICULO 524 DEL CODIGO JUDICIAL

Es hecho extraño a la falsedad de documentos apreciados en el proceso, el que determinados testimonios no se hubieran recibido en el juicio por culpa de la parte favorecida con la sentencia.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada).

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Gachetá falló el 21 de agosto de 1958 el juicio reivindicatorio del inmueble denominado "El Cascajal" o "El Helecha", situado en jurisdicción de Junín, encerrado por los linderos especificados en demanda instaurada por Joaquín María y Carlos Julio Lee Achury contra Isidro Bejarano Chítiva, con las siguientes declaraciones:

1ª Probada la excepción perentoria de carencia del derecho de dominio en los demandantes sobre el bien reclamado.

2ª El demandado Bejarano Chítiva es dueño de dicho bien "por prescripción adquisitiva del dominio".

3ª Ordenó la inscripción de la demanda.

El Tribunal Superior de Bogotá, a virtud de alzada interpuesta por los demandantes, profirió sentencia el 20 de octubre de mil novecientos sesenta y uno, por la cual revocó en todas sus partes la de primer grado y, en consecuencia, resolvió:

1º Declarar no probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado Bejarano Chítiva.

2º Negar las súplicas de la demanda de reconvención, y consecuencialmente absuelve a los "demandantes Lee Achury de los cargos que se les formularon en ella".

3º Condena a Bejarano Chítiva a restituírles a los demandantes Lee Achury dentro del término de seis días, contados desde la ejecutoria de la sentencia, el globo de terreno "El Cascajal".

4º También lo condena a pagarles los frutos civiles y naturales que el inmueble produjo o que hubiera podido producir desde el mes de enero de 1939 hasta el día de la restitución.

5º Ordena cancelar el registro de la demanda.

El Tribunal motivó sus decisiones en que, según la escritura número 162 pasada en la Notaría de Junín el 1º de junio de 1938, Natividad Moreno vendió a su hija Euselina Achury el predio "El Cascajal", reservándose el derecho de usufructo hasta su muerte, que ocurrió el 21 de enero de 1939; que las declaraciones rendidas por Ramón Achury, Gabriel Moreno Medellín y Víctor Gabriel Moreno R. confirman la venta que Natividad Moreno hizo a su hija Euselina del terreno en litigio con la reserva del usufructo; y que la vendedora siguió poseyendo el bien hasta su fallecimiento y beneficiándose de los productos de él. Deduce que la posesión material de Bejarano Chítiva no pudo comenzar sino en el mes de enero de 1939 y continuó hasta el 8 de octubre de 1959, en que se le notificó la demanda de reivindicación, sin que se alcanzara a cumplir el término de veinte años exigido por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936 para la usucapión extraordinaria.

Añade a esto que los actores a su título contenido en la escritura número 20 de 14 de febrero

de 1957, mediante la cual Euselina Achury les vendió el inmueble objeto de la demanda, acompañaron copia del instrumento por el cual Natividad Moreno le vendió el mismo bien en 1938 a Euselina. Encuentra así que, siendo anteriores los títulos de los demandantes a la posesión de Bejarano Chítiva, quien no adujo título alguno, la reivindicación debe prosperar.

A la prueba presentada por el demandado, compuesta por el testimonio de Marcelino Rodríguez, Vicente Achury, Ramón Achury, Luis Angel Achury, Leonidas Muete, Avelino Garavito, Patrocinio Caraballo, José del Carmen Rodríguez Peña, Bernardo Chítiva, Aparicio Moreno, Emelina Parra de Beltrán y Vitelia Moreno, le observa que, aunque la mayoría de estos testigos depone que Bejarano Chítiva ejerció actos posesorios por más de treinta años, acoge el testimonio de Ramón Achury, Gabriel Moreno Medellín y Víctor Gabriel Moreno, aducido por la parte actora, por cuanto su dicho se halla acorde con los actos de que dan cuenta las dos escrituras presentadas por los demandantes, por constarles no solamente estos hechos, sino lo posesión del inmueble por Natividad Moreno hasta su muerte, y el haberle confiado ésta el predio de "El Cascajal" a Bejarano Chítiva para que se lo administrara.

Isidro Bejarano Chítiva, por medio de apoderado, entabla demanda de revisión de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, con fundamento en la causal 2ª del artículo 542 del Código Judicial.

Al efecto acompaña a su libelo copia de las sentencias de primero y segundo grado, así como del auto de 11 de diciembre de 1961, por el cual se declaró ejecutoriada la del Tribunal.

También presenta las declaraciones rendidas extrajuicio por Adonías Achury Beltrán, Aparicio Moreno Moreno, Alberto Moreno, Alvaro Castañeda, Maximiliano Bejarano, Ana Rita Urrego de Bejarano, quienes exponen que Bejarano Chítiva tuvo en posesión por más de treinta años el predio de "El Cascajal".

Con relación a esta prueba dice el recurrente que "como uno de los requisitos que exige el Código de Procedimiento Civil para que prospere el recurso de revisión, es el de que por culpa de la parte favorecida no se hayan practicado algunas de las ordenadas en el juicio, acompaña la de los testimonios citados que no se tomaron dentro del juicio de acción de dominio, por culpa de la parte actora, y son de indispensable necesidad para establecer ante la ley sustantiva, el Código Civil y la Ley 120 de 1928, que mi mandante Isidro Bejarano adquirió por prescripción extraordinaria el dominio del globo de terreno, objeto del litigio, es por esto que interpongo el recurso de revisión a fin de que se repare el derecho quebrantado por la sentencia cuya revisión solicito y se pida el expediente al Juzgado del Circuito de Gachetá, quien fue la entidad que profirió la sentencia de primera instancia".

Agrega que en derecho funda la petición en la causal segunda del artículo 542 del Código Judicial por tratarse de "piezas decisivas detenidas por culpa de la parte favorecida".

Se considera:

El recurso de revisión que el artículo 542 del Código Judicial establece contra una sentencia ejecutoriada proferida por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior es distinto del juicio mediante el cual la ley autoriza revisar en juicio ordinario las sentencias proferidas en ciertos juicios especiales. El recurso de revisión tiene un carácter más extraordinario, si se quiere, que el de casación, porque se dirige contra sentencias ejecutoriadas y va en cierta manera contra la eficacia de la cosa juzgada, porque por él se enjuician sentencias ejecutoriadas. Por el carácter de extraordinario que tiene, sólo cabe en los cuatro casos taxativamente señalados en el citado artículo 542. No se puede introducir sino dentro de los dos años siguientes a la publicación de la sentencia, y con la demanda el recurrente debe acompañar "las pruebas en que funda la solicitud" (art. 544, ibídem). "Esta prueba documental que debe acompañarse al escrito en que se interpone la revisión se exige y considera, como es obvio, en calidad de base legal para la admisión del recurso, ya que el estudio y apreciación de su mérito demostrativo como el de las que se produzcan en el término probatorio, como base de la revisión, esto es, su capacidad rectificadora o destructora de la convicción judicial en que se fundó la sentencia, es la cuestión de fondo que se decide en la sentencia que defina el recurso". (T. LV, pág. 533).

De conformidad con estas exigencias, se tiene:

No se trajo constancia de la publicación de la sentencia, pero por la fecha de ésta, 20 de octubre de 1961, y la de fijación del edicto de notificación de la misma, 14 de noviembre del mismo año, se infiere que la publicación fue anterior a la de fijación de edicto. Y como la demanda se presentó el 22 de agosto de 1962, se hizo dentro del término legal.

La causal invocada es la segunda que dice: "Si recayó (la sentencia) en virtud de docu-

mentos que al tiempo de dictarse no eran conocidos como falsos por una de las partes, o cuya falsedad se ha reconocido o declarado después''.

El recurrente hace consistir esta causal en que los testimonios recibidos extrajuicio que presenta con la demanda, no se recibieron en el juicio por culpa de la parte favorecida en la sentencia. Este hecho nada tiene que ver con la causal de revisión invocada, ya que ésta toca con documentos que la parte recurrente no pudo tachar en el juicio, porque ignoraba la falsedad de que adolecían o porque ésta no se reconoció o declaró sino después de proferida la sentencia. No haberse recibido unas declaraciones dentro del juicio por culpa de la parte contraria, es hecho extraño a la falsedad de documentos apreciados en el juicio.

En relación con la prueba testimonial que sirvió de base a la sentencia, la causal de revisión radicaría en que los testigos hubieran sido condenados por falso testimonio en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia, no en que no depusieron por culpa de los demandantes.

En consecuencia de las razones expuestas, no se da curso a la demanda de revisión presentada por el apoderado de Isidro Bejarano Chítiva contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 1961 por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que Joaquín María y Carlos Julio Lee Achury siguieron contra Isidro Bejarano Chítiva.

Devuélvase la suma consignada.

Notifíquese.

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL, REFORMA DE TESTAMENTO Y PETICION DE HERENCIA, PROMOCION DE LA ACCION CUANDO SE HA CEDIDO PARTE DE LOS DERECHOS EN LA SUCESION DEL PRESUNTO PADRE NATURAL

Sujeto pasivo muerto el pretenso padre. — No hay inconsonancia cuando la decisión, tácitamente, abarca la excepción alegada. — En casación la Corte debe situarse dentro de los límites que el impugnante le precise. — Autonomía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas. — Viabilidad excepcional de un cargo atinente a la materia del artículo 702 del Código Judicial. — Pluralidad de relaciones sexuales. — Derechos y obligaciones transmisibles que competen al cesionario. — Quiénes pueden instaurar la acción de petición de herencia, en cuanto restitutoria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., veinte de septiembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 14 de diciembre de 1960, en el juicio ordinario seguido por José Galeano frente a la sucesión de Luis Bernal Granados y al Hospital de San Vicente de Paúl, de Nemocón.

I

El litigio.

José Galeano demandó por la vía ordinaria a la sucesión de Luis Bernal Granados, representada por su heredero testamentario, el Hospital de San Vicente de Paúl, de Nemocón, y por el albacea Pedro Pablo Díaz, y a la misma institución en su dicho carácter hereditario, para que se hagan las declaraciones y condenas que en lo fundamental se compendian así:

Que José Galeano es hijo natural de Luis Bernal Granados, y, en tal carácter, su heredero forzoso o legitimario, con derecho a las tres cuartas partes de la herencia del causante;

que no tiene validez contra el referido derecho hereditario del actor, el testamento otorgado por Luis Bernal Granados, cuya apertura consta en la escritura número 1495 de 12 de marzo de 1953, de la Notaría 2ª de Bogotá, el cual queda reformado en el sentido de que las tres cuartas partes de la herencia corresponden al demandante José Galeano, y de que la institución de heredero en tal acto hecha a favor del Hospital de San Vicente de Paúl, de Nemocón, se reduce a la cuarta parte de libre disposición, sin perjuicio de los legados ordenados por el testador, los que deben cubrirse en su totalidad con cargo a la cuarta últimamente mencionada;

que si en el juicio de sucesión de Luis Bernal Granados ya se hubiere efectuado la partición de bienes, ésta y la sentencia que la aprobó carecen de valor en cuanto perjudique el derecho hereditario de José Galeano, y debe procederse a una nueva partición de acuerdo con lo determinado en los puntos anteriores;

que si el Hospital de San Vicente de Paúl, de Nemocón, ha entrado en posesión de los bienes de la herencia, los restituya a la sucesión de Luis Bernal Granados, representada por José Galeano, para efectos de la nueva partición; y, *en subsidio,* que restituya al actor los bienes que en ella se le adjudiquen a éste;

que, para efectos de la nueva partición, el nombrado Hospital debe restituír también a la dicha sucesión, representada por José Galeano, la totalidad de los productos, frutos, mejoras y aumentos de la herencia causados desde la muer-

te del *de cujus* hasta el día de la restitución; y, *en subsidio,* que debe restituír al demandante las dos terceras partes de los mismos, causados desde la fecha de la muerte del *de cujus* hasta el día en que se restituyan los bienes de la herencia o los que se adjudiquen al actor, y

que todas las restituciones de que se trata han de hacerse dentro de los quince días siguientes al fallo.

De los *hechos* que, en treinta y cuatro numerales, trae a cuento la demanda, puede extractarse lo sustancial, resumiéndolo así:

Que en el año de 1906 o 1907 el señor Luis Bernal Granados inició relaciones sexuales estables, notorias y continuas, con la muchacha Inés Galeano, en la casa de "El Molino de Vega", vereda de Paso Ancho, en el Municipio de Zipaquirá, caracterizadas por un tratamiento concubinario, y las cuales se prolongaron por varios años, ya en el referido lugar, ya en otros sitios;

que a los dos años más o menos de iniciadas esas relaciones nació un hijo, "fruto de tal unión", a quien se le bautizó con el nombre de José, en el año de 1908;

que Luis Bernal Granados atendió a Inés Galeano en el parto y pagó sus gastos;

que el mismo Bernal Granados reconoció a ese niño como hijo suyo, lo trató y presentó como tal, comportándose con él cual un buen padre, en forma notoria y pública, y que ese trato, apreciable por todo el vecindario de la vereda, duró por espacio de más de veinte años;

que más tarde, por haberse marchado José Galeano para contraer matrimonio, sin la aprobación de su padre, dejó de recibir de éste el trato y ayuda de tal, lo que además fue causa para que Bernal Granados dejara de reconocer a José en forma legal y de favorecerle en su testamento;

que el mismo Bernal Granados otorgó testamento cerrado con fecha 13 de octubre de 1945, el que fue abierto como consta de la escritura número 1495 de 12 de marzo de 1953, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, testamento en el cual instituyó como su heredero universal al "Hospital Municipal de San Vicente de Paúl, de Nemocón", e hizo unos legados en favor de terceros, y

que el dicho Hospital aceptó tal institución y está en posesión de los bienes de la mortuoria en calidad de heredero.

En *derecho* invocáronse en el libelo los artículos 1º, 4º, 12, 20, 23 y 24 de la Ley 45 de 1936, 1239 a 1264, 1274 a 1277 y 1321 a 1326 del Código Civil.

Sin contestación de la demanda y con producción de pruebas de una y otra parte, tramitose la primera instancia que concluyó con fallo del Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, de 20 de mayo de 1958, cuya parte resolutiva contiene las determinaciones, de que se hace el siguiente resumen, guardando el orden de sus respectivos numerales:

1. José Galeano es hijo natural de Luis Bernal Granados y de Inés Galeano;

2. en tal carácter, José Galeano es heredero universal y legitimario de Luis Bernal Granados;

3. José Galeano tiene derecho a recoger las tres cuartas partes de los bienes que constituyen la herencia del causante Luis Bernal Granados;

4. refórmase el testamento otorgado por éste el 13 de octubre de 1945, ante el Notario 2º de Bogotá, cuyas diligencias de apertura y publicación se protocolizaron en la misma Notaría mediante la escritura número 1495 de 12 de marzo de 1953, en el sentido de declarar que José Galeano, como heredero forzoso del causante Luis Bernal Granados, tiene derecho a que se le adjudiquen las tres cuartas partes de la herencia de éste;

5. el referido testamento de Bernal Granados no tiene valor ni efectos legales, en cuanto por él se desconocen los derechos hereditarios de José Galeano;

6. el mismo testamento tiene valor y surte sus efectos legales en cuanto a la institución de heredero hecha al Hospital Municipal de San Vicente de Paúl, de Nemocón, y a los legados establecidos para las personas indicadas en la cláusula 7ª del mismo, todo ello sobre la cuarta de libre disposición, sin perjuicio de los derechos del legitimario;

7. en la partición de los bienes, en el juicio de sucesión de Luis Bernal Granados, deben serle adjudicadas a José Galeano las tres cuartas partes de los que constituyen la herencia;

8. en la misma partición deben serle adjudicados al Hospital Municipal de San Vicente de Paúl y a los legatarios los bienes que les corresponden, tomándolos de la cuarta de libre disposición, o cuarta parte de los bienes que constituyen la herencia;

9. el albacea Pedro Pablo Díaz, a quien se le dio la tenencia y administración de los bienes de la herencia de Bernal Granados, debe restituírle al heredero José Galeano, hecha que sea la partición en el fallo ordenada, las tres cuartas partes de la herencia del causante;

10. se condena al Hospital Municipal de San Vicente de Paúl, de Nemocón, a pagar o resti-

tuír al demandante Galeano todos los frutos, naturales y civiles, productos, aumentos y mejoras producidos y obtenidos por los bienes que constituyen la herencia del causante Luis Bernal Granados, en una proporción equivalente a las tres cuartas partes desde la contestación de la demanda hasta cuando se verifique dicha restitución, que deberá cumplirse dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria del fallo, y

11. sin costas en la instancia.

Por apelación de ambas partes, definiose el litigio en segundo grado, mediante la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 14 de diciembre de 1960, por la cual —con salvamento de voto de uno de los Magistrados dedicado especialmente a sostener la imposibilidad de aplicar el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, sobre declaración judicial de la paternidad, a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, se decidió lo siguiente:

"*Primero. Confirmar,* como en efecto confirma, la sentencia recurrida, salvo en lo que se refiere al numeral noveno, el cual queda así: Declárase que el albacea testamentario, señor Pedro Pablo Díaz, a quien se le dio la tenencia y administración de los bienes de la herencia del causante Luis Bernal Granados, o el Hospital de San Vicente de Paúl, de Nemocón, en caso de haber recibido los bienes de aquél, debe restituír al heredero José Galeano, una vez hecha la partición y distribución de los bienes de la sucesión en los términos ordenados en el presente fallo, las tres cuartas partes de la herencia; y se *revoca* el numeral once, y en su lugar se condena en costas de la primera instancia a la parte demandada.

"*Segundo.* Costas del recurso a cargo de la sucesión demandada".

Interpuesto por parte de la sucesión y del Hospital demandados el recurso de casación y formulada por su mandatario la demanda respectiva, la que fue contradicha por el apoderado de la parte opositora, ha llegado el momento de que la Corte se pronuncie sobre este recurso.

II

La sentencia acusada.

Partiendo de la premisa de ser doctrina jurisprudencial imperante, la de que la acción de paternidad natural consagrada por la Ley 45 de 1936 puede instaurarse, no sólo contra el presunto progenitor en vida, sino, muerto éste, contra quien legalmente lo represente, y estimando que una de las causales en que se funda la acción de filiación deducida en este juicio es la de las relaciones sexuales estables y notorias entre el presunto padre y la madre, de que trata el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, de modo que si ésta se halla demostrada es por sí sola suficiente para el éxito de la declaración impetrada, el sentenciador, circunscribiendo su estudio a la órbita de esta causal y dejando, por lo tanto, de lado la cuestión de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, contemplada en el ordinal 5º del citado artículo, llegó en sus consideraciones a las conclusiones siguientes:

Que por lo común es la prueba testimonial el medio más usado para establecer la veracidad de las relaciones sexuales, sin que se exija que los testigos hayan presenciado la intimidad o realización del hecho de tales relaciones, aunque sí deben afirmar hechos concretos de que se deduzca de modo evidente la existencia, estabilidad y notoriedad de las mismas, dentro de los límites temporales necesarios para inferir la concepción; que la parte actora adujo un conjunto de testimonios muy dignos de tenerse en cuenta por la calidad de los declarantes y por la minuciosidad de sus datos, así como por la forma precisa en que indican la razón de sus dichos y la claridad de los hechos que enuncian. De esas declaraciones toma las de Ismenia Amaya, Alicia Bernal Forero, Anunciación Amaya, Mario Duque, Valeriano Amaya, Adolfo Galeano y Alfredo Rodríguez, para hacer de ellas algunas transcripciones que considera tocantes con "los elementos de las relaciones sexuales estables y notorias que entre el presunto padre y la madre del demandante José Galeano hayan existido, y la coincidencia de tales relaciones con la época de la concepción del pretenso hijo natural", como también considera de otros testigos y demás declarantes traídos por la parte actora que "después de relatar las circunstancias por las cuales les consta sus dichos, de narrar hechos y situaciones suficientemente elocuentes para el fin que se pretende probar, concluyen, en forma acorde en circunstancia de tiempo, modo y lugar, sobre la existencia de las relaciones sexuales habidas por los años de 1907 y siguientes entre don Luis Bernal Granados e Inés Galeano, de las cuales nació José Galeano".

Después de lo cual el juzgador agrega:

Que "no obstante los deponentes no dicen en forma precisa la fecha exacta en que se iniciaron las relaciones sexuales, sí afirman todos, o al menos la mayoría, que ellas tuvieron su iniciación por los años de 1906, 1907 y 1908, y que el nacimiento de José se originó al poco tiempo de

iniciadas aquéllas, hecho corroborado en el expediente con la partida de origen eclesiástico sobre la fecha de nacimiento de José Galeano. Por otra parte debe tenerse en cuenta que debido al tiempo en que se sucedieron los hechos sobre los cuales declaran los testigos, es imposible humanamente precisar fechas.

"Pero leyendo detenidamente cada uno de los elementos de convicción traídos por la parte actora, y asociándolos en su conjunto, se infiere lógicamente la prueba plena de que por los años de 1907 y 1908 el señor Luis Bernal Granados vivía públicamente en una pieza detrás del Molino de Vega, en la vereda de Paso Ancho, jurisdicción de Zipaquirá, con Inés Galeano, en forma pública, notoria y estable, de cuya unión ilícita nació el 19 de junio de 1908 el señor José Galeano.

"Como se ha visto, los testigos son numerosos y sus exposiciones se caracterizan por la sinceridad de sus dichos y la forma clara e ingenua que emplean al hacer sus relatos, lo que aunado a la circunstancia de ser acordes en tiempo, modo y lugar, llevan al fallador la convicción plena de sus afirmaciones...

"De donde se tiene que del inmenso material probatorio traído al proceso por el actor, se infiere:

"a) Las relaciones sexuales habidas entre don Luis Bernal Granados e Inés Galeano tuvieron su iniciación por los años de 1907 a 1908;

"b) Que dentro de ellas y dentro del límite temporal de la concepción nació José Galeano, y

"c) Que el vínculo sexual lo fue de manera constante, durable, firme y permanente, esto es, que entre Luis Bernal Granados e Inés Galeano existieron relaciones sexuales estables. Que tales relaciones fueron notorias, esto es, conocidas por el vecindario de los amantes.

"Se encuentra, pues, acreditada la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, sobre declaración judicial de paternidad con base en las relaciones sexuales entre la madre y el pretenso padre, de manera notoria, pública y estable, dentro de cuyo lapso fue concebido y nació el niño José Galeano".

Pasa luego el Tribunal a referirse a una serie de declaraciones aducidas por la parte demandada, con el fin de desvirtuar las afirmaciones contenidas en los hechos de la demanda; pero halla que esos testimonios no logran tal propósito, dado que los declarantes ofrecen contradicciones, que algunos de ellos tenían parentesco con el causante y que, si respecto de otros, el señor Luis Bernal Granados calló o mantuvo en secreto sus relaciones ilícitas con Inés Galeano, era lógico suponer que así lo hiciera, dada la clase social de esos sus amigos, entre los cuales se contaban los sacerdotes que declararon en este juicio, manifestando su ignorancia sobre la materia controvertida; y, además, porque, no siendo estos testigos vecinos de la vereda de Paso Ancho, mal puede constarles sobre hechos que no sucedieron ante ellos.

Por todo lo cual concluye el Tribunal: Que "la acción principal, o sea la de filiación natural debe prosperar"; que, según el artículo 1240 del Código Civil, el demandante José Galeano es legitimario del causante Luis Bernal Granados, quien murió soltero, sin dejar descendientes legítimos, ni ascendientes, por lo que ha de aplicarse la parte final del artículo 20 de la Ley 45 de 1936, según la cual, no habiendo cónyuge sobreviviente, la herencia le corresponde al hijo natural; esto, sin perjuicio de que, como lo sostuvo el Juez *a quo*, la voluntad del testador, en cuanto dispuso de sus bienes en favor del Hospital de San Vicente de Paúl, de Nemocón, y de algunos legatarios, deba cumplirse sobre la cuarta de libre disposición; que, por las razones expuestas por el Juzgado, la acción de reforma del testamento es procedente, a fin de respetar y salvaguardar los derechos que le corresponden a José Galeano en su calidad de hijo natural del causante; y, por último, que la orden dada al albacea para el pago o restitución al heredero José Galeano de los bienes a éste correspondientes, conviene dirigirla contra el Hospital demandado, en el caso de que éste haya recibido los bienes, por haberse efectuado la partición y adjudicación de ellos.

III

El recurso extraordinario.

Tres cargos propone el acusador contra la sentencia del Tribunal, así: uno por la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, en el primer capítulo, y en el segundo los restantes, por la causal primera del mismo precepto, los cuales se estudiarán en el orden en que fueron presentados.

Primer cargo. Según éste, el fallo adolece de inconsonancia, por no haberse pronunciado el sentenciador sobre la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante, que invocó la demandada en sus alegatos de conclusión en la primera y en la segunda instancia, haciendo consistir tal excepción en los siguientes hechos:

Que, con anterioridad a la instauración de la demanda iniciativa del juicio, el actor José Galeano había cedido el 80% de los derechos que le podían corresponder en la sucesión de Luis Bernal Granados, así: el 20% al doctor Hernando Devis Echandía, según la escritura número 2049 de 13 de junio de 1953, de la Notaría 8ª de Bogotá, y el 60% por iguales partes a Magdalena Bernal de Hernández y Rafael Bernal, mediante la escritura número 2896 de la misma fecha y de la Notaría 4ª de este Circuito;

que de esta manera, "faltan los titulares de las cuatro quintas partes del interés económico de las acciones", pues "se trata de una acción de filiación natural con fines estrictamente patrimoniales, destinada a producir efectos sólo inter partes";

que "de esta suerte, de las cuatro personas dueñas del derecho eventual cuyo reconocimiento patrimonial demanda José Galeano, sólo han comparecido dos: el dicho Galeano y su abogado, quienes dicen obrar para el primero, y en caso alguno para la comunidad constituída contractualmente sobre el pretendido derecho";

que si José Galeano "ejerciera una acción de estado, no tendrían cabida en ella sino los afectados familiarmente por la declaración suplicada, y carecería de todo sentido que ella se pronunciara en frente de una persona jurídica";

que "el Tribunal ignoró los razonamientos de la defensa en este punto, como ignoró los hechos de que dimanaban, plenamente acreditados en el proceso: las dos escrituras públicas contentivas de las cesiones parciales de Galeano al doctor Devis y a los señores Bernales".

En síntesis: "El medio exceptivo aducido en su defensa por la parte reo, constitutivo de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería, no fue analizado de manera alguna en la motivación de la sentencia, ni fue materia de pronunciamiento en la parte resolutiva de la misma..., estamos en presencia de un fallo *omiso*".

La Corte considera:

En la demanda incoativa de este juicio se acumularon varias acciones, así: una de *filiación natural*, y las otras de *reforma de testamento* y *petición de herencia*. La primera, de carácter extrapatrimonial, autónoma en sí misma, intransferible e indivisible; las demás, consecuenciales de la primera, pero eminentemente patrimoniales, cesibles y divisibles.

Por ser la acción de filiación, extrapatrimonial y autónoma en sí, son indiferentes a su recibimiento y prosperidad los motivos por los cuales el pretendido hijo natural la proponga, los que, por lo tanto, pueden ser, ya de orden patrimonial, ya de orden simplemente moral, como lo sería el mero interés de establecer el vínculo de la sangre o familia, sin que por lo mismo pueda entrarse en la discriminación de estos fines, para recortar o restringir el ámbito jurídico-procesal dentro del cual la acción puede moverse.

No es, pues, admisible la pretensión que descubre el recurrente, de que, tratándose en el presente litigio de "una acción de filiación natural con fines estrictamente patrimoniales", ella es inseparable del interés económico perseguido y, por tanto, de las de reforma del testamento y petición de herencia; y que, como el actor cedió parte de sus derechos en la sucesión de Bernal Granados, no puede ahora por sí solo, independientemente de los cesionarios, intentar la acción de filiación.

Si, como ya se dijo, ésta le compete personal y autonómicamente, con independencia de todo motivo distinto del interés en establecer la filiación misma, y si la acción por su propia naturaleza es intransferible e indivisible, es claro que el interesado Galeano ha podido establecerla por sí solo y que, por lo tanto, cualquier medio exceptivo referente a las acciones sobre reforma del testamento y petición de herencia que se le acumularon, en la hipótesis de que el medio fuese valedero, en nada podría afectar o perjudicar a la primera.

Ni es atendible el argumento de que si la acción fuera simplemente de estado civil, no sería el sujeto pasivo de la misma el Hospital demandado, que, como persona jurídica que es, no forma parte de familia alguna. Porque no ha dispuesto la ley civil que, muerto el pretendido padre natural, la acción de filiación que, en semejante circunstancia, haya de intentarse, sólo pueda serlo contra los parientes del causante o sus sucesores por razón de vínculo familiar. No. El posible sujeto pasivo de esta acción lo será, entonces, todo aquel contra quien, como heredero del causante, tenga el pretenso hijo natural interés en hacerla valer. Y en el caso *sub judice*, sí se ve en José Galeano ese interés en obtener la declaración judicial de su filiación frente al Hospital demandado, desde luego que éste figura como heredero universal instituído por el causante Bernal Granados en su testamento.

Resulta, pues, completamente extraño a la decisión declarativa de la filiación natural del demandante, el cargo por inconsonancia, comoquiera que, en este punto, el fallo aparece congruente con las pretensiones oportunamente deducidas en

el debate: con la del actor, en cuanto aceptó su pretensión al respecto; y, consecuencialmente, con la de la parte demandada, en cuanto desestimó su oposición.

Analizando el cargo en relación con las decisiones sobre reforma testamentaria y petición de herencia, se encuentra lo siguiente:

No aparece que el Tribunal hubiera ignorado las escrituras números 2049 y 2896 de 13 de junio de 1953, de las Notarías 8ª y 4ª de Bogotá, respectivamente, sobre cesión de derechos de José Galeano a Hernando Devis Echandía, Magdalena Bernal de Hernández y Rafael Bernal, pues refiriose con entera precisión a la última de estas escrituras, al hacer la reseña del material probatorio aportado por la parte demandada (f. 67 v., C. 4), y trató del contenido de la primera en su consideración sobre la improcedencia de hacer en favor del doctor Devis Echandía una declaración que no había sido pedida en la demanda (f. 74, ibíd.).

No obstante el conocimiento de esos actos de cesión por parte del Tribunal, éste dijo lo siguiente: "Por lo que hace relación a la personería de la parte demandante, está bien establecida en el proceso y *aparece claro su interés en obrar*, ya que se trata de una persona natural, civilmente capaz e interviene en el juicio por conducto de su mandatario judicial, debidamente constituído en este proceso, *llamado por ley a suceder en las obligaciones y derechos transmisibles del causante, Luis Bernal Granados, en el orden de los hijos naturales*" (f 60 v. ibíd.).

Si frente a tales actos de cesión reseñados por el Tribunal, éste se expresó como queda visto, reconociendo la personería y el interés jurídico del actor en la acción, como sucesor legal de Luis Bernal Granados, en las obligaciones y derechos transmisibles de éste, en el orden de los hijos naturales —aunque tal consideración se encuentre hecha en el estudio relativo a los presupuestos procesales—, quiere ello decir que, al acoger en la parte resolutiva del pronunciamiento las peticiones de la demanda, falló implícitamente sobre la excepción, desestimándola.

Es que *si un fallo en su parte resolutiva decide toda la cuestión litigiosa, en forma que la resolución abarca la materia misma de la excepción alegada, aunque expresamente no se haya referido a ésta, no por ello puede decirse que el pronunciamiento sea deficiente u omiso.* Es así como tiene establecido la doctrina "que para que una sentencia adolezca de insuficiencia respecto de las excepciones propuestas, no basta que se haya omitido una decisión especial al respecto, sino que es necesario que por consecuencia de esta omisión se haya dejado de desatar alguna de las cuestiones sometidas a controversia". *(Cas. 28 abril 1961, XCV, 2239, pág. 496).*

Por lo dicho, tampoco prospera la tacha de inconsonancia en cuanto el fallo desató las acciones de reforma de testamento y petición de herencia.

Segundo cargo (primero del Capítulo Segundo). Formulado en la órbita de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por violación indirecta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en su numeral 4º y en su párrafo final, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas, lo plantea el recurrente, de la siguiente manera:

El extremo de la acción, respecto de la declaratoria de filiación natural —dice— está constituído por los hechos 2º a 11 del libelo, cuya sustancia es la de que, por los años de 1906 o 1907 Luis Bernal Granados requirió a la muchacha Inés Galeano, por entonces de unos catorce años, para que viviera con él, como su amante o concubina; que estas relaciones duraron unos diez años en la casa del Molino de la Vega, para continuar luego por otros diez en la hacienda de Tibitó, lugares ambos de la jurisdicción de Zipaquirá; y que a los dos años más o menos de iniciadas tales relaciones, nació José Galeano.

El pleno convencimiento del Tribunal sobre la existencia de las relaciones sexuales estables entre Bernal Granados y la Galeano, y de que el demandante pretende haber sido fruto, se funda "exclusivamente en la prueba testimonial aportada por el actor".

Los testigos citados por la parte demandante, cuyas deposiciones fueron rendidas en los años de 1953 y 1954, declararon sobre hechos acaecidos 45 o más años antes, de modo que, en la época a que se refieren sus versiones, los más viejos, tales como Ismenia Amaya, Mario Duque, Valeriano Amaya y Francisco Castro, tendrían escasamente la mayoría de edad; otros, como Alicia Forero Bernal, Anunciación Amaya y Alfredo Rodríguez, tendrían para entonces 15, 14 y 16 o 19 años, respectivamente, y de otros no se expresan las edades. No obstante lo cual se les ve "narrando, con fidelidad cinematográfica y precocidad digna de mejor causa, escabrosos hechos ocurridos hace tánto tiempo".

Hay otra anomalía: que la sentencia, al iniciar el estudio de la prueba testimonial, entra *a priori* a hacer la loa de las declaraciones aducidas por el actor, sin embargo, de encontrarse entre éstas la de Magdalena Bernal de Hernández, cesionaria de parte de los derechos hereditarios del demandante, y las de personas que por su menor

edad no estaban en capacidad mental y moral de registrar y apreciar los hechos sobre que depusieron.

En cambio, el acervo testifical aportado por la parte demandada no le mereció al Tribunal análisis ninguno, sino que de un tajo lo descalifica, aseverando que "tales testigos ofrecen serias contradicciones, que hacen innocuas sus afirmaciones", con lo cual quedan esterilizadas numerosas declaraciones, entre las cuales figuran la de un ex Presidente de la República y la de dos sacerdotes católicos. La sentencia viola así el artículo 702 del Código Judicial, constitutivo de un norte jurídico para los falladores, en virtud del cual, habiendo dos grupos enfrentados de testimonios, el sentenciador ha debido contrastarlos y pesarlos, sin tener en cuenta el número sino la calidad intrínseca, con arreglo a la sana crítica.

Hay, además, *otro aspecto* en esta materia:

Campean en el expediente, aducidas por la parte demandada, unas partidas de bautismo, de origen eclesiástico, a saber: la de Inés Galeano, de fecha 23 de abril de 1884; y las de María Encarnación Galeano, del 22 de abril de 1902, Alejandrina Galeano, nacida el 30 de mayo de 1903, otra Alejandrina Galeano nacida el 6 de junio de 1905, y José Joaquín Galeano bautizado de tres meses de edad el 7 de octubre de 1909, partidas éstas en donde los cuatro últimos aparecen como hijos naturales de Inés Galeano y de padre desconocido. En todas las cinco actas citadas figuran Juan Galeano y Encarnación Pinzón como padres de Inés Galeano y abuelos de los cuatro hijos de ésta. Además, corre en el expediente la copia del acta de bautismo del actor José Galeano, bautizado el 23 de junio de 1908, de cuatro días de nacido, hijo natural de Inés Galeano y con los mismos abuelos paternos, o sea Juan Galeano y Encarnación Pinzón.

"Las pruebas literales arriba enunciadas tienen el pleno valor probatorio que les asignan las siguientes normas: artículo 632 del Código Judicial y artículo 22 de la Ley 153 de 1887, en relación con el artículo 18 de la Ley 92 de 1938".

Todo ello quiere decir: que para los años de 1906 o 1907, época de iniciación de las pretensas relaciones entre Luis Bernal Granados e Inés Galeano, ésta tendría por lo menos 22 años de edad y no los 14 de que habla la inmensa mayoría de los testigos; que tres de los hijos naturales de la misma Inés nacieron en 1902, 1903 y 1905, antes de las dichas relaciones, y otro en 1909, en plena vigencia de ellas, según el demandante.

Mas si la demanda nada dice de la filiación de los tres primeros, éstos quedaron por fuera de aquélla, por lo cual —en el propio sentir del demandante— no fueron hijos de don Luis, sino de otro u otros padres; y si la acción tampoco se refiere al último de los hijos de Inés, o sea a José Joaquín, nacido en 1909, será como todo lo patentiza, que no fue hijo de don Luis, lo cual demuestra que entre éste y la Galeano no hubo relaciones sexuales estables, notorias, ciertas y continuas.

Así, pues, contra la ameritada prueba literal se reducen a nada los testimonios en que se fundó el Tribunal para declarar la filiación natural del actor José Galeano respecto de Luis Bernal Granados, porque no fue Inés la niña seducida por Bernal Granados, ni su conducta se ajustó a la lealtad debida al amante y menos al concubino. "Hay, pues, un conflicto radical entre las declaraciones testimoniales invocadas por el actor con los hechos acreditados por la prueba literal. A lo que debe agregarse el conflicto también existente entre los dos grupos de testimonios a que atrás me referí".

Por manera que "el silogismo de la sentencia está viciado por *diversos errores sucesivos,* primero *de hecho y luego de derecho,* así:

"En un primer momento lógico, incidió el Tribunal al no ver, pero ni siquiera mirar, la prueba literal de que se ha hecho mérito, en error de hecho.

"Este error es de *hecho* porque en parte alguna se refiere la sentencia a tales pruebas documentales aducidas por la parte demandada, pero ni siquiera las menciona en la relación del elenco probatorio por ella aportado, como se observa de manera manifiesta en dicha pieza, singularmente en el párrafo segundo visible al folio 67 v. del cuaderno número 4º.

"Y en un segundo momento del proceso lógico, aquel error de hecho generó los de *derecho,* consistentes en dar a la prueba testimonial aportada por el actor, el valor que le reconocería el artículo 697 del Código Judicial, si no estuviera destruída por la prueba documental, prueba a la cual, a su turno, le denegó el valor probatorio que le asignan las normas ya citadas *(artículos 632 del Código Judicial, 22 de la Ley 153 de 1887,* en relación con el *18 de la Ley 92 de 1938),* y también los *artículos 663 y 665 del mismo Código.*

"En este segundo momento lógico también incurrió el Tribunal en *error de derecho* al no verificar el análisis de las declaraciones invocadas por la parte demandada, y desconocerles a éstas,

enfrentadas a las del actor, las consecuencias jurídicas queridas por el norte jurídico consagrado por el *artículo 702 del Código Judicial*, y máxime en presencia del apoyo que les brindaba la estimación de la prueba literal.

"Y por la senda de estos errores sucesivos, primero de hecho y luego de derecho, lesiona el Tribunal los siguientes preceptos sustantivos: *artículo 4º de la Ley 45 de 1936*, en su *numeral cuarto y en su párrafo final*, porque no hubo relaciones sexuales estables y la madre tuvo relaciones carnales con otro u otros hombres desde 1902 hasta 1909". Tales preceptos han sido así vulnerados por *aplicación indebida*. Esta la acusación.

La Corte considera:

La declaración hecha por el sentenciador, de que el demandante es hijo natural de Luis Bernal Granados y de Inés Galeano, se apoya única y exclusivamente en el hecho de las relaciones sexuales estables y notorias habidas entre estos dos en los años de 1907 y 1908, de modo que dentro de la existencia de tales relaciones quedó comprendido el período correspondiente a la concepción de José Galeano.

En ese hecho, que el Tribunal encuentra demostrado a su satisfacción, vio éste cumplida la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, cuyo ordenamiento consagra el derecho sustancial del hijo natural a obtener judicialmente la declaración de su filiación paterna, en cualquiera de los casos en él contemplados, de los cuales es uno el que configura la dicha 4ª causal, o sea el de las relaciones sexuales estables y notorias entre el presunto padre y la madre, coincidentes con la época de la concepción.

La prueba de que se valió el juzgador para tener por establecido el hecho de las referidas relaciones sexuales entre Bernal Granados y la Galeano, en el período de que se trata, no fue otra que la testifical, constituída por un conjunto de testimonios aducidos por el actor y que produjeron en el Tribunal la fuerza de convicción de que dan cuenta sus conceptos arriba transcritos.

Contra la estimación de esta prueba, el recurrente propone un cargo que desdobla en dos motivos distintos, para combinarlos luego entre sí, y que habrán de estudiarse en el orden y dentro de los límites en que fueron planteados. Esto último porque, *siendo la casación civil, no una tercera instancia en que haya de juzgarse sobre la cuestión que informó el litigio, cual* thema decidendum, *sino un recurso extraordinario en que la sujeta materia de enjuiciamiento es la sentencia definitiva de segunda instancia en sí considerada, para determinar, en orden a la unificación de la jurisprudencia por la guarda de la ley, fin primario del recurso, si el fallo incurrió, sí o no, en alguno de los errores* in judicando *o* in procedendo *que, según la taxativa ordenación del artículo 520 del Código Judicial, lo harían vicioso, legitimando su ataque ante la Corte, el poder de ésta, como Tribunal de Casación, encuéntrase confinado a los estrictos límites dentro de los cuales haya emplazado el impugnante los motivos de su acusación.*

A) El primero de los que la censura trae a cuento, se hace consistir en la violación del artículo 702 del Código Judicial, por haber acogido el Tribunal las declaraciones de los testigos de la parte actora, y prescindido de las de los testigos de la parte demandada.

Y con el intento de respaldar la tacha, ensaya una crítica de conjunto, descalificativa de los testimonios en que se fundó el Tribunal, contraponiendo al criterio estimativo del sentenciador el desestimatorio del impugnante, quien, además, le imputa al primero la falta de análisis de las declaraciones de los testigos de su parte.

Fuera de que, *en casación, no es dable acusar a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una convicción diferente a la que el juzgador de instancia se formó*, precisa observar que el impugnante no le reprocha aquí al sentenciador yerro alguno de *hecho* en la ponderación de la prueba testimonial; y de haberlo hecho, hubiera tenido que puntualizar los errores, indicando las declaraciones que el Tribunal no viera, sin embargo, de existir en el proceso, o las que supusiera existir en éste, sin estarlo, o aquellas a que hubiera hecho decir lo que su tenor no reza, forma esta última que sería un aspecto del segundo de tales casos.

No. Toda la crítica de los testimonios está reducida a propugnar una estimación de los mismos, diversa y contraria a la profesada por el Tribunal. Mas no habiéndose ésta atacado por error de hecho, la Corte no puede variarla, porque esa apreciación, que pasa por exenta de semejante defecto, se refugia en la conciencia del juzgador, bajo el fuero de autonomía de que está investido para formar su convencimiento en la materia.

Así, pues, la Corte tiene que limitarse a examinar el cargo en punto de error de *derecho* que se le atribuye al Tribunal por violación del artículo 702 del Código Judicial.

El contenido de este texto es el de una pauta dada al juzgador para el caso de encontrarse en frente de testimonios contradictorios entre sí, pauta que, remitiéndolo a los principios generales de sana crítica, deja a su sentido dialéctico el concluír si, sobre determinados hechos, hay plena prueba o presunción o indicio, o si debe prescindir de unas y otras exposiciones. De aquí que este precepto —que de por sí no estatuye sobre el valor vinculante de la prueba—, no se preste en principio a que, en casación pueda alegarse como violado, con el fin de corregir por esta vía la estimación que hiciera el Tribunal de los testimonios del proceso. (Cas. 30 abril 1935, XLI bis, pág. 263; cas. 16 agosto 1937, XLV, pág. 431; cas. 23 octubre 1939, XLVIII, pág. 728). Es que "cuando por la ley se defiere el valor de un medio de prueba al prudente criterio del sentenciador, no puede predicarse la existencia de error de derecho, bien sea que el Juez le atribuya algún mérito para formar su convicción, o que, dado el caso, se lo niegue por completo". (Cas. 1º diciembre 1954, LXXIX, 2149, págs. 184 y 185).

No obstante lo cual, excepcionalmente sería viable un cargo en relación con la materia del dicho artículo 702, ya por edificar el sentenciador sus conclusiones sobre testimonios en cuya apreciación hubiera incurrido en error de hecho —con lo cual el reparo se desplazaría al campo del yerro de esta especie—; ya por adoptar conclusiones abiertamente contrarias en derecho a las premisas sentadas por el mismo juzgador, como si habiendo dicho que ninguno de los dos grupos de testigos es suficiente a prevalecer sobre el otro, y que, por lo tanto, se neutralizan, encontrándose perplejo ante ambos, termina, sin embargo, acogiéndose a lo que supone probado por uno de esos grupos. Entonces contrariaría la regla resultante de la última parte del artículo 702, conforme a la cual, en tal caso, debe prescindirse de las exposiciones. (Cas. 29 abril 1942, LIII, 1984/85, pág. 369).

Pero nada de esto sucede en la especie que se ventila, de la que está descartado el error de hecho:

Por una parte, el sentenciador, diciendo atender a la calidad, número, sinceridad e información de los deponentes, y a las condiciones y concordancias de sus dichos, encontró bastante el conjunto de los testimonios aducidos por el actor, para dar por demostradas las relaciones sexuales estables y notorias entre Luis Bernal Granados e Inés Galeano en el lapso correspondiente a la concepción del demandante; y, por la otra, halló ineficaces a desvirtuar tal hecho las declaraciones producidas a solicitud de la parte demandada, sobre las que en forma compendiosa y de conjunto emitió los conceptos desfavorables a que atrás se hizo alusión. Es verdad que el fallador hubiera podido ser más detenido y minucioso en la exposición de su pensamiento acerca de este segundo grupo de declaraciones; pero ello no quita el que las hubiera visto y ponderado como aparece de los términos expresivos de su opinión sobre las mismas. Entonces, si pesó unos y otros testimonios, y si lejos de caer en perplejidad o confusión ante ellos, concluyó en desestimar por no satisfactorios los de la parte demandada y en declararse convencido de lo que expresaban los de la parte actora, quiere decir que obró en conformidad al artículo 702 del Código Judicial, en uso del poder discrecional de estimación probatoria que este texto le confiere, y el cual, por lo tanto, no fue quebrantado.

Mas como el acusador ha destacado, cual circunstancia influyente en pro de su reparo, la de que una de las declaraciones acogidas por el Tribunal hubiera sido la de la señora Magdalena Bernal de Hernández, interesada en el éxito de la demanda como cesionaria de parte de los discutidos derechos hereditarios de José Galeano, o lo que es lo mismo, que dicha señora estaba impedida para declarar en su propio provecho, debe observarse lo siguiente: que esta declaración no figura entre las que el Tribunal enumeró como "más importantes" en la demostración de las relaciones sexuales estables y notorias de Bernal Granados con la Galeano, coincidentes con la época de la concepción del actor, y de que se ocupó en hacer transcripciones, como lo fueron las de Ismenia Amaya, Alicia Bernal Forero, Anunciación Amaya, Mario Duque, Valeriano Amaya y Alfredo Rodríguez; que el sentenciador asocia esa declaración de Magdalena Bernal de Hernández a otras, en número de nueve, distintas de las anteriores y de las demás aducidas por el demandante, de todas las cuales dice que "concluyen, en forma acorde en circunstancia de tiempo, modo y lugar, sobre la existencia de las relaciones sexuales habidas por los años de 1907 y siguientes entre don Luis Bernal Granados e Inés Galeano, de las cuales nació José Galeano"; y que, así las cosas, prescindiendo de la declaración de la señora Bernal de Hernández, como debió hacerlo el Tribunal, quedan en pie las conclusiones del sentenciador sobre todas las demás declaraciones testimoniales en cuyo cúmulo dijo él fundarse, entre éstas las que destacó como "más importantes", y sobre ninguna de las cuales se propuso específica y formalmente tacha legal alguna.

B) El segundo de los motivos de este cargo es el propuesto por error de hecho, en que —se dice— incurrió el Tribunal al ignorar las partidas de bautismo de Inés Galeano y de María Encarnación, Alejandrina, Alejandrina y José Joaquín Galeano, y que fuera causa para no ver que, en la época de la concepción de José Galeano, su madre Inés no tenía la edad de 14 años sino la de 22, y que ésta hubo de tener relaciones sexuales con hombres distintos de Luis Bernal Granados.

No aparece ciertamente que el juzgador haya hecho referencia alguna a tales actas de estado civil. Pero si el dilema que a virtud de este silencio pudiera plantearse, de si ignoró o no esos documentos, hubiera de resolverse en sentido positivo, o sea en el de la ignorancia, ello no tendría repercusión o incidencia alguna sobre la conclusión fundamental del fallo acerca de la existencia de las relaciones sexuales estables y notorias entre Bernal Granados y la Galeano en el período correspondiente a la concepción del actor, por las siguientes razones:

Ante todo, el hecho de que, según su partida de nacimiento, Inés Galeano tuviera 22 años de edad, para la época de iniciación de sus relaciones con Bernal Granados, y no los 14 de que en forma aproximativa habló la demanda y a que se refirieran varios testigos, es cuestión extraña a la filiación que se debate, pues no estando controvertidas la identidad de Inés, ni su maternidad respecto de José, la edad *post pubertatem* que ella tuviera al concebirlo resulta ser circunstancia indiferente, probadas como están, según la sentencia, sus relaciones sexuales estables y notorias con Bernal Granados en la época correspondiente a esa concepción. Por otra parte, la falta de exactitud de tales testigos en el punto especial de la edad de la Galeano para los años de 1906 a 1907, se explica suficientemente, por tratarse de una circunstancia sujeta a cálculo o apreciación, situada 45 o más años atrás del en que los testigos deponen y en asunto que no es susceptible de completa certidumbre.

De las partidas de bautismo de María Encarnación, de las dos Alejandrinas y de José Joaquín Galeano, que el recurrente cita como no vistas por el Tribunal y que corren al folio 54 del cuaderno de pruebas de la parte demandada (C. 3), resulta lo siguiente: que la primera de las nombradas Alejandrinas, o sea la nacida el 30 de mayo de 1903, no aparece ser hija de Inés Galeano, sino de Casilda Galeano; y que los tres hijos naturales de Inés, distintos del actor, nacieron en las siguientes fechas: María Encarnación, el 25 de marzo de 1902; Alejandrina, el 6 de junio de 1905; y José Joaquín, tres meses antes de su bautizo, el que fue celebrado el 7 de octubre de 1909, o sea que este último nació en el mes de julio de 1909.

Así, pues, como el demandante José Galeano fue bautizado el 23 de junio de 1908, de cuatro días de edad, y como antes que él habían nacido María Encarnación en 1902 y Alejandrina en 1905, y después de él José Joaquín en 1909, quiere decir que las relaciones sexuales de que estos tres fueron generados nada tienen que ver con el espacio temporal dentro del cual hubo de efectuarse la concepción del actor, espacio éste que no pudo ser otro que el comprendido dentro de los 300 y los 180 días, unos y otros cabales y contados hacia atrás desde la media noche del día en que principió su nacimiento (art. 92, C. C.).

El recurrente pretende que el hecho de que Inés Galeano hubiera tenido esos otros hijos naturales a que se ha hecho referencia, y de que ninguno de ellos hubiera establecido la demanda que sí instauró José, originante del presente juicio, es la demostración de que Inés tuvo relaciones carnales con hombres distintos de Luis Bernal Granados, y que esa promiscuidad afecta la filiación del actor. Pero esta pretensión no es admisible, porque para que lo fuese sería necesario que en el juicio se hubieran demostrado estas tres circunstancias, a saber: el hecho de relaciones sexuales concurrentes de otro u otros hombres con Inés Galeano; la individualización de ése o esos hombres, distintos de Luis Bernal Granados, con quienes la Galeano las hubiera tenido; y la coetaneidad de esas relaciones promiscuas con la época legal de la concepción de José Galeano.

Así lo impone el inciso final del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, que al consignar las posibles excepciones al caso de las relaciones sexuales estables y notorias como causal de declaración judicial de la paternidad natural, se expresa de esta manera: "En el caso del ordinal 4º de este artículo, no se hará la declaración de paternidad si el demandado *demuestra que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el artículo 92 del Código Civil,* estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o *prueba que dentro de dicho tiempo ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre*".

No admitió siquiera nuestra ley la simple excepción de vida disoluta acogida en otras legislaciones, sino que, en punto de pluralidad de relaciones, se concretó a la llamada "*exceptio plurium constupratorum*", cuyos alcances se aca-

ban de indicar. Por ello la Corte tiene consagrada esta doctrina: "La pluralidad de relaciones sexuales de la mujer dentro del lapso en que legalmente se presume la concepción, establecida de modo fidedigno, desnaturaliza la presunción de paternidad que lleva implicada la fidelidad de la mujer, pues entonces el hijo puede serlo de cualquiera de los hombres que la han poseído carnalmente en el tiempo indicado. Pero esta excepción, cuya demostración corre a cargo del demandado, se integra según la ley con la triple prueba del hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, de la determinación o individualización del hombre u hombres con quien las haya tenido, y la de la coincidencia de esas relaciones con la época legal de la concepción. Esta situación exceptiva, dentro de la ley colombiana, requiere las preindicadas demostraciones concretas, y es bien distinta de la llamada excepción de vida disoluta concerniente de manera general a la mala conducta notoria de la madre, que otras legislaciones autorizan". (Cas. 6 abril 1949, LXV, 2070/71, pág. 665; Cas. 29 mayo 1952, LXXII, 2115, pág. 215).

En síntesis: aparte las mencionadas actas de bautismo de María Encarnación, Alejandrina y José Joaquín Galeano, sin incidencia en el caso, no aparece que el recurrente se refiera a medio alguno demostrativo de aquella triplicidad de circunstancias que sería necesaria para inhabilitar, como causal de declaración judicial de la filiación natural paterna del actor, el hecho de las relaciones sexuales que el Tribunal encontró probadas como fundamento de la acción. Por lo tanto, si, como atrás se vio, las aludidas partidas de bautismo carecen de poder alguno para contrarrestar esta conclusión del sentenciador, quiere decir que, aunque no las hubiera visto, ello no cuenta en este recurso extraordinario, ni como error de hecho ni como error de derecho en la estimación probatoria, pues ninguno de estos yerros es susceptible de trascender al fallo cuando la prueba con la cual se pretende relacionarlos no ha podido tener ningún influjo en la decisión.

C) No prosperando singularmente ninguno de los dos motivos en que se bifurca el cargo, no se ve cómo pueda resultar esa prosperidad de la conjunción de los mismos. A este respecto, el argumento del recurrente viene a ser el de que si Inés Galeano tuvo varios hijos naturales, unos antes y otro después del actor, como lo acreditan las respectivas partidas de estado civil, ese hecho contradice las declaraciones de los testigos, de que Inés hubiera sido la amante de Bernal Granados. Pero aparte que ni siquiera se ha pretendido que se encuentre acreditado quién sea el padre de los tres hijos naturales de Inés, diferentes de José, resulta que no estando demostrado que ella hubiera tenido relaciones sexuales con hombres distintos de Luis Bernal Granados en el período correspondiente a la concepción del demandante, las partidas de bautismo de que se trata quedan al margen de los testimonios en que se fundó el Tribunal para declarar la filiación de éste, sin contradecirlos, y, por lo tanto, sin poder dar estructura al error de derecho probatorio que de aquella combinación de motivos intenta deducir el impugnante.

Es decir: que de lo hasta aquí dicho no aparece que hayan sido infringidos los preceptos sobre prueba contenidos en los artículos 697, 632, 663, 665 y 702 del Código Judicial, siendo de advertir que respecto del penúltimo y del antepenúltimo referentes a la prueba indiciaria, no ensayó el recurrente indicar cuál fuera el sentido de su pretendido quebranto, y que tampoco pudo ser violado el artículo 22 de la Ley 153 de 1887, en relación con el 18 de la Ley 92 de 1938, porque aquél se refiere a materia extraña al litigio; pero si lo ocurrido fuese un yerro meramente caligráfico, al querer el recurrente citar el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, las razones expuestas excluirían la posibilidad de infracción de este último.

Corolario de todo lo expuesto acerca del cargo en este capítulo ventilado, es el de que el sentenciador no quebrantó el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en su numeral 4º ni en su párrafo final.

Tercer cargo (segundo del Capítulo Segundo). Está propuesto, en relación con la causal primera de casación, por violación indirecta de los artículos 1969, 1970, 1971, inciso 1º, 1972 y 1321, relacionado con el 949, todos del Código Civil, y 26 de la Constitución Nacional, en cuanto tales normas no fueron aplicadas, dándose los supuestos de hecho que exigían su actuación.

Anunciando que este cargo es la presentación, bajo otra faz, del formulado al principio por la causal segunda, alega el recurrente, como motivo a que se debió tal infracción, el error de hecho en que incurriera el Tribunal al no ver las escrituras públicas por las cuales José Galeano otorgó cesiones parciales de su derecho en la herencia de Luis Bernal Granados, a Hernando Devis Echandía en el 20% y a Magdalena Bernal de Hernández y Rafael Bernal en el 60%, cuyos instrumentos corren a los folios 139 a 141 del cuaderno número 1º y 61 v. a 63 del cuaderno número 3, respectivamente. La sustancia de sus

razonamientos a este respecto es en definitiva la siguiente:

Que por no haber contemplado estas escrituras, el Tribunal no vio que se trataba de contratos de cesión de derechos litigiosos, y, en consecuencia, al condenar al Hospital de Nemocón a restituírle al demandante José Galeano la totalidad de la herencia de Luis Bernal Granados, sin haberse hecho parte en el juicio los cesionarios, se le arrebató al Hospital el derecho a ejercitar el retracto litigioso de que tratan los artículos 1971 y 1972 del Código Civil. "Ni ahora, porque los cesionarios no son parte contendiente en el litigio; ni después, porque esta sentencia les daría un triunfo total sin haber intervenido como partes, por lo cual no habría necesidad alguna para ellos de intentar un litigio posterior". Tal el aspecto relacionado con la violación indirecta de los artículos 1969, 1970 y 1971, inciso 1º del Código Civil, y

que la infracción del artículo 1321, relacionado con el 949, ibídem, "que consagra la acción de petición de herencia para reivindicar una herencia o una cuota herencial, según el derecho de que se sea titular", resulta de haberse decretado la restitución de la totalidad de la herencia de Bernal Granados en favor del actor, quien sólo conserva de ella una cuota del 20%. A este efecto dice: "aquí tenemos que un demandante que acredita tener tan sólo un derecho de un veinte por ciento, o sea de una quinta parte, sin embargo, obtiene una sentencia favorable que le reconoce un ciento por ciento. Estando el interés patrimonial de la acción limitado al veinte por ciento que ostenta el actor, en función de las probanzas aducidas, sin embargo, el Tribunal, en lo relativo a las acciones de petición de herencia y de reforma del testamento, ha declarado la titularidad de Galeano en un ciento por ciento, cuando apenas en la peor de las hipótesis podría haberle reconocido el veinte por ciento de que se cree titular, por haber cedido el ochenta por ciento restante a terceros el día *13 de junio de 1953*, es decir, con antelación a la demanda que fue interpuesta tiempo después, concretamente el día *29 de julio de 1953*".

Y, para el caso de que llegare a descartarse la posibilidad del error de hecho propuesto, dice el acusador: "entonces formulo el cargo por *error de derecho*, consistente en no haberles imprimido a las escrituras públicas el valor probatorio querido por la ley, en función de los artículos 1758, 1759 y 1765 del Código Civil, y 630 y 632 del Código Civil (sic), que les otorgan a los instrumentos públicos el valor de plena prueba. Y por esta violación-medio incurrió el Tribunal en infracción indirecta de los preceptos sustantivos contenidos en los *artículos 1969, 1970, 1971, inciso primero, 1972* y *1321*, relacionados con el *949 del Código Civil*, y del *26 de la Constitución Nacional*, por no aplicación, ya que los supuestos de hecho exigían la actuación de tales normas".

Tales los yerros, ya de hecho, ya de derecho, invocados como motivos del quebrantamiento de los preceptos de la ley sustancial y de la Constitución, que en la exposición de este último cargo se relacionan.

La Corte considera:

Lo primero que importa observar es que —como ya se dijo en el estudio de la censura por inconsonancia—, el Tribunal no ignoró la existencia en el proceso de las susodichas escrituras públicas de cesión de derechos hereditarios de José Galeano a Hernando Devis Echandía, Magdalena Bernal de Hernández y Rafael Bernal, cuyo contenido vio, sin que aparezca que les hubiera hecho decir a tales instrumentos lo que ellos no expresan. Luego debe, en este punto, descartarse el reparo por error de hecho.

Entrase, pues, a ventilar el cargo por error de derecho:

Ciertamente, las citadas escrituras números 2049 y 2896 de 13 de junio de 1953 dan cuenta de las cesiones parciales de derechos hereditarios a que se refiere el impugnante en sustentación del reparo.

En el instrumento número 2049, luego de estipularse por la cláusula primera que el doctor Hernando Devis Echandía adelantaría este juicio, siendo de su cuenta la totalidad de los gastos del mismo, se dice textualmente: "*Segunda.* El señor José Galeano, por su parte, hace cesión a favor del doctor Hernando Devis Echandía, y de manera irrevocable, de un veinte por ciento (20%) de la totalidad de los derechos que le puedan corresponder en la herencia de su padre natural, señor Luis Bernal Granados, porcentaje que desde la fecha se considera de propiedad del doctor Devis Echandía, por valor de las gestiones profesionales a que se refiere la cláusula anterior" (fs. 139 a 141, C. 1).

Y en la escritura número 2896, José Galeano expresa: "Que por medio del presente instrumento cede a título de venta a la señora Magdalena Bernal de Hernández y al señor Rafael Bernal, por partes iguales, el sesenta por ciento (60%) de los bienes que le fueren adjudicados como heredero del señor Luis Bernal Granados, vecino que fue del Municipio de Zipaquirá, como consecuencia de la demanda de filiación que el

otorgante va a establecer próximamente en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá, con el fin de que se le declare hijo natural del expresado señor Bernal Granados, fallecido en el mes de noviembre del año próximo pasado. El porcentaje a que se refiere esta cesión se liquidará sobre los bienes raíces y muebles que le fueren adjudicados al otorgante en la sucesión de su causante, con base en la sentencia definitiva en que se le reconozca su estado civil de hijo natural, pudiendo los compradores hacerse parte en dicha sucesión con su título de cesionarios del compareciente. El precio de esta venta es el de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, suma que declaro haber recibido hoy de los compradores, por partes iguales, en dinero efectivo, y reconociendo que los compradores me han prestado muy importantes servicios tendientes a hacer viable mi demanda sobre filiación antes mencionada" (fs. 61 v. a 63, C. 3).

Evidentemente, los referidos instrumentos, aunque sólo registrados en el Libro número Segundo de la Oficina de Registro de Zipaquirá, en cuyo Circuito Notarial no fueron otorgados, tienen el poder de probar, con arreglo al artículo 2674 del Código Civil, respecto de quienes en ellos intervinieron como partes, las cesiones sobre que respectivamente versan, poder que desconoció el Tribunal, a pesar de haberlos visto y leído, al no tomarlos en cuenta como demostrativos de la reducción sufrida por el actor en el derecho que originalmente tuviera a obtener la restitución o entrega de la totalidad de los bienes constitutivos de las tres cuartas partes de la herencia de Luis Bernal Granados (sent. 19 junio 1953, LXXV, pág. 343; cas. 15 febrero 1940, XLIX, 1953-1954, págs. 102 y 103; cas. 20 mayo 1963, en juicio de María Sofía Ospina y otras frente a María Ester Forero de Correa y otros, aún no publicada).

En efecto: al morir Luis Bernal Granados, el actor José Galeano quedó titulado para pedir, con la declaración judicial de su filiación, como hijo natural de aquél, el reconocimiento de su vocación hereditaria en ese carácter de asignatario forzoso, con derecho a las tres cuartas partes de la herencia del mismo causante, habida cuenta de corresponder la cuarta parte de libre disposición al heredero testamentario "Hospital Municipal de San Vicente de Paúl, de Nemocón", sin perjuicio de sacar de esta última parte los legados establecidos en favor de otras personas.

Pero es claro que habiendo cedido a terceros el 80% de sus derechos hereditarios, José Galeano dejó de estar titulado para reclamar en su nombre y pro la restitución o entrega de los bienes mortuoriales correspondientes al porcentaje enajenado. O lo que es lo mismo, que si el actor no ha perdido la plenitud de su vocación hereditaria como hijo natural de Luis Bernal Granados, vocación cuyo reconocimiento ha podido reclamar, tanto en razón de la parte que conserva de la herencia como en orden a llenar el supuesto de las cesiones otorgadas, sin embargo, por virtud de éstas, el derecho de petición de herencia en su proyección restitutoria le quedó reducido al 20% de las tres cuartas partes del patrimonio herencial.

Es que quien cede, en todo o en parte, sus derechos en una sucesión mortis causa, *se desprende, en la misma medida, de su calidad de comunero en la masa partible, de modo que al cesionario competen los mismos derechos y obligaciones transmisibles que al cedente, dado que semejante especie de transferencia, sin cambiar la persona misma del heredero, cuya calidad de tal es intransferible, convierte al cesionario en titular del derecho hereditario cedido, con las facultades atinentes al mismo, y en primer término la de reclamar para sí, con exclusión del cedente, los bienes respectivos (arts. 1967 y 1968, Código Civil).*

No es valedero en este caso el argumento de que la jurisprudencia haya admitido que, si en el juicio de sucesión, por no presentarse el cesionario, se hace hijuela al cedente, "la adjudicación ha de entenderse como hecha al propio cesionario, porque la hijuela, una vez registrada, consolida retroactivamente en éste esos mismos derechos", comoquiera que esa doctrina contenplativa de una situación a posteriori o hecho cumplido, como es el de haberse efectuado la adjudicación al cedente por no haberse presentado el cesionario, está precisamente sentada en función de los derechos del último, sin que reconozca titularidad alguna al primero para reclamar para sí los bienes correspondientes al derecho cedido. Vale decir que la doctrina, enderezada a señalar los efectos de la adjudicación hecha nominalmente a quien ya no tenía derecho en la herencia por haberlo cedido, mal puede enfilarse a producir una condena de restitución de ella en favor de quien ya no es dueño.

Ocurre con la petición de herencia lo mismo que con la reivindicación: así como la acción de dominio no puede válidamente proponerse sino por quien es el propietario de la cosa que se reivindica, de igual modo la petición de herencia, en cuanto restitutoria, no puede ser intentada sino por quien pruebe ser el titular del derecho hereditario, que lo será el heredero mismo mien-

tras conserve este derecho, o su sucesor, caso de haberlo transferido.

Ni tiene pertinencia aquí la alegación de que, según el artículo 1970 del Código Civil, es indiferente que sea el cedente o el cesionario quien persiga el derecho, porque esa indiferencia, que se predica ante la posibilidad de que el cesionario del derecho litigioso se abstenga de comparecer al juicio, no tiene otro sentido que el de reconocer en el cedente un interés jurídico por hacer bueno el resultado de la cesión; pero, en ningún caso quiere decir que, si el comprobante de ésta ingresó al proceso, pueda el juzgador desentenderse de la misma para expedir un proveimiento contrario a sus imperativos. Y a esta inadmisible ocurrencia se precipitaría la solución del presente pleito, si prevaleciese la orden de restituír al demandante las tres cuartas partes de los bienes relictos, no obstante pesar en la causa las escrituras públicas que dan fe de las cesiones parciales otorgadas por el mismo Galeano y a que se ha venido haciendo referencia.

Los razonamientos que anteceden obligan a la conclusión de que el Tribunal, por haber desatendido el mérito probatorio de esas escrituras de cesión parcial de derechos hereditarios otorgadas por el actor, violó en primer término los artículos 1759 y 1765 del Código Civil y, consecuencialmente, por indebida aplicación, el artículo 1321, ibídem, estatuyente de la acción de petición de herencia, en cuanto ordenó la restitución de las tres cuartas partes del haber herencial de Luis Bernal Granados a favor de José Galeano, siendo así que éste, en virtud de las referidas cesiones, sólo conserva derecho a ser restituído en el veinte por ciento (20%) de las dichas tres cuartas partes.

La procedencia de este reparo hace inoficioso el estudio de cualquiera otro aspecto de la censura en el ámbito del cargo que se ventila, pues es suficiente para que el fallo sea infirmado en lo tocante con la decisión sobre petición de herencia.

Sentencia de instancia.

En consecuencia, de lo dicho, la casación afectará el pronunciamiento de segunda instancia en la parte que define la acción de petición de herencia, dejando en pie lo resuelto sobre las acciones de filiación natural y reforma del testamento, salvo respecto de esta última la rectificación que merece el punto a ella referente, en el sentido de que por la reforma sólo ha de entenderse a José Galeano como instituído en las tres cuartas partes de la herencia del causante, pero no con derecho actual a recoger la totalidad de los bienes correspondientes a dichas tres cuartas partes, sino únicamente el veinte por ciento (20%) de los mismos.

La sentencia de reemplazo, a que sirven de motivación las consideraciones que anteceden, se limitará, entonces, a reformar los puntos tercero (3º), cuarto (4º), séptimo (7º), noveno (9º) y décimo (10º) de la parte resolutiva de la del Juez de primer grado, así:

El punto tercero (3º), para que diga que José Galeano, como hijo natural de Luis Bernal Granados, tiene en principio vocación hereditaria a las tres cuartas partes de los bienes que constituyen la herencia de este causante;

el punto cuarto (4º), en orden a que la reforma del testamento de Luis Bernal Granados se hace en el sentido de que José Galeano, en su calidad de heredero forzoso del causante, se entiende instituído en las tres cuartas partes de la herencia de éste:

el punto séptimo (7º), en el sentido de disponer que, de las tres cuartas partes de la herencia de Luis Bernal Granados, correspondientes a José Galeano en su calidad de hijo natural, éste tiene derecho a que en la partición, en el juicio de sucesión del referido causante, se le adjudique una cuota equivalente al veinte por ciento (20%) de las dichas tres cuartas partes;

el punto noveno (9º), en el sentido de declarar que el albacea testamentario, señor Pedro Pablo Díaz, a quien se le dio la tenencia y administración de bienes de la herencia del causante Luis Bernal Granados, o el Hospital de San Vicente de Paúl, de Nemocón, en caso de haber recibido los bienes de aquél, debe restituír al heredero José Galeano, una vez hecha la partición de los bienes de la sucesión en los términos resultantes del mismo fallo, con las modificaciones introducidas en el presente, el veinte por ciento (20%) de las tres cuartas partes de los mismos bienes, y

el punto décimo (10º), en el sentido de que el veinte por ciento (20%) de las tres cuartas partes de todos los frutos, naturales y civiles producidos por los bienes de la herencia de Luis Bernal Granados, desde la contestación de la demanda hasta cuando se verifique la restitución, deberá serle entregado al heredero José Galeano por el Hospital Municipal de San Vicente de Paúl, de Nemocón, si éste los hubiere recibido o hubiere entrado en posesión de aquellos bienes, con el tratamiento para el Hospital de poseedor de buena fe.

Se advierte que en el punto primero (1º) se citará como día de la muerte de Luis Bernal

Granados el veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), en vez del día veintiocho (28) que reza el mismo ordinal.

Como se ve, las restituciones que van a ordenarse en favor de José Galeano dejan por fuera el ochenta por ciento (80%) que él cedió de sus derechos hereditarios, en las proporciones de un veinte por ciento (20%) al doctor Hernando Devis Echandía y un sesenta por ciento (60%) a los señores Magdalena Bernal de Hernández y Rafael Bernal, ninguno de los cuales tres cesionarios fue recibido como parte en este litigio.

Habiéndose accedido parcialmente, según lo dicho, a las pretensiones del actor, no se hará condenación de costas en las instancias.

Por último se observa que, para que el articulado de la parte decisoria no pierda uniformidad de presentación, habrá de reproducirse literalmente la resolución del Juez de primera instancia, salvo en los puntos modificados, en cuyo lugar obrarán los textos reformatorios.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de segunda instancia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha catorce (14) de diciembre de mil novecientos sesenta (1960), y, como juzgador de instancia, en su lugar,

RESUELVE:

A) Confírmase la sentencia de primer grado pronunciada por el Juez Civil del Circuito de Zipaquirá, con fecha veinte (20) de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), salvo en lo que se refiere a los numerales tercero (3º), cuarto (4º), séptimo (7º), noveno (9º) y décimo (10º) de su parte resolutiva, los cuales se sustituyen, respectivamente, por los que, sin alterar la numeración, se insertan en la reproducción que del mismo pronunciamiento se hace en seguida.

En consecuencia, la decisión definitiva queda íntegramente concebida en los siguientes términos:

Primero. "Declárase que José Galeano, mayor de edad, vecino del Municipio de Zipaquirá, identificado con la cédula de ciudadanía número 2242773, expedida en Zipaquirá, tiene la calidad de *hijo natural* de Luis Bernal Granados, quien falleció el día veinticinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) en la ciudad de Zipaquirá, y de Inés Galeano".

Segundo. "Declárase que en la calidad dicha de hijo natural José Galeano es heredero universal y legitimario forzoso de Luis Bernal Granados, quien otorgó su testamento el día trece (13) de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) ante el Notario Segundo del Circuito de Bogotá, según se desprende de la escritura pública número 4415 del mismo día trece de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, otorgada en la misma Notaría Segunda del Circuito de Bogotá".

Tercero. Declárase que José Galeano, como hijo natural de Luis Bernal Granados, tiene en principio vocación hereditaria a las tres cuartas partes de los bienes que constituyen la herencia de este causante.

Cuarto. Refórmase el testamento otorgado por el causante Luis Bernal Granados, el día trece (13) de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), ante el Notario Segundo (2º) del Circuito de Bogotá, cuyas diligencias de apertura y publicación fueron protocolizadas mediante la escritura número mil cuatrocientos noventa y cinco (1.495) de doce (12) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953), otorgada en la Notaría Segunda (2ª) del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar, como se declara, que José Galeano, en su calidad de heredero forzoso del nombrado causante, se entiende instituído en las tres cuartas partes de la herencia de éste.

Quinto. "Declárase, en consecuencia, que el mencionado testamento otorgado por el causante Luis Bernal Granados el día trece de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, ante el Notario Segundo del Circuito de Bogotá, no tiene valor ni produce efectos legales, en cuanto por él se desconocen los derechos que a José Galeano le corresponden en la herencia de dicho causante, en la condición expresada de hijo natural de éste y de asignatario forzoso".

Sexto. "Declárase asimismo que el mencionado testamento, otorgado por el causante Luis Bernal Granados, tiene valor y surte sus efectos legales, en cuanto por él se instituye heredero al Hospital Municipal de San Vicente de Paúl, de Nemocón, y se legan algunos bienes a las personas indicadas en la cláusula séptima del testamento. Esta vocación hereditaria y la asignación de los legados debe entenderse hecha sobre la cuarta de libre disposición, o sea sobre la cuarta

parte de los bienes que constituyen la herencia del causante Luis Bernal Granados, de los cuales podía disponer libremente y sin perjuicio de los derechos del legitimario".

Séptimo. Declárase que, de las tres cuartas partes de la herencia de Luis Bernal Granados, correspondientes a José Galeano en su calidad de hijo natural, éste tiene derecho a que en la partición, en el juicio de sucesión del referido causante, se le adjudique una cuota equivalente al veinte por ciento (20%) de las dichas tres cuartas partes.

Octavo. "Declárase también que en el mencionado juicio de sucesión del causante Luis Bernal Granados, en la distribución y partición de los bienes deben serle adjudicados al Hospital Municipal de San Vicente de Paúl, de Nemocón, y a los legatarios instituídos en el testamento, los bienes que les corresponden, tomándolos de la cuarta de libre disposición, o sea sobre la cuarta parte de los bienes que constituyen la herencia de dicho causante".

Noveno. Dispónese que el albacea testamentario, señor Pedro Pablo Díaz, a quien se le dio la tenencia y administración de bienes de la herencia del causante Luis Bernal Granados, o el Hospital Municipal de San Vicente de Paúl, de Nemocón, en caso de haber recibido los bienes de aquél, debe restituír al heredero José Galeano, una vez hecha la partición de los bienes de la sucesión en los términos resultantes del presente fallo, el veinte por ciento (20%) de las tres cuartas partes de los mismos bienes.

Décimo. Dispónese que el veinte por ciento (20%) de las tres cuartas partes de todos los frutos, naturales y civiles, producidos por los bienes de la herencia de Luis Bernal Granados, desde la contestación de la demanda hasta cuando se verifique la restitución deberá serle entregado al heredero José Galeano por el Hospital Municipal de San Vicente de Paúl, de Nemocón, si éste los hubiere recibido o hubiere entrado en posesión de aquellos bienes, con el tratamiento para el Hospital de poseedor de buena fe.

Parágrafo. Las liquidaciones a que hubiere lugar en relación con las prestaciones mutuas se efectuarán en la ejecución de esta sentencia mediante el procedimiento ordenado por el artículo 553 del Código Judicial.

B) Sin costas en ninguna de las instancias ni en el recurso de casación.

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

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, con salvamento de voto, *Ernesto Escallón Vargas,* Conjuez, *Ricardo Uribe Holguín,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

No obstante el respeto que tengo por la opinión de la mayoría falladora y el acatamiento que me merece la autoridad de los miembros de esa mayoría, disiento de algunas de las razones expuestas en el fallo. Estas no han logrado mi convicción, por los motivos que brevemente expreso a continuación, y que sirven de apoyo a mi concepto personal.

La prueba testimonial sirvió de fundamento para declarar a José Galeano hijo natural de Luis Bernal Granados, como resultado de unas relaciones sexuales estables.

Dice la mayoría falladora que el impugnante en el primer cargo del Capítulo Segundo no le reprochó al sentenciador yerro alguno de hecho en la ponderación de la prueba testimonial porque no puntualizó los errores, y porque la crítica se redujo a propugnar una estimación diversa y contraria a la profesada por el Tribunal.

Pero a esto debo observar que, a través de la demanda se ve con claridad, a mi entender, la intención de combatir por error manifiesto de hecho la apreciación que de la prueba hizo el Tribunal. Bien es cierto que no se criticaron todos los testimonios, pero también lo es que se hizo la crítica de algunos; proceder que estimo suficiente, pues quizá sería excesivo exigir la crítica total o la de un determinado número que tendría que ser fijado, inevitablemente, en forma arbitraria.

El testimonio humano ha de ser estudiado y justipreciado en sí mismo, *per se,* entre otras razones porque su fuerza o su ineficacia, su verdad o su falsedad, su exactitud o su error, emanan del testimonio mismo comoquiera que estas son sus notas esenciales y las que lo caracterizan como prueba en derecho.

Además, como prosperó un cargo, la Corte al fundamentar la sentencia de instancia, tuvo la oportunidad de estudiar toda la prueba, no con interés de casación, ya que el recurso fue superado, sino con criterio de instancia.

Lo dicho me hace pensar que se encuentran reunidos los eslabones del error de hecho, a saber: a) Error en la apreciación de la prueba; b) Violación de la ley sustantiva; c) Incidencia del cargo sobre resolución de la sentencia.

Por tanto, creo que la Corte, en el fallo que origina mi salvamento de voto, ha debido estudiar y decidir el cargo por error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, analizando dicha prueba, sin perjuicio de la técnica de casación, aunque atemperándole en este caso, a esa técnica el exceso de su rigorismo.

Me inclina más a seguir esta opinión, el criterio fijado sobre el particular en las siguientes y muy sabias palabras del ilustre jurista doctor Ricardo Hinestrosa Daza:

"El juzgador, si entiende su misión en conciencia, no puede desoír un cargo por la circunstancia de no habérsele nominado bien, o de no haberse ubicado en el preciso numeral que le corresponde si por otra parte, al considerarlo en sí mismo y en sus fundamentos, lo encuentra justificado. (Casación abril 26 de 1938, Tomo XLVI).

Ernesto Escallón Vargas,
Conjuez.

Fecha ut supra.



LA APELACION DA PLENITUD DE COMPETENCIA AL SUPERIOR QUE CONOCE DE ELLA

La confirmación que, aunque por distintas razones, haga el Tribunal de la sentencia del primer grado, no justifica el cargo de falta de competencia, ni el que se proponga, como subsidiario, bajo el nombre de ilegitimidad de personería del demandado. — Quién puede alegar esta última.

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

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

El Personero Municipal de Cali, en representación del Municipio, demandó en juicio de reivindicación a la sociedad "José Fernández y Cía. Ltda.", representada por su Gerente, José García Rodríguez, a quien se le corrió oportuno traslado de la demanda.

Afirma el Municipio ser dueño del lote de terreno descrito y determinado en el hecho tercero de la demanda; que este lote lo adquirió en la división que tuvo lugar en el año de 1905, según escritura pública número 174 de 17 de mayo, pasada en la Notaría Segunda del Circuito de Cali, división que se cumplió entre los señores Francisco Antonio Magaña, Epifanio Estela, Georgina Muñoz viuda de Salinas, por una parte, y el Municipio de Cali por otra; y que el demandado es el actual poseedor del inmueble.

En consecuencia, solicita el actor la restitución del bien, la condenación al pago de frutos naturales y civiles y a las costas del juicio.

El demandado al contestar el libelo negó los hechos, se opuso a que se hagan las declaraciones impetradas y propuso las siguientes excepciones:

"a) Carencia de acción; b) Inexistencia de la obligación demandada; c) Prescripción; d) Falta de título y de causa; e) Ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, y f) Todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación demandada o la declaran extinguida, si alguna vez existió".

Terminó el primer grado del juicio con la sentencia de mérito pronunciada por el Juez Quinto Civil del Circuito de Cali, en la que absolvió al demandado de los cargos formulados en la demanda, por falta de legitimación en causa de la parte demandada.

El Personero Municipal apeló de la sentencia, lo que determinó el conocimiento del Tribunal, donde se falló el negocio el 16 de diciembre de 1960, confirmando la de primera instancia, con fundamento en consideraciones distintas a las del Juzgado.

El Fiscal del Tribunal interpuso recurso de casación, sustentado ante la Corte por el Procurador General de la Nación, y que ahora se resuelve.

La sentencia del Tribunal.

Para revaluar el criterio del Juez y adoptar el que encontró adecuado para confirmar la sentencia de primera instancia, dice el Tribunal:

"Previamente deberá estudiarse la motivación del *a quo* que lo condujo a absolver a la firma 'José Fernández y Cía. Ltda.' Consideró el Juez que los documentos acompañados demostraban que la sociedad demandada 'José Fernández y Cía. Cali Ltda.' es persona distinta de 'J. Fernández & Cía. Cali Ltda.', pues ésta es la que figura como poseedora del inmueble y no la que se demandó.

Sin embargo, el contenido del proceso estructura una realidad distinta, pues de las escrituras números 1083 y 1084 de 7 de mayo de 1949, otorgadas en la Notaría 3ª de Cali, y de la número 3346 del 27 de noviembre de 1950 de la misma Notaría, se desprende la identidad de la

persona demandada. Con mayor claridad se define el punto al examinar el contexto del escrito de contestación de la demanda y de la propia demanda de reconvención. Todas estas piezas establecen que la pretendida distinción entre "J. Fernández & Cía. Cali Limitada" y "José Fernández y Cía. Cali, Ltda.", no responde a ninguna realidad, porque son una misma persona jurídica, y que la sociedad demandada es en efecto, como lo admite la contestación de la demanda y el libelo de reconvención, el sujeto pasivo de la acción ejercida, y quien efectivamente tiene la posesión del lote a cuya restitución aspira el Municipio.

"No se trata, pues, de personas distintas, toda vez que el elemento formal que utilizó el *a quo* para derivar su conclusión absolutoria, carece de significación ante la identidad de la persona, identidad que emana de la documentación aportada y de su actitud frente a la demanda, pues no sólo comparece como poseedor del bien pretendido, sino que afirmándose titular del dominio propuso demanda de reconvención, con el fin de obtener, como propietaria del inmueble, la indemnización de perjuicios provenientes de las diversas acciones persecutorias del Municipio sobre el lote y de su inamovilidad procurada en virtud de su ejercicio. La suma de todos estos elementos conduce a la conclusión de que no puede considerarse personas distintas porque no es sino una misma 'J. Fernández & Cía. Cali Limitada' y 'José Fernández y Cía. Cali, Ltda.'; admitir lo contrario sería darle prevalencia a un factor excesivamente formal y además infundado sobre el contenido real del proceso".

Al estudiar los fundamentos de la acción, el Tribunal encuentra una mejor titularidad del dominio en la sociedad demandada y, además, falta de identificación del inmueble. Así dice:

"La prueba de inspección ocular, especialmente en casos difíciles como el presente, constituye el medio probatorio ideal para establecer la identidad de un bien raíz. Sin embargo, esta prueba quedó incompleta en los autos, pues apenas fue iniciada por el Juzgado con la determinación del mojón 'F' y suspendida con el objeto de continuarla sobre las bases técnicas que suministraran los peritos en su investigación, porque no era dable identificar por los medios ordinarios de la directa percepción el lote de mayor extensión, debido a que sobre él, según se desprende del dictamen, se ha levantado gran parte de la ciudad. Al referirse los peritos a la tarea de localizar el lote del hecho primero, dicen que ese trabajo 'es sumamente laborioso *a consecuencia de las construcciones existentes en la ciudad, las que impiden la verificación de los trabajos'*. (Subraya la Sala).

"Es decir, que ese lote, premisa indispensable para la definición del dominio del Municipio sobre el del hecho 3º, en él comprendido, quedó sin precisarse en los autos. Pero los peritos, mediante deducciones que habrán de analizarse, llegaron a la conclusión de que un lindero del lote de mayor extensión, el señalado entre el mojón 'F' y 'G', dividía el lote del litigio, de modo que necesariamente habría que admitir que una parte queda comprendida dentro del lote del Municipio a que se refiere la escritura número 174 de 17 de mayo de 1905, de la Notaría 2ª de Cali, y la restante fuera de él.

"Sin embargo, la Sala observa que la prueba pericial, única probanza al respecto, no garantiza plenamente el acierto de sus conclusiones, pues en la misma pieza se advierte 'que la línea F.-G. localizada sobre el terreno es muy aproximadamente la verdadera'. Es decir, que los expertos no construyen sobre bases precisas y en forma cierta sus conclusiones, sino que las dejan en el campo de las aproximaciones, es decir, se ubican en lo probable, situación de la cual la Sala no podría deducir con certidumbre la identidad plena, todavía más si se considera la ausencia de otras pruebas complementarias, pues no hay prueba testimonial que concurra a dilucidar el punto y la inspección ocular no suministra ningún dato ni indicio, fuera de la localización del mojón 'F', dato aislado e incierto en sí mismo que ocasionó la perplejidad del personal de la diligencia y su suspensión ante la imposibilidad de producirla.

"Es más, los peritos se auxiliaron en su labor con planos elaborados unilateralmente por el Municipio que fueron presentados por su representante en el acto de la inconclusa inspección ocular. En el dictamen hay por ejemplo un dato que relativiza profundamente su mérito, pues 'al deflectar el ángulo de 89°, que es el valor de las direcciones F.-G. y G.-A., trazadas en el plano aerofotogramétrico de la ciudad de Cali y presentado por el señor Personero, la línea G.-A. coincidió con la Torre de Santa Rosa...', dicen los peritos.

"Pero en el título presentado por el Municipio la Torre de Santa Rosa no representa ninguna referencia, toda vez que en él se expresa que 'las líneas Norte y Sur son permanentes y tienen la particularidad de tener puntos de dirección inamovibles, porque la primera está trazada con la dirección de la *Torre de San Pedro* de esta

ciudad y la segunda en la dirección de la *Torre de San Francisco'*.

"Factores que contribuyen a formar la perplejidad en torno a la identidad del bien del hecho 1º del libelo.

"Hay asimismo otro indicio vehemente en este orden de consideraciones. Los otorgantes de la escritura 174 del 17 de mayo de 1905, de la Notaría 2ª de Cali, convinieron entre sí que como al Municipio le correspondería en la tercera parte adjudicada en la partición lotes enajenados a terceros hasta el 9 de julio de 1904, en compensación de ellos se le darían 60 fanegadas de terreno 'en el sitio o caserío de Aguablanca, *perfectamente libres y sobre los cuales no hubiera lugar a disputa ni reclamo alguno por parte de terceros'*. (Subraya la Sala). Lo cual hace suponer que como el lote de la sociedad está amparado por una titulación distinta de la del Municipio y de la de sus antecesores, seguramente no quedaba comprendido en el lote de las sesenta fanegadas, cuya determinación, como se ha visto, no fue posible, sino únicamente el trazado de una de sus líneas —la F.-G.— sobre bases que los mismos peritos advierten apenas dan una orientación aproximada a la verdadera.

"Estima, pues, la Sala que no hay fundamentos suficientes para concluír que el lote materia de la reivindicación quede en todo o en parte dentro del de mayor extensión, toda vez que al no haberse determinado éste con certeza no puede afirmarse el dominio del Municipio sobre aquél.

"Pero aun acogiendo el dictamen como prueba bastante de la identidad parcial del lote, la Sala observa que los títulos de la sociedad 'José Fernández y Cía. Cali Limitada' deben prevalecer sobre los del Municipio, pues la entidad municipal con un título registrado en el año de 1949 pretende la reivindicación de un lote frente a poseedor que ostenta una posesión material anterior, protegida por un título de origen distinto cuyo registro es igualmente anterior al del Municipio (E. P. 2304 del 31 de agosto de 1944, debidamente registrada el 27 de actubre del mismo año). Como lo tiene establecido la honorable Corte, los efectos del registro respecto de terceros no se cumplen sino a partir de la fecha de la inscripción.

"Los antecesores en el dominio de la sociedad se remontan hasta el año de 1904: escritura pública número 117 del 9 de mayo de 1904, de la Notaría del Cerrito, registrada en el libro 1º el 21 del mismo mes y año.

"De consiguiente, deben prevalecer los derechos del demandado y, por lo tanto, la Sala confirmará la sentencia absolutoria apelada, aunque con fundamento en consideraciones distintas de las del Juzgado".

La demanda de casación.

La acusación de la sentencia del Tribunal se hace con fundamento en la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, por ser violatoria del artículo 448 de ese Código, y concretamente se afirma que la nulidad es por incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad en la personería.

Para sustentar el cargo dice la Procuraduría:

"Adolece la providencia de segunda instancia de nulidad por incompetencia de jurisdicción del Tribunal de Cali para decidir de la apelación, por cuanto que el Juez *a quo* se abstuvo de fallar acerca de todas las peticiones de la demanda, y el Juez *ad quem* decidió en el fondo, violando de este modo el principio procesal de las dos instancias consagrado por el Código Judicial para el juicio de la referencia.

"Además, y en subsidio de la anterior proposición, se configuró una causal de nulidad por ilegitimidad en la personería del demandado por haberse absuelto a quien no estaba debidamente representado.

"En uno de sus apartes dice el *a quo:* 'Siendo así, como en efecto lo es, se tiene que se ha demandado a persona desconocida e incierta y, por tanto, el fallo que se pronuncie a favor o en contra de José Fernández y Cía. no puede aprovechar ni perjudicar a J. Fernández'.

"Resulta en extremo claro que en su decisión el Juez de Circuito se abstuvo de fallar el negocio en el fondo, con respecto a la segunda entidad demandada, es decir, J. Fernández y Cía. Ltda.

"Pero se pregunta este despacho: ¿son dos personas distintas o se trata de una misma, con una simple variación en cuanto al nombre, y qué consecuencias trae en la segunda instancia una decisión u otra?

"La primera solución planteada dentro del proceso, y acogida por el Juez del Circuito, fue la de una divergencia absoluta de personas, entre las cuales no existe ningún vínculo que pueda traer consecuencias jurídicas para el juicio de reivindicación, como sí ocurriría en el caso de que, siendo distintas la una poseyera a nombre de la otra, situación que se plantearía, por ejemplo, entre un arrendatario y el arrendador de un bien inmueble.

"La segunda solución, dada por el Tribunal, es completamente opuesta: para él se trata de sociedades a quienes corresponde una misma posesión, mas de su razonamiento no se puede concluír si es que la sociedad A. posee a nombre de la sociedad B., o si A. y B. son una misma persona".

Hace la demanda el estudio de la liquidación de la sociedad "José Fernández y Cía. Cali Limitada", y de la constitución y reforma de la sociedad "J. Fernández y Cía. Limitada", para concluír de esta manera:

"1. De las escrituras analizadas se deduce la existencia de dos sociedades cuya razón social está formada por el nombre de José Fernández y la indicación de tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada. La primera existió del 3 de febrero de 1942 hasta el 24 de enero de 1946 y la segunda se constituyó el 7 de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), con un término de duración de ocho años, sin que conste en el expediente si efectivamente a la presentación de la demanda todavía existía.

"2. Las dos sociedades fueron formadas por los mismos socios, con los mismos fines, con idéntica posesión sobre un inmueble denominado 'Sardinera', y sobre todo con una razón social que se prestaba a confusiones como la que se ha creado en el presente negocio.

"3. La intención clara del demandante fue la perseguir un bien raíz de su propiedad en manos de quien lo estuviera poseyendo al momento de iniciarse el litigio, y así lo comprendió el re-representante del Municipio, quien presentó oportunamente copia debidamente diligenciada de la Cámara de Comercio de Cali, del registro y existencia de la sociedad J. Fernández y Compañía, y, además, copia del avalúo catastral del bien en litigio, en que aparece como propietaria José Fernández y Cía. (fls. 6 y 15 del cuaderno número...).

"4. No podía perseguirse un bien demandando a quien no existía, como se llegó a creer a consecuencia de la excepción propuesta por el demandado en su alegato de primera instancia y como lo aceptó en su sentencia el Juez a quien correspondió decidirla.

"El Juez *a quo* no fue al fondo del negocio. Su sentencia absolvió a quien no era demandado y, por tanto, no agotó la instancia respecto de la cuestión materia de la litis.

"5. Es falsa la posición del Tribunal cuando identifica a las dos sociedades.

"En resumen tenemos:

"Aceptada la existencia de dos personas distintas, como lo hizo el Juez *a quo*, se presenta una causal de nulidad originada en la incompetencia de jurisdicción del Tribunal, por cuanto éste pretermitió la primera instancia, ya que en ella se absolvió a José Fernández y Cía. Ltda., y no se dijo nada respecto de J., quien era el demandado. (Artículo 448, ordinal 1º del Código Judicial).

"También se presenta una causal de nulidad por ilegitimidad en la personería adjetiva, en el caso de suponer que José Fernández y Cía., Cali Ltda., representa a J. Fernández y Cía. Cali Limitada, única posibilidad de identidad, por cuanto no aparece acreditada esa representación".

Se solicita, en consecuencia, que vistas las razones aducidas, especialmente la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción, se infirme la sentencia acusada y se ordene el reenvío de los autos para que se determine lo procedente con arreglo a derecho.

La oposición.

Sostiene que tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda son de mérito porque se pronunciaron sobre el fondo del asunto, si bien con fundamentos diferentes. La del Juez se basó en que fue demandado quien no estaba llamado a responder, en razón de que la sociedad "José Fernández y Cía." no es la actual poseedora del inmueble, sino la sociedad "J. Fernández y Cía. Cali Ltda.", en lo cual vio ausencia de legitimación pasiva en la causa, que es un elemento de la pretensión y no un presupuesto del proceso, lo que indica que el fallo así pronunciado es de mérito y no simplemente formal.

La sentencia del Tribunal consideró que la sociedad José Fernández y Cía., que fue la demandada, no difiere de la sociedad "J. Fernández y Cía. Cali Limitada", cuya existencia se probó en autos, actual poseedora del inmueble, lo que determinó que el Tribunal encontrase acreditada la legitimación de la parte demandada. Mas por falta de otros elementos constitutivos de la acción de reivindicación, o sean el título de dominio en el demandante y la identidad de la cosa objeto del litigio, la demanda resultaba imprósperа, lo que determinó la confirmación del fallo de primer grado, así sea por razones distintas a las contenidas en él.

Esto, advierte el escrito de oposición, en el supuesto planteado por el Procurador "de que al fallarse en el fondo en segunda instancia, si existe fallo inhibitorio en primera se produce nulidad por incompetencia, lo cual no es exacto".

En cuanto a la ilegitimidad de personería, anota el dicho escrito que el cargo descansa en un supuesto que no se acomoda a la realidad, ya que el Tribunal no partió de que la sociedad demandada poseyera el bien perseguido en representación de la sociedad "J. Fernández y Cía. Cali Limitada", sino de la identidad de las sociedades para efectos de esta litis. "Si el fallo no presupone la citada representación, mal puede construírse el ataque en falta de prueba de esa representación".

Igualmente se arguye que la demanda de casación adolece del defecto fundamental de carecer de interés procesal para solicitar la ilegitimidad de personería de la parte demandada, la que sólo podría alegarse por quien no estuvo legítimamente representado.

Consideraciones de la Corte:

1ª *La apelación como medio ordinario de impugnación, da al Juez de segundo grado la competencia que originalmente tuvo el funcionario que dictó la providencia apelada. En tal virtud, tiene aquél el mismo conocimiento y los mismos poderes para enfrentar el estudio de los hechos y del derecho, para valorar las pruebas, de igual o de distinto modo que el de primer grado, revisar íntegramente el proceso y llegar a conclusiones que pueden coincidir en parte o en su totalidad con las del Juez* a quo *y, en fin, revocar la providencia, pues su posición frente a los litigantes es la misma al momento de resolver el recurso que la que tuvo el inferior al tiempo de decidir, entendido todo esto, en la medida en que lo pretenda el apelante y con la limitación de la* reformatio in pejus.

Con las excepciones dichas la competencia adquirida por el Juez ad quem, *no admite reservas.*

De donde podía volver sobre el estudio de la relación procesal, de las condiciones de la pretensión, de los presupuestos procesales, etc., para aceptar el criterio del Juez o dirimir el pleito, según su propia inteligencia del problema.

Y así lo hizo al confirmar, por distintas razones, la sentencia de primera instancia, pues no dio por buenas las del Juez que absolvió, por no encontrar probada la legitimación pasiva en causa, sino porque para el Tribunal no se estableció ni identidad, ni la titularidad del inmueble que se pretende reivindicar designado en el hecho tercero de la demanda de iniciación del litigio.

2ª Si por el aspecto anterior, que corresponde a la dimensión del conocimiento del juzgador de la apelación, *es impróspero el cargo referido a la falta de competencia, por haber fallado el Tribunal en sentencia de mérito de distinta manera de como en providencia de igual carácter lo hiciera el Juzgado, también la improsperidad comprende el llamado cargo subsidiario, bautizado de ilegitimidad de personería del demandado, por lo siguiente:*

a) Porque si pudiera proponerse en el recurso de casación cargos subsidiarios, no sería el de ilegitimidad de personería, corolario del de falta de competencia del juzgador, como lo cree el recurso.

b) Porque se puede tener legítima personería dentro de un proceso extrínsecamente bien formado, sin embargo, de no tener el fallador la competencia legal y, al contrario, se puede carecer de legítima representación en un proceso en que la competencia del Juez esté ajustada a la ley.

c) Porque la competencia, en principio, no hace relación a la concordancia o divergencia de la parte resolutiva de los fallos de los juzgadores de instancia, sino a la facultad de un Juez, para ejercer, por autoridad de la ley, la jurisdicción en un negocio determinado. No se ha objetado por las partes la competencia inicial, o sea la del Juez de primera instancia que, en lo que respecta a la de segundo grado, se infiere de las normas que la conceden (C. J., art. 78).

3. *La ilegitimidad de personería sólo puede alegarse por quien no estuvo legítimamente representado en el juicio y no por su contraparte, como lo ha dicho repetidas veces la jurisprudencia.* En el caso de ahora esa facultad sólo podría ser ejercida por la sociedad demandada, si el supuesto de ilegitimidad hubiera ocurrido.

RESOLUCION:

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha diez y seis (16) de diciembre de mil novecientos sesenta (1960), proferida en este juicio ordinario seguido por el Municipio de Cali contra la sociedad "José Fernández & Cía. Ltda.", sobre restitución de un lote de terreno.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO DE EDIFICIOS RUINOSOS, POR LOS DAÑOS QUE OCASIONEN A TERCEROS, COMPRENDE TAMBIEN LOS QUE ORIGINEN LOS ELEMENTOS CONFINADOS A ESPACIOS FIJOS, COMO OCURRE CON LOS ASCENSORES

La causal 2ª de casación debe buscarse en la parte resolutiva del fallo. — La competencia del a quo determina la del ad quem. — Cuándo la acción civil sobre indemnización de perjuicios por la muerte de una persona puede intentarse independientemente de toda definición penal. — Causal 1ª de casación. — Condiciones para considerar vulnerado el artículo 26 de la Carta. — Los artículos 205 y 593 del Código Judicial no son normas de carácter sustancial. — Requisitos para que pueda tener trascendencia en casación el quebranto del artículo 1757 del Código Civil. — La lógica de los hechos como razón de la apreciación indiciaria. — La crítica global de las pruebas no es de recibo en casación. — Dependencia del empleado respecto del empresario a quien sirve. — Presunción de culpa por actividades peligrosas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., primero de octubre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 13 de octubre de 1960, en el juicio ordinario seguido por Syra Martínez de Rojas y otros frente a Jaime Posada Peláez.

I

El litigio.

Syra Martínez de Rojas, obrando en su propio nombre y en representación de sus menores hijos llamados Syra, Blanca Cecilia, Marta Lucía y Germán Rojas Martínez, la primera con el carácter de cónyuge sobreviviente de Luis Rojas Peña, y los cuatro últimos en su condición de hijos legítimos del matrimonio que existió entre éste y aquélla, trajo a juicio ordinario a Jaime Posada Peláez en impetración de las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Que el demandado "es civilmente responsable, con responsabilidad extracontractual, de la muerte del señor Luis o Luis Alfonso Rojas Peña", acaecida en la ciudad de Bogotá el 14 de abril de 1956, a causa del accidente sufrido por éste en la ciudad de Medellín el 15 de marzo del mismo año;

2ª que, en consecuencia, se declare que el demandado "está en la obligación de pagar a la señora Syra Martínez viuda de Rojas y a los menores Syra, Blanca Cecilia, Marta Lucía y Germán Rojas Martínez los perjuicios morales y materiales que les ocasionó con motivo de la muerte, por causa de accidente, del señor don Luis o Luis Alfonso Rojas Peña";

3ª que, por lo mismo, se condene al demandado a pagar a los actores las siguientes cantidades de dinero: a) dos mil pesos ($ 2.000.00) a cada uno, o sea para todos en conjunto, diez mil pesos ($ 10.000.00), por razón de daños morales, y b) doscientos treinta y siete mil doscientos cuarenta y dos pesos ($ 237.242.00) por concepto de los perjuicios materiales;

4ª que la condena a satisfacer las cantidades dichas lo sea "desde que se hagan exigibles hasta la solución o pago total, y a la rata del seis por ciento (6%) anual";

5ª que se le impongan las costas.

En subsidio de la tercera de las súplicas referidas, se solicita que se condene a Jaime Posada Peláez a pagar a los demandantes, "a título de indemnización de perjuicios morales y materiales por la muerte en accidente del señor Luis o Luis Alfonso Rojas Peña, la cantidad o cantidades que por medio de peritos se señale en el presente juicio, o en el incidente sobre cumplimiento de la sentencia, al tenor del artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, junto con los intereses, a la tasa legal, de esas cantidades desde que se hagan exigibles hasta su cumplimiento o pago total".

De los *hechos* en que se dijo fundar este pedimento, cabe destacar los siguientes:

Que Luis Rojas Peña y Syra Martínez fueron casados católicamente, matrimonio del cual nacieron y viven Syra, Blanca Cecilia, Marta Lucía y Germán, cuyas fechas natalicias los señalan aún como menores de edad (hechos 1º y 2º);

Rojas Peña, empleado que era de la Superintendencia Bancaria, percibía, como remuneración de su trabajo, un sueldo mensual de mil pesos ($ 1.000.00), y también, mensualmente, cien pesos ($ 100.00) por Fondo de Ahorros, doscientos veinte pesos ($ 220.00) por subsidio familiar y cuarenta pesos ($ 40.00) por prima (4º);

el día 15 de marzo de 1956, en las horas de la tarde, encontrándose Rojas Peña en la ciudad de Medellín, en compañía de varias personas, en un taller de fabricación de carpas, llegó allí el señor Horacio Correa, alto empleado de los Almacenes Jaipope, de propiedad de Jaime Posada Peláez, y habiéndoseles presentado e invitándolos a una atención en uno de los bares vecinos, y enterado de que tales gentes tenían interés en la adquisición de algunos repuestos para un vehículo "jeep", "les manifestó que él podía proporcionárselos y que para ello los invitaba a los Almacenes Jaipope para presentarlos —al mismo tiempo— al dueño", y ante la insistencia al respecto de Correa, fueron con éste los señores Luis Rojas Peña y Enrique Angel, trasladándose a los dichos Almacenes en la camioneta de la Reencauchadora Medellín, también de pertenencia de Jaime Posada Peláez (hecho 6º, ords. 1 a 5);

llegados al edificio de los Almacenes Jaipope, "por invitación que les hizo el señor Horacio Correa, tomaron el ascensor que presta sus servicios en dicho establecimiento para llegar a las oficinas del señor don Jaime Posada Peláez. Y cuando dicho aparato subía con el señor Correa, con el señor Luis Rojas Peña y con el señor Enrique Angel, el aparato se zafó del cable que los accionaba y se fue a tierra, produciendo graves lesiones a las personas dichas, las cuales tuvieron que ser hospitalizadas y sometidas a intervenciones quirúrgicas sumamente delicadas, en busca de la salud de los señores accidentados" (hecho 6º, ord. 6);

Luis Rojas Peña falleció en la ciudad de Bogotá el día 14 de abril de 1956 (hecho 3º);

"La causa que produjo la muerte del señor don Luis Rojas Peña, de quien se viene hablando, fue un accidente de tránsito ocurrido en los Almacenes Jaipope de esta ciudad, de propiedad de don Jaime Posada Peláez, accidente motivado por el desprendimiento y precipitación a tierra del ascensor que presta sus servicios en esos Almacenes. El accidente tuvo lugar el día quince (15) de marzo de mil novecientos cincuenta y seis (1956), y en él se produjeron graves lesiones al señor Rojas Peña, lesiones que le causaron la muerte el día catorce (14) de abril siguiente" (hechos 5º, 7º y 6º, ord. 7);

conforme a las tablas de mortalidad aceptadas por la Superintendencia Bancaria, Rojas Peña tenía al tiempo de su fallecimiento una supervivencia probable de 26 años y 262 días, lo que unido al hecho de que, al tiempo de morir, devengaba una renta de $ 1.360.00 por mes, teniendo en cuenta los cálculos actuariales del caso, muestra que corresponde a los actores por este solo concepto de indemnización del daño material, una suma de doscientos treinta y siete mil doscientos cuarenta y dos pesos ($ 237.242.00), además de la indemnización del daño moral, computada a razón de dos mil pesos ($ 2.000.00) para cada uno de los peticionarios (8º y 9º);

"El señor don Jaime Posada Peláez, mayor y vecino de este distrito de Medellín, en su calidad de dueño del aparato ascensor que produjo el accidente causante de la muerte del señor Luis Rojas Peña, y en su calidad de dueño del edificio y de los Almacenes Jaipope, en donde se encontraba instalado el ascensor mencionado, y como patrono del señor Horacio Correa, conductor de los señores Luis Rojas Peña y Enrique Angel, cuando ocurrió el accidente antes dicho, es responsable civilmente, hacia mi mandante y ante sus hijos menores ya individualizados, de los perjuicios ocasionados a dichas personas con la muerte por accidente del referido señor Luis Rojas Peña, en la cuantía señalada en los dos apartes que anteceden. Subsidiariamente está obligado el señor Jaime Posada Peláez a pagar

los perjuicios dichos, en la cuantía que se señale dentro del presente juicio, o en el incidente de cumplimiento de la sentencia, por medio de peritos que se designen al efecto" (10).

En *derecho* sustancial se invocaron los artículos 2341, 2342, 2347, 2349, 2350 y 2356 del Código Civil.

En su contestación, el demandado negó directamente unos hechos, dijo no constarle otros o atenerse a lo que se pruebe y sobre algunos hizo explicaciones divergentes de las afirmaciones de la demanda. Al efecto, sostuvo que Horacio Correa es "un simple auxiliar de ventas" de su almacén y no un alto empleado; que Correa y sus acompañantes habían estado en un café "durante algún tiempo ingiriendo licor"; que "en el edificio donde funcionan mis almacenes no existe ascensor para el público ni aparato por medio del cual una persona pueda trasladarse del primero al segundo o al tercer piso del mismo. Existe, simplemente, al fondo de la construcción, un montacarga, en el cual se instaló un aviso desde que se puso en funcionamiento que textualmente dice: 'para carga únicamente'. Dicho montacarga no conduce a las oficinas mías, o sea a la Gerencia del almacén, situadas en el segundo piso. Para obtener el gato o los implementos que el señor Correa iba a suministrar al señor Rojas y a sus compañeros, no necesitaba subir al segundo piso ni al tercero de mi edificio, puesto que todo el almacén funciona en la primera planta, y en el segundo sólo la Gerencia y la Contabilidad, a donde se llega por una rampa, y en el tercero la reencauchadora, adonde no se permite la entrada a particulares, y a la cual se llega también por medio de una rampa. Lo que ocurrió, señor Juez, fue simplemente que el señor Correa y sus acompañantes, por encontrarse en alto estado de embriaguez, resolvieron, no obstante la prohibición expresa contenida en el aviso antes mencionado, montarse en el célebre montacarga y tratar de ascender en él sin motivo ni razón alguno. Es cierto que al desprenderse ese montacarga el señor Peña y sus acompañantes sufrieron lesiones, y por ese motivo fueron hospitalizados en la Clínica Medellín de esta ciudad".

En conclusión, el demandado se opuso a que se hagan las declaraciones impetradas por la parte actora, de las que afirmó "que no tienen asidero legal y son contrarias a toda norma de justicia". Y de remate manifestó proponer la excepción que llamó "genérica" y la de inepta demanda, sin expresar la razón de esta última.

La primera instancia, dentro de la cual se adujeron pruebas por ambas partes, culminó con el fallo del Juez 6º Civil del Circuito de Medellín, en que se decide el pleito así:

"1º Declárase civilmente responsable, con responsabilidad extracontractual, al señor Jaime Posada Peláez, mayor y de este vecindario, de la muerte del señor Luis o Luis Alfonso Rojas Peña, hecho que ocurrió en Bogotá el 14 de abril de 1956, a consecuencia del accidente ocurrido el 15 de marzo anterior, en el elevador o montacarga de los Almacenes Jaipope de esta ciudad.

"2º En consecuencia, de la declaración anterior, el mencionado señor Jaime Posada Peláez pagará a la señora Syra Martínez viuda de Rojas y a sus hijos menores Syra, Blanca Cecilia, Marta Lucía y Germán Rojas Martínez, los perjuicios morales y materiales que les ocasionó la muerte del señor Luis o Luis Alfonso Rojas Peña. El pago se hará dentro de los diez días siguientes a esta decisión.

"3º Para efectos de esta sentencia, los perjuicios morales se estiman en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) para la señora Syra Martínez viuda de Rojas, y en la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) para cada uno de los hijos referidos.

"4º Para los mismos efectos, los perjuicios materiales se liquidarán conforme al artículo 553 del Código Judicial, en consonancia con lo dicho al respecto en esta providencia.

"5º Costas a cargo de la parte demandada".

Por apelación de ambas partes, abriose el segundo grado del litigio, a que puso término la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 13 de octubre de 1960, por la cual se confirma la del inferior, "*con la reforma* al numeral tercero de la parte resolutiva, de que los perjuicios morales se estiman en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) para cada uno de los actores: Syra Martínez viuda de Rojas, Syra, Blanca Cecilia, Marta Lucía y Germán Rojas Martínez", y "se declara no probada la excepción de carencia de jurisdicción" alegada por parte del demandado en la segunda instancia.

Interpuesto por este mismo el recurso de casación, en cuyo trámite se surtieron la demanda y contestación respectivas, entra la Corte a pronunciarse sobre la materia.

II

La sentencia impugnada.

Luego de disertar acerca de la responsabilidad extracontractual y de las categorías en que pue-

den clasificarse los preceptos sobre la materia, según se trate de la responsabilidad por el hecho propio, por el hecho de otras personas o por el de las cosas animadas o inanimadas, procede el juzgador a estudiar "si el demandado Posada Peláez es civilmente responsable o no de los perjuicios de que se queja la parte actora, y si debe indemnizarlos o no en su totalidad o en una parte". Y al efecto discurre así:

"De acuerdo con las pruebas allegadas al juicio oportunamente (art. 597. C. J.), se acreditó que el señor Horacio Correa era empleado al servicio del señor Posada Peláez, propietario de los almacenes 'Jaipope', ubicados en esta ciudad, y que en el edificio donde funciona, en la parte alta, existe o existía a la época del accidente una industria de reencauchaje de llantas, a la cual se llegaba por ramplas (sic) y por un ascensor de carga —montacarga—, pues funcionaba en el tercer piso; en el segundo las oficinas del demandado y en la parte baja los almacenes propiamente dichos.

"Igualmente consta que dadas las especificaciones del montacarga varias personas lo utilizaban en diferentes sentidos y a las distintas dependencias ya enunciadas, no obstante que a la fecha del accidente, según la propia confesión del demandado, la instalación (del montacarga) no estaba terminada en su totalidad (fls. 13, Cdo. No. 2).

"Que el señor Rojas Peña, recién llegado de Bogotá y de tránsito en los Almacenes 'Jaipope' por invitación del señor Horacio Correa, desconocía en absoluto el edificio y la instalación que para él resultó fatal, al utilizarla por insinuación del empleado del demandado, quien en gestión de negocios propios del almacén insistía en que Rojas Peña debía conocer a su patrón, quien en esos momentos se encontraba en el segundo piso. Era, pues, Correa quien guiaba o indicaba a Rojas P. y Enrique Angel dentro del almacén, y les indicó el montacargas como apto para el servicio de pasajeros, no obstante el preventivo de que 'exclusivamente para carga' se podía utilizar, hecho este último un tanto dudoso.

"Si la prohibición en realidad existía, Correa como empleado debía conocerla, como debía estar igualmente informado que la instalación del mencionado aparato no estaba totalmente terminada, y, por tanto, lo obligaban las más elementales normas de prudencia y de esmerada conducta, pues sus acompañantes confiaban en su guía, y en la exquisita cordialidad que les prodigaba.

"Está demostrado igualmente que el elevador fue accionado por el señor Correa; que era propiedad del demandado, y que quien lo accionó imprudentemente era empleado del señor Jaime Posada Peláez.

"Ninguna prueba acompañó la parte demandada suficiente para demostrar caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño, para exonerarse de los perjuicios causados y reclamados, probar la ausencia de culpa o que el daño sufrido obedeció a intervención extraña.

"....

"A consecuencia del accidente sufrido, el señor Rojas Peña fue internado en la Clínica Medellín, donde recibió tratamiento médico oportuno (fls. 38 vto., 39 y 41, Cdo. No. 2) para la fractura de la primera vértebra lumbar y de los miembros inferiores.

"Consta igualmente que el dos (2) de abril de 1956 el señor Rojas P. sufrió un ataque de colesistitis gangrenosa que obligó a nueva intervención quirúrgica a las ocho de la noche de ese día. Que después de operado el doce (12) de ese mismo mes de abril de 1956 salió de la Clínica Medellín, con autorización médica, para ser trasladado a Bogotá en avión, no porque estuviera absolutamente repuesto de sus dolencias causadas en el accidente y como consecuencia de él, sino porque sus condiciones físicas en ese día, según concepto médico, no hicieron contraindicado el viaje al lugar donde se encontraba su familia.

"El señor Rojas Peña falleció en Bogotá como consecuencia del accidente y las complicaciones que se le presentaron posteriormente por el mismo motivo. Esto está demostrado con el concepto pericial que obra a folios 14 vto. y 15, Cdo. No. 3...

"La relación de causalidad surge de la omisión u hecho culposo, como antecedente necesario al perjuicio o daño sufrido, lo que no hubiera ocurrido si la técnica y previsión hubieran sido empleados por quien tenía a su cargo el funcionamiento del montacarga del Almacén 'Jaipope' en ese momento.

"No aparece demostrado con toda certeza hecho alguno que indique siquiera imprudencia de la víctima o temeridad al ocupar el montacarga de propiedad del demandado e instalado en el interior del edificio donde funciona su almacén y oficinas. Pues las señales de 'para carga únicamente', que se establecieron al momento de la diligencia de inspección ocular, parece no existían el día del accidente, ya que la

prueba al respecto es contradictoria, y entre ellas está la del Administrador, que por razón de sus funciones, debía saber con absoluta seguridad si tal señal existía o no, y no obstante se expresa en forma dubitativa (fls. 32, Cdo. No. 2). Por otro aspecto, la víctima fue invitada a usarlo sin que se le advirtiera ningún peligro y por persona que es del caso presumir es no sólo conocedora del manejo de él, sino de las condiciones de seguridad en que se podía ascender hasta el segundo piso donde se encontraba el demandado".

Por lo demás, la sentencia desechó la estimación que los peritos hicieron de los perjuicios materiales en la suma de $ 202.482.72, con apoyo en la cifra en que acuantiaron la remuneración que Rojas Peña devengaba como empleado de la Superintendencia Bancaria, por cuanto "no tuvieron en cuenta la cantidad aportada verdaderamente por la víctima en el sostenimiento del hogar, pues bien pudo haber distraído mensualmente buena parte de esa suma para otras exigencias, bien de carácter social o personal, como el de haber contribuído con el total al sostenimiento de su esposa e hijos"; y en lo atinente a los perjuicios morales subjetivos, determinó que, atendida la doctrina del artículo 95 del Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia al respecto, su indemnización debe hacerse a la tasa de $ 2.000.00 para cada uno de los actores.

Finalmente observa que "como la acción no se ha dirigido contra el señor Horacio Correa, empleado del demandado Posada Peláez, sino contra éste, para deducir la responsabilidad civil, la excepción de 'carencia de jurisdicción', que deduce el apoderado del actor no tiene fundamento en lo preceptuado por los artículos 2356 y 2341 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 24 y concordantes del Código de Procedimiento Penal".

III

El recurso extraordinario.

De los diez cargos que formula el impugnante, los ocho primeros lo están en el ámbito de la causal primera de casación, el noveno en el de la segunda y el último en el de la sexta. En su ventilación tendrá que seguirse el orden lógico que la materia reclama, y además se agruparán bajo un mismo análisis aquellos reparos que tengan una común motivación o similitud argumental.

Cargo en relación con la causal sexta (10º de la demanda). Compuesto de dos motivos, su esencia se condensa así: haber incurrido el juzgador en causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, no saneada, a saber: *falta de citación o emplazamiento* en forma legal del demandado; *incompetencia de jurisdicción.*

a) La *falta de citación o emplazamiento* del demandado se hace consistir en que a éste se le trajo al pleito solamente para resolver si, en relación con los hechos de la demanda, los actores tienen derecho a pedir lo que impetran. Se le citó para debatir si Horacio Correa era empleado, "alto empleado", del demandado. No para discutir si Luis Rojas Peña daba, sí o no, a su mujer y a sus hijos el todo o parte de su remuneración, con destino a las necesidades domésticas; ni tampoco para debatir si Horacio Correa era criado, sirviente o dependiente de Jaime Posada Peláez, bajo su cuidado personal mientras estuvo en la ejecución del hecho que se le imputa, ni si éste ocurrió con ocasión del servicio. Para nada de esto se le citó, luego hay nulidad en cuanto tales cosas vinieron a ser fundamento ilegal de la sentencia.

Se considera:

Al demandado se le citó al debate para que, ya como empleador de Horacio Correa, de quien se dice obró en desempeño de servicio, ya como dueño del edificio en que funcionan los Almacenes Jaipope de pertenencia del demandado, y del cual inmueble es parte accesoria el elevador en que ocurrió el accidente, respondiera por los perjuicios que a los demandantes ocasionó la muerte de Rojas Peña, ocurrida a consecuencia de tal contratiempo.

Aparte que la controversia se desenvolvió sobre estos extremos, y de que en ellos se estructuró la sentencia recurrida, es lo cierto que al demandado se le citó formalmente al pleito, motivo por el cual ha actuado a todo lo largo del mismo mediante apoderado especial y teniendo a sú disposición todos los medios de defensa. En manera alguna puede, pues, afirmarse que a su respecto haya habido falta de citación o emplazamiento, afirmación que resulta contraria a la evidencia del proceso.

Así, pues, en la hipótesis de que la sentencia hubiera extralimitado los términos de la relación jurídico-procesal, cayendo en pecado de incongruencia, el ataque en casación mal podría sustentarse en la causal de nulidad por falta de citación o emplazamiento, que no ha ocurrido.

b) La *incompetencia de jurisdicción,* pretende el impugnante deducirla de dos argumentos, así:

1º Haberse fundado la sentencia en hechos que no fueron materia del debate, comoquiera que "el tribunal podía ser competente para conocer de este negocio, tal como quedó definido en la demanda, pero no lo era para fallarlo con fundamento en hechos que no se expresaron en la demanda y que no fueron probados", contrariando así el precepto del artículo 593 del Código Judicial, según el cual toda decisión en materia civil debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda, siempre que estén demostrados, y

2º haber el Tribunal avocado el conocimiento de este negocio y fallándolo con violación del artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que la acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal, se ejercerá dentro del proceso penal; y que lo que en este pleito se imputa a Horacio Correa y al demandado Posada Peláez es una infracción de la ley de esta especie, por cuanto a uno y otro se les enrostra imprudencia, descuido, culpa que se dice causó la muerte de Rojas Peña. Si en la demanda se pretende que Posada Peláez es civilmente responsable de la muerte de Rojas Peña, por haber incurrido en culpa extracontractual, debe de serlo también desde el punto de vista penal, por no poderse hacer distinción, siendo la base de ambas responsabilidades una misma: la culpa. "Por consiguiente, las autoridades de lo civil carecen de jurisdicción para conocer de este pleito. La acción civil debe ejercitarse dentro del proceso penal". Al decir el sentenciador que Posada es responsable para con los demandantes, "está fundando su sentencia en la afirmación de que alguien por culpa causó la muerte de Rojas, sin que la autoridad penal haya decidido ese punto, siendo tal autoridad la única competente para definirlo, por tratarse de una infracción a la ley penal. Si la justicia penal decide que la muerte de Rojas no fue por culpa de Correa, ¿qué fundamento le quedaría a esta sentencia civil?".

Se considera:

1. El primero de estos reparos contiene la misma sustancia del despachado al principio, pero presentado ahora bajo el aspecto de la incompetencia. A lo cual se observa:

Trátase en este juicio de una acción civil ordinaria, de mayor cuantía, de carácter personal, debatida entre sujetos de derecho común, sin que el recurrente haya demostrado la ocurrencia de falla en ninguno de los factores: objetivo, subjetivo, territorial o funcional, determinantes de la competencia con que el juzgador de instancia avocó inicialmente el conocimiento del negocio.

Ahora bien, *la competencia que, como acertadamente lo enseña el artículo 143 del Código Judicial, "es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República", se fija de una vez desde la iniciación del litigio, y —salvo ocurrencias excepcionales que no vienen al caso— perdura en todo el curso del proceso, con el efecto trascendente de que la competencia del* a quo *determina la del* ad quem. *Es el imperio de la "perpetuatio jurisdictionis".*

Así, pues, si en el caso que se ventila los juzgadores de instancia —Juez del Circuito y Tribunal— tuvieron competencia para conocer del pleito, tal como fue trabado entre las partes, mal puede pretenderse deducir una nulidad del fallo por incompetencia de jurisdicción, a causa de las consideraciones habidas en cuenta por el juzgador en la motivación del proveído, cuya parte resolutiva en nada excede los presupuestos de aquella competencia. No existiendo, pues, la nulidad alegada, resulta improcedente la impugnación por este motivo.

2. *El argumento relacionado con el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal aparece ser producto de una confusión de conceptos, como es el pretender que la responsabilidad civil de una persona en razón de la muerte de otra supone en todo caso una responsabilidad penal.*

A lo que cabe simplemente observar que, para que el hecho u omisión de una persona, de que haya resultado la muerte de otra, constituya a la primera en reo de delito, es preciso que ese hecho u omisión asuma las condiciones de violación de la ley penal (art. 11, C. P.). Y bien podría suceder que aquella conducta, sin llegar a configurar un reato penalmente punible, comprometiese, sin embargo, la responsabilidad de su autor en campo extradelictual, como constitutiva de una culpa civil. En tal caso la responsabilidad de esta clase tendría entidad independiente de toda vinculación a presupuesto penal alguno.

En este juicio sobre indemnización por la muerte de una persona en accidente, no existe prueba de que por la muerte de Luis Rojas Peña *que se hubiera seguido ninguna causa penal, ni cuando menos intentado una investigación a tal efecto. No se da así el presupuesto del artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, para el ejercicio de la acción de resarcimiento del daño por responsabilidad directa, en la órbita de la jurisdicción penal. Entonces, no cabe cerrar la puerta a la competencia de la justicia civil para*

conocer de la acción de reparación de los perjuicios a cuya indemnización pudieren tener derecho los legítimos interesados, porque, como lo tiene establecido la jurisprudencia, esa acción civil se puede intentar independientemente de toda definición penal, cuando no existe proceso de esta última índole, ni es el caso de que por el Juez en lo civil se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal. (Sents. N. G.: 28 octubre 1948, LXV, 2066/67, pág. 283; 10 febrero 1949, LXV, 2068/69, págs. 535 y 536; Cass. civ.: 28 febrero 1949, LXV, 2068/69, págs. 346 a 348; 21 septiembre 1950, LXVIII, 2087/88, pág. 91; 23 abril 1959, XC, 2210, págs. 350 y 351).

No existe, pues, la incompetencia de jurisdicción bajo ninguno de los aspectos a que el recurrente alude.

En conclusión: las razones expuestas bastan a desechar los varios reparos de que se compone la censura formulada en relación con la causal sexta.

Cargo por la causal segunda (9º de la demanda de casación). Propuesto por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas, su exposición puede sintetizarse así:

Que las pretensiones de un demandante son las que se consignan en la parte petitoria, y "se deducen de los hechos expresados 'con claridad y precisión' en la demanda, que conforme a las leyes sean causa de la petición pretendida". Pues bien, "del sólo hecho de que muera un marido y padre no se deduce que resulten desventajas económicas para la viuda y los hijos menores"; y de que "una persona sea 'alto empleado' de otra, de esta sola circunstancia no se deduce, según la ley, que el empleador debe responder civilmente por los delitos y culpas del empleado, pues es preciso que ocurran los demás requisitos que expresan las leyes". En una palabra, de los hechos de la demanda inicial no se deducen legalmente las peticiones. Así, cuando la sentencia consideró, como fundamento de éstas, que Rojas Peña suministraba todo o una parte de su sueldo a su viuda y sus hijos, incurrió en disonancia. Lo mismo cuando, apartando a Horacio Correa de la calidad de "alto empleado" que la demanda le atribuye, vino a considerarlo como simple dependiente del demandado, al cuidado de éste en general y bajo su cuidado en el momento de efectuar el hecho, o su mero criado o sirviente, y que tal hecho que se le imputa tuvo lugar con ocasión del servicio, conclusiones éstas carentes de consonancia con el texto de la demanda y contrarias a la realidad del proceso.

Se considera:

Si la inconsonancia consiste en la incoherencia o falta de identidad jurídica entre la decisión y las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas, tal vicio no existe en el caso *sub judice:*

Los actores demandaron por los perjuicios que, dicen, les ocasionó la muerte de su marido y padre, causada por determinado accidente de que hacen civilmente responsable al demandado, no sólo como superior de quien manejó el artefacto nocivo, sino como dueño y usuario de éste; aquél se opuso, negando esa relación de dependencia, atribuyendo culpa a la víctima y desconociendo la existencia de los daños; finalmente, la sentencia condena en abstracto al demandado al pago de los perjuicios cuya indemnización se solicita. La congruencia es así manifiesta.

No vale argüir como lo hace el recurrente, que el sentenciador tuvo en cuenta circunstancias no alegadas en la demanda, porque fuera de encontrarse éstas contenidas en los términos de la misma, como se verá en el estudio de otros cargos, resulta que estando la parte decisoria del pronunciamiento en perfecta correspondencia con la pretensión deducida en el libelo, *no cabe alegar la causal segunda de casación en razón de los motivos o consideraciones habidos en cuenta por el juzgador, pues como lo enseña insistentemente la doctrina jurisprudencial es en la parte resolutiva del fallo en donde ha de mostrarse la incongruencia. (Cass. 14 julio 1954, LXXVIII, 2144, págs. 66 y 67; 19 octubre 1954, LXXVIII, 2147, pág. 882).*

Cargos por la causal primera.

Primer cargo. El impugnante, comenzando por anunciar que acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, entra a exponer los postulados del artículo 26 de la Carta, para propugnar luego lo siguiente: Que el precepto del artículo 593 del Código Judicial constituye para todo demandado la garantía de no ser condenado, sino con fundamento en hechos enunciados en la demanda y demostrados plenamente, por lo cual ese precepto determina el límite de la competencia de los Jueces, quienes no la tienen para decidir el negocio en contra del demandado con fundamento en hechos no enunciados en la demanda, aunque estén probados, ni con fundamento en los expresados en ella, si no estuvieren legalmente demostrados, importan-

do el proceder en contrario una usurpación de jurisdicción, inductiva de nulidad, todo ello por aplicación de los artículos 148 y 448, ibídem; que si el artículo 205, ibídem, ordena al demandante expresar con claridad y precisión los hechos u omisiones en que funda su demanda, es porque el demandado tiene pleno derecho a conocer qué se le demanda y con fundamento en qué motivos, para poder ejercitar adecuadamente su defensa; que la sentencia que condene al demandado con base en hechos que no se hayan expresado "con claridad y precisión" en el libelo, no está en consonancia con las pretensiones deducidas por el actor, siendo por lo mismo violatoria de los artículos 26 de la Constitución y 593 del Código Judicial; que en concordancia con lo expuesto se encuentra el artículo 474, ibídem, estatuyente de los presupuestos de la cosa juzgada; que el artículo 1757 del Código Civil, en su primer inciso, garantiza al demandado el derecho a no ser condenado, si el demandante no prueba la obligación que demanda y que si el sentenciador condena sin que el demandante haya probado plenamente la obligación que alega, viola los artículos 26 de la Constitución, 593 del Código Judicial y 1757 del Código Civil. Expuesto lo cual, discurre así:

Que en la demanda inicial del juicio no se expresa en qué consistieron los perjuicios, esto es, no se dice "cómc incidió la muerte de Rojas en perjuicio material y moral de los demandantes", ni "que la muerte en sí misma fuera el perjuicio". Que de haberse ello expresado, "hubiera sido objeto de pruebas y *contrapruebas*". No reza la demanda que Rojas estaba entregando a su mujer y a sus hijos parte alguna de la remuneración que devengaba, para que la gastaran en sus necesidades. Así, la sentencia no podía tener en cuenta tales hechos, que no fueron objeto de prueba alguna.

Luego de transcribir el pasaje de la sentencia en que el Tribunal, refiriéndose al dictamen de los peritos, le hace el reparo de que "no tuvieron en cuenta la cantidad aportada verdaderamente por la víctima en el sostenimiento del hogar, pues bien pudo haber distraído mensualmente buena parte de esa suma para otras exigencias, bien de carácter social o personal, como el de haber contribuído con el total al sostenimiento de su esposa e hijos", por lo cual no acogió sus conclusiones para una condena en concreto, dice el recurrente que "no era ni podía ser función de los peritos dictaminar sobre si esos suministros se hacían o no se hacían. Eso, de ser cierto, debía ser probado por otros medios".

Para el Tribunal —argumenta el recurrente— "los perjuicios que se dicen derivados de la muerte del señor Rojas consisten en que en vida de éste la esposa y los hijos recibían para su sostenimiento la totalidad de la remuneración que el marido percibía por su empleo, o parte de tal remuneración, y en que ya muerto el marido, éste nada percibía por el empleo y nada entregaba a su mujer e hijos. Si estas afirmaciones se hubieran hecho en la demanda y se hubieran probado en el juicio, hubieran podido ser fundamento de la sentencia, pero como no se enunciaron en la demanda ni se probaron en el juicio, están enteramente fuera del pleito. Para el Tribunal no hay prueba de que Rojas aportara toda su remuneración, pero indirectamente afirma que sí aportaba una parte grande o chica o la totalidad, pues no expresa la hipótesis de que no aportara nada, ya que condena en abstracto para que se haga la liquidación, según el artículo 553 del Código Judicial... Incurre en un gravísimo error de derecho el Tribunal de la segunda instancia, consistente en fundar la sentencia en hecho no expresado en la demanda, y consistente también en dar por probado ese hecho sin existir prueba ninguna al respecto... La ley no presume que los maridos lleven a la casa para sostenimiento de la mujer y de los hijos lo que devenguen como remuneración por los empleos que ocupen... La muerte de un marido que devenga remuneración por empleo, no siempre desmejora la situación económica de su mujer y sus hijos menores". Acerca de esto último arguye que puede suceder que la muerte del marido deje para la mujer y los hijos el capital y la renta de capital de que antes no gozaban, como también el que exista un seguro de vida apreciable. Y concluye con que "queda así demostrada la violación de las disposiciones sustantivas que he citado hasta aquí".

Se considera:

Es presupuesto para la procedencia del recurso de casación por la causal primera, el que la sentencia sea violatoria de ley sustancial, por cualquiera de las vías directa o indirecta en que la infracción pueda producirse, pero siendo en todo caso necesario que por el recurrente, no sólo se precisen los fundamentos de su ataque, sino que se citen los textos legales que por él se estimen infringidos. Así lo preceptúa el artículo 531 del Código Judicial. Lo cual obedece al carácter extraordinario de este recurso, que no permite a la Corte decidir sino dentro de los límites de una acusación suficientemente formulada.

En lo tocante con el artículo 26 de la Constitución, que además de su carácter estatutario asume el de norma civil, es evidente que contiene tres principios que constituyen garantías para los asociados, a saber: a) que todo juzgamiento debe hacerse por Juez competente; b) que en aquél debe cumplirse la plenitud de las formas propias de cada juicio, y c) que a nadie puede juzgarse sino con aplicación de normas sustanciales preexistentes al acto que se le imputa.

La naturaleza misma de este precepto requiere la existencia de leyes que determinen la competencia de los juzgadores, los procedimientos judiciales y los derechos sustanciales de los asociados. De donde resulta que es mediante la violación de estas leyes como, por regla general, se llega a vulnerar el referido mandato de la Carta.

Ahora bien, por lo que hace al reparo sobre falta de competencia en los juzgadores de instancia, ya se vio al estudiar el cargo por la causal 6ª, que tal crítica es injustificada, por lo cual el razonamiento que entonces se hizo se da por reproducido aquí; y en cuanto al reparo acerca de las indeterminaciones que el recurrente cree encontrar en la demanda y que estima perjudiciales al derecho de defensa del demandado, cabría observar que, de ser ciertas, ello en nada le ha mermado ese derecho, habiendo tenido a su disposición en el juicio, desde la facultad de proponer la excepción dilatoria de inepta demanda, pasando por todas las oportunidades de defensa que el plenario suministra, hasta los recursos de apelación contra la sentencia de primer grado y de casación contra la de segunda instancia.

No apareciendo, pues, demostrada la infracción de las leyes que determinan la competencia y el trámite, mal puede darse por estos respectos quebranto alguno del artículo 26 de la Constitución.

Tampoco se señalan en este cargo normas de derecho sustancial, cuyo quebrantamiento por el sentenciador pudiera ser motivo para la prosperidad de la censura:

No es de esta categoría el artículo 205 del Código Judicial, que determina los requisitos que debe contener toda demanda, porque él apenas establece una regla de medio, es decir, la manera en que han de ser formuladas las pretensiones del demandante. La naturaleza del precepto es, así, meramente instrumental, sin que por él se estatuya sobre derechos subjetivos respecto de persona alguna.

Ni lo es el artículo 593 del Código Judicial porque, como lo enseña la doctrina constante de la Corte, este texto "es simple norma que el legislador le ha dado a los Jueces para la decisión de los litigios y para la apreciación de las pruebas. Esta disposición no puede violarse directamente, y dado caso que un juzgador la desechare o contrariare, sería indispensable, para infirmar el fallo, que la falta de aplicación de ella tuviera como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagran derechos sustantivos". (Cass. 21 octubre 1955, LXXXI, 2159, pág. 473; 24 mayo 1956, LXXXII, 2167, pág. 543; 23 noviembre 1956, LXXXIII, 2174/75, pág. 867).

Por lo que hace al artículo 1757 del Código Civil, en cuanto sienta una regla general sobre la carga de la prueba, es precepto de régimen probatorio, cuyo quebranto sólo podría tener transcendencia en casación cuando, por haberse desconocido tal precepto, se hubiera conculcado un derecho, de carácter sustancial, del litigante exonerado de aquella carga, caso en el cual el ataque en el recurso extraordinario tendría que estar integrado con el señalamiento del respectivo texto legal consagratorio de este derecho, el sentido de su violación y el motivo de la misma, todo con arreglo a la técnica del propio recurso. Por esto ha dicho la Corte, también en jurisprudencia reiterada, que "el artículo 1757 es norma que regula y determina el mérito de las pruebas, que si bien de naturaleza sustantiva, es apenas medio para tutelar la efectividad de los derechos subjetivos, pero que por no consagrar ni tutelar por sí sola ninguno de estos derechos, su infracción o desconocimiento no puede dar base de prosperidad a la casación si no incide en el quebrantamiento de un precepto de naturaleza sustantiva". *(Cass. 17 diciembre 1947, LXIII, 2057/58, págs. 630 a 631; 26 noviembre 1954, LXXIX, 2149, pág. 141; 21 octubre 1955, LXXXI, 2159, pág. 473).*

Finalmente, el artículo 474 del Código Judicial no cuenta en este debate, pues él se refiere a la cosa juzgada, que es materia completamente ajena a la cuestión debatida.

Se rechaza, pues, el cargo.

Cargos segundo y tercero. Están propuestos textualmente así:

"2º Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria del artículo 2341 del Código Civil, por aplicación indebida, puesto que para aplicarla es necesario que una culpa haya causado un daño, y ni en la demanda se expresó ni en el curso del juicio se probó el daño, como ya lo tengo demostrado.

"3º Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria del artículo 2356 del Código Civil, por aplicación indebida, porque para aplicarla en sentencia judicial es necesario que se haya probado plenamente que *hubo daño* imputable a otra persona, y ya he demostrado que en la demanda no se expresó ni en el juicio se probó daño alguno".

Se considera:

Como para fundamentar estos reparos, el recurrente se remite a la argumentación contenida en el cargo primero de este capítulo, conviene ante todo considerar lo siguiente:

La sentencia parte de la condición que el señor Luís Rojas Peña tenía de marido de Syra Martínez y de padre de los menores Rojas Martínez, respectivamente; y tiene por probado que el occiso devengaba, como empleado de la Superintendencia Bancaria, la cantidad de mil trescientos sesenta pesos ($ 1.360.00) mensuales. En esa virtud presumió que para los actores, la muerte del jefe del hogar, al privarlos de este sostén les trajo un perjuicio pecuniario cierto, cuyo monto no encontró satisfactoriamente demostrado con el dictamen pericial producido en el debate, por la cual condenó al demandado a la indemnización en abstracto.

Dentro de la ponderada autonomía que la ley otorga al sentenciador de instancia para apreciar las cuestiones de hecho, bien pudo el Tribunal deducir de los referidos antecedentes la conclusión que el pronunciamiento conlleva, o sea la de que el finado Rojas Peña, con su sueldo, en todo o en parte, atendía a la subsistencia de su cónyuge y de sus menores hijos, cumpliendo con el deber que al respecto le imponían la ley moral y la ley civil. En este punto, no es el incumplimiento la hipótesis plausible que el proceso indiciario impone, sino aquella que se aproxima, como la acogida por el Tribunal, a lo que suele suceder en la vida ordinaria, en consonancia con los imperativos de la naturaleza humana y de la legislación positiva: quilibet praesumitur bonae fidei ac justus donec probetur contrarium.

Por lo tanto, para que el recurrente pudiera obtener que se aniquilase esta conclusión del fallo tendría que haber acusado, ya por error de hecho evidente, ya por error de valoración legal, demostrándolo, la estimación que el sentenciador hiciera de los elementos probatorios, de que obtuvo tal deducción. Pero esa acusación no se ha hecho, pues como puede verse de la exposición del primer cargo, el recurrente se limitó allí a afirmar en diversas formas que no estaba probado que Rojas Peña destinara parte alguna de su sueldo al sostenimiento de su familia, lo cual por sí solo no otorga mérito a la censura; ni se ensayó formalmente reparo por error de derecho en la estimación probatoria, pues aunque el impugnante habló de "gravísimo error de derecho", en ningún momento citó los preceptos determinativos del valor de las pruebas, que hubieran sido vulnerados.

Los cargos quedan, pues, imprósperos.

Cargos cuarto a sexto. Se relacionan éstos con el extremo de la sentencia, relativo al fundamento de la responsabilidad del demandado, y pueden resumirse así:

Cargo cuarto: Ser la sentencia violatoria del artículo 2347 del Código Civil, por aplicación indebida, infracción directa e interpretación errónea. Con el intento de fundarlo se argumenta que, según el texto legal, el empresario es responsable del hecho de su dependiente, mientras esté bajo su cuidado, si con la autoridad que su respectiva calidad le confiere hubiere podido impedir el hecho; que en la demanda se dijo que Horacio Correa, a quien los actores atribuyen cierta actuación que consideran causante del accidente del montacarga, era "alto empleado" del demandado Posada Peláez, pero no se expresó que fuese "dependiente" de éste, ni que como tal estuviese a su cuidado en el momento en que actuó, las cuales circunstancias tampoco se probaron en el juicio; que el concepto de dependiente lo determina el artículo 435 del Código de Comercio Terrestre; que Correa no era dependiente de Posada, ni estaba en general al cuidado de éste, ni al tiempo de efectuarse el hecho, el cual no hubiera podido evitar Posada con su autoridad, por no estar presente en aquel momento; que si el Tribunal estimó probadas todas las circunstancias que hacen aplicable el artículo 2347 del Código Civil, "entonces incurrió en error de derecho en la apreciación de las pruebas", y si juzgó que para aplicar la misma disposición "es suficiente que cualquier empleado, sea dependiente, factor o alto empleado, incurra en hecho culposo que cause daño a otro", y violó tal precepto por interpretación errónea y aplicación indebida; y que no se expresó en la demanda ni se probó en el juicio, cuáles eran las tareas o funciones de Correa como "alto empleado", ni cuál el horario, ni que como tal tuviera función alguna con relación al montacargas.

Cargo quinto: Violación, por aplicación indebida e interpretación errónea, del artículo 2349 del Código Civil, referente a la responsabilidad de los amos por el daño causado por sus criados y sirvientes, con ocasión del servicio prestado por

éstos a aquéllos, por cuanto en la demanda no se expresó que Posada Peláez fuera amo de Correa, ni éste su criado o sirviente, ni que el hecho imputado a Correa se hubiera efectuado con ocasión de servicio prestado por éste a aquél, en razón del vínculo que hubiera entre ambos. En la demanda se dijo que era su alto empleado, pero no que como tal prestara servicios domésticos, ni se señaló la clase de los servicios, ni cuál el horario, ni en qué lugar debía Correa cumplir sus obligaciones de alto empleado. Tampoco en el juicio se probó en forma alguna lo que exige el precepto últimamente citado para que se pueda deducir la responsabilidad de que se trata.

Cargo sexto: Infracción, por aplicación indebida e interpretación errónea, del artículo 2350 del Código Civil, sobre responsabilidad del dueño de un edificio por los daños que ocasione su ruina, en cuanto "en el caso de autos no se trata de un edificio que se haya arruinado por falta de reparaciones necesarias, sino de un vehículo de transporte de carga inanimada, que no se arruinó por falta de reparaciones necesarias, sino que sufrió un accidente, sin arruinarse, por causa de haber sido usado indebidamente, contrariando las voces del propio vehículo que mostraba a las claras no ser para transporte de personas, sino de carga inanimada. A la vista estaba la rampa destinada a pasar del primer piso al segundo".

Consideraciones:

En dos apoyos se sustenta el extremo de la sentencia, relativo al fundamento legal de la responsabilidad del demandado:

Uno, el hecho de ser Horacio Correa, quien manejó con imprudencia el elevador o montacargas en que el accidente se produjo, empleado al servicio de Jaime Posada Peláez;

otro, el de ser el referido aparato de propiedad del mismo demandado y al servicio de los Almacenes "Jaipope", también de su pertenencia, de modo que "varias personas lo utilizaban en diferentes sentidos..., no obstante que a la fecha del accidente, según la propia confesión del demandado, la instalación (del montacarga) no estaba terminada en su totalidad".

a) En lo atañedero al primer aspecto, la censura se sitúa en el ámbito de la violación indirecta de la ley sustancial, desde luego que el acusador niega que estén probados los hechos que el Tribunal da por tales y en que éste asienta el extremo de haber obrado Correa, en el momento del accidente, como empleado al servicio de Posada Peláez.

Pero resulta que el acusador, aparte el reparo a la interpretación de la demanda, no indica los medios de prueba en cuya estimación hubiera el juzgador incurrido en error de hecho evidente, como lo exige la técnica de la casación, sino que se limita a hacer la censura en forma de crítica global de la cuestión probatoria, lo cual no es de recibo en este recurso.

Y en lo que mira a la interpretación de la demanda por el sentenciador, que el recurrente estima errónea por haber éste entendido la locución "alto empleado", referida a Correa respecto de Posada Peláez, en el sentido de dependiente, es notorio que no hay en ello yerro alguno, pues fuera de que nada se opone a que un empleado de alta categoría sea dependiente del empresario a quien sirve, comoquiera que la dependencia es una cuestión de hecho ocurrente, según las circunstancias de cada caso —sin que ello caiga en discrepancia con el artículo 435 del Código de Comercio Terrestre, citado por el recurrente y extraño al punto que se ventila—, es lo cierto que la calificación de "alto empleado" dada incidentalmente a Horacio Correa en el ordinal 3º del hecho sexto de la demanda, coexiste con la afirmación formulada en el hecho décimo del mismo libelo, en donde se expresa que el demandado, no sólo en su calidad de dueño del ascensor que produjo el accidente causante de la muerte de Rojas Peña, y en su calidad de dueño del edificio y de los almacenes en donde se encontraba instalado tal aparato, sino "como patrono del señor Horacio Correa, conductor de los señores Luis Rojas Peña y Enrique Angel, cuando ocurrió el accidente antes dicho, es responsable civilmente...".

Todo lo cual significa que la intención de los demandantes, tal como acertadamente la entendió el Tribunal, fue la de señalar a Correa como dependiente del demandado. Lo cual coincide con las respuestas dadas por éste, tanto en la contestación al libelo numeral 3º como en la absolución a la 8ª de las posiciones rendidas antes del juicio, en la primera de las cuales dijo: "El señor Correa es un simple auxiliar de ventas de mi almacén y no un alto empleado como se afirma en la demanda", y en la última expresó: "El señor Correa es empleado de mi firma simplemente".

b) En relación con el segundo de los fundamentos atribuídos por el sentenciador a la responsabilidad del demandado, como dueño del aparato a su servicio, en que se produjo el accidente, no aparece formulado otro cargo que el de violación del artículo 2350 del Código Civil por interpretación errónea y aplicación indebi-

da, en cuanto, según el recurrente, este precepto, que se refiere al caso de responsabilidad del dueño de un edificio, por la ruina del mismo que ocasiona daño, se aplicó a la especie del pleito, en que sólo se trata del accidente sufrido por un vehículo de transporte de carga, sin arruinarse.

Si la conclusión así acusada no encontrara otro sostén que el referido *artículo 2350, este precepto por sí solo serviría para mantenerla en pie, desde luego que, al estatuír sobre la responsabilidad del dueño de un edificio que se arruina, por haber aquél faltado de cualquier manera al cuidado de un buen padre de familia, lógicamente se refiere, no sólo al fracaso de un edificio en su estructura integral, sino al de cualquiera de sus partes o de sus elementos adherentes, destinados con carácter de permanencia a su uso y beneficio (art. 658 ibíd.), lo que comprende, por lo tanto, aquellos elementos que, no obstante estar dotados de cierta movilidad relativa, permanecen confinados a espacios fijos en el inmueble mismo, como ocurre precisamente con los ascensores.*

Mas en apoyo de la conclusión que se estudia, se ofrece también la regla general del artículo 2356, ibídem, según la cual "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta", que es precisamente uno de los supuestos destacados por el fallador como razón de la responsabilidad del demandado en la especie litigada. Porque, asevera el Tribunal, que "consta que dadas las especificaciones del montacarga varias personas lo utilizaban en diferentes sentidos..., no obstante que a la fecha del accidente, según la propia confesión del demandado, la instalación (del montacarga) no estaba terminada en su totalidad"; que Horacio Correa, como empleado, "debía estar igualmente informado que la instalación del mencionado aparato no estaba totalmente terminada, y, por tanto, lo obligaban las más elementales normas de prudencia y de esmerada conducta, pues sus acompañantes confiaban en su guía"; y que el daño "no hubiera ocurrido si la técnica y previsión hubieran sido empleados por quien tenía a su cargo el funcionamiento del montacarga del Almacén 'Jaipope' en ese momento".

Y añade el sentenciador que "ninguna prueba acompañó la parte demandada suficiente para demostrar caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño, para exonerarse de los perjuicios causados y reclamados; probar la ausencia de culpa o que el daño sufrido obedeció a intervención extraña".

Ciertamente, en vano intentó el demandado probar, mediante inspección ocular sobre el aparato, la existencia en éste de un aviso indicativo de ser exclusivamente utilizado para carga, porque, aunque en la diligencia de inspección se encontró tal aviso, esta diligencia no se practicó sino dos años y diez meses después de ocurrido el accidente, habiendo así falta de contemporaneidad entre las dos épocas; y en cambio obran los siguientes testimonios: el de Eduardo Gaviria Puerta, quien dijo haber sido empleado de Jaime Posada Peláez durante cuatro años, hasta el 1º de junio de 1956, y declaró, a la pregunta quince, así: "Yo no conocí anuncio alguno al pie de dicho ascensor que advirtiera peligro o que prohibiera movilizar pasajeros, pues como ya he dicho, todos los empleados nos movilizábamos por él" (fs. 29 a 30, C. 2); el de Enrique Angel Martínez, otro de los pasajeros del aparato accidentado, quien contestando al punto décimo, agregó: "al tomar el ascensor no observé como tampoco mis compañeros observaron que existiera en las paredes del mismo algún aviso de peligro y de inutilización por algún daño que pudiera tener" (fs. 67 a 68, C. id.); y el de Víctor Giraldo, quien manifestó trabajar en los Almacenes "Jaipope" como Administrador, y al punto f) declaró: "Creo, no estoy seguro, que en tal época (la del accidente) ya se había hecho poner aviso en el cual se prohibía el uso del montacarga para personas" (f. 31, C. id.). Todo lo cual le permitió al Tribunal discurrir así: "No aparece demostrado con toda certeza hecho alguno que indique siquiera imprudencia de la víctima o temeridad al ocupar el montacarga de propiedad del demandado e instalado en el interior del edificio donde funciona su almacén y oficinas. Pues las señales de 'para carga únicamente', que se establecieron al momento de la diligencia de inspección ocular, parece no existían el día del accidente, ya que la prueba al respecto es contradictoria, y entre ellas está la del Administrador, que por razón de sus funciones debía saber con absoluta seguridad si tal señal existía o no, y no obstante se expresa en forma dubitativa".

Todas las afirmaciones del Tribunal acerca de ser el ascensor de propiedad de Jaime Posada Peláez, de estar a su servicio en sus Almacenes "Jaipope", de no encontrarse completamente terminada la instalación del aparato, cuando ocurrió el fracaso, y no haber certeza de que se tomaran precauciones respecto de su uso, resultan ilesas en este recurso extraordinario, en el que no se ha estructurado contra ellas ataque alguno formal.

Y, si tratándose de daño causado por el manejo de una cosa caracterizada por su peligrosidad,

sostiene la doctrina jurisprudencial que en tal caso opera una presunción de culpa en el agente de aquella actividad, presunción consagrada por el artículo 2356 del Código Civil, que releva a la víctima del accidente de la carga de probar la existencia de la culpa, bastándole sólo demostrar los hechos determinantes del ejercicio de la actividad peligrosa y el perjuicio sufrido. (Cass. 23 abril 1954, LXXVII, 2140, pág. 413; 30 marzo 1955, LXXIX, 2151, pág. 823), con mucho mayor razón debe campear ese criterio en el presente caso en que, según el Tribunal, se mantenía por el demandado, en funcionamiento, en sus almacenes, sin la conveniente precaución, un elevador de carga, utilizable para el transporte de personas, no estando su instalación completamente terminada.

Basta lo hasta aquí expuesto para ver que no tienen virtud alguna los referidos cargos cuarto a sexto del libelo de casación.

Cargo séptimo. Está formulado por violación del artículo 2342 del Código Civil, que según el acusador fue aplicado al caso del pleito, sin tener nada que ver con éste.

Se observa que el reparo es inane, porque el sentenciador en ningún momento se apoyó en este precepto para proferir su decisión.

Cargo octavo. El recurrente, colocándose en la hipótesis de estar demostrados los cargos anteriores, acusa de nuevo la sentencia por quebranto del artículo 26 de la Constitución, en cuanto éste prohibe juzgar en *inconformidad* con las leyes preexistentes; y porque, si la sentencia no se fundó en ninguna disposición sustantiva, es también violatoria del canon constitucional en referencia.

Siguiendo el sistema de este cargo, basta para repudiarlo el considerar que, rechazados como han sido todos los demás, resulta absolutamente improcedente, bastando para justificar esta improcedencia los razonamientos que se hicieron atrás al despachar el primer cargo por la causal primera en lo tocante con el citado precepto de la Carta.

No prospera, pues, la acusación.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia de fecha trece (13) de octubre de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada, Ernesto Escallón Vargas, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDADES QUE AFECTAN LOS ACTOS Y DECLARACIONES DE LA VOLUNTAD Y NULIDADES DE CARACTER PROCESAL

Derecho sustancial y derecho procesal. — Condiciones para que el cargo por la causal 6ª de casación sea acogido. — Por regla general, la violación del artículo 26 de la Carta sólo puede ser indirecta. — Previsiones legales para cuando una persona se niega a recibir una notificación.

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

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

Antecedentes.

Valetín Bonilla G. y María Isaura Naranjo contrajeron matrimonio católico en Calarcá el 6 de agosto de 1917, y la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio duró hasta el 10 de enero de 1955, fecha del fallecimiento del consorte.

Vigente la sociedad conyugal, el 28 de septiembre de 1954, por escritura número 1803, pasada ante el Notario 2º de Armenia y oportunamente inscrita en Cartago, María Isaura Naranjo de Bonilla adquirió de Víctor F. Toro, a título de compraventa, el inmueble rural nominado "La Finaria", ubicado en el Municipio de Alcalá (V), fracción de La Selva, y con extensión de unas ciento veinte cuadras de superficie, delimitada como se expresa en el hecho segundo de la demanda.

La compradora Naranjo de Bonilla, para atender en parte su obligación de pagar el precio de la compraventa, se constituyó deudora del crédito hipotecario por $ 220.000.00, que pesaba sobre dicho inmueble y que el vendedor de éste, Víctor F. Toro C., había constituído en favor de Joaquín Garzón, según escritura número 1604, de la Notaría Segunda de Pereira, el 5 de agosto de 1954, inscrita en Cartago.

El crédito hipotecario relacionado antes fue cedido por Joaquín Garzón a Ulpiano Villegas Marulanda el 5 de enero de 1955, es decir, antes de disolverse la sociedad conyugal Bonilla-Naranjo, y no después de esa disolución como lo dicen la demanda de incoación del juicio (hecho 6º) y la sentencia del Tribunal (fs. 131).

El juicio de sucesión de Bonilla G. se adelantó en el Juzgado Civil del Circuito de Armenia, el que, el 17 de enero de 1955, declaró disuelta la sociedad conyugal Bonilla-Naranjo, ordenó su liquidación y reconoció como sucesores universales del causante, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, a sus hijos legítimos Heriberto e Isaura Bonilla N., y, posteriormente, en providencia de 24 de enero del año dicho, a Valentín, Flavia, María Aliria, Azaela, Nelly y Ancízar Bonilla.

El cesionario Villegas Marulanda adelantó juicio especial hipotecario "en contra de la sucesión del señor Valentín Bonilla", para hacer efectiva la acción hipotecaria.

El 21 de septiembre de 1955, el Juez del conocimiento decretó la venta en pública subasta, y el 23 de noviembre siguiente se llevó a cabo la venta adjudicándose el inmueble al demandante Ulpiano Villegas Marulanda por $ 175.000.00.

El 24 del mismo mes se dictó auto aprobatorio del remate, y el auto y la diligencia se inscribieron el 15 de marzo siguiente en la Oficina de Cartago.

El litigio.

Expuesta la causa petendi en 23 hechos, Emperatriz Gil de Bonilla, en representación de sus menores hijos legítimos Edgar, Jairo Alberto, Beatriz y Sonia Bonilla Gil, Aliria Bonilla de Escobar, María Isaura Naranjo viuda de Boni-

lla y Heriberto, Ancízar, Nelly, Azaela, Isaura y Flavia Bonilla Naranjo, demandaron en juicio ordinario a Ulpiano Villegas Marulanda, para que se declare, de manera principal, la inoponibilidad frente a la sociedad conyugal Bonilla-Naranjo de la sentencia dictada en el juicio hipotecario, en virtud de que la sociedad dicha formada por el matrimonio contraído por Valentín Bonilla García y María Isaura Naranjo, disuelta por la muerte del primero, y representada por la cónyuge supérstite y los hijos habidos en ese matrimonio, "en ninguna forma tuvo parte en el juicio de venta o adjudicación del bien hipotecado", y también para que se declare la nulidad del juicio hipotecario por falta de citación y emplazamiento de Valentín (hijo), Heriberto y María Aliria Bonilla Naranjo, quienes "por haber sido señalados como integrantes de la parte demandada, han debido ser llamados al juicio", como aparece de las peticiones subsidiarias de la demanda.

Como consecuencia de las dos cuestiones fundamentales enunciadas, se pide que se reconozca a los demandantes como propietarios del inmueble; que el demandado Villegas Marulanda está obligado a restituírlo con las prestaciones consiguientes; que se cancele la inscripción del remate y su respectivo auto aprobatorio; que el demandado debe perder los gastos y costas liquidados a su favor en el juicio hipotecario de cuya nulidad se trata, y que se lo condene en costas.

La demanda se contestó oportunamente negando unos hechos y aceptando otros. Hubo también demanda de reconvención "para el caso de que se hagan las declaraciones principales o subsidiarias de la demanda principal, o parte de ellas".

El Juzgado del conocimiento cerró el primer grado del litigio con la sentencia del 12 de agosto de 1961, en la que absolvió al demandado de las peticiones contenidas en el libelo, condenó en costas a la parte demandante, ordenó la cancelación de la inscripción de la demanda y además proveyó: "En la contrademanda o demanda de reconvención no se hacen las declaraciones solicitadas por los motivos expuestos".

El mandatario de la parte demandante apeló de la sentencia y el Tribunal conoció en segundo grado, que clausuró por fallo de 12 de marzo de 1962, confirmando el de primera instancia.

El recurso de casación que ahora se resuelve fue interpuesto por la parte demandante.

La sentencia acusada.

El contenido de esta providencia se refiere a las dos cuestiones planteadas en el libelo, o sea a las peticiones principales que pretenden la declaración de inoponibilidad de la sentencia dictada en el juicio especial hipotecario y a las subsidiarias que buscan la declaración de nulidad de ese mismo juicio por falta de citación y emplazamiento en la forma legal de Valentín, Heriberto y María Aliria Bonilla Naranjo.

Como el recurso de casación no ataca la sentencia en su primera parte, sino en lo relativo a la falta de citación y emplazamiento, de ella solamente se reproducirá lo discurrido al respecto, para enfrentar ese criterio con el del recurrente y decidir en consecuencia.

Dice el Tribunal:

"3. El actor previó la posibilidad negatoria de la acción principal y entonces en los hechos 15 y siguientes relacionó lo acontecido en el desenvolvimiento del juicio especial hipotecario, para establecer que hubo falta de citación o emplazamiento de los demandados Valentín, Heriberto y María Aliria Bonilla Naranjo, suceder que conlleva una nulidad.

"No es necesario entrar a elucidar si cuando se ejercita la acción real sobre venta o adjudicación de bienes hipotecados, y no la efectividad de obligaciones de carácter personal, es aplicable el artículo 1434 del Código Judicial (sic), por cuanto en el juicio hipotecario aquí protestado se le dio amplio cumplimiento.

"En efecto: en el negocio cuya estabilidad se persigue derruír, el juzgado del conocimiento se sometió con creces y se sujetó estrictamente a las reglas que señalan la designación de curadores en los juicios. No hubo diligencia que se omitiera, gestión que no se efectuara para obtener la comparecencia de quienes hoy se consideran no citados. Se allanó el actor a conceptos doctrinales sobre juramento y bajo tal formalidad (fl. 16 vto. y 16 fte.) expuso que la residencia de María Aliria Bonilla era desconocida ignorándose su paradero actual. En cuanto a Valentín Bonilla, firmó en su lugar un testigo lo cual tiene plena eficacia legal; Heriberto Bonilla sí firmó. Pero si por una consideración de cualquiera índole, se sospecha que el citador de la oficina no dijo verdad; y si se estima que la constancia secretarial en ese sentido no hace fe a pesar del contenido del artículo 632 del Código Judicial, expedito quedaba el camino al actor para hacer comparecer al citador Valencia y bajo la gravedad del juramento infirmar la sinceridad de sus manifestaciones; o dentro de las vías probatorias adecuadas, establecer la falta de verdad en ellas. Tal procedimiento no se siguió y entonces no es dable contrariar los

mandatos que ordenan estimativa de la anotada constancia, ni con un criterio simplistamente adjetivo quebrar la estabilidad de los procesos desenvueltos con allanamiento y ajuste a las prescripciones pertinentes.

"Para el Tribunal no incurrir en iteración de una historia que el actor presentó con las copias auténticas de juicio hipotecario y que el inferior relacionó y ordenó, basta a la Sala transcribir lo pertinente de la sentencia de primer grado, como remate de esta providencia y conclusión de improcedencia de las súplicas subsidiarias de la demanda:

'De Aliria Bonilla Naranjo se dijo en la demanda que era vecina de Armenia y con base en ello se pidió comisión para el juez municipal de dicha ciudad a fin de que se practicara con ella la correspondiente notificación personal, lo que así se ordenó (folio 13 y 13 v.).

'Resulta que el agente citador del juez comisionado informó que dicha señora no vivía en Armenia sino en Cali (fol. 15), por lo cual el apoderado del demandante solicitó y obtuvo comisión para el juez de tal lugar a fin de que se produjera la citación, pero luego ante un informe del propio actor, pidió nueva comisión en Armenia con el mismo fin. Un informe se dio en este caso por el propio secretario (fol. 16 v.) en el cual se dice que Valentín, Heriberto y Aliria Bonilla no se encuentran en la ciudad.

'Fue después de todos estos antecedentes cuando el demandante corrigió la demanda afirmando desconocer la residencia de tal demandada (fol. 17) para que se emplazara, lo que ordenó el juzgado, previo el juramento de rigor. Luego de surtido el emplazamiento en legal forma, ante la incomparecencia oportuna se vino a designarle curador *ad litem*.

'De lo dicho se infiere que el emplazamiento de Aliria Bonilla se hizo con fundamento en la ley, porque si bien el demandante supuso que era vecina de Armenia, luego ante dos búsquedas inútiles, una allí y otra en Cali, la primera ratificada por nueva investigación, reformó la demanda afirmando desconocer la vecindad de tal demandada, lo cual ratificó bajo juramento, todo lo cual constituye los presupuestos para el emplazamiento, en este caso. No puede olvidarse que la reforma de la demanda permite precisamente esta clase de correcciones, y que el juramento produce todos sus efectos probatorios mientras no se desvanezca por otros medios de prueba sobre el conocimiento por parte del actor de la residencia del reo, no sobre que ésta fuera otra de la afirmada primeramente en el libelo.

'En relación con los otros dos demandados a que se limita el problema ocurre que no se hallaban en la situación anterior, sino que se colocaron en posición de rebeldía frente a la notificación misma; en efecto de acuerdo con el informe del citador ambos fueron encontrados, pero Valentín Bonilla manifestó que no tenía por qué acudir al juzgado y se negó a firmar la citación, por lo cual la suscribió un testigo, y a éste la ley no le exige juramento, de modo que con él se practicó la notificación personal, en últimas, y antes se le acrecentaron innecesariamente las garantías al designarle curador, lo cual excluye cualquier vicio que pudiera existir en dicha designación. Y en cuanto a Heriberto dijo que tampoco comparecería al juzgado, 'porque con él era pleitiando' (folio 15), de modo que siempre conoció la citación y quedó notificado de ella. Más aún, no encuentra el Despacho que el nombramiento del curador ofrezca reparo legal, ya que se fundó en informe del notificador respaldado en lo que respecta a Valentín Bonilla por un testigo que como ya lo anoté, a éste la ley no le exige juramento, pues si una persona se niega a firmar una citación, notificación, declaración, etc., de acuerdo con los principios legales se surte el acto por medio de un testigo que firma por el renuente, además dichos informes están respaldados por un informe secretarial, lo cual configura la prueba sumaria de que habla el artículo 317, inciso segundo del Código Judicial (folio 14 v. a 15 del juicio). Sobre la situación de Heriberto Bonilla cabe expresar que puesto en rebeldía, como ya se dijo, para recibir la notificación, debía nombrársele de plano el curador conforme el artículo 317 del Código Judicial, y por lo tanto el informe en que se basó el Juez para ello es suficiente, ya que el informe está respaldado por empleado público como es el secretario, lo cual demuestra la autorización para que la diligencia la practicara dicha persona.

'Según la doctrina constante quien hace la notificación está autorizado para rendir el informe sobre la repugnancia a recibirla por el presunto notificado. El Tribunal de Bogotá dice:

"Para el Tribunal, una vez que la Secretaría ha puesto los medios a su alcance para hacer la notificación del auto... y no habiéndose podido verificar dicha notificación, es suficiente para proceder conforme a la ley'.

'Luego ante los medios empleados por el actor para la notificación en dicho juicio, como se ha

visto, y conforme al informe secretarial, que como empleado público hace fe, según el artículo 632 del Código Judicial, no hay duda de que el Juez podía designar de plano, el curador, y que no era necesario el emplazamiento pedido erróneamente por el demandante, pues ante la situación comprobada de rebeldía, lo adecuado era dicha clase de designación y no el emplazamiento. Las formas de los juicios son de orden público y no pueden cambiarse aunque lo pidan las partes, por lo que el Juez está obligado a ordenar la actuación que corresponda según la ley y no otra cosa, no obstante que la parte la solicite''.

La demanda de casación.

Tres censuras se hacen a la sentencia, que se estudiarán en su conjunto por razón de la identidad de los cargos.

Primer cargo.

Expresa el recurrente:

''El fallo proferido por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 12 de marzo de 1962, para cerrar el ciclo de segundo grado de jurisdicción al ordinario incoada, por sucesores de don Valentín Bonilla García, contra don Ulpiano Villegas M., es vulnerable, dentro del motivo 1º contemplado en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, dado que tal fallo es violatorio de la ley sustantiva, a causa de errores evidentes, ostensibles, de hecho y de derecho, aparecientes de modo evidente en los autos, sobre los cuales alego, realego y demuestro, a su hora, y a través de los cuales errores *jurídicos,* fueron quebrados varios ordenamientos sustanciales, precisables y precisados, como van a serlo. Por vía indirecta, por motivo de falta de apreciación, o apreciación errada, de pruebas determinadas''.

En la creencia de ser pertinentes para servir de base a su explicación del problema, cita el recurrente los artículos 1510 y 1511 del Código Civil y, después de hablar del error como vicio del consentimiento en los contratos, afirma que tal error ''existe, pues, el disenso inter partes, consistente: en la *calidad del citador.* La demandante, en este proceso, sostiene la negativa, al respecto; niega que Heriberto, Valentín y Aliria Bonilla Naranjo, fueran citados por el *citador del Juzgado.* Desconocen, negación indefinida, aquella calidad a José Valencia, al paso que la opósita, le atribuye esa *calidad de citador del Juzgado* 1º Civil Municipal de Armenia. Hete aquí la sustancia del disenso inter partes. El litigante victorioso en su entendimiento *de esta 'cualidad de una persona', cualidad o calidad de 'citador',* con funciones públicas de tal, *o de falta de la misma 'cualidad o calidad'* de José Valencia, era el triunfante. Cuanto a este aspecto se refiere, la diferencia cualitativa de la persona constituye el nudo de la disputa, que incumbe dirimir al Juzgador. De esta tan rudimentaria interpretación, pende la estima o desestima fondal de los pronunciamientos demandados subsidiariamente, por el libelista en ejercicio de la acción''.

De esta falta de calidad de citador oficial en José Valencia, infiere el recurrente que el Tribunal ''cometió gravísimo error de hecho, en los autos manifiesto, de bulto, en los autos, y su través, infringió, todo un pueblo de disposiciones sustanciales, como paso a demostrar, y, a simultáneo, graves errores de derecho, *en todo caso, error jurídico evidente,* afectatorio de un fallo, herido de contraevidencia''.

Y termina el recurrente el primer cargo así:

''De lo expuesto, concluyo: el sentenciador de segundo grado, infringió, a través de los apuntados errores jurídicos, vía indirecta, los siguientes preceptos sustanciales, a saber: los artículos 1º del Decreto-ley 2137 de 14 de julio de 1954, 124, 125, 317, 472 del Código Judicial, por no haberlos aplicado, siendo aplicables al caso del litigio, y el artículo 632, por haberlo aplicado, no siendo aplicable, y estas infracciones, lo llevaron, conjuntamente, con la violación del artículo 119, atribución 5ª, a quebrantar las siguientes disposiciones sustanciales contenidas en los artículos 1511, 1512 del Código Civil, 1740, 1741, 1743, por falta de aplicación, equiparable a indebida, y 1746, por no haberlo aplicado, siendo aplicable, 1781, todos del mismo cuerpo legal, falta de aplicación, igual que el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, Leyes 45 y 50 de 1936, 68 de 1948, por inaplicación. También fueron violados, como efecto, por no haberlos aplicado, el sentenciador, los artículos 946, 947, 949, 950, 951 y 952, y 961, todos del Código Civil Colombiano y, sobre todo, y todos, el artículo 26 de la Constitución Nacional, que se aplicó (sic), debiendo hacerlo, y 1434 del Código Civil''.

Segundo cargo. Dice el recurrente: ''que por ser la sentencia colacionada, infractora de la ley sustancial a causa de quiebra directa, aplicación indebida, falta de aplicación, en interpretación errónea de preceptos sustanciales'', la acusa por tales motivos.

"Efectivamente: el fallo, se fundó en que la constancia secretarial del Juzgado Municipal armenio, demuestra, plenamente, la ocultación de número plural de demandados, artículo 632 del Código Judicial circunstancial que hace procedente aplicar, a su vez, la parte segunda del artículo 317 del mismo cuerpo de ley, en lugar de la primera parte. Empero, esa conducta se inspiró para aplicar aquellos ordenamientos, en la omisión de interpretar el artículo 1º del Decreto-ley número 2137 de 1954, de posterior expedición, modificatorio, en parte, y, en otra parte, subrogatorio, de aquellos preceptos, que le sirvieron para soportar el fallo, y el haber hecho caso omiso del último precepto, en citación, condujo al decisor, de la siniestra mano a violar, directamente, en motivo de inaplicación, las siguientes normas sustanciales: artículos 1740 a 1746, 1781, artículo 1º de la Ley 28 de 1932, y los artículos 946 a 961, todos del Código Civil, y, sobre todo, el artículo 26 de la Constitución Nacional, consagratorio del primordial derecho defensivo, y de las formas propias que se imponen al trámite de los juicios, y el artículo 1434 del Código Civil.

"No hay duda, pero ninguna, de que, el fallador, omitió aplicar el Decreto-ley número 2137 de 14 de julio de 1954, vigente por expreso mandato legal, según la Ley..., entre otras, que les conservó la vigencia y la rigencia, en un todo aplicable, modalidad determinante de falta de aplicación, o indebida aplicación, a través de cuya infracción, llegó a quebrar todas las disposiciones sustantivas, que precisé en el párrafo, inmediatamente anterior: 26 de la Constitución, 1740 a 1746 del Código Civil, y los artículos 946, 947, 949, 950 a 952, artículos, todos ellos, del mismo cuerpo de leyes".

Tercer cargo. Este reparo es repetición del primero, y afirma que la sentencia quebrantó la ley material "a causa de graves errores de derecho, manifiesto en los autos como evidentes errores jurídicos, a través de los cuales, por vía indirecta, fueron quebrantadas esas ordenaciones...".

"El decisor, atribuyó valor legal de plena prueba, al *'informe'*, sin fecha cierta, suscrito por el Secretario del Juzgado Municipal, en lo Civil, de Armenia, sin constarle, como funcionario que Valentín y Heriberto Bonilla, hubieran sido citados, fundado, en la información de persona particular, ajena al grupo de subalternos del Juzgado, como aparece, con toda evidencia, de la sujeta constancia. De tal manera, que se confirió a la referenciada constancia un valor demostratorio, que no le confiere la ley, artículo 1757 del Código Civil, en relación con el artículo 632 del Código Judicial, lo cual constituye violación de ley sustantiva proveniente de apreciación errónea de aquella constancia secretarial, que alego y demuestro obrar en el cuaderno número 1º al folio 14 vto. y 15 fte. En este error jurídico, de derecho, incurrió, el Sentenciador, y por haberlo cometido, quebró el precepto del artículo 1757 del Código Civil, 632 del Código Judicial, y en función de estas quiebras, los artículos 946, 947, 949, 950, 1740 a 1746, 1781, todos del Código Civil y el artículo 26 de la Carta, después de haber infringido el artículo 1º y ss. del Decreto-ley 2137 del 54 y 1434 del Código Civil. Siendo vulnerable, la sentencia, como lo es, dada la infracción, vía indirecta, de los ordenamientos sustanciales, en cita, inmediatamente, precedente, de este idéntico capítulo y cargo, con el acatamiento óptimo, vengo a pediros la infirmación del fallo acusado, y dictación del decisorio de instancia, para operar el restablecimiento del derecho infringido".

La oposición.

Sustenta el escrito de oposición los argumentos de la sentencia acusada; critica la demanda de casación por su falta de técnica y, a ésta opone los argumentos siguientes:

a) Porque las disposiciones civiles citadas en el recurso no son aplicables al caso controvertido;

b) Porque las disposiciones procedimentales en que pretende respaldarse la impugnación, son simplemente rituarias y no dan fundamento para la prosperidad de los cargos;

c) Porque no se citó en la demanda del recurso el artículo 457 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el 448 de la misma obra, únicos que darían fundamento para pedir la anulación del juicio;

d) Porque aun en el caso de haberse citado estas normas, tampoco procedería la declaratoria de nulidad porque en lo que respecta a Aliria Bonilla, después de buscarla en Armenia y en Cali y en razón de la información del Secretario del Juzgado de que no se encontraba en esos lugares, el demandante reformó la demanda, para afirmar, con protesta de no faltar a la verdad, que ignoraba su residencia, por lo cual solicitó el emplazamiento, el cual se efectuó, antes de la designación de curador ad lítem, o sea, que se aplicó adecuadamente el artículo 317 del Código Judicial. Y en lo que respecta a Valentín y Heriberto Bonilla, se colocaron en rebeldía y, aun-

que ambos fueron encontrados, uno de ellos, Valentín, se negó a firmar la citación, y

e) Porque, aun en el caso de decretarse la nulidad, ella sólo podría comprender, desde el momento del nombramiento del curador ad lítem, caso en el cual reviviría el juicio de venta y habría que reponerlo de ahí en adelante.

La Corte considera:

1º *Las disposiciones sustanciales del ordenamiento civil citadas por el recurrente en el cargo primero de la demanda, se refieren a las nulidades que afectan los actos y declaraciones de la voluntad, no a nulidades de carácter procesal, disciplinadas por la ley de enjuiciamiento civil, y tendientes a eliminar la posibilidad de que el juicio se afecte por la incompetencia del juzgador, por la falta de legitimidad en cualesquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante y por la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio, defectos que de existir, incapacitan al fallador para el pronunciamiento de mérito, siendo su obligación declararlo, cuando se encuentra con un vicio procesal de ese linaje o ponerlo en conocimiento de las partes (C. J. 455), para su convalidación, si es posible, o su declaratoria, si la nulidad no es subsanable.*

No se entiende cómo y de qué manera el disenso de los litigantes sobre la calidad de empleado público de quién efectuó la notificación, o la discrepancia sobre si se cumplió la notificación de la demanda en el juicio especial, o de la forma de aplicar el artículo 317 del Código Judicial, pueda quebrantar disposiciones que determinan las nulidades por vicios del consentimiento o por falta de algunos requisitos que las leyes prescriben como necesarios en los actos y contratos. El derecho sustancial aplicable a una determinada relación fáctica es el objeto del juicio y, el derecho procesal, es conjunto de normas que regulan la conducta de los sujetos del proceso: juez y partes. Solo la confusión de los diversos planos en que se encuentran el derecho sustancial y el procesal y de sus dimensiones, pudo propiciar la equivocación del sentido, alcance y contenido de las nulidades llamadas civiles y de las procesales.

Ni son las normas citadas en la impugnación, por su carácter puramente instrumental, de significación y calado en el recurso extraordinario, pues sabido es que, en casación, el cargo ha de hacerse por la violación de disposiciones de carácter material, dentro de las modalidades previstas por el artículo 520 del Código Judicial y que, cuando se invoca la causal 6ª es suficiente citar el artículo 448 en relación con el 457 y demostrar en qué forma aquella norma, dentro de sus tres supuestos, fue infringida, para que el cargo sea acogido, ya que, dentro de la ley de enjuiciamiento civil el artículo 448, es de carácter sustancial, por ser desarrollo del principio consagrado en el artículo 26 de la Constitución, que reconoce derechos fundamentales en favor de los litigantes, en cuanto a la competencia del fallador, a las formas propias del juicio y a la preexistencia de las leyes aplicables al acto que se juzga.

Ni remedia el defecto del cargo, la invocación del artículo 26 citado, porque la violación de esta norma, por regla general sólo puede ser indirecta, ya porque el juzgamiento se haga por juez incompetente, o sin la plenitud de las formas propias del juicio, o con aplicación de normas sustanciales no preexistentes al acto de cuyo juzgamiento se trata, y, por lo tanto con violación de las disposiciones procesales o de derecho sustancial que han debido regir los aspectos así procesales como de fondo de la controversia.

2º La negativa a recibir una notificación constituye rebeldía, porque es el desobedecimiento de un acto de autoridad; mas, no una falta de citación o emplazamiento en forma legal, que supone no hacer la citación o hacerla en forma irregular. Si los litigantes gozaren de la atribución de concurrir o no a los llamados de la justicia en las controversias civiles y si su renuencia a recibir la notificación engendrara nulidad, el ordenamiento procesal quedaría al arbitrio de los litigantes y las nulidades en los juicios serían el camino llano para hacer imposible la justicia y, en consecuencia, la terminación de los litigios.

En previsión de semejante posibilidad la ley (C. J. 308) ha previsto que si el notificado no sabe, no puede o no quiere firmar, si expresa esta circunstancia, firma por él un testigo que haya presenciado la notificación. Así sucedió en el juicio especial que se pretende nulo por falta de citación y emplazamiento y en razón de la renuencia de Valentín Bonilla a firmar la notificación, lo hizo un testigo, y como Heriberto Bonilla manifestara que no comparecería, lo que está acreditado por el notificador y respaldado por el Secretario del respectivo Juzgado, resulta que la diligencia se cumplió y, que si ellos no camparecieron al juicio, deben sufrir las respectivas consecuencias. Sin embargo, el Juez del conocimiento para despejar sus dudas al respecto, les nombró curador *ad litem,* con quien prosiguió el juicio.

La posición de Aliria Bonilla es distinta. El demandante señaló como domicilio de ésta la ciudad de Armenia donde no se la encontró. Ni en Cali donde después se dijo ser su residencia. Esto determinó que el demandante corrigiera la demanda y jurase desconocer el domicilio de ésta demandada, lo que motivó la aplicación del artículo 317 del Código Judicial, nombrándole curador para el juicio.

De donde se desprende que los cargos son imprósperos.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de fecha doce de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en este juicio ordinario de la sucesión de Valentín Bonilla García contra Ulpiano Villegas Marulanda, sobre nulidad de un remate.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

MUTUO DISENTIMIENTO EN CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO

Causales 2ª y 3ª de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, cinco (5) de octubre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

La sociedad *Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada* contradijo la demanda inicial del pleito en que Oreste Brusatin hizo las súplicas siguientes:

"1ª Que el contrato celebrado en esta ciudad (Cali), según documento otorgado el 11 de octubre de 1954, adicionado con fecha 28 de los mismos, entre la sociedad *Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada,* sufrió modificación con el convenio posterior, otorgado con fecha 14 de enero de 1955, en virtud del cual la sociedad *Castro Borrero y Caicedo Limitada* se obligó a pagar a la *Distribuidora de Maderas Limitada,* el valor de las entregas de cada despacho de madera que se le enviara al señor Oreste Brusatin, para después deducirlo del valor total del contrato.

"2ª Que la terminación del contrato celebrado entre la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera y el señor Oreste Brusatin estaba sometida a la entrega de las maderas que le hiciera la sociedad Distribuidora de Maderas Limitada.

"3ª Que el no pago oportuno del valor de los despachos de madera a la sociedad Distribuidora de Maderas Limitada, y la orden dada a esta última entidad de no seguir entregando al señor Oreste Brusatin la madera para la confección de las obras, produjeron la violación e incumplimiento del contrato por parte de la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada.

"4ª Que en tal virtud se declare que está resuelto el expresado contrato, a causa de tal violación e incumplimiento por parte de la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada.

"5ª Que en consecuencia, se declare que el señor Oreste Brusatin quedó libre de la obligación accesoria contraída por él, ante la Compañía Granadina de Seguros S. A., con la póliza número 64010, expedida el 15 de noviembre de 1954, para garantizar a la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada, el cumplimiento de sus obligaciones, por la suma de $ 23.864. Y que se comunique tal declaración a la Compañía Granadina de Seguros S. A.

"6ª Que el señor Oreste Brusatin tiene derecho a que la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada le reintegren todas las sumas que reciban o hayan recibido de la Compañía Granadina de Seguros S. A., por cuenta de la póliza constituída por aquél.

"7ª Que se condene a la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada al pago de los perjuicios recibidos por el señor Oreste Brusatin, por razón del incumplimiento del contrato susodicho por parte de la sociedad demandada, que se demuestren en este juicio o en juicio separado.

"8ª Que se condene en costas a la sociedad demandada, si tuviere la temeridad de afrontar el presente litigio".

La cuestión de hecho fue referida:

A que con fecha 11 de octubre de 1954 la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada contrató con Oreste Brusatin la ejecución de obras de madera para las casas que por cuenta del Banco Central Hipotecario construía la misma sociedad en el Barrio de Santa Isabel

en Cali, obras por valor de $ 43.242, cuyo pago habría de hacerse así: el 20% ($ 8.648.40), cuando Brusatin entregara a la empresa constructora una póliza para asegurar su cumplimiento; el 30% ($ 12.972.60), el 15 de enero de 1955 como día fijado para la entrega de las obras, sin colocar en la edificación; y el resto ($ 21.621), el 28 de febrero de 1955, fecha del vencimiento para la colocación de las obras de madera en las casas respectivas;

A que Brusatin constituyó en la Compañía Granadina de Seguros S. A., una póliza a favor de la empresa constructora hasta por la suma de $ 23.648.40, para cumplir lo estipulado al respecto, y recibió a trueque el primer contado de $ 8.648.40;

A que el 28 de octubre del mismo año de 1954 se modificó el contrato en el sentido de entender el 30 de enero de 1955 como día de la entrega de las obras de madera sin colocar, y el 28 de febrero siguiente como fecha de la entrega de tales obras debidamente colocadas, además de definir algunos eventos como circunstancias de fuerza mayor para los efectos contractuales;

A que en el pedido a la Distribuidora de Maderas Limitada, hecho por Oreste Brusatin con fecha 14 de enero de 1955 de láminas de madera para aquellas obras, aparece que se suministrarán 150 semanales, a partir del 15 de enero de 1955, y en total 954 piezas; y que Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada prometieron pagar el valor de cada despacho a la Distribuidora con cargo a Brusatin para los efectos de los contratos de 11 y 28 de octubre de 1954, lo cual fue aceptado por este último en la respectiva cláusula de "garantía adicional";

A que "según este convenio, los plazos para la entrega de la obra, sin colocar, y la entrega de la obra colocada, quedaron virtualmente eliminados, pues que el término para el suministro de las 954, a razón de 150 piezas semanales, comenzaba a partir del 15 de enero de 1955 y solamente había de cumplirse el 30 (sic), de febrero de 1955";

A que la sociedad Distribuidora de Maderas Limitada no hizo la entrega en los términos estipulados, de suerte que en 31 de marzo de 1955 solo había suministrado 520 a cuenta de las 954 piezas prometidas a Brusatin;

A que el valor de esas 520 láminas ($ 5.290.30) no fue pagado por Castro Borrero y Caicedo Herrera a la Distribuidora sino el 27 de abril de 1955, por lo que esta última había ordenado que se suspendiera la elaboración de las láminas para Brusatin;

A que no obstante su demora en el pago Castro Borrero y Caicedo Herrera con fecha 1º de junio del citado año dispusieron que la Distribuidora no entregase más láminas a Brusatin, quien fue compelido, "por dicha sociedad para cancelar todo contrato, y hacer la liquidación de la obra que éste había verificado, lo que dió por valor $ 81.890, de los que Brusatin apenas había recibido $ 81.288.70, o sea con diferencia de $ 601.30 a su favor, y

A que no obstante el incumplimiento de la sociedad constructora, ésta le hizo firmar a Brusatin "una acta redactada al amaño de la sociedad, en la cual hacen aparecer como si él hubiera sido el incumplido"; y reclamó de la compañía de seguros el valor de la póliza otorgada por Brusatin ($ 8.648).

El 9 de septiembre de 1958 desató el litigio en primera instancia el Juez 1º Civil del Circuito de Cali, con este pronunciamiento:

"1º Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado en esta ciudad según documento otorgado el 11 de octubre de 1954, adicionado con fecha 28 del mismo mes y año, por voluntad de las partes, según acta del 7 de junio de 1955;

"2º Absuélvese a la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera de los cargos formulados en la demanda propuesta por el señor Oreste Brusatin por medio de apoderado, el 5 de septiembre de 1955;

"3º La sociedad demandada Castro Borrero y Caicedo Herrera está obligada a devolver a la Compañía Granadina de Seguros S. A., la suma de $ 8.648, para que ésta a su vez cancele la póliza a cargo del señor Oreste Brusatin, por no habérsele causado perjuicios materiales ni morales a la expresada sociedad de responsabilidad limitada Castro Borrero y Caicedo Herrera;

"4º El señor Oreste Brusatin está obligado a reembolsar a la firma Castro Borrero y Caicedo Herrera la suma de $ 870.45, promedio aritmético de la diferencia entre los peritos, doctor Vega Córdoba y Lenis, este último perito tercero acordado por los peritos principales;

"5º No hay lugar a condenación en costas".

En el segundo grado, abierto por apelación de ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 14 de diciembre de 1962, revocó para resolver así:

"1º No se hacen las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda de fecha 5 de septiembre

de 1955. En consecuencia, se absuelve a la sociedad demandada de los cargos que en el mismo se formulan.

"2º Revócase, además, el ordinal *cuarto* de la sentencia apelada.

"Sin costas".

La parte demandante interpuso el recurso de casación.

Sentencia acusada.

El Tribunal examina el contrato celebrado y encuentra que por cuanto Brusatin se comprometió a suministrar todos los materiales para las obras de madera a su cargo, hay según el artículo 2053 del Código Civil una compraventa que no se perfecciona sino por la aprobación del que las ordenó.

El documento de fecha 14 de enero de 1955, expresa el sentenciador, "contiene una orden de compra o pedido, celebrado entre el señor Oreste Brusatin y la sociedad *Distribuidora de Maderas Limitada,* en el cual se convino, en sus apartes correspondientes, lo siguiente: *Anticipo de pago; término de entrega; precios y garantía adicional.*

"Con relación a la garantía adicional, la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada aceptó dicha nota de pedido, por medio de su Gerente doctor Angel Castro Borrero, en garantía de la forma de pago autorizada expresamente por el comprador de la mercancía señor Brusatin, quien aceptó que del valor del contrato que él tenía celebrado con la mencionada firma de ingenieros, ésta le pagara a Distribuidora de Maderas Limitada, el valor de la orden de compra o pedido a que se refiere la factura de fecha 14 de enero de 1955, en la forma en ella estipulada. Este es un contrato de compraventa de maderas, independiente del contrato de confección de obras materiales, celebrado entre el señor Oreste Brusatin y la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada, que obra a fs. 1º a 4º del cuaderno principal; y si existe alguna relación entre los dos contratos, es por el hecho de que las maderas materia de la orden de compra, serían utilizadas en las obras contratadas por la sociedad mencionada con el señor Oreste Brusatin; pero en manera alguna este contrato de compra de maderas modifica en su esencia el primitivo contrato de confección de obras, por ser ellos diferentes e independientes, como ya se expresó".

Halla probado que la contratación se disolvió por voluntad de las partes, y dice:

"En la absolución de posiciones rendidas por el señor Oreste Brusatin, se le preguntó: '*A la undécima,* que dice:

¿Diga cómo es cierto, si o no, que como consecuencia de la imposibilidad de usted para cumplir el contrato de 11 de octubre de 1954, usted aceptó la liquidación de dicho contrato y al efecto se suscribió el acta de entrega material de parte de la obra, el 7 de junio de 1955?

Contestó:

—No es cierto, y aclaro: yo hubiera cumplido porque tenía todos los elementos, como esqueletos de garajes y puertas de closets, pero el doctor Castro *me llamó un día para liquidar y yo para no tener líos con nadie fuimos a la obra para la liquidación. Le acepté todos los trabajos en curso, esto es, los que no estaban terminados, al precio que él quiso. Al día siguiente fui a la oficina y encontré una carta escrita por él que hablaba de liquidación y no (sic), le dije que no tenía anteojos porque soy miope, y él me dijo que la firmara de buena fe que él no engañaba a nadie, y firmé la liquidación'.* En esta respuesta, el señor Brusatin niega lo referente a la imposibilidad en que se encontraba para cumplir el contrato, pero confiesa y acepta que el contrato se liquidó y que él firmó el acta de liquidación. (Subraya el Tribunal).

"Al dar respuesta a la pregunta decimocuarta reitera esa confesión, al responder: 'Después de liquidada la obra con el doctor Castro Borrero...'".

Encuentra expresado el mismo reconocimiento por la sociedad demandada, en varias ocasiones, y por ello comenta:

"Además, en el memorial de contestación de la demanda se lee la siguiente respuesta al hecho decimosexto: 'Al decimosexto: El señor Brusatin, como dueño y señor de sus actos, y con base en la aceptación de su incumplimiento, liquidó el contrato, *y las partes quedaron a paz y salvo'.* Subraya el Tribunal, y continúa:

"Resultado de esa eliminación de las obligaciones del contrato mediante un acuerdo voluntario entre las mismas partes que le dieron origen, es el acta de fecha 7 de junio de 1955, firmada por ellas, que obra en autos, presentada por la parte demandante con el libelo de demanda. La firma puesta en ese documento fue reconocida por el señor Oreste Brusatin, en la diligencia de reconocimiento de firma, practicada durante el término de prueba. Así, el acta a que

se ha hecho referencia, es la ultimación por escrito del mutuo disenso, que desató, por voluntad de las partes, el contrato original, dejándolo sin efecto para el futuro''.

De esto deduce que no proceden ni la acción resolutoria ni las otras súplicas del actor.

La acusación.

Con base recóndita en las mismas alegaciones de que la nota de pedido de Brusatin a la Distribuidora de Maderas, con cláusula de garantía de pago por Castro Borrero y Caicedo Herrera, envuelve novación de los contratos referentes a las obras de madera, y de que quien los incumplió fue la firma de arquitectos, el recurrente aduce reparos acerca de inconsonancia del fallo con las pretensiones deducidas por los litigantes (causal 2ª); de que la sentencia es contradictoria (causal 3ª), y de que es violadora de ley sustantiva (causal 1ª).

Pero si se observa la imposibilidad de incongruencia cuando el fallo es plenamente absolutorio, puesto que abarca todos los extremos de la litis, y que las declaraciones o disposiciones contradictorias como causal de casación contemplan exclusivamente la parte resolutiva de la sentencia en la hipótesis de que subsistan a pesar de haberse pedido aclaración en tiempo, surge la inoperancia de tales reparos a la vista de que la resolución del Tribunal de Cali es del todo absolutoria, en términos claros y exentos de cualquiera contradicción. Sólo resta para examen la causal 1ª

Como disposiciones violadas se citan los artículos 1687, 1689, 1494, 1495 y 2053, inciso 3º, del Código Civil.

Se habla de error de hecho por no haberle dado el Tribunal valor novatorio de los contratos anteriores a la nota de pedido de Brusatin a la Distribuidora de Maderas, con cláusula de garantía de pago por Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada...

Es sencillamente una novación —dice el libelo— ''porque al tenor del artículo 1663, Código Civil, los contratos primitivos fueron celebrados legalmente no sólo en cuanto a confección de las obras sino en cuanto a plazos de entrega y colocación de las mismas y esto es así porque la sociedad contratante, no sólo varió los plazos para la entrega sino que se comprometió legalmente a pagar el valor de esas maderas, para reembolsarse de lo dado cuando se aceptara la entrega final; no sólo es novación por lo anteriormente dicho, sino porque la sociedad contratante por su propia voluntad pidió determinada cantidad de madera, para ser entregada por períodos sucesivos y con cupo que señaló en un guarismo total ordenándole a la Distribuidora de Maderas Limitada la cantidad que debía entregar periódicamente y aun demorando el valor de las maderas entregadas, lo que originó por parte de la compañía Distribuidora de Maderas, una carta para la sociedad contratante, explicándole que la confección de maderas era de otra especificación y que por falta en el pago del valor de ellas, no sería extraño que se suprimiera el suministro''.

Insiste el recurrente en el efecto novatorio de la nota de pedido de maderas a la Distribuidora; en que así se ''modificó esencialmente el plazo para la entrega de las obras y la forma de pago de las mismas''; renueva su creencia en que el Tribunal por no darle efecto novatorio a ese pedido incurrió en error de hecho, sin cuidarse de que la equivocación al respecto, caso de haberla, sería yerro jurídico; alega el incumplimiento de la firma de arquitectos por haber pedido de la Distribuidora en 1º de junio de 1955 que suspendiera los despachos de láminas, lo que imposibilitó a Brusatin para cumplir, por el término angustioso que le quedaba para terminar las obras; involucra error de derecho, con falta de claridad por este aspecto; y presenta otra fase de la censura, a saber:

''*Falta de apreciación de la prueba del contrato modificado*: Error de derecho sobre el hecho de las posiciones absueltas por mi mandante. Error manifiesto en los autos sobre el arreglo unilateral provocado por el Gerente de la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada dándole validez a un contrato que según las pruebas de autos indican todo lo contrario. Artículos violados 632, 637, 603, 604, 606 del Código Judicial, y por ende los artículos 1928, 1929 y concordantes del Código Judicial.

''La falta de apreciación de las pruebas del contrato modificado el 11 de octubre de 1954 y adicionado en el de fecha 28 del mismo mes y año, por el de fecha 14 de enero de 1955 y firmado y aceptado por el Gerente de la compañía, que ya se ha estudiado, dio como resultado que el Tribunal de Cali no admitiera la novación y por tanto absolvió a la compañía demandada de las peticiones de la demanda, pero en el expediente se observa, que el Gerente de la compañía contratante aceptó el hecho de la novación del contrato, con aclaraciones que en el expediente le prueban todo lo contrario. Esta confesión del Gerente y en el juicio, es verdadera y

cierta puesto que firmó el contrato y admitió y lo hizo en el hecho de pagar a la compañía Distribuidora de Maderas de Cali algunos suministros que hizo. Se reafirma con el hecho de que el contrato o acta que firmó mi mandante para liquidar el contrato con el trabajo que se había hecho, no tiene validez en primer lugar porque falta la firma de la compañía aseguradora y en segundo lugar, porque ni los ingenieros interventores de la obra, ni los constructores firmaron dicha acta".

Y hace algunas otras consideraciones alrededor de sus aseveraciones al respecto, y sobre su punto de vista acerca de que la firma de arquitectos fue la incumplidora del contrato.

Se considera.

1. Sin perjuicio de las buenas costumbres y el orden público, cuyo ámbito es más amplio de día en día, se reconoce la libertad de contratación, de tal suerte que el vínculo jurídico emanado del consentimiento puede cesar en sus efectos o deshacerse por obra de la convención aplicada en sentido contrario. Lo que el consentimiento forma, es natural que, en principio, se extinga por el disentimiento.

Así lo ordena el artículo 1625 del Código Civil cuando expresa la regla según la cual "toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer de lo suyo, consienten en darla por nula".

2. No siempre, sin embargo, las cosas son susceptibles de regreso a su estado anterior; y no puede olvidarse además que las convenciones no afectan el interés de terceras personas.

Porque si el contrato es de ejecución sucesiva, el mutuo disentimiento puede suprimir los efectos futuros, pero es incapaz de borrar los hechos consumados en cumplimiento de pacto que se extingue por voluntad contraria. Y si por mutuo disentimiento fenece el contrato, viene a ser obvio, por lo demás, que no puede pretenderse la resolución, que aparecería como absurda por el carácter de modo extintivo de lo que ya no existe.

3. El contrato de venta en que el propio artífice está obligado a proveer la materia para confeccionar obras de madera colocadas en ciertos edificios, es nítidamente de tracto sucesivo, no sólo por la naturaleza de la tarea, sino porque el perfeccionamiento del pacto exige "la aprobación del que ordenó la obra". (2053 C. C.).

Por manera que si en concreto las partes están de acuerdo en terminar el negocio que había recibido un principio de ejecución, se estará al acuerdo de sus voluntades en el acto de liquidar cuentas, lo cual constituye el finiquito que impide sacar consecuencias distintas de las concertadas por los contratantes mismos. De esa manera perece la pretensión resolutoria de cualquiera de las partes.

4. Cuanto a la negociación de Brusatin con Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada, está en los autos el acta que le puso fin el 7 de junio de 1955. Allí consta expresamente que se trata de la "entrega material de parte de la obra de carpintería ejecutada por el señor Oreste Brusatin, en cumplimiento a los términos del contrato suscrito por las partes y a solicitud formulada por la firma Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada, por motivo de incumplimiento en el término de entrega de la obra por parte del contratista señor Brusatin".

Y después del recuento de la obra ejecutada, el acta continúa: "Se hizo notar que muchos de los marcos que se anotan como colocados les falta batientes, boceles o carteras, y que Brusatin se compromete a entregarlos completos, es decir, con carteras, batientes y boceles a más tardar el sábado 11 del presente mes. Hará entrega inmediatamente también de 498 unidades de bisagras de 3" x 3", cobrizadas y de perno. Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada, hacen constar que en cuanto a ellos se refiere, reciben la obra existente sin colocar y colocada, pero su aceptación está sujeta a la conformidad y recibo del Interventor del Banco Central Hipotecario".

Fenecido así el negocio por voluntad de las partes, queda sin base cualquiera pretensión resolutoria por incumplimiento de la firma demandada.

5. El recurrente alega que la cláusula de garantía de Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada frente a la Distribuidora de Maderas para el pago del valor del pedido hecho por Brusatin, encierra novación de lo pactado por éste con aquella empresa de arquitectos. Pero si se advierte que tal convención de garantía en modo alguno se encamina a sustituír el contrato relativo a las obras de madera a cargo de Brusatin, sino que allí apenas puede encontrarse un medio para la ejecución de la misma tarea; que la enmienda alegada habría de consistir únicamente en alargar los términos para la entrega, según las afirmaciones de la demanda inicial del plei-

to, y que "la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación" (1708 C. C.), viene a ser indudable que la censura por la causal primera de casación tampoco puede prosperar.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del 14 de diciembre de 1962 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el presente litigio de Oreste Brusatin contra Castro Borrero y Caicedo Herrera Limitada.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, José J. Gómez R.; Arturo C. Posada, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

USUCAPION

Es del todo extraño a la posesión el alcance jurídico de las inscripciones de las escrituras públicas. — Prueba de la propiedad raíz por medio de los certificados del Registrador. — Relación material entre el poseedor y la cosa.

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

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Margot Ferreira de Roa, contra Georgina Isaza Ardila.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 25 de octubre de 1962.

Recurrente: la parte actora.

I

Antecedentes:

1. Margot Ferreira de Roa demanda a Georgina Isaza Ardila, en juicio reivindicatorio de "una casa de habitación y el terreno en que está edificada, con todas sus dependencias, mejoras y anexidades, ubicada en la calle 5ª carrera de occidente del Municipio de Fontibón, comprendido todo el inmueble dentro de los siguientes linderos: por el Norte y Oriente, con propiedades que fueron o son de Alejandro Rivera; por el Sur, con la calle 5ª antigua, calle 13 de la población y por el Occidente con propiedad que es o fue de los herederos de Antonio Acero".

Fuera de la restitución del inmueble, pide la condena en frutos y costas.

2. Como *causa petendi* afirma haber adquirido el inmueble en virtud de remate verificado el 31 de julio de 1957 ante el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá, en juicio de venta seguido por ella contra Gerardo Pérez Taboada, no habiéndosele hecho entrega de la finca, debido a oposición de Georgina Isaza Ardila, que el Juez halló justificada; Gerardo Pérez Taboada la hubo por compra que hizo a Inés Moreno viuda de Ardila, según instrumento público número 1231 de 1º de julio de 1952, de la Notaría Sexta del nombrado Circuito; aquélla, por adjudicación en el juicio mortuorio del General Angel María Ardila, surtido en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá y protocolizado mediante escritura número 1102 de marzo 16 de 1953; el causante adquirió el terreno por remate efectuado ante la Junta Municipal de Hacienda de Fontibón el 5 de noviembre de 1922, y la casa por haberla edificado a sus expensas, según consta en instrumento público número 2029 de julio de 1927, de la Notaría Primera del mismo Circuito; y el asunto a que se contrae esta demanda había sido ya controvertido y fallado por el Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, según sentencia fechada el 28 de abril de 1950 y confirmada por el Tribunal Superior el 31 de enero de 1951, en juicio promovido por la demandada de hoy contra la sucesión del General Angel María Ardila.

Y agrega que la demandada "es poseedora irregular de mala fe", al paso que la actora "tiene justo título y posesión inscrita porque tiene buena fe ya que constituye justo título el remate verificado por autoridad competente".

3. La demandada se opuso a la acción y contrademandó para que se declare que ha adquirido el dominio del inmueble en virtud de prescripción extraordinaria, por haberlo poseído durante el tiempo y con las condiciones requeridas por la ley. Además, alegó la excepción de prescripción extintiva de "la acción reinvidicatoria", por haber poseído el bien por más de treinta años continuos.

La contrademandada negó los hechos fundamentales de este último libelo e invocó las excepciones de cosa juzgada y de inepta demanda por haber imprimido a la reconvención un curso distinto al señalado por la Ley 120 de 1928.

4. El Juez de la causa —Décimo Civil del Circuito de Bogotá— declaró probada la excepción de prescripción ordinaria del dominio y absolvió a la demandada de los cargos de la demanda principal, guardó silencio sobre la de reconvención y condenó en costas a la parte actora.

La demandada se conformó con este fallo, del cual recurrió únicamente su contrincante y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó en providencia de 25 de octubre de 1962, contra la cual la parte agraviada ha introducido el recurso de casación.

II

La sentencia acusada.

5. Se concreta a estudiar, de los elementos integrantes de la acción reivindicatoria, el de la titularidad del derecho, ya que, en su concepto, los demás se hallan establecidos.

Con respecto a la ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta como defensa perentoria por la parte contrademandada, por haber tramitado la reconvención de manera no prevista en la citada Ley 120 de 1928, afirma que la vía ordinaria es la que corresponde cuando la prescripción se alega como acción.

Respecto al derecho, la sentencia examina los títulos aducidos por la actora, así como las pruebas producidas a solicitud de la parte demandada, y concluye, con el sustento doctrinario de numerosas decisiones de la Corte, que el título de Margot Ferreira de Roa, "no es oponible eficazmente a la posesión alegada por la demandada, y que, en tal virtud, la acción reivindicatoria que aquélla ejercita, no puede prosperar".

Afirma, en efecto, que el origen de la titulación de la actora, se halla en la adjudicación que del inmueble se le hizo a Inés Moreno viuda de Ardila, según partición registrada en septiembre de 1952 con motivo del juicio mortuorio del General Angel María Ardila, protocolizado por instrumento número 1102 de marzo 16 de 1953, de la Notaría Séptima de Bogotá, habiendo sido transferido por la adjudicataria a Gerardo Pérez Taboada según escritura número 1231 de 12 de julio de 1952, de la Notaría Sexta del mismo Circuito. Pero, advierte que no fue aducido el título de adquisición del causante de Inés Moreno viuda de Ardila, debiendo haberlo sido por habérsele enfrentado una posesión anterior al año de 1952, por parte de la demandada y que dicho título no podía ser otro que el acta de remate del bien raíz, verificado ante la Junta Municipal de Hacienda de Fontibón, en favor del nombrado General Ardila el 5 de noviembre de 1922.

En cuanto a la posesión alegada por la reconviniente, dice que está probada en la forma exigida por la ley para configurar la usucapión extraordinaria, porque fuera de la confesión de la actora, al formular posiciones a la demandada, sobre el hecho de que la *posesión* de éste había comenzado antes de la muerte del General Ardila y subsistió en forma tranquila y sin interrupción, de la prueba testimonial resulta establecida una posesión "que se remonta por lo menos al año de 1929".

En lo referente a la cosa juzgada que invoca la actora, con base en el juicio seguido por Georgina Isaza Ardila contra la sucesión del General Ardila, afirma que no existe, por faltar dos de los elementos constitutivos de esta figura, la identidad de causa y de personas.

En consecuencia, acoge la declaración sobre la existencia del medio exceptivo de la usucapión, al confirmar el fallo de primera instancia, y condena en las costas del recurso al apelante.

III

La acusación de la sentencia.

Primer cargo.

6. En el capítulo *sexto* se acusa el fallo de inconsonancia, causal que se hace consistir en que la sentencia recurrida —al confirmar la de primer grado— declara probada la excepción de prescripción adquisitiva, que no fue alegada por la demandada, según la acusación.

Se considera:

7. La actora ejerce la acción de dominio; la demandada se opone y contrademanda para que se declare que ha poseído la finca durante más de treinta y cinco años y ha adquirido la propiedad por prescripción extraordinaria, en consecuencia.

Es cierto que al dar respuesta al libelo que encabeza el juicio, la demandada no alegó la

dicha prescripción; pero, en el alegato de conclusión que elevó al Juez, dice:

"Con todo comedimiento pido al Juzgado que se declare la prescripción extintiva de la acción reinvidicatoria por parte de la señora Margot Ferreira de Roa, por cuanto mi mandante señora Georgina Isaza Ardila ha poseído el inmueble objeto de este litigio por más de treinta y cinco (35) años sin interrupción de ninguna clase y en forma quieta y pacífica, como señor y dueño".

Quien alega la excepción de prescripción extintiva de la acción de dominio, afirmando que "ha poseído el inmueble objeto del litigio por más de treinta y cinco (35) años, sin interrupción de ninguna clase, y en forma quieta y pacífica, como señor y dueño", está oponiendo a la acción incoada el medio exceptivo de la usucapión de la cosa que ha poseído durante ese lapso, porque sin prescribirla mal podría extinguirse la acción protectora del derecho del propietario. La prescripción extintiva del derecho —por el abandono del dueño— es una consecuencia fatal de la prescripción adquisitiva del mismo derecho lograda por el poseedor, como enseña el artículo 2538 del Código Civil: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho".

Es el poseedor quien primeramente, en un orden lógico, adquiere el dominio mediante la usucapión y es el propietario quien sufre la extinción, en consecuencia. Si el uno no gana la propiedad, el otro no la pierde. De modo que, si se alega que la acción reivindicatoria ha expirado por la prescripción, es tanto como decir que el poseedor ha usucapido el dominio, hasta entonces amparado por ella: el derecho —se repite—, no desaparece para el titular sino por adquirirlo el poseedor mediante la mencionada forma adquisitiva.

Por lo cual, al declarar la sentencia probada la dicha excepción, no extralimitó la órbita que al respecto le fue señalada por las pretensiones de los litigantes.

Segundo cargo (capítulos segundo, tercero y cuarto de la demanda).

8. Después de transcribir en el capítulo segundo algunos apartes del fallo, relacionados con las consideraciones sobre la prueba del dominio aducida por la actora y la de la posesión alegada por la demandada, dice el recurrente:

"Infiere el Tribunal que la titulación presentada por la demandante principal no es oponible a la posesión material de la demandada, la que está demostrada por la propia confesión de la demandante por las preguntas en posiciones a la demandada Isaza Ardila y con las varias declaraciones allegadas al proceso, fuera de que no se presenta el caso de la cosa juzgada.

"Pero es erróneo todo lo dicho por el Tribunal porque el título inscrito más antiguo sí se acreditó al proceso, y es anterior a la pretendida posesión alegada por la señora Isaza Ardila. La violación de la ley por el Tribunal no solamente por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, sino por aplicación indebida, como también por interpretación errónea, a más de que faltó apreciación de determinadas pruebas, que a continuación se analiza por capítulos separados".

Luego de esta enunciación general, concreta la acusación en el capítulo tercero: "*Primer motivo:* ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa", y al efecto cita como quebrantados los artículos 785, 789, 791, 2526 y 2524 del Código Civil y 633 y 702 Código Judicial; y en el capítulo cuarto repite el cargo, "por aplicación indebida", que es la misma "violación directa específica", con la mención de los mismos textos del Código Civil y del Código Judicial.

Se considera:

9. A) Se citan estos preceptos del Código Civil, en los capítulos tercero y cuarto, a excepción del artículo 2524, con el propósito de que la inscripción de los títulos que invoca la actora prevalezcan sobre la posesión alegada por la demandada, atribuyendo a las inscripciones verificadas en el Registro Público un significado posesorio de que carecen. Y así pretende que por haber sido registrados los títulos que aduce, tal *posesión,* al tenor de los textos en cita, no puede ser impugnada por la material, que no es idónea, por tanto, para realizar la usucapión contra títulos inscritos.

La Corte, en casación de 27 de abril de 1955 (LXXX. 2153. 81 y XCII. 2221 y 2222. 29), cuya doctrina ha reiterado en posteriores providencias, especialmente en la de mayo 30 de 1963 (juicio de Juan Martínez contra David y Luis Getial, Angel y Neftalí Mayag, no publicada todavía en el órgano de la Corte), tiene determinado claramente el alcance jurídico de las inscripciones de las escrituras públicas, del todo extraño a la posesión.

La corporación, sin volver sobre la materia, por considerarlo innecesario, no halla por ello viable el cargo al respecto.

B) Se hace consistir el quebranto del artículo 2524 Código Civil, según el capítulo tercero, en "no haber tenido en cuenta el momento de la notificación de la demanda para así contar la prescripción", lo cual es de manifiesta ineficacia, porque así se trate de la usucapión veintenaria —a contar del 18 de junio de 1936 en que entró en vigor la Ley 50 de dicho año— o de la treintenaria a partir desde cuando la demandada inició la posesión, según el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, la prescripción adquisitiva se consumó de acuerdo con la prueba aducida por la prescribiente.

C) En relación con la titulación de la parte actora, la sentencia afirma que habiendo demostrado la demandada que su posesión había comenzado con antericridad a la adjudicación que a la actora se le hizo en 1952 en la sucesión del General Angel María Ardila, debió ella aducir, según doctrina jurisprudencial, el título de adquisición de su causante, el cual ha debido ser el remate verificado ante la Junta Municipal de Hacienda de Fontibón el 5 de noviembre de 1922, de que habla el certificado del Registrador. No se conforma con ello la acusación, que en el capítulo tercero tilda el fallo de violar el artículo 633 del Código Judicial.

La doctrina de la Corte, con apoyo en los textos sustantivos sobre prueba de la propiedad raíz, no admite los certificados del Registro sino en el caso extremo del artículo 2675 del Código Civil (casaciones de marzo 20 de 1952. LXXI. 1112. 441 y mayo 14 de 1959. XC. 2211 y 2212. 544), no siendo, por tanto, el caso de esta litis, ni el del artículo 633 del Código Judicial. En casación reciente, fechada el 12 de febrero de 1963 (juicio de Justo Céspedes contra Dámaso Almanza, no publicada aún en la *Gaceta Judicial),* dijo: "Cuando este precepto (el art. 2640, ord. 4º, C. C.), confiere a los registradores la atribución de 'certificar, con vista en los respectivos libros, acerca del estado o situación en que se encuentren los inmuebles existentes en el lugar', esa función está circunscrita en el texto a la concreta finalidad de informar sobre esa situación a quienes, interesados en conocerla, soliciten las certificaciones pertinentes; pero, el precepto no le atribuye a estas certificaciones la virtud de servir, en juicio, de prueba de los títulos traslaticios o declarativos del dominio sobre inmuebles. Quiere decir que las certificaciones del Registrador, en estos casos, son prueba de haberse hecho la inscripción del título, pero no demuestran el título mismo, cuando éste ha de acreditarse, lo cual sólo puede hacerse mediante la aducción del propio título, esto es, de su copia formalmente expedida".

D) Respecto de la diligencia de absolución de posiciones formuladas por la actora a la demandada, se ataca, por error de derecho, la apreciación del Tribunal, consistente en haber asignado a las preguntas el mérito de confesión por parte de la primera, sobre el hecho de la posesión alegada por la última.

De dicha diligencia aparece que Margot Ferreira de Roa confiesa que Georgina Isaza Ardila ha disfrutado de la *tenencia* de la finca desde antes de fallecer el General Ardila, lo que aconteció en el año de 1952. Ciertamente, no hay en ello confesión de posesión, puesto que no obstante reconocer quien interroga que el bien ha permanecido en poder de la absolvente, ello no significa que al reconocer la tenencia (*corpus*) confiese el *animus,* que es precisamente lo que la actora controvierte a la demandada en el cuadro de posiciones, ya que la posesión está constituída por hechos materiales, ejecutados sin el consentimiento de quien disputa la posesión, como dice el artículo 981 Código Civil.

Mas, no obstante el error de apreciación de esta pieza, ello no alcanza a influír en la decisión, porque el fallo se basa principalmente en la prueba testimonial de la posesión, que halla suficiente para demostrar la usucapión.

E) El cargo, en lo atinente a la prueba de testigos consiste: 1) en ser contradictorias las declaraciones aducidas por la demandada, por cuyo motivo la estimación del fallo infringe el artículo 702 Código Judicial; y 2) en haber omitido en el examen de los hechos los testimonios que figuran en el cuaderno 4º folios 19 v. a 23.

1. El punto de contradicción de las primeras, en concepto del recurrente, radica en el lapso de posesión de la demandada, pues al paso que unos testigos le señalan treinta años, otros hablan de treinta y más años y aún de treinta y cinco. Lo cual no afecta ni la existencia del hecho de la posesión, ni la circunstancia de tiempo requerido por la misma, porque tales testimonios coinciden no solo en la duración de la posesión requerida para la prescripción de veinte años, contados desde la vigencia de la Ley 50 de 1936, sino también en la de treinta años, a partir del principio de la posesión realizada por la demandada.

2. En cuanto a que la sentencia omite el examen de las declaraciones que menciona el cargo, es inexacto, según enseña el folio 10 del capítulo 5º. Lo que acontece al respecto es que les asigna el papel que les corresponde, de probar la posesión "por más de veintiún años", a partir de 1943, año en que fueron rendidas. Y en razón de estos testimonios y de otras pruebas, tales como certificados de las autoridades correspondientes, sobre pago de los servicios públicos causados en relación con el inmueble, el Tribunal logró la convicción de haber sido probada la usucapión cuyo reconocimiento ha impetrado la demandada.

Sin dejar de observar que no obstante haber anunciado el recurrente que la transgresión de la ley sustancial era directa, en esta última parte del cargo tercero, se alegan errores de hecho y de derecho en lo que concierne al examen probatorio.

De todo lo cual se infiere la improcedencia de los cargos analizados.

Tercer cargo (quinto de la demanda).

10. En este capítulo se acusa el fallo "por interpretación errónea de las pruebas y de la misma ley".

A) Dice que el sentenciador no tuvo en cuenta: 1) el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, sobre la dquisición del terreno en virtud del remate efectuado por el General Ardila ante la Junta Municipal de Hacienda de Fontibón; 2) el embargo decretado en el juicio de venta seguido contra Gerardo Pérez Taboada; 3) la constitución del gravamen hipotecario en favor de Margot Ferreira de Roa, y 4) la prueba testimonial "ya examinada", así como las posiciones que a la demandada le formuló la actora.

B) El cargo comprende también la censura a la sentencia por no haber declarado la excepción de la cosa juzgada, contrariando con ello las normas de los artículos 343 y 474 Código Judicial.

Se considera:

Primero.

11. A) Como la acusación se refiere de nuevo a la prueba testimonial y a las posiciones formuladas por la actora a la demandada, no se vuelve sobre ellas en el presente capítulo.

B) Acerca del alcance del certificado del Registrador, en el cual se hace referencia al remate verificado del mismo inmueble, ante la Junta Municipal de Hacienda de Fontibón, se vio igualmente que el cargo no procede.

C) En cuanto a la transgresión de la ley sustantiva por haberle negado mérito de acto posesorio al gravamen hipotecario constituído por Gerardo Pérez Taboada a favor de Margot Ferreira de Roa, así como al embargo del inmueble, decretado en el juicio de venta, observa la Corte que estos hechos como actos jurídicos que son, no afectan la posesión de la demandada. *La Jurisprudencia y la doctrina están acordes en acentuar la calidad objetiva y material de la relación entre el poseedor y el bien. Nuestro Código Civil la destaca en no pocos textos, entre los cuales pueden citarse, el artículo 762, que define la posesión como "tenencia", que es estado físico, y el 981, que menciona como actos demostrativos de posesión "el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación".*

Segundo.

Con respecto a la excepción de cosa juzgada, alegada por la actora, se censura el fallo por haberse apoyado en que las copias aducidas referentes al juicio anterior, no traen sino la parte resolutiva de las sentencias, ya que de otras probanzas resulta acreditada la identidad de causa, objeto y personas, requerida por la ley.

Esas probanzas son: 1) el memorial de petición de pruebas elevado por la demandada en el presente litigio (f. 2 C. 4º), en el cual habla de un juicio de *prescripción;* 2) Las pruebas trasladadas de la controversia anterior y demás constancias procesales pertinentes de la actual, de las cuales se sigue que se trata de una misma cosa y de unas mismas partes, ya que Margot Ferreira de Roa es sucesora del General Ardila, cuyos herederos sostuvieron con Georgina Isaza Ardila el pleito antecedente, y 3) La afirmación contenida en la respuesta dada por esta última a la demanda principal, según la cual "fue vencida en esa época porque solamente pudo demostrar una posesión quieta y pacífica durante veinticinco años", afirmación de la cual se infiere que se trata de la misma causa.

12. La Corte observa a este respecto:

1º El juicio seguido entre Georgina Isaza Ardila, como actora, y la sucesión del General Angel María Ardila, como demandada, fue de pertenencia, con invocación de la prescripción adquisitiva extraordinaria; pero, como a contar de la Ley 50 de 1936 a la fecha de la demanda no había transcurrido el nuevo lapso de veinte años, ni tampoco el de treinta del Código Civil, el juicio fue fallado en forma desfavorable a la demandante Isaza Ardila, según lo afirma su

apoderado en el alegato de conclusión de la primera instancia (f. 31 v. C. 1º), ya que la motivación de aquellas sentencias no se conoció en el presente litigio.

La sentencia de primer grado en el juicio de pertenencia —abril 28 de 1950— declaró acreditada "la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada", y la absolvió, en consecuencia, de los cargos contra ella formulados. En la de segundo grado —enero 30 de 1951— fueron negadas "las declaraciones incoadas en la demanda".

2º Según lo anota el Tribunal, acogiendo la jurisprudencia y la doctrina sobre el ordenamiento del artículo 474 Código Judicial, una triple identidad debe concurrir en los dos procesos, para que pueda estructurarse el fenómeno de la cosa juzgada: de causa, de objeto y de personas.

En relación con la primera, la causa, título o motivo jurídico de la acción ejercida primeramente por Georgina Isaza Ardila, fue la usucapión extraordinaria del dominio que en su concepto había realizado. No trató de reinvindicar porque se hallaba en posesión de la finca, y por no haber poseído durante el tiempo señalado por el Código Civil, ya que el nuevo lapso prescrito por la Ley 50 de 1936, sólo podía contarse a partir de la misma y el libelo fue introducido sin vencerse, perdió la acción petitoria, pero conservó la posesión y por esta razón Margot Ferreira de Roa, sucesora del General Ardila, fundándose en la titulación que adujo, demandó a la poseedora Isaza Ardila, con acción de dominio.

3º Es verdad que la decisión que examina la Corte no tuvo en cuenta las pruebas que el recurrente cita en este cargo, de las cuales aparece que se trató antes de un juicio de pertenencia, con apoyo en la usucapión, entre los sucesores del General Ardila, como parte demandada y Georgina Isaza Ardila, como actora. Pero ello no ofrece motivo suficiente para infirmar el fallo, porque aun dando por establecidos los hechos que el recurrente apoya en tales pruebas, no existe la excepción propuesta, por estas razones:

a) Si la usucapión extraordinaria de los bienes raíces consiste en poseerlos de manera no interrumpida durante el tiempo que prescribe la ley, tal modo aparece cumplido en este proceso, porque no obstante haberse ventilado un juicio cuya sentencia de segunda instancia, fechada el 30 de enero de 1951, absolvió a los herederos del General Ardila, no significa ello que a la sucesión se le hubiese reconocido la propiedad del fundo, sino que la poseedora demandante Isaza Ardila no demostró la suya.

b) La posesión como fundamento de la usucapión, ha de ser no interrumpida natural ni civilmente, según las reglas de los artículos 2527 y siguientes del Código Civil. En el juicio anterior no podía presentarse la interrupción civil de la posesión, porque este fenómeno, según el artículo 2524 ib., "es todo recurso judicial, intentado por el que se pretenda dueño de la cosa, contra el poseedor", y a la sazón la demandante era el poseedor. Luego, no podía interrumpirse su propia posesión.

En consecuencia, ni la notificación de la demanda, ni el fallo de entonces, alteraron la posesión de Georgina Isaza Ardila, quien prosiguió ejerciéndola hasta cuando en diciembre de 1958 fue demandada, precisamente por ser la poseedora y con el intento de interrumpir la forma prescriptiva del dominio con que amenazaba a quien derivaba su pretensión de los títulos instrumentales. Pero ya se había consumado la usucapión extraordinaria, tanto de acuerdo con el Código Civil como con la Ley 50 de 1936.

La causa, por tanto, del nuevo juicio está compuesta por la posesión ejercida antes y completada después del litigio precedente, sin interrupción alguna. Esta modalidad otorga a la causa una fisonomía peculiar que impide la presencia ahora de la cosa juzgada.

Así que no resultan quebrantados los preceptos que la demanda señala.

DECISION

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, *administrando* justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha veinticinco (25) de octubre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario iniciado por Margot Ferreira de Roa contra Georgina Isaza Ardila.

Costas de la casación a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA NOCION DE JUSTO PRECIO COMO CATEGORIA JURIDICA.

La rescisión de la compraventa por lesión enorme, está referida únicamente a los inmuebles. Inadmisibilidad de la tacha por error grave contra dictamen pericial firme en el plenario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez (10) de octubre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

En calidad de hermano legítimo del causante y para la herencia de José Francisco Páez Fuentes, Bernardo, de los mismos apellidos Páez Fuentes, demandó a María de los Angeles Páez y María Isabel Llorente de López en juicio ordinario, con súplicas tendientes a obtener que el contrato de compraventa de las fincas de *Barro Colorado, Ahorca Zorra, Guacamayal* y *El Otro Lado,* en jurisdicción de Lorica, entre el difunto y las demandadas según escritura pública 371, de 14 de noviembre de 1953, Notaría de dicho Circuito (Lorica), se declarara rescindido por lesión enorme del vendedor.

Trabado el litigio, lo resolvió en primera instancia el Juez Promiscuo de aquel Circuito, con pronunciamiento del 30 de junio de 1961, a saber:

"Desestímase la acción por carencia de legitimación para obrar; y en consecuencia, absuélvese a las demandadas de todos los cargos. Costas a cargo del actor".

Pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el segundo grado, abierto por apelación de la parte demandante, con fecha 29 de noviembre de 1962, decidió:

"1º Declárase que José Francisco Páez Fuentes sufrió lesión enorme en la compraventa que con María Llorente de López y María de los Angeles Páez de Páez celebró por medio de la escritura pública número 371 de 14 de noviembre de 1953, de la Notaría del Circuito de Lorica, registrada en la misma fecha en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito.

"2º En consecuencia, declárase la rescisión de dicho contrato y condénase a las compradoras María Llorente de López y María de los Angeles Páez de Páez a restituír, dentro de los sesenta días a partir de la ejecutoria de esta sentencia, a la sucesión ilíquida de José Francisco Páez Fuentes, representada por sus herederos, los inmuebles determinados por su situación y linderos en la citada escritura pública número 371 de 14 de noviembre de 1953, previamente saneados de hipotecas u otros derechos reales que hubieren constituído sobre los mismos, y los frutos a partir de la fecha de la demanda.

"3º Si las compradoras María Llorente de López y María de los Angeles Páez de Páez, no consintieren en la rescisión, completarán por partes iguales, dentro del término señalado en el punto anterior, el justo precio de los inmuebles, estimado en $ 66.000, con deducción del 10%, $ 6.600, o sean $ 59.400, de los cuales restados los $ 17.000 recibidos por el vendedor, dejan un saldo a pagar de $ 42.400, más los intereses legales de esta suma a partir de la fecha de la demanda.

"4º Vencido el término de sesenta días señalado en el punto segundo sin que las compradoras María Llorente de López y María de los Angeles de Páez hayan usado de la opción concedida en el punto anterior o consintieren expresamente en la rescisión del contrato, el Juez *a quo* ordenará al Notario del Circuito de Lorica que cancele la escritura pública número 371, de 14 de noviembre de 1953, y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito la cancelación del registro de la referida escritura, verificadas que sean las restituciones a que tienen derecho las demandadas.

"5º En el evento restitutorio de los inmuebles a que se refiere la escritura pública número 371 de 14 de noviembre de 1953, la sucesión ilíquida

de José Francisco Páez Fuentes devolverá a María Llorente de López y María de los Angeles Páez de Páez la suma de $ 17.000, con sus intereses legales desde la fecha de la demanda; y

"6º Costas a cargo de la parte demandada en ambas instancias".

Resuelve ahora la Corte el recurso de casación de la parte vencida, replicado en oportunidad.

La sentencia acusada.

Sobre el justo precio de los inmuebles a tiempo del contrato, para medir si hubo lesión enorme, el sentenciador halla en el avalúo del catastro (por valor total de $ 39.700 frente al precio de $ 17.000 en la escritura, inferior de $ 19.850, o sea la mitad) un indicio "no muy lejano si se tiene en cuenta que en la práctica el avalúo catastral... es dos o más veces inferior a su precio comercial". Y después entra al examen de la diligencia de inspección ocular practicada con peritos por el juzgador de primera instancia.

Alude a que en ese acto fueron identificados "por su situación y linderos los predios materia del contrato", lo mismo que apreciadas "la calidad del terreno, cercas, cultivos, casas de habitación, aguadas, etc.", y la cabida "que resultó ser la siguiente: predio *Barro Colorado,* 12 cabuyas; *Ahorca Zorra,* 11 cabuyas; *Guacamayal,* 15 cabuyas; y *El Otro Lado,* 6 cabuyas, es decir, un total de 44 cabuyas, todos los predios comprendidos en la venta".

A pesar de que los peritos expresaron que los terrenos de todas esas fincas "son en general de la misma calidad, esto es, planos y cenagosos en partes, cultivados de yerba admirable", y de señalar en $ 1.500 el valor de cada cabuya, el Tribunal dictó auto para mejor proveer, a fin de que el dictamen, firme y sobre el que las partes nada observaron, fuese aclarado por los peritos acerca de estos puntos:

"1º La razón por la cual en la diligencia del 11 de julio de 1957 al identificar las fincas *Barro Colorado, Ahorca Zorra, Guacamayal* y *El Otro Lado* les señalaron una cabida de 12, 11, 15 y 6 cabuyas, respectivamente, y, seguidamente, al hacer el avalúo de las mismas les señalan cabidas de 8, 32, 56 y 20 cabuyas, respectivamente;

"2º Cuál fue realmente el valor que conjuntamente acordaron para cada cabuya de terreno de los predios avaluados, y cuál es la verdadera cabida de cada uno de dichos predios, lo mismo que su valor en la fecha de la compraventa de cuya lesión se trata".

"Fue así —dice el Tribunal— como los peritos en su escrito conjunto de 12 de septiembre del presente año (1962), expusieron: 'en la fecha indicada, julio 11 de 1957, recorrimos las cuatro fincas materia de nuestro dictamen. Se nos pregunta por el valor de esas tierras, por cabuyas, para el año de 1953. Constatamos que los predios llamados *El Otro Lado, Guacamayal, Ahorca Zorra* y *Barro Colorado,* son en general de la misma calidad: planos, en parte cenagosos, cultivados de yerba admirable; son tierras buenas para pastos, y, especialmente, para algodón. Para el año de 1953 el valor mínimo de cada cabuya en esos predios y en toda la zona era de $ 1.500 moneda corriente, pues hay parcelas que valían, para entonces, dos mil pesos moneda corriente. Ahora se nos pregunta por el honorable Tribunal, para que digamos la razón por la cual en la diligencia de examen y avalúo de los predios que hicimos el 11 de julio de 1957, al identificar las fincas *Barro Colorado, Ahorca Zorra, Guacamayal* y *El Otro Lado,* les señalamos una cabida de 12, 11, 15 y 6 cabuyas, respectivamente, y, seguidamente, al hacer el avalúo de las mismas les señalamos cabida de 8, 38, 56 y 20 cabuyas, respectivamente. *Explicamos*: Examinamos inicialmente 12, 11, 15 y 6 cabuyas en los predios expresados y dentro de los límites o linderos que se nos dieron conforme a la escritura pública en que se contenía la venta y la cual examinamos debidamente. Con base en ese título constatamos los linderos, los cuales correspondían con los de la demanda y con los hechos, o sea con los predios ya dichos y que recorrimos por todos sus lados. En cada uno de ellos examinamos 12, 11, 15 y 6 cabuyas, respectivamente, partiendo de un lindero determinado, precisado en la demanda. Pero como observamos que, aparte de las extensiones así recorridas, seguían dentro del mismo predio, sin solución de continuidad y con el mismo nombre de las mismas fincas, extensiones aun más grandes, hubimos de recorrerlas todas, y calcular su extensión aproximada, que son las que aparecen al dar el avalúo. Tal cosa ocurrió con los predios de *Ahorca Zorra, Guacamayal* y *El Otro Lado,* cuya extensión total es más grande, mucho más de la que reza la escritura y la demanda que examinamos. Preguntamos la razón de ese hecho a los interesados de ambas partes, y hasta a algunos vecinos, y todos coincidieron en indicar que los lotes de 11, 15 y 6 cabuyas hacen parte de extensiones más grandes, porque la señora o mujer del señor José Francisco Páez (*Manino*), iba comprando a los vecinos y así se iban agrandando los mencionados predios, pues levantaban las cercas y el nuevo lote comprado quedaba unido al del señor *Manino,* que era

marido de la compradora, y quedaba, también, el nuevo lote bajo el mismo nombre. Además, los predios vecinos tienen también esos nombres, aunque sus dueños son otros: *Barro Colorado, Ahorca Zorra, Guacamayal, Otro Lado.* Es esa la razón por la que, al dar el avalúo de cada predio, aparecen con mayor extensión de las inicialmente examinadas. Todas esas tierras para el año de 1953 tenían un valor mínimo de $ 1.500 moneda corriente cada cabuya. Sobre el predio *Barro Colorado* que ahora se nos pregunta por qué razón le señalamos una cabida de 12 cabuyas y luego de 8 en el avalúo, *explicamos*: Hubo ahí un evidente error al traducir la fanega en cabuyas, pues ese predio tiene, realmente, 12 cabuyas, pero en la escritura dice una fanega. Entonces inquirimos ¿por qué razón se decía una fanega siendo doce cabuyas? —Fuimos informados por viejos de la vecindad que entre ellos existía una medida agraria, especie de fanega de 12 cabuyas, mejor dicho, que había fanega de 8 cabuyas y fanega de 12 cabuyas, y es este el caso del predio *Barro Colorado.* Pero como ahora todos sabemos que la fanega se compone de 8 cabuyas, pues al hacer el avalúo dijimos una fanega, e inmediatamente el subconsciente traicionó, especialmente al que escribía, señor Salvador Díaz Castillo, al hacer la equivalencia en cabuyas, en vez de decir 12, se escribió 8. Recalcamos que son doce las cabuyas que tiene el predio *Barro Colorado. Conclusión*: El valor que en realidad acordamos, conjuntamente, para cada cabuya de terreno en los predios avaluados es: un mil quinientos pesos ($ 1.500) moneda legal, para el año de 1953. Tal fue lo que acordamos en el avalúo del 11 de julio de 1957. Y en esto nos ratificamos...' ''.

Comenta el sentenciador que sobre las 44 cabuyas como importe total de los predios compravendidos según la escritura respectiva, para la época del contrato el justo precio ascendía a $ 66.000 a razón de $ 1.500 por cabuya. Y añade:

''El dictamen de que se trata está en firme. El artículo 721 del Código Judicial dispone que 'cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos hace plena prueba'. El dictamen de los peritos Francisco Martínez Puche y Daniel Arteaga Ramos llena, a juicio de la Sala, a plenitud los requisitos que la norma en cita señala para que se le tenga como plena prueba... Entonces, si el justo precio de los predios era de $ 66.000 y la compradora María Llorente de López y María de los Angeles Páez de Páez pagaron por ellos la suma de $ 17.000, es forzoso concluír que el señor José Francisco Páez Fuentes sufrió lesión enorme, pues, la suma que recibió como precio de sus inmuebles —$ 17.000— es inferior a la mitad del justo precio de los mismos —$ 33.000—. Así lo establece el artículo 1947 del Código Civil, y así habrá de declararlo la Sala, con aplicación de todas las consecuencias jurídicas que de ese hecho se desprenden para ambas partes contratantes, todo en acatamiento a las normas legales que rigen la rescisión de la venta por lesión enorme''.

La acusación.

Está enunciada así:

''Alego como causal del recurso interpuesto la 1ª de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, por ser la sentencia violatoria de leyes sustantivas, ya por violaciones directas de ciertas normas civiles erradamente interpretadas, ya por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas en el caso *sub lite*''.

Estima violados los artículos 721, 722 y 723 del Código Judicial y 1947 del Código Civil, por cuanto el Tribunal concediera el valor de plena prueba al dictamen de los peritos avaluadores, después de la aclaración que les pidiera para mejor proveer.

Al respecto dice:

''Cuando el Tribunal entró al estudio de este elemento encontró que el dictamen sobre mensura de los lotes de terreno, éstos tienen, en su orden, una extensión de 8, 32, 56 y 20 cabuyas, en contra de lo que expresa la escritura de venta, según la cual tienen 12, 11, 15 y 6 cabuyas, respectivamente.

''Al ampliarlo, para subsanar aquella anomalía, el Tribunal se apoyó en el artículo 600 del Código Judicial y los peritos conjuntamente dieron explicaciones que lo desvirtuaron en su totalidad. Dicen, por ejemplo, que para la mensura tuvieron en cuenta las indicaciones personales de los interesados y de algunos vecinos y todos coincidieron en indicar que los lotes de 11, 15 y 6 cabuyas hacen parte de extensiones más grandes, porque la señora o mujer del señor José Francisco Páez iba comprando a los vecinos y así se iban agrandando los mencionados predios, pues levantaban las cercas y el nuevo lote comprado quedaba unido al del señor marido de la compradora (demandada), y el nuevo lote quedaba también bajo el mismo nombre...''.

Añade: ''El dictamen pericial que se examina carece, tanto el inicial como la ampliación, de

la precisión, exactitud y claridad de que habla el artículo 721 del Código Judicial, pues además de la oscuridad que anotamos anteriormente hay que agregar que no se hizo la mensura técnica de cada uno de los lotes para la completa individualización; tampoco se verificó con la debida diligencia y cuidado la calidad o aptitud de los terrenos para la agricultura o la ganadería, ni el estado en que pudieran hallarse las tierras para la época de la venta, lo que implica a todas luces un error grave.

"El Tribunal aceptó mecánicamente el experticio de los señores peritos y le atribuyó el valor de plena prueba, sin que la ampliación se fundamentara debidamente por aquellos, en lo relacionado con la cabida y avalúo de los predios, razón por la cual el juzgador incurrió en error de hecho y de derecho al atribuírle idoneidad legal a la prueba pericial".

El recurrente insiste en sus pareceres para concretar el alegado error de hecho "en que el Tribunal se limitó, en la estimación de la ameritada prueba pericial, a darle una aceptación mecánica sin que estuviera debidamente fundamentada la ampliación". Y cuanto al aducido error de derecho, razona así:

"El error de hecho que acabo de enunciar indujo al Tribunal a cometer error de derecho consistente en darle —en realidad— mérito probatorio a la prueba pericial, mediando la inexactitud, claridad, imprecisión y no identidad completa de los bienes objeto de la mensura". Y remata:

"Lo expuesto es suficiente para patentizar la violación de los artículos citados en el cuerpo de esta demanda...".

Se considera:

1. Abstracción hecha de las deficiencias técnicas del libelo, para consultar, hasta donde sea permitido, más la esencia que la forma del cargo en casación, aparece que el recurrente ensaya la censura por cuanto el Tribunal hubiese errado manifiestamente de hecho y también de derecho al formar su convencimiento de que existió lesión de ultramitad en la compraventa litigiosa.

2. La noción de justo precio como categoría jurídica es el punto de equilibrio a que aspira la contratación conmutativa. Pero no son pocos los factores que de hecho inciden en la formación de los precios, por lo que se encuentra allí una de las materias más investigadas y discutidas en economía política, seguramente a consecuencia del plano de relatividad en que se mueve, y por el peligro previsible de que la actividad de las transacciones languidezca por causa de inadecuada tutela de la ley, en menoscabo del espíritu de empresa como propulsor del crecimiento de la riqueza pública.

3. En el Código Civil la teoría del justo precio en orden a la rescisión de la compraventa por lesión enorme, está referida a los inmuebles; no a los muebles, ni a las ventas hechas por ministerio de la justicia, porque éstas requieren de avalúo y licitación; y hoy porque los muebles son eventual objeto de otras regulaciones dentro del intervencionismo de Estado, y porque antes se juzgaba que el sistema de libertad fuese el más adecuado regulador del precio de las mercancías en general.

4. En las compraventas de inmuebles "el justo precio se refiere al tiempo del contrato" (2º, 1947 C. C.). Es por aquella eminente relatividad de la cuestión, y porque también por lo común ha de incidir la prueba por peritos, como la decisión de las controversias al respecto queda confiada al criterio del juzgador en la instancia, sin tacha en casación, a menos que por quiebra del buen sentido desconozca elementos de juicio que en los autos pregonen la realidad contraria; o cuando omite el medio que ostenta a las claras el error de juzgamiento demostrable en el recurso extraordinario, o supone existente en el proceso una prueba, nada más que por espejismo inexplicable.

5. Mas no hay errores de esta naturaleza si en casación apenas se pretende aducir la tacha de error grave contra un dictamen pericial que en el plenario no fue objetado por las partes y que adquirió definitiva firmeza. No cabe entonces la censura por yerro de derecho.

Y porque "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba" (721 C. J.), se está en el recurso a lo resuelto por el sentenciador con razones no desvirtuadas ante la Corte.

Para evitar hesitación y equívocos, hizo uso el Tribunal de auto para mejor proveer según el artículo 600 del procedimiento civil. Así obtuvo que el dictamen precisara el monto del avalúo al tenor de la cabida que para cada uno de los cuatro inmuebles se declaró en la escritura de compraventa: 12 cabuyas para *Barro Colorado;* 11 para *Ahorca Zorra;* 15 para *Guacamayal,* y 6 para *El Otro Lado.* En total 44 cabuyas, que al precio de $ 1.500 cada una al tiempo del contrato según el nítido concepto de los peritos, determinan por justo precio la cantidad de

$ 66.000; lo cual marca la existencia indudable de lesión enorme, puesto que el precio recibido de $ 17.000 es cifra mucho menor que $ 33.000, mitad del justiprecio.

Por consiguiente, está muy lejos de ser contrario a la evidencia del fallo del sentenciador, que en derecho se atuvo a lo ostensible y al mérito de las probanzas, como también a las normas sustanciales en materia de lesión enorme. La que fue declarada no sólo por desprenderse meridianamente del concepto pericial, sino además por venir en su abono la inferencia desprendida de los correspondientes avalúos catastrales.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 29 de noviembre de 1962 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el presente litigio de Bernardo Páez Fuentes contra María Isabel Llorente de López y María de los Angeles Páez de Páez.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de La Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, Arturo C. Posada, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ASUNCION DE DEUDA AJENA.

Las reglas sobre la eficacia de los actos jurídicos son inherentes a todos los contratos, incluso el llamado negocio fiduciario. La asunción de deuda ajena puede ser expresa o tácita. La sucesión no es persona jurídica ni sujeto de derecho y obligaciones. Prueba sumaria no es prueba incompleta, sino no controvertida.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., octubre diez de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique López de La Pava).

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de septiembre de 1960, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario del señor Eduardo Escallón Umaña contra los herederos del señor Luis Escallón Umaña.

Antecedentes.

1. En el juicio ejecutivo que ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Bogotá promovieron y ventilaron la señorita Paulina Cabrera y otros contra el señor Eduardo Escallón Umaña, se decretaron el embargo, avalúo y remate del derecho herencial que a este ejecutado le correspondía en la mortuoria del señor Julián Escallón, en su calidad de hijo legítimo de éste.

2. El remate aludido se llevó a efecto el 30 de junio de 1936, y en él le fueron adjudicados al postor Pedro Martínez Bogotá, en la suma de $ 26.000, "los derechos y acciones que tiene el ejecutado Eduardo Escallón en la sucesión ilíquida de su finado padre, don Julián Escallón, mortuoria o juicio sucesorio que cursa en el Juzgado 6º Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá".

3. El 17 de septiembre del mismo año de 1936 los señores Eduardo Escallón Umaña y Pedro Martínez Bogotá suscribieron un documento privado en que hicieron constar el pacto que habían celebrado con motivo del remate mencionado. Tal pacto fue de este tenor: "Hacemos constar nosotros Pedro Martínez B. y Eduardo Escallón U.... que hemos celebrado el siguiente convenio:

Primero. Escallón fue ejecutado ante el Juzgado 3º del Circuito de Bogotá por Paulina Cabrera y otros y tales ejecuciones culminaron en un decreto de remate de los bienes embargados en ellas, o sea los derechos y acciones que a Escallón le correspondían en la sucesión aún ilíquida de su padre, señor Julián Escallón, la cual cursa en el Juzgado 6º de este Circuito.

Segundo. Martínez B. el día 1º de julio de este año remató ante el Juzgado 3º de este Circuito los bienes embargados a Escallón.

Tercero. Martínez B., a virtud del remate anterior, entregó a Escallón el día indicado, quince mil pesos moneda corriente, por conducto del Juzgado 3º del Circuito y Escallón presentó ante el mismo Juez recibo a favor de Martínez por el resto del precio del remate.

Cuarto. Martínez, en su calidad de rematador de los derechos y acciones de Escallón, de que se ha hablado, tiene la personería y en tal calidad de rematador continuará el juicio de sucesión del señor Julián Escallón ante el Juzgado 6º del Circuito hasta obtener la liquidación de dicha sucesión y la adjudicación correspondiente de bienes y hará los gastos que esto demande.

Quinto. Una vez obtenidas la liquidación y adjudicación de que antes se habló, será obligación de Escallón entregarle a Martínez quince mil pesos moneda corriente ($ 15.000), los intereses de esta suma desde la fecha del remate hasta la fecha del pago y las sumas a que asciendan los gastos hechos por Martínez para obtener la adjudicación y liquidación mencionadas; y será obligación de Martínez otorgar a favor de Es-

callón escritura de venta de los derechos y acciones que él remató ante el Juzgado 3º del Circuito en los juicios ejecutivos contra Escallón de que ya se habló, convertidos por virtud de la liquidación y adjudicación en la hijuela formada en dicha sucesión, o sea la de don Julián Escallón, a Martínez B.; esto mediante el pago que Escallón debe hacer a Martínez de los quince mil pesos y demás sumas antes detalladas.

Sexto. En el caso de que hubieren transcurrido, desde la fecha del registro de la sentencia aprobatoria de la partición de bienes en la sucesión de Julián Escallón, sesenta días sin que Escallón haya entregado a Martínez los quince mil pesos y demás sumas de que se habló antes, podrá Martínez proceder a conseguir con la garantía de los bienes que, como rematador de los derechos de Escallón, le fueron adjudicados a Martínez en la sucesión de don Julián Escallón, la cantidad de quince mil pesos, más los intereses y gastos de que ya se habló, y una vez obtenida tal suma en préstamo con la garantía mencionada, otorgará Martínez a Escallón la escritura de venta de los bienes que le fueron adjudicados a Martínez en el Juzgado 6º del Circuito, donde cursa la sucesión de don Julián Escallón, gravados con la caución hipotecaria por el monto de quince mil pesos y demás sumas de que ya se habló. Esta constancia se firma hoy por duplicado a diez y siete de septiembre de mil novecientos treinta y seis, ante testigos en Bogotá. Eduardo Escallón. Pedro Martínez B. Tgo., Roberto Piedrahita. Tgo., Luis E. Díaz".

El documento en que consta el convenio anterior fue protocolizado por la escritura número 2171, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá el 26 de agosto de 1947.

4. El rematante Pedro Martínez Bogotá se hizo parte en el juicio mortuorio del extinto Julián Escallón, pero falleció antes de liquidarse esta sucesión. Al iniciar el doble juicio sucesorio del señor Martínez Bogotá y de su esposa Julia Dimas de Martínez, sus herederos incluyeron en la relación previa de los bienes de la mortuoria el siguiente crédito: "Un crédito a favor del causante y a cargo del señor Eduardo Escallón por la cantidad de quince mil pesos, moneda corriente ($ 15.000)".

Más tarde, en el inventario de los bienes que de esta sucesión doble se practicó el 10 de mayo de 1939, se relacionó el siguiente bien bajo la partida decimacuarta: "Los derechos y acciones que le correspondían al señor Eduardo Escallón en la sucesión del señor Julián Escallón que cursa en el Juzgado 8º del Circuito de Bogotá, los cuales adquirió el causante Martínez a virtud de remate llevado a cabo en el Juzgado 3º de este Circuito en el ejecutivo de Paulina Cabrera y otros contra Eduardo Escallón, adquisición sujeta a opción de retracto a favor de Eduardo Escallón. Estos derechos con su opción fueron avaluados por los peritos en quince mil pesos, moneda corriente ($ 15.000)".

En la partición de los bienes de la misma mortuoria del señor Martínez Bogotá y de su esposa Julia Dimas, se dividió en dos partes iguales el derecho herencial rematado a Eduardo Escallón y sus dos mitades se adjudicaron a los herederos Pedro Ignacio y Hernando Martínez Dimas. Así, en la hijuela formada a favor del primero de estos herederos, se adjudicó, entre otros bienes, el siguiente: "5º La mitad —en común con su hermano Hernando— de los derechos de que trata la partida decimacuarta del inventario, determinada en él así: 'Los derechos y acciones que le correspondían al señor Eduardo Escallón en la sucesión del señor Julián Escallón que cursa en el Juzgado 8º del Circuito de Bogotá, los cuales adquirió el causante Martínez a virtud de remate llevado a cabo en el Juzgado 3º de este Circuito en el ejecutivo de Paulina Cabrera y otros contra Eduardo Escallón, adquisición sujeta a opción de retracto a favor de Eduardo Escallón'. Fueron avaluados todos estos derechos en quince mil pesos ($ 15.000). Valor de la mitad para este heredero, $ 7.500".

La otra mitad del mismo derecho le fue adjudicada en términos análogos al heredero Hernando Martínez Dimas.

La partición de los bienes de la sucesión doble del señor Martínez Bogotá y de su esposa, fue aprobada por sentencia de 24 de marzo de 1941 y se registró con las hijuelas respectivas el 15 de septiembre de 1942. El juicio mortuorio se insertó en el protocolo mediante la escritura número 891, extendida en la Notaría Quinta de Bogotá el 24 de abril de 1944.

5. Por la escritura número 2608, pasada ante el Notario Quinto de Bogotá el 30 de octubre de 1944, el señor Hernando Martínez Dimas expuso lo siguiente en presencia y con intervención de los señores Manuel Bustamante y Eduardo Escallón:

"Primero. Que en el juicio de sucesión de su padre, señor Pedro Martínez B., protocolizado por medio de la escritura número ochocientos noventa y uno (891), otorgada en la Notaría Quinta de este Circuito el día veinticuatro (24) de abril del año en curso, se le adjudicó al otorgante la mitad de los derechos herenciales del señor Eduardo Escallón Umaña en la sucesión de su padre, señor Julián Escallón, juicio que

cursa en el Juzgado Octavo (8º) Civil de este Circuito y en el cual ha sido reconocido cesionario el otorgante al tenor de su hijuela.

Segundo. Que por la presente da en venta real al señor Manuel Bustamante los mencionados derechos, equivalentes, como se ha dicho, a la mitad de los que correspondan al señor Eduardo Escallón U. en el sucesorio de su padre, con todas las acciones consiguientes y pudiendo el comprador presentarse al juicio como cesionario del otorgante.

Tercero. El precio de estos derechos es la cantidad de diez mil setencientos treinta y ocho pesos, siete centavos ($ 10.738.07), que el vendedor da por recibidos a su satisfacción de manos del comprador... Presente en este acto el señor Manuel Bustamante... dijo: Que acepta el presente contrato por estar a su satisfacción. Presente el señor Eduardo Escallón... dijo: Que autoriza el presente contrato y declara libre de toda responsabilidad al señor Hernando Martínez Dimas, como de todas las obligaciones que éste pudiera tener para con el otorgante Escallón, en razón de contratos o convenios celebrados entre éste y el señor Pedro Martínez Bogotá, en referencia a los derechos herenciales que por medio de este instrumento enajena".

6. Por la escritura número 2129, extendida en la Notaría Quinta de Bogotá el 8 de septiembre de 1944, el señor Pedro Ignacio Martínez Dimas transfirió en los términos siguientes al señor Luis Escallón Umaña la mitad del mismo derecho herencial que le había sido adjudicada en la sucesión de su padre Pedro Martínez Bogotá:

"Primera. Que vende al señor Luis Escallón la mitad de los derechos hereditarios que correspondieron al señor Eduardo Escallón en su calidad de heredero del señor don Julián Escallón, su padre, cuyo juicio mortuorio se tramita en el Juzgado Octavo del Circuito de esta ciudad.

Segunda. Que el precio de tales derechos, o sea de la mitad proindiviso objeto de este contrato de compraventa, es la suma de once mil trescientos treinta y nueve pesos ($ 11.339), que el exponente vendedor declara recibidos del comprador Escallón a su satisfacción.

Tercera. Que la mitad del derecho hereditario expresado es de propiedad del otorgante por habérsele adjudicado en la partición de bienes de la sucesión del señor don Pedro Martínez B., como aparece en el numeral quinto de la hijuela respectiva, protocolizada con toda la partición por escritura número ochocientos noventa y uno (891), de veinticuatro de abril último, de la Notaría Quinta de esta ciudad, y la vende libre de gravámenes, hipotecas, prendas, anticresis, embargos, condiciones resolutorias y limitaciones de dominio, ya que la propiedad de tal derecho le pertenece al exponente en forma pura y simple, por lo cual saldrá al saneamiento en los casos de la ley".

7. Tanto los señores Hernando y Pedro Ignacio Martínez Dimas como sus respectivos cesionarios Manuel Bustamante y Luis Escallón Umaña, se personaron en el juicio mortuorio del extinto Julián Escallón, o sea en la mortuoria en que estaba reconocido el derecho herencial rematado al señor Eduardo Escallón Umaña.

La partición de bienes practicada en esa mortuoria fue objetada por el apoderado de los señores Martínez Dimas, pero al intervenir en el juicio el señor Luis Escallón, como cesionario de Pedro Ignacio Martínez Dimas, manifestó expresamente que se apartaba o desistía de las objeciones, quedando en consecuencia como objetante único el señor Hernando Martínez Dimas y en sustitución suya el cesionario Manuel Bustamante.

Las objeciones mencionadas se formularon primordialmente contra la adjudicación que en el trabajo de partición de la mortuoria de Julián Escallón se les hacía a las herederas María y Matilde Escallón de un inmueble situado en el perímetro urbano de Bogotá, y cuando se surtía el incidente respectivo las nombradas señoritas Escallón y el cesionario objetante, señor Manuel Bustamante, celebraron una transacción que se hizo constar en la escritura número 3564, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá el 23 de octubre de 1946. En virtud de esa transacción el señor Bustamante se obligó a desistir del incidente de objeciones a la partición de bienes para que ésta quedara y fuera aprobada tal como se había presentado inicialmente, y las señoritas Escallón, a su vez, autorizaron al doctor Liborio Escallón y al propio Bustamante para que vendieran, por un precio mínimo de $ 700.000, el inmueble que a ellas se les adjudicaba y para que, hecha la venta, se les entregara del precio la cantidad de $ 230.000 y se repartiera el resto por partes iguales entre los ocho herederos del difunto Julián Escallón, entre quienes figuraba el nombrado señor Luis Escallón Umaña, quien a la sazón había fallecido también y estaba representado por sus herederos Alfonso, Bernardo, Gustavo, Luis, Inés y Alicia Escallón Caicedo. Entre las cláusulas de la transacción figura una por la cual se estipuló que, si llegaba a fallecer el comisionado doctor Liborio Escallón, su reemplazo sería designado por las señoritas Esca-

llón, y que si el muerto resultaba ser el señor Bustamante, su sustituto debería ser nombrado por el señor Eduardo Escallón Umaña.

8. Nueve días antes de extenderse la sobredicha escritura de transacción, los señores Alfonso, Alicia, Gustavo y Bernardo Escallón Caicedo, hijos y herederos del señor Luis Escallón Umaña, comprador a Pedro Ignacio Martínez Dimas de la mitad del derecho herencial rematado a Eduardo Escallón, dirigieron a éste la carta siguiente: "Bogotá, octubre 14 de 1946. Señor don Eduardo Escallón Umaña. L. C. Estimado Eduardo: Para finalizar la transacción que venimos adelantando desde hace días, como usted lo sabe, respecto de la sucesión del señor don Julián Escallón, y para mayor garantía y seguridad de usted, le manifestamos lo siguiente: nuestro padre, don Luis Escallón, compró al señor Pedro Martínez Dimas una parte de los derechos que a usted correspondían en la sucesión del señor Julián Escallón, derechos éstos equivalentes a la dieciseisava parte, pues la otra dieciseisava está en cabeza de un caballero de toda confianza, como es el señor Manuel Bustamante. De manera que lo que representa su hijuela está hoy dividido en dos partes: la mitad en cabeza de nuestro padre, don Luis Escallón, hoy sus sucesores, y la otra mitad en cabeza de don Manuel Bustamante. La intención de nuestro padre al comprarle los derechos al señor Martínez fue la de devolverle a usted la hijuela, previo el abono que usted le hiciera de lo que él le pagó al señor Martínez. Con un alto sentido de equidad procedió nuestro padre, como procedía siempre, y nosotros, herederos de él y siguiendo su misma norma de conducta y cumpliendo su intención, que para nosotros es sagrada, lo mismo que respetando la tradición de rectitud inmaculada que pesa sobre la familia, le manifestamos de una manera libre y espontánea que tan pronto como se eleve a escritura pública la transacción referida respecto al litigio de la sucesión del señor don Julián Escallón y se protocolice la sucesión de nuestro padre, don Luis Escallón, le haremos a usted la correspondiente escritura de lo que nuestro padre adquirió del señor Martínez, previo el reembolso de lo que aquél pagó a éste. De manera que puede usted estar seguro de que los mencionados derechos vuelven a poder suyo, en lo cual no hay la menor duda, porque conociéndonos usted sabe que jamás admitiríamos en nuestro patrimonio nada que no estuviera respaldado por la justicia y la equidad. En el mismo orden de ideas le manifestamos que usted tiene un derecho equivalente a la octava parte en el lote denominado 'La Loma' o 'Cantera', derecho que le garantizamos, lo mismo que a los demás herederos del señor don Julián Escallón, puesto que en tal lote a cada uno de ellos le corresponde una octava parte. Como no se trata de personas extrañas, sino que se conocen y que están ligadas por vínculos de sangre, hemos estimado que la declaración que a usted hacemos por la presente, tiene, si es posible, mayor eficacia legal que una escritura, aunque la eficacia moral no se discute. Ojalá que podamos culminar la obra para tranquilidad y provecho de todos. De usted atentos, Alfonso Escallón Caicedo. Alicia Escallón de Huertas. Gustavo Escallón. Bernardo Escallón".

9. En cumplimiento de la transacción mencionada el señor Manuel Bustamante desistió de la incidencia de objeciones propuesta contra el trabajo de partición de bienes ejecutado en la mortuoria del señor Julián Escallón, trabajo que fue aprobado por sentencia de 21 de noviembre de 1946, confirmada luego por el Tribunal Superior de Bogotá mediante fallo de 21 de agosto de 1947 y que se registró el 29 de septiembre de 1948. La sucesión del señor Julián Escallón se protocolizó por la escritura número 1743, otorgada en la Notaría Octava de Bogotá el 16 de octubre de 1948.

10. En esa partición de la misma mortuoria del señor Julián Escallón se formó una hijuela a favor del señor Pedro Martínez Bogotá o de quien representaba sus derechos, como cesionario del heredero Eduardo Escallón Umaña, y en ella se le adjudicaron varios bienes, así:

a) "Un derecho proindiviso de cuarenta y dos mil ochocientos ochenta y un pesos y siete centavos ($ 42.881.07), en relación con un avalúo de ciento veintitrés mil doscientos pesos ($ 123.200), dado a toda la finca por el perito único, en una hacienda denominada 'La Estancia', ubicada en jurisdicción en el Municipio de Madrid, Departamento de Cundinamarca, con una extensión superficiaria de quinientas cuarenta y una (541) fanegadas", y comprendida por los linderos que en la misma hijuela se indican.

b) "Un derecho proindiviso de ciento setenta y dos pesos y cincuenta centavos ($ 172.50), en relación con un avalúo de mil trescientos ochenta pesos dado por el perito único a todo el inmueble, en un Monumento en el Cementerio Oriental de Bogotá, construído en un lote que tiene una extensión superficiaria de nueve metros cuadrados".

c) "Un crédito a cargo del señor Eduardo Escallón Umaña y a favor del causante, por

principal de dos mil setecientos diez y seis pesos y noventa centavos ($ 2.716.90)''.

d) ''La suma de cuatrocientos setenta y nueve pesos cincuenta y dos centavos ($ 479.52) en el crédito por mayor valor a favor de la sucesión y en contra de los señores Luis Escallón Umaña y Alberto González Obregón''.

11. En la sucesión del señor Luis Escallón Umaña se reconoció a la señora Mercedes Cayzedo de Escallón como cónyuge sobreviviente y a los señores Alfonso, Bernardo, Gustavo, Luis, Alicia e Inés Escallón Cayzedo como herederos del causante en su calidad de hijos legítimos.

En el inventario de los bienes de la misma mortuoria se relacionó el siguiente: ''Un derecho hereditario en la sucesión del señor Julián Escallón, ya citada, equivalente a la mitad de los derechos hereditarios que correspondieron al señor Eduardo Escallón en su calidad de heredero de su padre don Julián Escallón, los cuales fueron adquiridos por escritura pública número 2129, de fecha ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá''. Este derecho fue avaluado en la suma de $ 26.004.

En la partición de los bienes de esta mortuoria del señor Luis Escallón, se adjudicó a la cónyuge sobreviviente, señora Mercedes Cayzedo de Escallón, el derecho hereditario inventariado, esto es, la mitad del derecho herencial que le fue rematado al señor Eduardo Escallón Umaña.

Dicha partición fue aprobada por sentencia de cuatro de junio de 1947 y se inscribió el 21 de julio del mismo año. El juicio mortuorio del nombrado Luis Escallón Umaña se insertó en el protocolo por la escritura número 508, extendida en la Notaría Octava de Bogotá el 30 de julio de 1947.

12. Por escritura número 3308, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá el 28 de septiembre de 1951, el señor Manuel Bustamante transfirió a Eduardo Escallón Umaña los bienes que se le adjudicaron en la mortuoria de Julián Escallón como correspondientes a la mitad del derecho que en esa sucesión tenía el mismo Escallón Umaña y que le fue rematado. En este instrumento se hizo constar, entre otras cosas, que Bustamante adquirió esa mitad de derecho como mandatario de Escallón Umaña y que en nombre y con instrucciones de éste intervino en la sucesión de Julián Escallón y en la transacción celebrada con María y Matilde Escallón.

El litigio.

El primero de julio de 1957 el señor Eduardo Escallón Umaña, obrando por medio de apoderado, demandó a los señores Bernardo, Luis, Gustavo, Alfonso, Inés y Alicia Escallón Caicedo, en su calidad de herederos del extinto Luis Escallón Umaña, para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

''Primera. Que la sucesión del señor Luis Escallón Umaña, representada solidariamente por los demandados, está obligada a restituír a mi mandante, previo el pago de la suma que corresponda, más sus intereses legales, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia en este juicio, una cuota o parte de la hacienda 'La Estancia', equivalente al 17,4% de la misma, situada en jurisdicción del Municipio de Madrid, Departamento de Cundinamarca, alindada: 'Por el Occidente, partiendo del camino de La Mesa hacia el Sur, por un vallado y una cerca de piedra, deslindado de la hacienda 'Potrero Grande', hasta el río Bojacá; por el Sur, el río Bojacá, aguas abajo hasta encontrar una cerca de piedra que deslinda con la hacienda de Casa Blanca; por el Oriente, siguiendo la cerca de piedra indicada, por todo el pie del cerro hasta encontrar un zanjón que baja de la piedra Petaca; siguiendo este zanjón y una cerca de piedra hasta la mencionada piedra Petaca, que se encuentra en lo más alto del cerro y deslinda con la hacienda de Casa Blanca; y por el Norte, desde la mencionada piedra, siguiendo una zanja y cercas de piedra hasta encontrar con el camino de La Mesa, y por éste, en una pequeña distancia, hasta encontrar con el primer lindero, deslindando por este lado con los antiguos resguardos de indígenas'. Adyacente a esta hacienda y como entrada a la misma, hay además una zona de terreno que pertenece a la misma hacienda y que está deslindada así: 'Por el Oriente, con terrenos que son o fueron de Lucio Bedoya, Victorino Aguilar, Cipriano Sánchez, Luis Escallón y Gonzalo Córdoba, zanja y cercas de por medio; por el Occidente, paredes y zanja de por medio, con tierras de Gonzalo Córdoba; por el Sur, con la hacienda de 'La Estancia', antes deslindada; y por el Norte, con el camino público que conduce de Madrid a Barro Blanco'.

''Segunda. Que la mencionada sucesión, representada por los demandados solidariamente, para el caso de que no puedan (sic) restituír a mi mandante la cuota o parte del inmueble determinado en el punto anterior, están obligados a pagar a mi mandante el precio que tenga dicha

cuota o parte el día de la notificación de esta demanda, que será determinado por peritos dentro del juicio, y que tal pago deberán hacerlo dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que se dicte en este juicio.

"Tercera. Que la sucesión, representada por los demandados solidariamente, debe pagar a mi mandante los frutos civiles y naturales que con una administración de un buen padre de familia pudo producir el bien materia de esta demanda, o si no pudiere ser restituído dicho bien, los intereses legales del precio de ese bien desde la fecha en que debieron restituírlo hasta aquella en que hagan el pago.

"Cuarta. Que, en caso de oposición, se condene a la mencionada sucesión, representada solidariamente por los demandados, al pago de las costas del juicio".

Como peticiones subsidiarias formuló el demandante las mismas principales, pero descartando el factor de la solidaridad entre los demandados.

Fuera de las referencias que hace a los antecedentes narrados, la demanda expone algunos otros hechos, de los cuales importa transcribir los siguientes:

"10. El señor Luis Escallón Umaña le manifestó a su esposa doña Mercedes Cayzedo de Escallón y a sus hijos, o sea los demandados en este juicio, que él estaba obligado a restituírle a don Eduardo Escallón Umaña la cuota de la herencia paterna de don Eduardo que le había vendido a don Luis el señor Martínez Dimas, en la forma pactada por el señor Martínez Bogotá con don Eduardo.

"11. El señor Luis Escallón Umaña falleció antes de cumplir su propósito de restituírle la herencia a don Eduardo. Pero entonces sus herederos, o sea los demandados en este juicio, y su cónyuge doña Mercedes Cayzedo de Escallón, por documento privado se obligaron a cumplir con la aludida restitución, mediante el pago por parte de don Eduardo de la cuota proporcional a lo restituído de la suma que don Eduardo se había comprometido a pagarle a don Pedro Martínez Bogotá.

"12. Los demandados no le han restituído hasta el presente a don Eduardo Escallón el bien de que tratan los hechos anteriores. Por el contrario, dejaron que le fuera adjudicado a la señora Mercedes Cayzedo de Escallón en la mortuoria de su esposo don Luis para pagarle su porción conyugal".

Los demandados contestaron la demanda y en su respuesta admitieron unos hechos, negaron otros y se opusieron a las declaraciones formuladas en ella.

El Juez del conocimiento, que lo es el Primero Civil del Circuito de Bogotá, puso término a la primera instancia con el fallo de nueve de agosto de 1958, en el cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió a los demandados y se condenó en costas a la parte actora.

La sentencia acusada.

Abierta y surtida la segunda instancia por apelación que interpuso la parte demandante contra la decisión de primer grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió la sentencia de 12 de septiembre de 1960, mediante la cual se confirmó por razones distintas el fallo apelado.

Los motivos en que se sustenta la sentencia impugnada pueden compendiarse así:

Se refiere en primer lugar a las súplicas y hechos de la demanda y a la respuesta dada por los demandados y expresa que, leído y meditado el libelo, aparece de bulto que lo que en esta litis se pretende es el cumplimiento de un clásico contrato de fiducia celebrado por el demandante Escallón con el señor Pedro Martínez Bogotá.

Acomete luego el análisis de las características que ofrece el negocio fiduciario, dice que éste consiste en la transferencia de un derecho para un fin económico que no requiere esa transmisión, que el fiduciario se convierte en dueño de la cosa transferida, pero que debe conducirse como un simple administrador, acreedor prendario o mandatario para no quebrantar la confianza depositada en él, y agrega que si el mismo fiduciario, abusando de su condición jurídica, enajena el bien recibido, la disposición es válida, pero lo obliga al resarcimiento de perjuicios. En seguida expresa: "Así, pues, para los autores el negocio fiduciario es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes, colocados en oposición recíproca; consta: 1) De un contrato real positivo, la transferencia de la propiedad, que se realiza de un modo perfecto e irrevocable; 2) De un contrato obligatorio negativo, la obligación fiduciaria de usar tan sólo en una cierta forma el derecho adquirido para restituírlo posteriormente al transferente o a un tercero". Explica que este segundo contrato le reserva al fiduciante una cierta influencia sobre el objeto transmitido; pero una influencia de orden indirecto, porque la convención negativa no afecta ni limita la eficacia de la transferencia, sino que

persigue proteger al favorecido y evitar que el fiduciario incumpla su obligación. Por tanto el transmitente de un derecho no puede recuperarlo directamente del fiduciario ni de terceros, ya que no tiene sino un crédito para obtener su restitución. La sentencia expone otros caracteres del negocio fiduciario y afirma: "En todas las varias formas de la propiedad fiduciaria, ésta aparece como una propiedad normal, no limitada, no condicionada, no relativa, puesto que el fiduciario es propietario frente a todos, incluso el trasferente, y no está ligado por un vínculo real, sino por una mera obligación personal en cuanto al empleo del derecho adquirido".

Repite que, conforme a la doctrina, por el negocio fiduciario el adquirente del bien se hace titular de su dominio y puede enajenarlo válidamente, y que sólo contrae la obligación de restituírlo una vez cumplido el fin económico previsto. Finalmente dice:

"En síntesis, en el presente caso se intenta por parte del contratante fiduciante Eduardo Escallón Umaña que tenga efecto contra terceros adquirentes, sucesión de Luis Escallón Umaña, el contrato de fiducia celebrado por él con el adquirente fiduciario Pedro Martínez Bogotá, según el cual éste último adquirió del primero por remate dentro del juicio ejecutivo promovido por Paulina Cabrera contra Luis (sic) Escallón Umaña, los derechos sucesorales de éste en la sucesión de Julián Escallón, y ello con el único fin de garantizar un mutuo que Martínez Bogotá había efectuado a Eduardo Escallón Umaña. Según el análisis detenido que arriba se hizo y que está apoyado por la opinión de eminentes juristas, los terceros en el acto fiduciario no están legitimados ni por activa ni por pasiva para intervenir en problemas que posteriormente puedan presentarse como consecuencia de tales contratos, ya que la propiedad se desplaza del fiduciante al fiduciario libre de cargas, de condiciones resolutorias, de limitaciones, etc. Surgen simplemente relaciones, obligaciones personales entre fiduciante y fiduciario, respecto de las cuales los terceros adquirentes de los bienes son *res inter alios*. Así, pues, en el presente caso se halla configurada una clara situación de falta de legitimación en causa pasiva o de falta de personería sustantiva de la parte demandada, como decía antes la jurisprudencia, por cuyo motivo se impone su absolución".

La impugnación.

Con invocación de la primera de las causales de casación que consagra el artículo 520 del Código Judicial, la parte recurrente formula contra la sentencia un cargo único, consistente en el quebranto, por falta de aplicación, de los artículos 63, 752, 1008, 1155, 1548, 1602, 1625, 2344 y 2637 del Código Civil, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Como preceptos probatorios infringidos a consecuencia del error de derecho señala el recurso los artículos 1759, 1761, 1765 y 1769 del Código Civil y 606, 631, 632, 636, 637, 645 y 697 del Código Judicial.

En sustentación de este cargo la demanda de casación reseña los antecedentes del litigio, se refiere a la tesis de que el convenio celebrado entre Eduardo Escallón y Pedro Martínez Bogotá constituye un clásico contrato de fiducia, según lo sostiene el fallo, transcribe algunos pasos de éste y expone en seguida: "Este planteamiento acerca de la naturaleza jurídica del encargo fiduciario, desvió la atención del sentenciador, quien por ello no pudo ver, y en efecto no vio concretamente, el caso del pleito, prescindió por completo, como si no existieran, de los medios de prueba allegados a los autos y por consecuencia directa" de ello concluyó que ese contrato fiduciario no produce efecto contra la sucesión de Luis Escallón Umaña por ser éste un tercero ajeno al mismo convenio, resultando por tanto que los demandados carecen de legitimación pasiva de falta de personería sustantiva para responder de las obligaciones que la demanda pretende hacer efectivas.

Trata el recurso de la fuerza vinculante que, conforme al artículo 1602 del Código Civil, tiene todo contrato legalmente celebrado y dice que esa fuerza no desaparece sino por alguno de los modos de extinción de las obligaciones que consagra el artículo 1625 *ibidem*. Sostiene que la obligatoriedad de la convención se refiere no sólo a los contratantes, sino también a sus causahabientes a título singular y universal. Recuerda que, según los artículos 1008 y 1155 del mismo Código Civil, los herederos suceden y representan al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles y expresa: "Es entonces un simple corolario que en materia transmisible quien se obliga se vincula a sí mismo y obliga con igual fuerza a sus herederos, como si éstos en persona hubieran intervenido en la celebración del negocio jurídico genitor del vínculo que por derecho sucesorio los liga hasta la solución o pago efectivo de la deuda. No son terceros, sino partes por sucesión frente al negocio obligatorio, que tampoco constituye *res inter alios acta*".

Con base en el artículo 2637 del Código Civil dice el impugnante que el registro tiene el doble

fin de transferir el dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituídos en ellos y de dar publicidad a los actos y contratos que mudan esos bienes y derechos, y afirma que, de acuerdo con ese precepto y con el artículo 1548 *ibídem*, "si el título singular por el cual se traslada la propiedad es resoluble según el registro, con ese mismo carácter de resoluble pasa al adquirente, quien tampoco es tercero frente al negocio jurídico obligatorio y condicionante, que no constituye *res inter alios acta*, como es obvio".

El recurso transcribe el texto del convenio concertado entre Eduardo Escallón y Pedro Martínez Bogotá, hace referencia a la alegación de la parte opositora de que el documento en que consta ese pacto carece de autenticidad por no haber sido reconocido por el señor Martínez y refuta que ese argumento no equivale a objetar ni redargüir de falso dicho documento, que el reconocimiento no es la única forma de darle autenticidad a un instrumento privado y que en autos figuran las declaraciones de los testigos firmantes de aquel documento, en las cuales éstos reconocen sus firmas y abonan la del difunto señor Martínez Bogotá. En estas circunstancias, dice el recurrente, "ninguna duda podía caber, ni cabe, ni le cupo al sentenciador sobre la autenticidad y valor pleno del documento citado".

Como en sendas hijuelas y por partes iguales los señores Hernando y Pedro Ignacio Martínez Dimas recibieron a título universal en la sucesión de su padre Pedro Martínez Bogotá el derecho herencial rematado por éste a Eduardo Escallón y como esa adjudicación a los Martínez Dimas quedó sujeta a un derecho de retracto a favor de Escallón, según se lee en sus hijuelas, resulta que dichos herederos no pueden considerarse terceros, sino partes en el contrato celebrado entre el mismo Escallón y el causante Martínez Bogotá. Estando esa adjudicación subordinada a un derecho de retracto, sucede que cualquiera enajenación que se hiciera del derecho adjudicado era resoluble de acuerdo con lo estatuído por el artículo 1548 del Código Civil, en armonía con el 2637 *ibídem*.

Así las cosas, el señor Luis Escallón Umaña, al adquirir de Pedro Ignacio Martínez Dimas el derecho adjudicado a éste en la sucesión de su padre, a sabiendas de ser un derecho resoluble, no puede ser considerado como un tercero frente al contrato celebrado entre Eduardo Escallón y Pedro Martínez Bogotá, como tampoco son terceros los demandados en su calidad de sucesores a título universal del adquirente Luis Escallón. En consecuencia, el fallo impugnado incurrió en un error manifiesto al calificar de tercero a la sucesión de Luis Escallón Umaña, con olvido de los textos legales que estatuyen lo contrario y haciendo también caso omiso de los medios probatorios que se allegaron al juicio y que demuestran en forma plena los supuestos de las mismas normas sustanciales.

Con fundamento en estas disquisiciones el recurrente acusa la sentencia de haber incurrido en error manifiesto de hecho consistente en hacer caso omiso de las siguientes pruebas:

a) De la escritura número 891, extendida en la Notaría Quinta de Bogotá el 24 de abril de 1944, por la cual se protocolizó la sucesión del señor Pedro Martínez Bogotá, instrumento que se trajo y obra en autos con la hijuela expedida en esa mortuoria al heredero Pedro Ignacio Martínez Dimas, en la cual figura la adjudicación que a éste se le hizo, con opción de retracto, de la mitad del derecho herencial que le fue rematado a Eduardo Escallón.

b) De la escritura número 2129, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá el 8 de septiembre de 1944, por la cual Pedro Ignacio Martínez Dimas vendió a Luis Escallón Umaña el derecho que a aquél le fue adjudicado en la sucesión de su padre Martínez Bogotá, esto es, la mitad del derecho herencial que le fue rematado a Eduardo Escallón.

c) De las posiciones absueltas por la señora Mercedes Cayzedo, cónyuge sobreviviente del señor Luis Escallón Umaña, en las cuales dicha señora afirma haber conocido que la intención de su marido al comprar a Pedro Ignacio Martínez Dimas la mitad del derecho aludido, fue la de restituír ese bien al señor Eduardo Escallón, previo el reembolso de lo que el comprador pagó por tal mitad de derecho.

d) De las declaraciones rendidas por los señores Jesús María Rivera y Juan Medina, en las cuales dicen éstos que el señor Luis Escallón Umaña les manifestó que había adquirido la mitad del derecho mencionado con la obligación de restituírla a Eduardo Escallón Umaña, previo el pago de lo que él había dado por ese bien. Según el recurrente, esta prueba pone en evidencia que el comprador Luis Escallón conocía la cláusula resolutoria que se consignó en la hijuela de adjudicación expedida al vendedor Martínez Dimas.

e) De la carta que los señores Alfonso, Bernardo, Gustavo y Alicia Escallón dirigieron a Eduardo Escallón Umaña el 14 de octubre de 1946, en la cual expresan aquéllos que la intención de su padre Luis Escallón al comprarle a

Pedro Ignacio Martínez la referida mitad del derecho herencial, fue la de devolverle ese bien al mismo Eduardo Escallón y que ellos cumplirían esa voluntad de su causante tan pronto como se legalizara la transacción que se proyectaba y que luego se celebró respecto de la partición de los bienes de la mortuoria de Julián Escallón. El impugnante afirma que esta carta demuestra que no sólo el señor Luis Escallón, sino también su viuda y sus hijos conocieron la cláusula resolutoria a que estaba sometida la mitad del derecho que el primero compró al señor Martínez Dimas.

f) De la escritura número 508, pasada ante el Notario Octavo de Bogotá el 30 de julio de 1947, por medio de la cual se protocolizó la sucesión del señor Luis Escallón Umaña. Este instrumento se trajo con la hijuela en que, dentro de dicha sucesión, se adjudicaron a la cónyuge sobreviviente, señora Mercedes Cayzedo de Escallón, los bienes que al causante se le habían asignado por razón de la mitad del derecho adquirido de Martínez Dimas. Estas pruebas acreditan, en concepto del recurrente, que los herederos de Luis Escallón se colocaron por sí y ante sí y a sabiendas en imposibilidad de cumplir la obligación de restituír a Eduardo Escallón la mitad del derecho que le fue rematado.

g) Expresa finalmente el recurso que para no hacerse interminable, señala como omitidas "casi todas las pruebas allegadas a los autos".

Sostiene por otro aspecto el mismo impugnante que, como consecuencia inmediata y directa del expresado error de hecho, la sentencia dejó de valorar los medios probatorios mencionados e incurrió así en un error de derecho consistente en dejar de aplicar las normas que les asignan mérito demostrativo a esos mismos medios. Tales normas son los artículos 1759, 1761, 1765 y 1769 del Código Civil, 606, 631, 632, 636, 637, 645 y 697 del Código Judicial.

Y como secuela de los mentados errores de hecho y de derecho, la sentencia violó, según el recurso, los siguientes preceptos sustanciales:

1. Los artículos 752, 1008, 1155, 1548 y 2637 del Código Civil, por entender que la sucesión de Luis Escallón Umaña o sus herederos son terceros frente al contrato pasado entre Eduardo Escallón y Pedro Martínez Bogotá.

2. Los artículos 1602 y 1625 *ibídem*, por desligar sin causa legal a los demandados de los vínculos jurídicos surgidos del mismo contrato.

3. Los artículos 63 y 2344 *ibídem*, por haber absuelto a los demandados con desconocimiento de que, al permitir éstos que la mitad del derecho herencial rematado a Eduardo Escallón fuera adjudicado en la mortuoria de Luis Escallón a la cónyuge supérstite, señora Mercedes Cayzedo, incurrieron dichos demandados en dolo que los hace solidariamente responsables del agravio inferido con esa adjudicación a la propiedad del actor.

Consideraciones de la Corte.

I. La eficacia de los actos jurídicos puede apreciarse tanto por el aspecto de sus resultados y de la situación que crean como de las personas a quienes vinculan: Por el lado de sus efectos, pueden éstos ser tan variados como lo son las diversas actividades humanas, con la sola limitación que proviene de la imposibilidad física, del orden público y de las buenas costumbres. Todos los actos humanos, positivos y aun negativos, pueden ser la consecuencia de un acto jurídico, de tal modo que no sería posible exponer un elenco siquiera aproximado de los efectos que los negocios jurídicos son susceptibles de producir. Con todo, por la finalidad que éstos persiguen, consistente en crear, modificar o extinguir una situación de derecho, se los ha clasificado en actos constitutivos, traslativos, extintivos y declarativos, según que se propongan dar origen a un derecho nuevo, o transferir, extinguir o simplemente declarar un derecho preexistente.

Por el aspecto de las personas entre quienes los contratos engendran sus efectos, sucede que en principio ello no ocurre sino entre las partes que han celebrado la convención respectiva. Es esta la regla llamada de la relatividad de los actos jurídicos, caracterizada precisamente por el hecho de que éstos no obligan ni vinculan sino a quienes han intervenido en su celebración. A las personas que no han participado en el contrato y que no derivan de él provecho ni perjuicio alguno, se las califica de terceros.

Hay, sin embargo, personas que, sin haber intervenido personalmente en la convención, resultan afectadas por ella en razón de los vínculos jurídicos que las ligan o que pueden llegar a unirlas a las partes contratantes. Entre estas personas se hallan los causahabientes a título universal o singular de dichos contratantes. Por regla general el heredero sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, de modo que aquél viene a ocupar la misma posición jurídica que tenía el de cujus *frente a su patrimonio y queda en consecuencia ligado por los contratos celebrados por éste. Tal regla ofrece algunas excepciones que no es el caso de*

exponer ahora. Con relación a los sucesores a título singular se admite que, aunque en principio no suceden de pleno derecho en los créditos y obligaciones de su autor, hay por excepción casos en que pueden beneficiarse de los primeros o deben responder de las segundas. Los supuestos en que esto último ocurre, es decir, en que el sucesor a título particular responde de las obligaciones de su causante, pueden reducirse a dos, así: primero, cuando lo dispone expresamente la ley, como en el caso del arrendamiento previsto por el artículo 2020 del Código Civil, o cuando la obligación figure garantizada con un derecho real constituído sobre el bien que es objeto de transferencia; segundo, cuando el causahabiente asume la obligación u obligaciones de su autor en virtud de una adhesión a esas mismas obligaciones. Esta adhesión puede ser expresa o tácita y obligar al sucesor solidaria o subsidiariamente, "según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto" (C. C., 1694).

Estas reglas sobre la eficacia de los actos jurídicos son inherentes a todos los contratos, incluso el llamado negocio fiduciario, que no por ser tal se sustrae a su aplicación.

II. La sentencia acusada sostiene, como se ha visto, que el pacto concertado entre Eduardo Escallón y Pedro Martínez Bogotá constituye un clásico contrato de fiducia, que el negocio produce una transferencia seria del bien a que se refiere, para el fin económico que las partes acuerdan, que no engendra a cargo del fiduciario sino una obligación personal, consistente en restituírle al fiduciante la propiedad del mismo bien, y que no afecta ni es oponible a terceros, desde luego que respecto de ellos es *res inter alios acta*. De lo cual infiere el fallo que el citado convenio Escallón-Martínez no obliga a los herederos de Luis Escallón Umaña por haber sido éste un tercero a quien no le era oponible.

El recurso impugna esta conclusión y afirma que ella se sustenta en un error manifiesto de hecho que consiste en que la sentencia hizo caso omiso de las pruebas que demuestran lo contrario, esto es, que el pacto mencionado sí era oponible al señor Luis Escallón Umaña.

a) Mediante la convención celebrada en septiembre de 1936 entre Eduardo Escallón y Pedro Martínez Bogotá, contrajo éste la obligación de restituírle al primero el dominio del derecho herencial que se le adjudicó en remate, previo el reembolso de los $ 15.000 que el mismo Martínez consignó en el Juzgado al hacer la subasta, más los intereses de esa suma y los gastos que posteriormente hiciera en defensa del derecho rematado.

Muerto el señor Martínez sin llegar el momento de la restitución, sus herederos, al iniciar el juicio mortuorio de aquél, denunciaron entre los bienes relictos "un crédito a favor del causante y a cargo del señor Eduardo Escallón por la cantidad de quince mil pesos, moneda corriente ($ 15.000)". Más tarde, en el inventario de la misma sucesión, se relacionó y avaluó en $ 15.000, como bien relicto, el derecho herencial que el nombrado causante Martínez adquirió en el remate que se le hizo al señor Escallón, y, finalmente, en la partición de los bienes de esa mortuoria se adjudicó por partes iguales el expresado derecho a los herederos Hernando y Pedro Ignacio Martínez Dimas. La adjudicación de cada una de esas mitades se hizo en la cantidad de $ 7.500. Además, en las hijuelas de estos adjudicatarios se indicó la manera como el *de cujus* adquirió tal derecho herencial y se dijo expresamente que esa adquisición estaba "sujeta a opción de retracto a favor de Eduardo Escallón".

Estos hechos aparecen comprobados con las piezas que se tomaron del juicio mortuorio del señor Martínez Bogotá y que se adujeron con la escritura número 891, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá el 24 de abril de 1944, mediante la cual se protocolizó dicho juicio.

Los mismos hechos acreditan estas dos circunstancias primordiales: primera, que los señores Hernando y Pedro Ignacio Martínez Dimas, como herederos de Pedro Martínez Bogotá, tuvieron conocimiento del contrato celebrado entre éste y el señor Eduardo Escallón; segunda, que dichos señores, en su referida calidad de sucesores a título universal del causante Martínez Bogotá, no eran ni pueden considerarse terceros respecto de esa convención concertada entre éste y el nombrado Escallón. Por el contrario y conforme a lo ya expuesto, vinieron a ser partes en ese contrato por transmisión de los derechos y obligaciones de su causante. La obligación de restitución que el señor Martínez Bogotá contrajo por ese convenio se transmitió y pasó a ser de cargo de sus herederos Martínez Dimas, quienes la aceptaron y quedaron obligados a cumplirla. Y, aún más: en sus propias hijuelas se hizo constar que la adquisición del derecho herencial por parte de Martínez Bogotá estaba "sujeta a opción de retracto a favor de Eduardo Escallón", frase que, aislada y teóricamente, resulta equívoca, pero que, considerada a la luz de los antecedentes de esa adquisición y del contrato mencionado, permite entender que con ella se quiso nombrar, recordar y expresar la obligación restitutoria que contrajo aquel causante, que

transfirió a sus herederos y que éstos aceptaron cumplir.

b) El nombrado heredero Hernando Martínez Dimas transfirió en venta al señor Manuel Bustamante la mitad del derecho herencial rematado al señor Escallón y que al vendedor se le adjudicó en la mortuoria de su causante, señor Martínez Bogotá. Esta transferencia se hizo en la suma de diez mil setecientos treinta y ocho pesos con siete centavos ($ 10.738.07). Más tarde el mentado señor Bustamante, diciendo haber adquirido esa mitad de derecho como mandatario de Eduardo Escallón, le hizo a éste tradición de ella.

Por su parte el otro heredero, señor Pedro Martínez Dimas, cedió a título de venta su mitad de derecho herencial al señor Luis Escallón Umaña mediante la escritura número 2129, extendida en la Notaría Quinta de Bogotá el ocho de septiembre de 1944. Esta transferencia se efectuó en la cantidad de once mil trescientos treinta y nueve pesos ($ 11.339), y en el instrumento indicado se expresó que el cedente Martínez Dimas había adquirido esa mitad de derecho por adjudicación que se le hizo en la sucesión de su padre, señor Martínez Bogotá. Importa no olvidar que en la hijuela del cedente constaba que la adquisición del derecho herencial por el causante Martínez Bogotá estaba "sujeta a opción de retracto a favor de Eduardo Escallón" y que, según lo ya expuesto, el propio cedente Martínez Dimas se hallaba obligado, como lo estuvo su padre, a cumplir el convenio celebrado por éste con el señor Escallón.

Por la escritura número 1729, pasada ante el Notario Quinto de Bogotá el 31 de julio de 1950, el señor Eduardo Escallón Umaña protocolizó copia de la diligencia de absolución de posiciones que, a solicitud suya, se practicó con la señora Mercedes Cayzedo, viuda del señor Luis Escallón Umaña, por el Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá el 24 de mayo de 1949. De esas posiciones conviene transcribir los siguientes pasos: "¿Diga cómo es cierto, sí o no, que usted conoció el negocio celebrado por su difunto esposo Luis Escallón Umaña, en virtud del cual Pedro Ignacio Martínez Dimas transfirió a aquél la mitad de los derechos herenciales que corresponden al peticionario en la sucesión de don Julián Escallón? Contestó: —Es cierto. Leída la aprobó. A la segunda que dice: ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que usted supo y conoció la intención íntima y cristiana de su difunto esposo, mi hermano Luis Escallón Umaña, al adquirir los derechos a que se hace referencia en la pregunta anterior, y esa intención fue inequívocamente la de devolver y transferir dichos derechos herenciales al peticionario, previo reembolso de la suma que su esposo había dado por ellos? Contestó: —Es cierto. Leída la aprobó. A la tercera que dice: ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que usted conoció el contenido de una carta suscrita por sus hijos Alfonso, Bernardo, Gustavo Escallón Cayzedo y Alicia Escallón Cayzedo de Huertas, que es la misma que consta en la copia que se le pone de presente?... Contestó: —Es cierto. Leída la aprobó. A la cuarta que dice: ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que usted supo la causa o razón por la cual sus hijos escribieron y firmaron la carta a que se refiere la pregunta anterior? Contestó: —Es cierto. Leída la aprobó. A la quinta que dice: ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que la causa o razón a que se hace referencia en la pregunta anterior y que usted conoce, fue la de obligarse a cumplir la intención inequívoca de su cristiano padre y esposo de la señora absolvente? Contestó: —Es cierto y aclaro: ese fue uno de los motivos que tuvieron al escribirle la carta en referencia; pero también tuvieron otros, como por ejemplo el de finalizar la transacción que venían adelantando respecto a la sucesión de don Julián Escallón, como se dice en la misma carta. Leída la aprobó. A la sexta que dice: ¿Cómo es cierto, sí o no, que la absolvente está dispuesta a colaborar con sus hijos en el cumplimiento de la obligación de devolver al preguntante los derechos herenciales en los términos estipulados en la carta mencionada en las preguntas anteriores, para que la memoria de mi hermano Luis Escallón Umaña no sufra mengua moralmente? Contestó: —Es cierto que estoy dispuesta, pero con ciertas condiciones que no es el caso de exponer aquí". En respuesta a otra pregunta posterior, la absolvente, señora Cayzedo de Escallón, expresó que ni ella ni sus hijos están obligados en forma alguna a favor de Eduardo Escallón.

El señor Jesús María Rivera rindió en esta litis una declaración y en ella expresa que, en asocio del doctor Juan Medina R., le tocó actuar como perito en el reavalúo de los bienes de la mortuoria del extinto Julián Escallón, que cuando se practicaba la diligencia don Luis Escallón Umaña dijo a los peritos y los autorizó para transmitir la noticia al señor Eduardo Escallón que él había adquirido los derechos que a éste le correspondían en esa sucesión con el fin de favorecerlo y con la obligación de restituírle esos derechos.

El doctor Juan Medina rindió también tes-

timonio en términos más o menos similares a los del señor Rivera.

Al exponer los antecedentes de este litigio se transcribió la carta que los señores Alfonso, Alicia, Gustavo y Bernardo Escallón Cayzedo dirigieron al demandante Eduardo Escallón el 14 de octubre de 1946. En los mismos antecedentes se hizo también referencia a la escritura número 508, otorgada en la Notaría Octava de Bogotá el 30 de julio de 1947, por la cual se protocolizó la sucesión del señor Luis Escallón. De las piezas que de ese juicio mortuorio se adujeron, aparece que a la cónyuge sobreviviente, señora Mercedes Cayzedo de Escallón, se adjudicó lo que en la sucesión de Julián Escallón correspondía a la mitad del derecho herencial que se le remató al señor Eduardo Escallón, mitad que adquirió el causante Luis Escallón Umaña del señor Pedro Ignacio Martínez Dimas.

Las anteriores son todas las pruebas que en concreto señala el recurso como omitidas o no apreciadas por la sentencia y que demuestran, en concepto del impugnante, que los herederos de Pedro Martínez Bogotá no son terceros, sino partes en el contrato celebrado por éste con Eduardo Escallón, que la adjudicación hecha a esos herederos del derecho herencial rematado por su causante a Eduardo Escallón quedó sujeta a "opción de retracto" en favor de éste, que en esas circunstancias la enajenación del mismo derecho era resoluble conforme a lo prescrito por los artículos 1548 y 2637 del Código Civil, que el señor Luis Escallón Umaña adquirió tal derecho a sabiendas de esta condición de resoluble y que por tanto no puede ser considerado como un tercero frente al convenio entre Martínez Bogotá y el citado Eduardo Escallón, como tampoco son terceros los demandados en su calidad de sucesores a título universal del mismo Luis Escallón Umaña. En consecuencia, al omitir la apreciación de las pruebas que demuestran estas circunstancias, el fallo incurrió, según el recurrente, en un error manifiesto de hecho que lo condujo a quebrantar los preceptos sustanciales anotados.

III. Es evidente que el fallo no menciona ni aprecia todas las pruebas señaladas por el recurrente, sino que se contrae a analizar la naturaleza del pacto celebrado entre Pedro Martínez Bogotá y Eduardo Escallón; sostiene que se trata de un negocio fiduciario que sólo produjo obligaciones entre los contratantes y no respecto de terceros, ya que frente a estos es *res inter alios acta,* y concluye que por esta razón los demandados no están legitimados como deudores o como parte pasiva de la obligación restitutoria inicialmente contraída por el señor Martínez Bogotá.

No hay, pues, duda de que la sentencia hizo caso omiso de las probanzas anotadas y que por este primer aspecto le asiste razón al impugnante. Sin embargo, como esta falta de apreciación probatoria no sería suficiente para la prosperidad del cargo, sino que también se requiere que por causa de ella se hayan producido los quebrantos de ley sustancial que se denuncian, se hace indispensable examinar si de los referidos elementos de juicio resulta que los demandados deben o no cumplir en beneficio del actor la obligación de restituír los bienes señalados en el libelo inicial de esta litis.

Ha quedado ya establecido que los señores Hernando y Pedro Ignacio Martínez Dimas, en su calidad de herederos del extinto Pedro Martínez Bogotá, no pueden considerarse como terceros frente al convenio concertado por éste con el señor Eduardo Escallón y que en consecuencia debían cumplir la obligación restitutoria en la forma como fue contraída por su causante. También se ha visto que el nombrado Hernando Martínez Dimas cumplió dicha obligación en la parte que le correspondía.

Por lo que hace al heredero Pedro Ignacio Martínez Dimas está dicho que le cedió a título de venta al señor Luis Escallón Umaña la mitad del referido derecho herencial que su padre adquirió en remate y le transmitió por herencia. El señor Escallón fue, pues, un sucesor en el dominio de ese derecho. La venta de tal mitad se le hizo en $ 11.339. Hay prueba de que en la hijuela expedida al cedente Martínez Dimas se expresó que esa mitad del derecho a él adjudicada estaba "sujeta a opción de retracto a favor de Eduardo Escallón". Este título de adquisición se citó en el contrato de venta celebrado entre el mismo Martínez Dimas y el señor Luis Escallón, por manera que hay derecho a admitir que este cesionario leyó y conoció esa llamada "opción de retracto".

En el juicio ejecutivo en que se sacó a remate el derecho herencial de Eduardo Escallón, dicho derecho fue avaluado en $ 38.000 y adjudicado al señor Martínez Bogotá en $ 26.600. De este guarismo el rematante sólo consignó en el Juzgado la suma de $ 15.000 para cubrir el valor de la ejecución; el resto de $ 11.600 lo dio por recibido el ejecutado Eduardo Escallón en memorial que elevó al Juez del conocimiento. Según el pacto celebrado entre el señor Escallón y el rematante, el dinero que éste dió por el derecho subastado y que aquél se obligó a reembolsarse con los intereses del caso, consistió en los refe-

ridos $ 15.000 que Martínez entregó en el Juzgado. En la sucesión del mismo rematante se denunció primero el crédito del causante contra Escallón por esos $ 15.000 y más tarde se relacionó y avaluó en igual cantidad el derecho herencial rematado. Este derecho se adjudicó luego en dos partes iguales de $ 7.500 cada una a los herederos Hernando y Pedro Ignacio Martínez Dimas. La mitad de Hernando Martínez fue transferida a Manuel Bustamante en $ 10.738.07 y la otra mitad de Pedro Ignacio Martínez fue cedida por éste a Luis Escallón Umaña en $ 11.339. En la sucesión de Julián Escallón el mismo derecho fue liquidado en la suma de $ 46.249.99 y para cubrirlo se le hizo a su rematante Martínez Bogotá o a quien representaba sus derechos la adjudicación de bienes ya indicada. Estos datos demuestran que, al transferir Pedro Ignacio Martínez a Luis Escallón la mitad del derecho en la cantidad expresada, lo que buscó fue obtener el reembolso también de la mitad de lo que su padre había dado por el mismo bien, conforme a lo convenido con Eduardo Escallón. Y por su parte el propio adquirente Luis Escallón debió entender, como heredero que también era de Julián Escallón y conocedor de los bienes relictos, que el valor pagado por él a Martínez no correspondía al precio justo del derecho, sino a otro diferente.

La señora Mercedes Cayzedo, viuda del nombrado Luis Escallón, atestigua que supo y conoció que el propósito de su marido, al adquirir la mitad del derecho herencial, fue la de restituír ese bien al señor Eduardo Escallón. También los señores doctor Juan Medina y Jesús María Rivera afirman que el señor Escallón les comunicó ese mismo propósito y los autorizó para transmitirlo al propio Eduardo Escallón.

Y todavía más: en la carta que cuatro de los herederos demandados dirigieron al demandante Eduardo Escallón el 14 de octubre de 1946, expresan los firmantes que "la intención de nuestro padre al comprarle los derechos al señor Martínez, fue la de devolverle a usted la hijuela, previo el abono que usted le hiciera de lo que él le pagó al señor Martínez". Y no sólo esto, sino que los propios suscriptores de la carta, en su calidad de herederos de Luis Escallón y para finalizar la transacción que se celebró respecto de la partición de los bienes de la mortuoria de Julián Escallón, asumieron también la obligación de restituírle al nombrado Eduardo Escallón la mitad del derecho herencial que le había sido rematado.

Todas estas pruebas y antecedentes concurren a disipar cualquier duda sobre el hecho de que el señor Luis Escallón, al adquirir de Pedro Ignacio Martínez la mitad del mentado derecho herencial, tuvo conocimiento de que existía a cargo de este cedente la obligación de restituír ese mismo bien al señor Eduardo Escallón, previo el reembolso del dinero que dicho adquirente había dado por esa mitad de derecho. Y se reduciría la actividad del cesionario Luis Escallón a la adquisición del derecho y a ese mero conocimiento de la existencia de la obligación anotada o se habría adherido a ella y asumido también su cumplimiento. No hay en realidad ninguna declaración directa del citado Escallón de haber adherido a esa obligación restitutoria, pero sucede que, como se ha expuesto, la asunción de deuda ajena puede ser no sólo expresa, sino también tácita, según el tenor o espíritu del acto, y que en esta ocurrencia aparecen comprobados varios hechos demostrativos de que en forma implícita el nombrado Escallón tuvo la voluntad de aceptar y en efecto asumió aquella obligación al adquirir la referida mitad de derecho. Tales hechos son:

a) El conocimiento que el adquirente tuvo de la existencia de la obligación restitutoria.

b) El valor de la adquisición del derecho, valor que correspondía, no al justo precio de ese bien, sino a lo que precisamente debía reembolsar entonces el señor Eduardo Escallón para obtener la restitución del mismo derecho.

c) La manifestación hecha por el cesionario Escallón a su esposa, señora Mercedes Cayzedo, y a los señores doctor Juan Medina y Jesús María Rivera, de su propósito de devolver ese derecho a su hermano.

d) La declaración expresa que hicieron cuatro de los herederos del propio señor Escallón de que éste adquirió el derecho con el fin de restituírlo a Eduardo Escallón, previo el reembolso de lo que aquél dio por ese bien.

e) La misma obligación que los herederos dichos contrajeron en la carta antes mencionada de ejecutar la restitución del derecho para cumplir así la voluntad o intención sagrada de su padre. Estos hechos, plenamente demostrados como se hallan, autorizan para presumir la voluntad implícita del adquirente Luis Escallón de adherir por su parte al cumplimiento de la obligación de restituír al señor Eduardo Escallón la citada mitad del derecho herencial.

Si el señor Luis Escallón adhirió a la obligación restitutoria y asumió su cumplimiento, obvio es que no puede ser calificado de tercero ajeno al convenio pasado entre Eduardo Escallón y Pedro Martínez Bogotá, sino de deudor

de la restitución pactada entre éstos. Y de igual modo sus herederos tampoco pueden reputarse terceros, por haber sucedido en esa obligación a su causante y porque cuatro de ellos la confirmaron y asumieron también su cumplimiento, ya no de manera tácita, sino en forma expresa y categórica.

De lo expuesto se concluye:

a) Que en realidad el fallo acusado incurrió en un manifiesto error de hecho al no apreciar las pruebas demostrativas de que los demandados, en su calidad de herederos del señor Luis Escallón Umaña, se hallan obligados a restituír al señor Eduardo Escallón el dominio de los bienes que se adjudicaron para cubrir la mitad del derecho herencial que éste tenía en la sucesión del extinto Julián Escallón.

b) Que por causa de ese error la misma sentencia quebrantó el artículo 1602 del Código Civil que consagra la fuerza obligatoria de los contratos no sólo entre las partes que los celebran, sino también respecto de sus causahabientes a título universal y de aquellos sucesores a título singular que asumen, expresa o tácitamente, las obligaciones de su autor.

c) Que como consecuencia de esta violación dicho fallo debe ser infirmado para el efecto de sustituírlo por la respectiva sentencia de mérito.

Sentencia de instancia.

En orden a sustentar el fallo de instancia conviene agregar algunas breves consideraciones sobre varios asuntos que los litigantes han planteado.

A) Primero que todo y como se ha suscitado una cuestión relativa a la personería de la parte demandada por estar la demanda inicial dirigida contra "la sucesión del señor Luis Escallón Umaña", importa recordar una vez más que, *no siendo la sucesión una persona jurídica ni sujeto de derechos y obligaciones, cuando el juicio se promueve contra ella ha de entenderse necesariamente que la acción se dirige contra los herederos del causante respectivo como sucesores de éste y titulares del derecho real que surge de la universalidad jurídica constituída por dicha sucesión. De aquí que la Corte haya expresado en repetidas ocasiones que demandar a una sucesión, representada por los herederos del* de cujus, *vale tanto como incoar la acción contra dichos herederos directamente, ya que en uno y otro caso son éstos quienes ocupan la posición de extremo pasivo de esa acción y de la relación procesal (Cas. de agosto 17 de 1954 —LXXVIII— 2145, 328).* Por donde se ve que, aunque en este caso particular la demanda se propuso contra la sucesión de Luis Escallón Umaña, la acción debe entenderse incoada contra los herederos de éste por no ser la mortuoria sujeto capaz de comparecer en juicio.

B) Se ha argüído también que el documento suscrito por Eduardo Escallón y Pedro Martínez Bogotá el 17 de septiembre de 1936 no fue reconocido por éste y que carece por tanto de autenticidad. A lo cual cabe observar: primero, que los testigos que figuran en ese mismo documento reconocieron sus firmas y abonaron la del difunto Martínez, y que, *conforme a lo prescrito por el artículo 647 del Código Judicial, el instrumento privado que no ha sido reconocido, tiene la fuerza de prueba sumaria cuando aparece otorgado ante dos testigos por lo menos. Prueba sumaria no es prueba incompleta, sino prueba no controvertida, según lo tiene dicho la jurisprudencia (XLIII - 1909, 691).* Segundo, el precio de $ 15.000 dado en remate por el derecho herencial y la obligación de restituír este derecho, fueron reconocidos en forma solemne —el primero como crédito y la segunda como "opción de retracto"— por los herederos del rematante Martínez en la sucesión del mismo y ese reconocimiento de su contenido le imprimió autenticidad al documento expresado.

C) El personero de los demandados le ha censurado a la parte actora la pretensión de alterar la *causa petendi* por haber sostenido primero que el pacto entre Eduardo Escallón y Pedro Martínez Bogotá fue un mutuo y luego que fue un mandato sin representación. Sobre este reparo se observa que en la demanda inicial se expusieron los hechos sustentantes de la acción, pero no se calificó el negocio; que las calificaciones de mutuo y de mandato sin representación se hicieron en los alegatos de instancia de los mandatarios del demandante y que ellas no obligan al sentenciador por tratarse de una cuestión jurídica que corresponde apreciar a éste en orden a determinar las reglas que deben aplicarse al negocio (Jura novit curia). Prueba de ello es que la sentencia infirmada no prohijó ninguna de aquellas calificaciones y estimó, inspirada en lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia (XLIII - 1904, 74), que se trataba de un negocio fiduciario sin efectos contra terceros, esto es, ajeno al principio de la oponibilidad. Por donde se infiere que ninguna mudanza en la *causa petendi* se ha producido ni admitido en esta litis.

D) La acción que se ventila aquí no es de reinvindicación; no es una acción real dirigida a recuperar la posesión de la cuota, parte indivisa del fundo o hacienda de "La Estancia" que se adjudicó para cubrir la mitad del derecho herencial rematado. La que se ejercita en la demanda es una acción personal, encaminada a obtener el cumplimiento de la obligación de restituír al demandante el dominio de la referida cuota parte del predio nombrado. Es esta una obligación de hacer que, como queda expuesto, corre a cargo de los herederos del extinto Luis Escallón Umaña. Ellos están obligados a efectuar la restitución anotada y son ellos mismos los llamados a decidir si cumplen esa obligación o si se someten por el contrario a las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. La circunstancia de no tener los demandados el bien en su poder ni título sobre el mismo, no impide en manera alguna hacer la declaración de que están sujetos a cumplir la obligación sobredicha, desde luego que si ésta no es o no puede ser satisfecha por ese motivo, su inejecución al menos sí es susceptible de resarcimiento.

E) El actor solicita la condena solidaria de los demandados con respaldo en lo prescrito por el artículo 2344 del Código Civil, aplicable a la responsabilidad aquiliana. Como no se trata en este juicio de tal responsabilidad, sino de declarar una obligación de origen contractual, no es el caso de imponer esa solidaridad.

F) El derecho herencial que se le reconoció al señor Eduardo Escallón Umaña en la sucesión de su padre Julián Escallón, fue en parte cubierto en esta mortuoria con una cuota proindiviso por valor de cuarenta y dos mil ochocientos ochenta y un pesos con siete centavos ($ 42.881.07), sobre un avalúo total de ciento veintitrés mil doscientos pesos ($ 123.200) dado a todo el predio, radicada tal cuota en un fundo o hacienda denominado "La Estancia", ubicada en jurisdicción del Municipio de Madrid, Departamento de Cundinamarca. El mismo derecho herencial se dividió más tarde en dos mitades, una de las cuales fue transferida al señor Luis Escallón Umaña. Por tanto el objeto de la obligación que deben cumplir los demandados a favor del demandante está constituído por una cuota parte indivisa de la nombrada hacienda de "La Estancia" por valor de veintiún mil cuatrocientos cuarenta pesos con cincuenta y tres centavos ($ 21.440.53), en relación con un avalúo total del mismo predio de ciento veintitrés mil doscientos pesos ($ 123.200), moneda corriente, cuota que equivale a un derecho de 17,4% de todo el fundo nombrado.

G) La restitución del dominio de la cuota parte mencionada deberá hacerse inmediatamente después que el demandante cubra a los demandados el valor que el causante Luis Escallón Umaña pagó al señor Pedro Ignacio Martínez por la transferencia de la referida mitad de derecho, más los intereses de dicha suma a la tasa legal desde la notificación de la demanda hasta el día del reembolso.

De igual modo la restitución de la misma cuota parte del dominio sobre el predio de "La Estancia", comprende los frutos naturales y civiles producidos por dicho fundo y correspondientes a esa cuota, desde la notificación de la demanda inicial de esta litis hasta el día de la restitución.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de doce de septiembre de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario del señor Eduardo Escallón Umaña contra los herederos del señor Luis Escallón Umaña y en su lugar

RESUELVE:

Primero. Revócase en todas sus partes la sentencia de nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho, proferida en este mismo juicio por el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. Declárase que los señores Bernardo, Luis, Gustavo, Alfonso, Inés y Alicia Escallón Cayzedo, en su calidad de herederos del extinto Luis Escallón Umaña, tienen la obligación de restituír al señor Eduardo Escallón Umaña el siguiente bien: Una cuota parte proindiviso equivalente al 17,4% del dominio sobre un predio o hacienda denominada "La Estancia", constante esta finca de quinientas cuarenta y una fanegadas (541), ubicada en jurisdicción del Municipio de Madrid, Departamento de Cundinamarca, y alindada así: "Por el Occidente, partiendo del camino de La Mesa hacia el Sur, por un vallado y una cerca de piedra, deslindando de la hacienda 'Potrero Grande', hasta el río Bojacá; por el Sur, el río Bojacá, aguas abajo, hasta encontrar una cerca de piedra que deslinda con la hacienda de Casa Blanca; por el Oriente, siguiendo la indicada cerca

de piedra, por todo el pie del cerro hasta encontrar un zanjón que baja de la piedra Petaca; siguiendo este zanjón y una cerca de piedra hasta la mencionada piedra Petaca, que se encuentra en lo más alto del cerro y deslinda con la hacienda de Casa Blanca; y por el Norte, desde la mencionada piedra, siguiendo una zanja y cercas de piedra hasta encontrar con el camino de La Mesa; y por éste, en una pequeña distancia, hasta encontrar con el primer lindero, deslindando por este lado con los antiguos resguardos de indígenas. Adyacente a esta hacienda y como entrada a la misma, hay además una zona de terreno que pertenece a la misma hacienda y que está deslindada así: por el Oriente, con terrenos que son o fueron de Lucio Robayo, Victorino Aguilar, Cipriano Sánchez, Luis Escallón y Gonzalo Córdoba, zanja y cercas de por medio; por el Occidente, paredes y zanja de por medio, con tierras de Gonzalo Córdoba; por el Sur, con la hacienda de 'La Estancia', antes deslindada; y por el Norte, con el camino público que conduce de Madrid a Barro Blanco".

Tercero. La restitución de la cuota parte proindiviso del dominio sobre el fundo indicado, deberán efectuarla los señores nombrados en esta ciudad de Bogotá dentro del término de los veinte días siguientes a la ejecutoria del presente fallo.

Cuarto. La misma restitución de la cuota parte aludida comprende los frutos naturales y civiles correspondientes a ella y que haya producido el predio de "La Estancia" desde la fecha de la notificación de la demanda inicial de este litigio hasta el día de esa restitución.

Quinto. El señor Eduardo Escallón Umaña debe pagar a los demandados, inmediatamente antes de la restitución de la cuota parte mencionada, la suma de once mil trescientos treinta y nueve pesos ($ 11.339), moneda corriente, más los intereses devengados por esta cantidad a la tasa legal desde el mismo día de la notificación de la demanda inicial de este juicio hasta el día del pago.

Sexto. La cuantía de los frutos civiles o naturales correspondientes a la cuota que ha de ser restituída, o su valor, se regulará por el procedimiento que señala el artículo 553 del Código Judicial.

Séptimo. Sin costas en las instancias ni en el recurso extraordinario.

Cópiese, publíquese, notifique, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Enrique López de la Pava; Gustavo Fajardo Pinzón; José María Esguerra Samper, Conjuez; Enrique Coral Velasco; José J. Gómez R.; Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS.

El cesionario no puede pedir en su propio nombre y para sí, sino en el de la herencia, la liquidación de la sociedad de hecho formada por el causante. Se reitera la doctrina referente a que la legitimación en causa es uno de los elementos de la acción y no del proceso.

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

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Rafael Hernández Cuéllar contra Lucrecia Velásquez de Téllez, Vitelmo, Horacio, Hipólito y Carlina Velásquez Reina, herederos de Rosendo Velásquez Reina.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, fechada el 18 de diciembre de 1962.

Recurrente: la parte actora.

I

Antecedentes.

1. Expuso en su libelo el demandante: Que entre Rosendo Velásquez Reina y Sara Hernández existió una sociedad de hecho, del año de 1924 al mes de mayo de 1954, sociedad que se disolvió al contraer matrimonio, entre sí, pero que no ha sido liquidada.

Fallecida la cónyuge Sara Hernández de Velásquez el 28 de diciembre de 1954, fue reconocido en el juicio de sucesión, como heredero, Rafael Hernández Beltrán, quien por escritura número 288 de abril 16 de 1957, de la Notaría del Circuito de Cáqueza, vendió a Rafael Hernández Cuéllar —demandante— los derechos que tuviera en dicha sucesión, en su calidad de primo hermano de la causante, ya que ésta no dejó "hijos, ni hermanos ni padres legítimos".

En el juicio mortuorio fueron únicamente inventariados $ 4.000, que la consorte había depositado en un instituto de ahorros, suma que le fue entregada al supérstite Rosendo Velásquez Reina.

Este murió posteriormente dejando como herederos a los demandados. La demanda hace la relación de los bienes raíces y muebles, que según el actor, pertenecen a la sociedad de hecho en referencia, por haber sido adquiridos durante su existencia.

A esta sociedad aportaron sus miembros "su trabajo, industria y servicios personales", y "participaban dentro de la sociedad en pie de igualdad tanto para los beneficios como para las pérdidas".

2. Negaron los demandados la existencia de la sociedad de hecho y por tanto el derecho invocado, y propusieron como excepciones: "carencia de interés jurídico o de legitimación de causa en el demandante, fundado en el hecho de que el demandante no es titular del derecho que pretende por medio de esta acción, ya que la compra de derechos herenciales *in genere* en la sucesión de Sara Hernández no lo faculta legalmente para intentarla contra los sucesores de Rosendo Velásquez", y porque "los bienes de Sara Hernández se reducen a la suma de $ 4.000, y naturalmente la venta verificada antes de la muerte de don Rosendo Velásquez se reduce simplemente a la venta de los derechos y acciones inventariados en la referida sucesión de doña Sara".

3. Adelantado el juicio sobre estas bases, el Juz 1º Civil del Circuito de Villavicencio resolvió:

"1º Declárase no probada la excepción perentoria propuesta por la parte demandada.

"2º Niéganse las peticiones de la demanda con que se inició la presente acción.

"3º En consecuencia, absuélvese a los demandados de los cargos de la demanda.

"4º Cancélese la inscripción de la demanda en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito".

El Tribunal, por alzada del actor, confirmó esta decisión, contra la cual la misma parte interpuso el recurso de casación, que la Corte procede a desatar.

II

La sentencia recurrida.

4. Niega la demanda por dos razones: primera, por no estar demostrado que Rafael Hernández Beltrán (cedente de Rafael Hernández Cuéllar), hubiese sido reconocido como heredero de Sara Hernández de Velásquez, ya que el certificado del Juez de la mortuoria no tiene el mérito de probar dicho carácter; y segundo, en el supuesto de haberlo probado, no está el actor legitimado en causa.

Dice el fallo:

"En efecto, para que Rafael Hernández Cuéllar pudiera impetrar, en su nombre, con éxito, las súplicas de la demanda, habría sido preciso que en la diligencia de inventario y avalúos del sucesorio de Sara Hernández Velásquez, se hubieran relacionado los derechos que a la causante correspondieran en la pretendida sociedad de hecho que formara con Rosendo Velásquez y que esos derechos y esas acciones se le hubieran adjudicado en la respectiva partición. Ni lo uno ni lo otro se encuentra acreditado en los autos. Por el contrario, solamente hay constancia de que en dicho sucesorio solo se inventarió una suma de dinero.

"Ahora, si Rafael Hernández Cuéllar no ha obrado en su propio nombre sino como heredero de la causante Sará Hernández de Velásquez, por haber comprado los derechos a Rafael Hernández Beltrán, entonces ha debido demandar en nombre de la sucesión y para ella.

"Ninguno de estos extremos se encuentra establecido, lo cual lleva a la conclusión de que el actor no está legitimado en causa y por ende su pretensión debe ir al fracaso".

III

La acusación.

5. Se formula a la sentencia un cargo, con sustento en la causal primera de casación: ser violatoria, directamente, del artículo 1857, inciso 2º Código Civil y "consecuencialmente, al no dictar la sentencia de mérito, porque se consideró que el actor no estaba legitimado en la causa, dejó el Tribunal de aplicar los artículos 2079, 2081, 2083 y 2129 del Código Civil y por lo mismo incurrió en violación de la ley sustantiva por infracción directa".

Se desarrolla el cargo así:

"Por lo que se acaba de transcribir parece ser que este fenómeno jurídico de la legitimatio ad causam toca con la actuación en juicio de quienes han debido hacerlo, por ser las personas competentes para controvertir el objeto concreto de la litis.

"Rafael Hernández Cuéllar subrogatorio de Rafael Hernández Beltrán en el sucesorio de Sara Hernández de Velásquez, tenía pleno derecho para instaurar a nombre propio, la acción incoada porque era inocuo relacionar en la diligencia de inventarios y avalúos los bienes que a esta causante correspondían por su participación en la sociedad de hecho cuando la existencia de esta compañía aún no se había planteado.

"¿Cómo se iban a incluír y a singularizar bienes de una sociedad no liquidada como propios de la sucesión de Sara Hernández de Velásquez? Esto implicaría sencillamente inventariar bienes ajenos.

"Primero había que demostrar que la sociedad de hecho existió y se disolvió y luego proceder a su liquidación para una vez singularizados los bienes de la socia Sara Hernández de Velásquez proceder a incluírlos en los inventarios y proseguir hasta obtener la adjudicación en la correspondiente partición.

"El inciso 2º del artículo 1857 del Código Civil dispone: 'La venta de bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública'.

"El señor Rafael Hernández Beltrán por medio de la escritura pública número 288 de 16 de abril de 1957, de la Notaría del Circuito de Cáqueza, vendió a Rafael Hernández Cuéllar todos los derechos y acciones que le pudieran corresponder en la sucesión de Sara Hernández de Velásquez, luego éste sí tenía facultad, la competencia o la titularidad para demandar de los herederos de Rosendo Velásquez, que se hallaban reconocidos al momento de la litis contestatio, las pretensiones del libelo que originó este proceso. En esta forma se enfrentaban en la controversia los representantes de Rosendo

Velásquez y Sara Hernández coautores de la sociedad de hecho, es decir, que el demandante era el único interesado, el titular de esa facultad para obtener una decisión sobre el derecho o relación jurídico-material pretendido y los demandados la facultad para contradecirlo y por tanto ambos extremos se encuentran legitimados en la causa.

"Al desconocer la sustantividad de mi poderdante en el ejercicio del derecho pretendido, el Tribunal *ad quem* ha violado en forma directa el inciso 2º del artículo 1857 del Código Civil, porque no ha tenido en cuenta esta norma al proferir su fallo.

"Consecuencialmente, al no dictar sentencia de mérito porque se consideró que el actor no estaba legitimado en la causa dejó el Tribunal de aplicar los artículos 2079, 2081, 2083, 2129 del Código Civil y por lo mismo incurrió en violación de la ley sustantiva por infracción directa".

Se considera:

6. En el juicio mortuorio de Sara Hernández de Velásquez, surtido en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Villavicencio, fue reconocido Rosendo Velásquez Reina como cónyuge sobreviviente y Rafael Hernández Beltrán, en su calidad de primo hermano de la causante (f. 5 v. C. 2º). El único bien inventariado fue la suma de $ 4.000, depositados en la Caja de Ahorros del Banco de Colombia, sucursal de Villavicencio.

7. Rosendo Velásquez Reina murió el 6 de septiembre de 1960 y su juicio mortuorio se llevó hasta la facción de inventarios, de modo que no se hizo partición de bienes. En dicho juicio fueron reconocidos como herederos los hoy demandados.

8. Al tenor de la escritura número 288, otorgada en la Notaría del Circuito de Cáqueza el 16 de abril de 1957, Rafael Hernández Cuéllar compró a Rafael Hernández Beltrán los derechos que a éste le correspondían o pudieran corresponderle en la sucesión de su prima hermana Sara Hernández de Velásquez, fallecida en vida de su esposo Rosendo Velásquez Reina y sin dejar hijos, hermanos ni padres legítimos.

9. En ejercicio de tal derecho hereditario Rafael Hernández Cuéllar promovió el presente juicio para que se declare que entre Rosendo Velásquez Reina y Sara Hernández había existido una sociedad de hecho, entre los años de 1924 y 1954, sociedad disuelta por el enlace matrimonial que celebraron en este año, pero no liquidada aún, y se decrete la liquidación de la misma.

10. El actor demanda como cesionario del derecho de Rafael Hernández Beltrán, en la sucesión de Sara Hernández de Velásquez, a los sucesores de Rosendo Velásquez Reina.

Estos, como continuadores del *de cujus*, componen el extremo pasivo de una relación procesal en la cual aspira el cesionario a obtener el reconocimiento de la sociedad de hecho constituída por Rosendo y Sara, y la orden de liquidarla. Están, pues, los demandados legitimados para obrar en el juicio.

11. *Mas, en lo referente al extremo activo, no ocurre lo propio. El actor, como cesionario del derecho de quien era heredero, en la sucesión de Sara Hernández de Velásquez, no puede demandar en su propio nombre y para sí, las declaraciones referentes a la existencia y disolución de la sociedad de hecho habida entre la causante y quien vino a ser luego su marido, así como a la orden de la madre de este no puede demandar en su propio nombre proceder a liquidarla, porque el interés jurídico por él adquirido y cuya tutela demanda, recae sobre la hereneia, que es "universalidad jurídica". "Sobre la universalidad jurídica —dice casación de febrero 28 de 1955 (LXXIX. 2150. 542)— incide el derecho de herencia. El patrimonio del autor pasa a sus causahabientes, ante todo como unidad jurídica, como universalidad, y de esta naturaleza participa el derecho, sea que haya un solo sucesor o varios o muchos".*

No importa que se hubiese abierto el juicio mortuorio, ni aun que se hubiesen distribuído bienes e inscrito la sentencia aprobatoria —lo que no ocurrió ciertamente— ya que para distribuír los no inventariados entonces, no señala la ley un término fijo, y mientras tales bienes no hayan sido materia de adjudicación, pertenecen a la universalidad herencial, y no al sucesor o sucesores, individualmente considerados. Por cuyo motivo no pueden ejercer acción alguna vinculada a tales haberes, en su propio nombre, sino en calidad de herederos y para la comunidad hereditaria.

Para obrar en nombre propio —como dice el fallo recurrido— habría sido indispensable que al heredero o cesionario le hubiese sido adjudicada la cuota correspondiente en la pretendida sociedad de hecho.

Mas, no siendo este el caso y tampoco el de negar al sucesor el derecho de perseguir para la herencia, los bienes que juzgue haber perteneci-

do al causante y formar parte, en consecuencia, del patrimonio hereditario, el actor, en el caso presente, no estaba capacitado para actuar en nombre propio, y por ello no fueron quebrantados los textos legales señalados en la demanda de casación.

12. *Conviene, sí, rectificar la demanda del recurso. Dice que "la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia no ha tenido, sobre la* legitimatio ad causam, *un concepto definido, como lo demuestran las diferentes actitudes que ha tomado en un corto lapso de cinco años —1954-1959", y hace algunas citas de casaciones, de las cuales unas no aparecen y otras son inconducentes. Precisamente, a partir de 1954 —Cas. de agosto 19 (LXXVIII. 2145. 345)— la jurisprudencia ubicó la* legitimatio ad causam *entre los elementos de la* acción *y no del* proceso, *y de entonces a hoy tal ha sido la doctrina constante de la Corte.*

DECISION

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio seguido por Rafael Hernández Cuéllar contra Lucrecia Velásquez de Téllez, Vitelmo, Horacio, Hipólito y Carlina Velásquez Reina, herederos de Rosendo Velásquez Reina.

Sin costas en casación por no haberse causado.

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

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD DE UN JUICIO DIVISORIO. EL ORDENAMIENTO JURIDICO NO CONSAGRA INSTITUCIONES LEGALES CONTRADICTORIAS ENTRE SI.

Causas que originan la nulidad de una partición. Interpretación de la demanda. El fallador no puede cambiar su sentido.

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

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

Antecedentes.

1º Por escritura número 595 de 13 de mayo de 1954, Marco Aurelio Canencio vendió por mitades proindiviso a Ricardo Quirá T. y Ana María Collazos, el inmueble denominado "Piedra de León".

Ana María Collazos, por escritura número 341 de 3 de abril de 1956, declaró que el negocio contenido en la escritura número 595 había sido simulado y devolvió, por eso, la mitad aparentemente comprada a Canencio. Esta mitad fue vendida por éste a Víctor Maya C., según aparece de la escritura número 719 de 26 de junio de 1956.

En lo que respecta a la otra mitad, la vendida a Quirá, Canencio inició juicio ordinario de simulación que ganó en las dos instancias y que no infirmó la Corte al conocer del recurso de casación interpuesto por Quirá. (Sentencia de 28 de julio de 1959).

Posteriormente, el 27 de noviembre de 1959, Canencio le vendió a Aura María Collazos, por escritura 1921, esta mitad que fue objeto del juicio de simulación.

El juicio de división.

2º Víctor Maya C., con la presentación de su título (escritura 719) y el certificado sobre suficiencia expedido por el respectivo Registrador, demandó a su condueño Ricardo Quirá T., la división del inmueble.

En providencia de 29 de mayo de 1958, el Juez del conocimiento decretó la partición. Se hizo esta y se dictó sentencia aprobatoria que el Juez declaró ejecutoriada porque contra ella no hubo recurso alguno. (18 de junio de 1959).

El litigio.

3º En este juicio ordinario en que obra como demandante Aura María Collazos y como demandados Víctor Maya C. y Ricardo Quirá T., se pretende la nulidad del juicio divisorio que adelantó Maya C. contra Quirá, la cancelación de la partición y de su sentencia aprobatoria y la condenación en costas de los demandados.

Se dice en los hechos que, aún pendiente el juicio de simulación entre Canencio y Quirá y, en vigencia el registro de la demanda efectuada en dicho litigio, se adelantó y falló el juicio divisorio, no obstante que Víctor Maya sabía que la parte de Quirá se encontraba fuera del comercio, porque el propio Maya fue fiador de Quirá en el proceso sobre simulación que Canencio adelantó frente a aquél.

En la petición subsidiaria, se solicita:

Que se declare "sin valor ni efecto jurídico alguno tanto el juicio de división de bien común adelantado ante el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Popayán por el señor Víctor Maya Canencio contra Ricardo Quirá, incoado en la demanda de fecha 13 de abril de 1958, como la partición del inmueble deslindado y determinado en el hecho 3º de esta demanda, de fecha 18 de junio de 1959, lo mismo que la sentencia aprobatoria de la misma partición datada el mismo día; y consecuencialmente que se hagan las declaraciones *segunda* a *séptima* de la petición principal de este libelo".

En derecho la demanda se funda en los artículos 63, 1521, 1741, 1524, 1526, del Código

Civil, 2º de la Ley 50 de 1936, 448 causales 2ª y 3ª y además en los artículos 142, 143, 150, 151, 152, regla 1ª, 154, 205, 632, 734 y ss. del Código Judicial.

El juzgador de primera instancia absolvió a los demandados, lo que motivó el recurso de apelación interpuesto por el demandante, que fue resuelto por el Tribunal en sentencia de 7 de junio de 1961, en la cual se revocó la de primer grado, se declaró sin efecto el acto de partición material del predio que hizo parte de la hacienda denominada "Piedra de León"; se ordenó la cancelación del registro del acto de partición y de la sentencia aprobatoria; asimismo, se dispuso que se registre la sentencia de este juicio y se hizo condenación en costas.

El recurso de casación que ahora se resuelve fue interpuesto por Víctor Maya C.

La sentencia acusada.

El Tribunal comparte el criterio del fallador de primer grado en cuanto a que no pueden hacerse las declaraciones específicamente solicitadas en la demanda; sin embargo, opta por el sistema de la interpretación del libelo, para concluír revocando la sentencia y aceptar las peticiones de la demanda.

Al respecto dice:

"Relacionando entre sí los hechos del libelo, la parte petitoria y los fundamentos de derecho y las citas legales, despréndese que no rebasaría el Tribunal los límites que el demandante señala a la justicia, al considerar que la acción de nulidad, inexistencia o inoponibilidad de la partición, fundada o desprendida del artículo 1405 del Código Civil, sí está presente en el escrito con que se inició este proceso.

"En el poder de folios 54 se lee: 'el juicio lo iniciará con base en el fallo que declaró nulo por simulación el título de Ricardo Quirá'. Y precisamente alrededor de él gira todo este litigio cuyo fin es darle vigencia y efectividad a las decisiones proferidas por el Juzgado 2º Civil del Circuito, por este mismo Tribunal y por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia; a pesar de no aparecer de manifiesto hecho alguno en que el doctor Garzón específicamente señale tal simulación judicialmente declarada como fuente de nulidad, de ineficacia o de inexistencia sustantiva y de fondo de la partición, no lo desechó expresa y deliberadamente. Lo sugirió e insinuó.

"Además, la petición subsidiaria de la demanda perfectamente da cabida a una declaración que concuerde con ese mismo hecho implícito en la demanda, y, por último, las citas de los artículos 1524, 1526, 1740 y 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, corroboran lo que se viene sosteniendo, es decir, que, a pesar de las deficiencias del libelo mismo, sí es procedente entrar a resolver sobre la nulidad, la ineficacia o la inexistencia de la partición efectuada entre Víctor Maya C. y Ricardo Quirá T., considerándola como contrato y desde un punto de vista sustantivo.

"..... .....

"En otras palabras, quienes sean o aparezcan como poseedores inscritos del derecho de dominio de una misma cosa inmueble, lo serán no sólo por propia voluntad sino en cuanto que a esta se añade una razón de derecho, un título que justifique y explique esa calidad de propietario y de comunero. Ese título o determinante de esa calidad, cuando no es constitutivo, provendrá de otro y así sucesivamente pero no indefinidamente. En todo caso, en esa cadena de títulos los eslabones que la componen deben soldarse unos a otros en el lapso requerido para la prescripción. Concretando más, si por la tradición no se transfieren 'otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada', como lo dice el artículo 752 del Código Civil, la ineficacia o inexistencia de una de tales tradiciones, se resolverá en la ineficacia o inexistencia de la partición consecuencial.

"Así como 'la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño sobre la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo'; como lo pregona el artículo 1871, la partición de cosa ajena en lo que respecta a la cuota de uno de los comuneros, correrá la misma suerte: se llevará a término sin perjuicio de los derechos del comunero y titular regular del derecho detentado por otro ilícita o injurídicamente.

"Llevados estos razonamientos al presente negocio y entre la situación que plantea la sentencia que declaró simulado el contrato contenido en la escritura 595 de 1954, de la Notaría 1ª de Popayán, y ordenó cancelarla, sería sencillamente desconocer los efectos mismos de la cosa juzgada el darle prevalencia a la partición que sobre tal título se llevó a cabo entre Víctor Maya C. y Ricardo Quirá T.

"Dado que dentro del sistema de nuestra legislación fenómenos jurídicos que como la inexistencia y la inoponibilidad de los actos y contratos no han sido expresamente regulados y permanecen aún en el campo simplemente con-

ceptual o doctrinario, basta apuntar que si esas modalidades jurídicas no han adquirido carta de naturaleza en la ley se debe a que se han confundido, por lo menos en sus efectos, con el de la nulidad; así se aceptó también respecto de la simulación en los contratos, hasta que la misma Corte, a partir de 1936, dio entidad propia y definitiva a ésta que puede cambiar los actos o contratos o aun dejarlos sin valor ni efecto alguno. Esto explica que en la mayoría de los litigios que surgen alrededor de la inexistencia, inoponibilidad o nulidad de los actos o contratos, se recurre a la acción de nulidad y se mencionen como pertinentes los preceptos que la reglamentan en sus causales y efectos, lo cual no es óbice para que en presencia de uno de los otros modos de parecer de los actos o contratos, no deban o no puedan ser aplicadas las disposiciones pertinentes, porque la sola equivocación del demandante en la cita de éstas no implica obstáculo alguno para rechazar la demanda o para negar la acción, si ella procede en derecho".

"... ... ...

"Lo expresado en los anteriores párrafos no tiene otro sentido que el de declarar que para la Sala habrá de prosperar la acción implícita en la demanda del doctor Garzón S. y que propende a dejar sin valor ni efecto jurídico alguno la partición material de la finca de Sotará que judicialmente se hizo entre Víctor Maya C. y Ricardo Quirá T. y la sentencia aprobatoria de la misma".

La demanda de casación.

De los tres cargos formulados en la demanda, la Corte estudia solamente el primero, por encontrarlo debidamente fundado. Está expuesto en los siguientes términos:

"Violación directa de los artículos 1759, 1766 Código Civil, 8º de la Ley 153 de 1887, de los principios generales del derecho (teoría de la simulación, teoría de la apariencia). Interpretación errada y aplicación indebida de los artículos 752, 1740, 1741, 1871 Código Civil. Aplicación indebida del artículo 1746. Violación directa del artículo 473 (474) Código Judicial".

El argumento fundamental para impugnar el fallo, lo expone el recurrente, así:

"Nadie está forzado a permanecer en la indivisión a menos que la pactara. Víctor Maya adquirió un derecho proindiviso y no acordó comunidad, ni tenía por qué soportarla indefinidamente. Pidió la partición cuando le vino en gana o la necesitó; demandó a quien tenía que demandar, al otro copropietario. No tenía por qué aguardar a que fuera fallado el juicio de simulación de Canencio contra Quirá, como tampoco podía convertirse en fallador o arúspice para vaticinar quien lo iba a ganar y demandar, contrariando lo que dispone la norma, a quien hubiera apostado. Demandó a Quirá, lo demandó bien, demandó al único que podía demandar. Y con él partió. Que al señor Canencio o la señorita Collazos no les gustó la partición, lamentable, pero sin trascendencia. Canencio creó y asumió un riesgo al trasladar la propiedad en forma ficticia a Quirá y no podría ahora llamarse a engaño por las consecuencias de sus actos. Y la Collazos se encuentra en situación inferior aún: Ella fue coadquirente simulada junto con Quirá y, además, el título con el cual demanda ahora es posterior a la partición. Por una parte, el que exista litigio sobre la titularidad de uno de los comuneros no retada o afecta la división, de otra, los secretos entre el comunero y su tradente en nada lesionan al resto de la comunidad.

"... ... ...

"Infringió la sentencia y en forma directa el artículo 1759 Código Civil: ignoró que las declaraciones escriturarias hacen plena fe contra los otorgantes y le dio fuerza para aquejar a terceros a un 'principio de prueba por escrito logrado en absolución de posiciones' (!!), menos aún que una contraescritura, para otra violación, la del 1766 *ibíd.* por el mismo concepto. Dejó de aplicar y por lo tanto vulneró directamente el artículo 8º/153/887, que fuerza la *analogía iuris*, y por ende los principios generales del derecho sobre simulación y apariencia fueron desconocidos, o, y esto es peor, desarticulados y confundidos, con lo que estaríamos frente a la violación directa y a la interpretación errónea.

"Salieron también mal librados otros preceptos: El Tribunal emplea el 752 (*nemo plus iuris ad alium... etc.*) en forma inadecuada, lo aplica indebidamente y lo concibe sin relación y atenuación, como si la apariencia —buena fe cualificada— *error communis* no existieran ni estuvieran reguladas y patrocinadas por el derecho. Concibiendo la nulidad como sinónimo de ineficacia, y obsesionado con la pretendida ineficacia de la partición, le colgó a esta la total invalidez, con incorrecta aplicación del artículo 1740 y la cargó con la privación de sus efectos, con aplicación impertinente del 1746 *ibíd.* Preceptos estos que fuera del forzamiento padecieron una pésima interpretación, ya que resultan cobijando situaciones que son materia del juego

de apariencia-inoponibilidad y reprimiendo actividades lícitas y ordinarias, como si fueran ilícitas o indebidas.

"Si un fallo judicial, en fuerza de ser cosa juzgada pudiera aquejar a quienes no fueron partes en él ni son causahabientes de los contendores, sólo porque de lo contrario... la acción de la justicia quedaría burlada..., la seguridad de las gentes y sus negocios y actividades se derrumbaría. Esa la base para que la cosa juzgada no se admita sino en cuanto hay identidad personal o subjetiva (474 c. p. c.), y esa también la consideración que me hago para estimar que la sentencia recurrida holló directamente los artículos 473 y 474 citados, pues ignoró el principio tutelar que los inspira: *res inter allios acta*... etc., y puso a marchar a Maya C. a tono con una sentencia proferida en juicio en que no intervino, en que no fue parte, y del que ninguna consecuencia puede recibir.

"Si no hay nulidad procesal que afecte a la partición, que fue lo único argüido por el actor, si no hay ilicitud en la partición hecha durante la vigencia del registro de la demanda, menos aún podría decirse que el reparto es inválido porque Canencio era el verdadero titular de la mitad y Quirá era su hombre de paja. Haya sido de paja, de humo o de carne y hueso, Quirá era el único legitimado para recibir la demanda de división y lo que con él se actuó es válido y debe perdurar, sin que los secretos entre él y Canencio o entre éste y la Collazos puedan restarle solidez a la operación.

"La partición es individualización del derecho y su concreción es un bien singular, no es enajenación, no es cambio en el dominio. Las enajenaciones hechas por el adquirente simulado son válidas y eficaces sin que el real titular pueda oponerse. Las sentencias afectan a los litigantes y a sus sucesores. *Ergo,* absurdo de todos los absurdos tumbar una partición porque uno de los comuneros era propietario simulado. Absurdo y, repítese, violatorio de los principios del derecho, de las reglas sobre nulidad y de las en materia de cosa juzgada".

La Corte Considera:

1º *Cuando el artículo 1405 del Código Civil, en su parte primera, establece que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, hace referencia expresa a las acciones de nulidad absoluta y de nulidad relativa, es decir a la nulidad y a la rescisión de que trata el título 20 del libro 4º del Código Civil, cuya declaración por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, determina la extinción de las obligaciones a que dió nacimiento el acto o contrato afectado de un vicio que lo anula o que mengua la validez de la voluntad por haberse obtenido por error, fuerza o dolo, o por objeto o causa ilícita o por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos.*

2º No hizo el Tribunal específica denominación de la nulidad que motivó la sentencia proferida por él y revocatoria de la de primer grado. Indistintamente se refiere a la nulidad, la ineficacia o la inexistencia y aún a la inoponibilidad al actor de este juicio ordinario de la sentencia de partición que recayó en el divisorio de Víctor Maya y Ricardo Quirá. Y no excluye el fallador hablar de la ilegitimidad del título, refiriendo el concepto al instrumento que por demostrar la comunidad sobre el bien que fue objeto de la división, sirvió de prueba en el juicio respectivo. Por medio de tales razonamientos llegó a una especie de revisión del juicio divisorio y a desconocer la legitimidad del título que fuera presentado para demostrar la comunidad y sustentar la acción. Y como si se tratase del juicio de división del bien común, en que se hubiere atacado la validez de la prueba demostrativa de la comunidad, el Tribunal, después de afirmar que la partición misma no es un modo de adquirir el dominio, puesto que no significa traslación de derechos entre comuneros, sino que tiene un efecto simplemente declarativo, deduce que esto "impone la necesidad lógica y jurídica de que quienes se llaman comuneros de un inmueble cuya partición haya sido demandada, demuestren que real y conforme a derecho lo son y ello se cumple con el certificado de tradición que exige el artículo 1135 del Código Judicial, pero si el título del cual se deriva el que les otorga facultad para hacerse parte en el juicio divisorio, no es legítimo, la partición no producirá efectos de derecho contra aquél que ha demostrado la ilegitimidad del título de un ficticio comunero a quien se le adjudicó parte del bien motivo de la partición, aunque ese título ineficaz o aparente haya constado como válido en el certificado de tradición".

3º No se comprende que el ordenamiento jurídico pudiera consagrar instituciones legales contradictorias entre sí; que dé acción para verificar la división, sin otro límite que el pacto en contrario convenido por los comuneros, por un tiempo no mayor de cinco años; que determine

la prueba y fije el procedimiento; que garantice el derecho de defensa del demandado, autorizándolo para oponerse a que se haga la división en la forma demandada o a atacar la demanda con fundamento en cuestiones de derecho, inclusive la de legitimidad del título; que reconozca el valor de cosa juzgada a la sentencia aprobatoria de la partición y efectos legales al registro de ésta y, por otra parte, abra la posibilidad de controvertir entre las mismas partes o sus causahabientes la validez de la prueba que obró en el juicio, que fue conocida por las partes y que motivó la providencia de partición, en procedimiento distinto al de revisión. Igualmente sería inconsonante, dentro del ordenamiento, que sea posible adelantar el juicio divisorio, no obstante, el registro de una demanda ordinaria sobre dominio del inmueble que trata de dividirse y que la sentencia de aquél deje sin efecto el procedimiento legal para la secuela simultánea de litigios de esa índole, en virtud de no oponerse en razón de que sus fines no son contrarios.

4º Es atribución del fallador de instancia interpretar la demanda. Esa función no es discutible, como no lo es la de interpretar la ley. Lo que no es posible es cambiar su sentido, cuando es claro, a pretexto de consultar su espíritu. La premisa histórica que los hechos suponen, es intocable; lo contrario llevaría a la arbitrariedad y a pronunciar sentencia sobre cuestiones de que el demandado no pudo defenderse por desconocerlas. La relación procesal determina la materia de la sentencia y garantiza el equilibrio de las partes.

En el libelo, sobre hechos muy determinados, se solicitó la declaración de nulidades de carácter procedimental, sin que la petición subsidiaria que dio base al Tribunal para su interpretación, modifique el plano de las peticiones principales, y esto, llevó al fallador a confundir los posibles vicios del procedimiento con las nulidades de carácter sustancial y a incurrir en los errores que anota la demanda de casación.

La interpretación equivocada de la demanda inicial del juicio, condujo al Tribunal a la indebida aplicación del artículo 1746 del Código Civil.

Las razones anteriores determinan la infirmación de la sentencia de instancia y la confirmación de la pronunciada por el Juzgado del Circuito de Popayán.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, de fecha siete (7) de junio de mil novecientos sesenta y uno (1961), proferida en este juicio ordinario propuesto por Aura María Collazos contra Víctor Maya Canencio y otro, sobre nulidad de un juicio divisorio y en su lugar *confirma* la sentencia del Juzgado Primero Civil de Popayán, de fecha veintitrés (23) de enero de mil novecientos sesenta y uno (1961).

Costas de la segunda insfancia a cargo de la parte demandante. Sin costas en el presente recurso.

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

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CONTRATO DE SEGURO.

La falta de la firma del asegurado en la póliza no impide hacerla valer contra la entidad aseguradora. Poder representativo de los agentes colocadores de seguros. El plazo para el pago de la prima del seguro, otorgado por el agente colocador al asegurado que de buena fe lo contrató, es término de gracia que obliga a la entidad aseguradora.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 24 de abril de 1961, en el juicio ordinario seguido por María de la Cruz Ramírez de Parra frente a las compañías de "Seguros Bolívar" y "Seguros Comerciales Bolívar".

I

El litigio.

Vinieron a seguirse acumuladamente las acciones que la señora María de la Cruz Ramírez de Parra instauró contra la "Compañía de Seguros Bolívar S. A." y la denominada "Seguros Comerciales Bolívar", para que en definitiva se les condenase a pagar a la demandante, por causa de la muerte en accidente de Manuel Antonio Parra Ramírez, las cantidades de $ 40.000 y $ 20.000 respectivamente, como valores de los seguros de que tratan las pólizas números 21766, de la "Compañía de Seguros Bolívar S. A.", y AP-964 de la Compañía "Seguros Comerciales Bolívar", ambas de fecha 20 de junio de 1956.

De los *hechos* en que dicen fundarse las dos demandas, que son análogas, puede hacerse el siguiente resumen:

Que el señor Néstor Naranjo era agente colocador de seguros de las referidas compañías, en la ciudad de Cali;

que en esa calidad contrató con Manuel Antonio Parra Ramírez, los seguros de que se trata;

que con la autorización y bajo la responsabilidad de las compañías, estipuló que el asegurado debía pagar cien pesos ($ 100.00) el día 2 de julio de 1956 y que el saldo de la primera cuota o prima de los seguros, debía cubrirlo Parra Ramírez en el momento en que las pólizas le fueran entregadas;

que Parra Ramírez cumplió su obligación, pagando a las compañías, por conducto de su agente colocador, Néstor Naranjo, con el cheque de la serie P. número 288523, de 2 de julio de 1956, contra el Banco Popular —Sucursal de Cali—, la suma de $ 100.00, valor parcial que se acordó pagar en ese día, de las primas causadas por tales seguros;

que las compañías, desde que expedieron las pólizas con fecha 20 de junio de 1956, o por lo menos desde que por conducto de su agente colocador recibieron el pago parcial de las primas y éste como representante de aquellas le concedió plazo de gracia al asegurado para el pago del saldo, quedaron obligadas a la reparación o indemnización del siniestro o riesgo ocurrido antes del vencimiento del plazo;

que los riesgos que las compañías tomaron sobre sí se cumplieron en vigencia de los contratos de seguros, pues Manuel Antonio Parra Ramírez murió el 8 de julio de 1956, en un accidente automoviliario, en la población de Guacarí, Valle;

que las compañías han retenido las pólizas de seguros en referencia y no han pagado suma alguna por concepto de los contratos de seguros en ellas contenidos; y

que la señora María de la Cruz Ramírez de Parra, madre de Manuel Antonio Parra Ramí-

rez, es la beneficiaria de los seguros de que se viene hablando.

En *derecho* se fundan uno y otro libelo en los artículos 634 a 637, 638, 640, 644, 661, 665, 667 a 671, 673, 674, 680, 696 y 697 del Código de Comercio Terrestre; 1494 del Código Civil y 634 del Código Judicial.

Cada una de las compañías contradijo la acción respectiva, contestando lo siguiente:

Que el seguro que se le reclama "nunca estuvo en vigencia por falta del lleno de los requisitos exigidos para el perfeccionamiento del mismo";

que la respectiva póliza "se hallaba en trámite cuando ocurrió la muerte del señor Parra Ramírez";

que Néstor Naranjo sí tenía la condición de agente colocador de pólizas de seguros de la compañía, cuando ofreció en junio de 1956 a Manuel A. Parra Ramírez el seguro correspondiente, "pero no estaba ni podía estar facultado para *contratar* en nombre de la compañía";

que los agentes colocadores "no pueden celebrar contratos en nombre de las compañías, y éstas, aun estando debidamente representadas, no pueden fraccionar las primas en ninguna forma", a lo cual agrega la contestación de "Seguros Comerciales Bolívar": "a menos que exista convención de fraccionamiento de la prima anual. Si la prima acordada no es anual, no puede fraccionarse";

que "en todo caso, la compañía demandada no recibió ninguna suma de dinero de Parra, ni éste pagó la prima correspondiente a la póliza solicitada";

que "las compañías de seguros no pueden acordar plazos para el pago de primas (salvo el caso de renovación), y muchísimo menos pueden hacerlo los agentes en nombre de aquellas";

que el contrato no existió, y por lo tanto la compañía no asumió ningún riesgo; y

que es cierto que la compañía no ha pagado, por cuanto el seguro que le solicitó el señor Parra Ramírez no llegó a perfeccionarse jamás.

Además, la "Compañía de Seguros Bolívar" dijo proponer como excepciones, fuera de la inexistencia del contrato o contratos, la de ilegitimidad de la personería sustantiva de la misma parte, relativamente a la acción relacionada con el segundo de los negocios atrás citados, y la genérica.

Con aducción de pruebas de una y otra parte, cumpliose la primera instancia del debate, a que recayó sentencia del Juez 5º Civil de este Circuito, por la cual, desechando las aludidas excepciones, declaró que la compañía de "Seguros Comerciales Bolívar" y la "Compañía de Seguros Bolívar S. A.", celebraron con Manuel Antonio Parra Ramírez, la primera el "contrato de seguro por accidentes personales, contenido en la póliza número AP-964 de 20 de junio de 1956 por veinte mil pesos", y la segunda el contrato de seguro "contenido en la póliza número 21766 de 20 de junio de 1956, con doble indemnización por causa de muerte accidental del asegurado, o sea, por la suma de cuarenta mil pesos"; y condenó a las mismas compañías, en el orden últimamente dicho, a pagar a la actora María de la Cruz Ramírez de Parra, en su condición de beneficiaria, las expresadas cantidades de veinte mil pesos y cuarenta mil pesos, respectivamente, por razón de los susodichos contratos de seguro, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo.

A virtud de apelación de ambas partes surtiose el segundo grado del juicio, a que puso término la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 24 de abril de 1961, por la cual revocose la de primer grado y en su lugar se resolvió lo siguiente:

"No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones y condenas de que tratan los juicios acumulados de que se habla en la parte motiva de esta providencia; por lo cual, se absuelve a las Compañías 'Seguros Bolívar S. A.' y 'Seguros Comerciales Bolívar' de los cargos que les fueron propuestos en los respectivos libelos de demanda. Las costas de la primera instancia, a cargo de la parte actora; no hay costas en la segunda".

Procede ahora la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto contra este segundo pronunciamiento por la parte actora.

II

La sentencia recurrida.

El Tribunal considera como ciertos los siguientes hechos:

Que, con fecha 1º de junio de 1956, Néstor Naranjo Muñoz, en su calidad de agente colocador de la "Compañía de Seguros Bolívar", recibió de Manuel Antonio Parra Ramírez una solicitud de seguro, con doble indemnización, que uno y otro suscribieron, por la suma de $ 20.000 y pago semestral de primas, en beneficio de María de la Cruz de Parra, madre del asegurado;

que, en la misma fecha, Parra Ramírez solicitó a la Compañía de "Seguros Comerciales Bolívar" un seguro de accidentes personales, en favor de la misma beneficiaria del anterior;

que "un mes después, el dos de julio, el asegurado entregó a Naranjo Muñoz, su cheque número 388523 a cargo del Banco Popular, Cali, por la suma de $ 100.00 que la demandante sostiene haber sido a buena cuenta de las primas, y el agente colocador consideró como un simple depósito 'para cancelar en el valor de la prima en su totalidad a fines del mes' (respuesta a la 8ª pregunta de las posiciones fl. 14, C. Nº 1). De todas maneras el cheque no llegó siquiera a poder de la Compañía, ni fue cobrado por nadie";

que "remitidas las anteriores solicitudes de aseguro a las compañías, para la confección de las respectivas pólizas, fueron sometidas a la tramitación general", cuyo relato hace allí la sentencia tomado del que al respecto hizo el subgerente de la "Compañía de Seguros Bolívar" en el acta de inspección ocular, visible al folio 15 del cuaderno número 3, trámite que concluye con la remisión de la póliza al agente regional o a quien inicialmente gestionó con el asegurado la colocación de la misma, "para que dicho agente la entregue previo pago de las primas o de la prima inicialmente acordada";

que "el trámite anterior, fue totalmente cumplido respecto de las pólizas de que se viene hablando, hasta quedar suscritas por la Compañía y listas para ser enviadas al solicitante";

que el texto general de las referidas pólizas números 21766, de la "Compañía de Seguros Bolívar", y AP-694, de la Compañía "Seguros Comerciales Bolívar", exclusión hecha de las cláusulas en que se concreta y explica las condiciones del contrato, es el que transcribe el sentenciador, tomado de la diligencia de inspección ocular efectuada en la primera instancia, sobre los archivos de la "Compañía de Seguros Bolívar S. A." (fs. 43 y 47, C. 3); y

que "las anteriores pólizas fueron remitidas así al agente colocador en Cali, para que a su vez las entregara al asegurado, previo el pago de las primas correspondientes; sin embargo y antes de que tal cosa ocurriera, Manuel Antonio Parra falleció víctima de un accidente automoviliario (julio 9), por lo cual fueron devueltas a la Compañía en el estado que se deja descrito. Esta la situación de hecho que aparece comprobada en los autos y a través de la cual se han propuesto las acciones de que se trata".

Luego de lo cual, hace el juzgador las siguientes consideraciones:

Que el seguro "es un contrato solemne, que sólo puede perfeccionarse por el medio de la póliza. Por lo tanto, al *escrito con que se solicita* una de estas pólizas, no puede asignársele otra calidad que la de un simple acto preparativo de aquel contrato; y a la *aceptación* por el agente colocador, la que corresponde al *acuerdo de ajuste* o *promesa* de perfeccionarlo por el medio solemne de la póliza, sin otras consecuencias para la entidad o persona en cuyo nombre actúa el agente, que la de indemnizarle al presunto asegurado por los daños y perjuicios que su inejecución o incumplimiento le haya ocasionado...".

"Por esto, pues, en el agente colocador —como intermediario entre las compañías aseguradoras y el público en general— sólo puede verse un mandatario o representante de las primeras, respecto de aquellos actos que —como los de oferta del aseguro, aceptación o ajuste de la promesa, etc.— han de preceder al del acuerdo solemne de la póliza, y en los de aceptación de los pagos que en cumplimiento del contrato les ofrezcan los asegurados; mas no para formalizar el contrato de seguro, que precisamente ha de hacerse con la intervención directa de las dos partes que lo acuerden".

Ni se contempla el caso del artículo 664 del Código de Comercio, consistente en el hecho de tomar el mandatario por su cuenta el seguro del objeto mandado asegurar, sino el "en que dicho agente *lo ha dado,* sin encargo alguno de la entidad en cuyo nombre se supone haberlo constituído".

Tilda de equivocado el concepto de que "los contratos se hayan perfeccionado desde el día 20 de junio, en que aparecen expedidas las pólizas de aseguro", porque "el seguro, se ha dicho, es un *contrato,* acuerdo de voluntades, que en razón de su carácter solemne, ha de manifestarse por el medio previsto de la póliza. Y las extendidas por las compañías aseguradoras en el caso de que aquí se trata, no llegaron a suscribirse por el pretenso asegurado señor Parra Ramírez ni pudo por lo tanto manifestarse su consentimiento en la forma solemne a que subordina la ley el perfeccionamiento del contrato".

Considera, así, extraña la aplicación que hiciera el juez *a quo* del criterio interpretativo de los contratos por adhesión, como es el de seguro, "porque la aplicación de este criterio se refiere a la *interpretación* de las cláusulas del contrato perfeccionado, propuestas por una de las partes y a las cuales adhiere la otra, sin oportunidad previa para discutirlas; de ninguna manera a la *forma* como el contrato mismo debe perfeccionarse para que sus estipulaciones puedan tener existencia jurídica, y que por ser producto de la misma ley, está por encima de la voluntad de las partes para seguirla o dejarla de seguir".

Así llegó el Tribunal a la conclusión de que, "no apareciendo acreditado el perfeccionamiento legal de los contratos cuya ejecución se demanda, es el caso de revocar el fallo que lo reconoció, para absolver en cambio a las demandadas".

III

El recurso extraordinario.

La demanda de casación, contestada a su tiempo por parte de las entidades opositoras, formula varios cargos en la órbita de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por violación indirecta de determinados artículos del Código de Comercio, en razón de no haber sido aplicados al caso del pleito, como consecuencia de apreciación errónea o falta de apreciación de pruebas.

La Corte se ocupa aquí del tercero de esos reparos, porque su prosperidad es suficiente a fundar la casación de la providencia acusada, como se verá adelante.

La exposición de este cargo puede compendiarse así:

Que *"El Tribunal apreció erradamente las pruebas de la celebración del contrato de seguros"*, porque, no obstante haberse emitido por la "Compañía de Seguros Bolívar" y por "Seguros Comerciales Bolívar" las pólizas números 21766 y AP-964, respectivamente, cuyos textos fundamentales en que figuran las firmas del gerente, secretario y revisor de cada una de tales empresas, reproduce literalmente el impugnante, con todo el sentenciador estimó que, siendo el seguro un contrato que, en razón de su carácter solemne, ha de manifestarse por el medio previsto de la póliza, "las extendidas por las compañías... no llegaron a suscribirse por el pretenso asegurado señor Parra Ramírez ni pudo, por lo tanto, manifestarse su consentimiento en la forma solemne a que subordina la ley el perfeccionamiento del contrato", como también fue de concepto que las reglas de interpretación de los contratos de adhesión se refieren solamente a las cláusulas del contrato ya perfeccionado, pero de ninguna manera a la forma como el contrato mismo debe perfeccionarse. Y, diciendo el acusador remitirse a comentarios ajenos, agrega: que "si la obligación del asegurador es entregar al asegurado la póliza firmada por él, es *porque para la perfección del contrato de seguro no se requiere que aquella lleve la firma del asegurado"*; que "no debe confundirse la emisión de la *póliza* que, *con la firma del asegurador* perfecciona el contrato de seguros, con su entrega al asegurado"; y que "de esta suerte, erró el Tribunal al dar por no perfeccionado el contrato de seguros de que se viene hablando, quebrantando así el artículo 634 del Código de Comercio, con sus concordantes 638, 640 y 696".

La Corte considera:

Como resulta de los datos del proceso, las compañías demandadas aceptaron las solicitudes de seguros que gestionara su agente colocador Néstor Naranjo, con el interesado Manuel Antonio Parra Ramírez, tanto que ellas emitieron las correspondientes pólizas, con fecha 20 de junio de 1956, firmadas por el gerente, el secretario y el revisor de cada una de las mismas entidades; y cual lo reconoce la sentencia acusada, las pólizas "fueron remitidas así al agente colocador en Cali, para que a su vez las entregara al asegurado, previo el pago de las primas correspondientes; sin embargo y antes de que tal cosa ocurriera, Manuel Antonio Parra falleció víctima de un accidente automoviliario (julio 9), por lo cual fueron devueltas a la compañía en el estado que se deja descrito".

No cabe, pues, duda alguna de que las compañías emitieron formalmente tales pólizas, en consecuencia del acuerdo previamente ajustado entre su agente colocador y el asegurado Parra Ramírez; y que por parte de las aseguradoras sólo quedó pendiente la entrega material de tales documentos al asegurado.

Ni puede sostenerse —como lo hizo el Tribunal— que la falta de la firma del asegurado sobre las pólizas de que se trata, impidió el perfeccionamiento de los contratos respectivos. Porque, si el artículo 673 del Código de Comercio dispone que "ajustado el seguro entre el asegurador y el asegurado o sus mandatarios, el primero deberá entregar al segundo la póliza firmada, dentro de veinticuatro horas contadas desde la fecha del ajuste", ello está indicando que basta la emisión de la póliza por la entidad aseguradora bajo su firma, para que este documento en tal forma producido realice la solemnidad requerida a efecto de tener el contrato de seguro por existente frente a la misma aseguradora. Por ello, como lo observa un comentador del derecho nacional, "no debe confundirse la emisión de la póliza que, con la firma del asegurador, perfecciona el contrato de seguros, con su entrega al asegurado" (Ossa, Tratado Elemental de Seguros, 2ª edi., pág. 412).

Quiere ello decir que la falta de la firma del asegurado sobre la póliza no es defecto que impida el hacerla valer contra la empresa aseguradora, como también es cierto que el pago de

la prima no es condición requerida por la ley para la formación del contrato de seguro, que no es un contrato real.

Que no hace falta la firma del asegurado en la póliza, lo demuestra el hecho de que, para hacerla valer contra el mismo asegurado, sin esta firma, le bastaría a la parte aseguradora acreditar por cualquiera otro medio pertinente que el asegurado ha hecho suya la negociación, como sería el caso de que por parte del último se hubiera dado principio a la ejecución del contrato. La inteligencia con que así se manifiesta el sistema legal, es natural consecuencia de la índole misma del negocio de seguros, puesto en manos de vastas empresas, las que sólo bajo el imperio de normas que hagan expedita su responsabilización, podrán atender como corresponde a la creciente necesidad en que están individuos y sociedades, de ampararse de la inmensa variedad de riesgos que gravitan sobre la existencia humana.

Ahora bien: si en la especie de que se trata, las compañías demandadas emitieron bajo sus firmas las pólizas en referencia, de las que por su parte sólo faltó la entrega al asegurado, es evidente que, aun sin la firma de éste, esos documentos, en que la actora afianza su pretensión acreditan el perfeccionamiento de los contratos de seguro sobre que las mismas versan, al tenor de lo dispuesto en el artículo 638 del Código de Comercio; por lo cual, el sentenciador, al negarles a las dichas pólizas el valor demostrativo que ellas merecen y desconocer así la existencia de aquellos contratos, violó el referido artículo 638 y consecuencialmente el 696 del mismo Código, según el cual, el riesgo que el asegurador toma sobre sí puede ser el de muerte del asegurado, dentro de un determinado tiempo o en ciertas circunstancias previstas por las partes, que es precisamente el caso del pleito. Es decir que el primero de estos textos resulta quebrantado en cuanto por la sentencia se desconoció el mérito probatorio de las pólizas y, por lo mismo, la existencia de los contratos de seguro, y el segundo en cuanto, como efecto de ese desconocimiento, se eximió a las compañías aseguradoras de los riegos que ellas tomaron a su cargo.

Y este resultado obliga a la casación del fallo recurrido, para dictar el que en su reemplazo corresponda.

IV

La sentencia de reemplazo.

Sobre la base de que las susodichas pólizas número 21766 de la "Compañía de Seguros Bolívar S. A." y número AP-964 de "Seguros Comerciales Bolívar" acreditan el perfeccionamiento de los contratos de seguro en referencia, por las razones ya expuestas como fundamento de la casación que se decreta, cumple estudiar las demás defensas propuestas por las entidades aseguradoras con el intento de que se las absuelva de los cargos de las demandas.

Dichas defensas se hacen consistir en que el agente colocador Néstor Naranjo no representaba a las compañías y no podía, por lo tanto, contratar en su nombre; en que las compañías —y menos su agente— no podían acordar plazos para el pago de las primas, ni fraccionar éstas; y en que ellas no recibieron del presunto asegurado suma alguna por concepto de las primas.

Respecto de lo cual se observa:

a) Demostrado como está en el juicio, con certificaciones de la Superintendencia Bancaria y con la confesión de las compañías demandadas, que el señor Néstor Naranjo tenía la investidura de agente colocador de las mismas entidades, es apenas obvio que el carácter con el cual tenía él que aparecer ante los extraños con quienes iba a gestionar la colocación de seguros, no era el de un simple portador de referencias, sino el de un representante al efecto, de aquellas empresas.

Bien se advierte este poder representativo del agente colocador de seguros, en la definición que del mismo da la Superintendencia Bancaria en el artículo 2º de su resolución número 22 de 1955, que textualmente reza: "*Se entiende por agente colocador de seguros, la persona natural que se dedica de manera habitual y permanente al negocio de ofrecer seguros, promover la celebración de contratos y obtener la renovación de los mismos en* representación *y para beneficio de una o varias compañías de seguros con las cuales tiene una relación contractual*". *En armonía con este artículo, dispone el 5º de la misma resolución que, cuando una compañía o grupo de ellas ha solicitado la inscripción de un agente ya designado por otra u otras y contra tal nombramiento no se ha recibido objeción de parte de éstas, dentro del término del traslado que el mismo texto señala, "la Superintendencia autorizará al agente para trabajar en* representación *y para beneficio de todas las compañías que hayan solicitado su inscripción". (la Corte subraya).*

Y en concepto de 30 de marzo de 1949 la misma Superintendencia dijo: "El nombramiento de agente colocador de pólizas de seguro de vida inviste al interesado de la facultad de ven-

der, tanto pólizas individuales como colectivas" (Compilación de Doctrinas y conceptos de la Superintendencia Bancaria sobre Compañías de Seguros, número 15, edi. 1961).

Aunque la definición preinserta no habla de que el agente colocador tenga la facultad de ajustar contratos de seguro, sino la de promoverlos, es lo cierto que esta locución, sin embargo de su aparente restricción conceptual, no excluye el que las actividades del agente colocador, en su virtualidad jurídica puedan comprometer a título de mandato, la responsabilidad de la compañía aseguradora a quien sirve, en razón de los convenios sobre seguros que él celebre con terceros. La razón es la de que éstos tienen que fiarse del carácter que el agente ostenta y con el cual se mueve, dar crédito a sus palabras y en fin entregarse a sus promesas, todo ello imperado por las apariencias creadas por las mismas compañías, en fuerza del despliegue de la función aseguradora, y sin que dichos terceros hayan de ocuparse en el examen de las atribuciones del agente, siéndoles bastante el enterarse de la credencial que éste exhibe y que por sí sola constituye a la entidad aseguradora en garante de la pericia y buena conducta del mismo.

Quiere decir que para el tercero que de buena fe pacta la adquisición de un seguro con el agente colocador de pólizas de determinada compañía aseguradora, el dicho agente ha de tenerse como un representante de la misma con poder para vincular su responsabilidad frente al tercero, sea porque el negocio convenido encaje en todos sus pormenores dentro de las atribuciones que por la empresa le hayan sido explícita o tácitamente conferidas al agente, que sería el caso de ejecución de un mandato real, sea porque sobrepase sus facultades, sin haber advertido de ello al tercero, que sería entonces el caso de actuación de un mandato aparente, creado a sus riesgos por la entidad aseguradora.

Conclusión esta última que encuentra su apoyo en las múltiples normas de nuestra ley protectoras de la buena fe engañada por las apariencias, normas de las cuales sería por sí sola suficiente al efecto la del artículo 2199 del Código Civil, que enseña: "En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido, y dará derecho a terceros de buena fe, contra el mandante. Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice".

"He aquí, pues, —dice el tratadista chileno Stitchkin— la consagración legal de la eficacia del mandato aparente en un caso mucho más grave que el de la simple extralimitación de las facultades del mandatario. En efecto, el artículo 2173 (2199 del C. Civ. colombiano) establece la validez de los actos ejecutados por un exmandatario cuando los terceros han podido creer fundadamente que subsistían los poderes de aquél. Con mayor razón debemos reconocer la eficacia de los actos ejecutados por un mandatario cuyos poderes subsisten, cuando los terceros han podido creer, también fundadamente, que dichos poderes lo facultaban para contratar con ellos los negocios que han convenido, ya sea porque las restricciones impuestas al mandatario no aparecen en el título que exhibe el mandatario, ya por otra causa no imputable a negligencia de esos terceros" (Stitchkin, El Mandato Civil, edi. 1950, número 157, pág. 437).

Como lo observan Planiol y Ripert, en Francia "Un número sumamente importante de sentencias judiciales declara al mandante obligado en favor de los terceros, incluso por aquellos actos de su mandatario que hayan excedido los límites del mandato, siempre que esos terceros hayan podido legítimamente suponer la existencia del mandato. Es esta una regla absolutamente necesaria a la seguridad de los que contratan con un mandatario, sobre todo en el ámbito en que, por ser tácito o usual el mandato, sea imposible a los terceros contratantes comprobar cada vez, por medio de un poder regular y detallado, la extensión y la duración de los poderes del mandante..."; y luego de proponer algunas hipótesis pertinentes en el particular, comentan: "En todos esos casos el mandante está obligado en favor de los terceros engañados por la apariencia, por haber creado una apariencia engañosa... Es obvio decir que el mandatario aparente, que obliga al mandante en relación con los terceros, fuera de los límites de su mandato, tiene que rendir cuentas al mandante por la culpa así cometida. Está obligado a indemnizar a este último por todo perjuicio que le cause la extralimitación del mandato" (Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo XI en colaboración con Rouast, Savatier y Lepargneur, traducción de Díaz Cruz, número 1500).

Con justificada razón dispone, pues, el artículo 3º de la citada resolución número 22 de 1955, de la Superintendencia Bancaria, que la compañía o grupo de compañías a cuya solicitud

se efectúa la inscripción del agente colocador de seguros, "por el hecho de la designación se hacen responsables por los actos del agente en el ejercicio de sus funciones" (se subraya).

En el caso del pleito, demostrado como está que Néstor Naranjo tenía la calidad de agente colocador de pólizas de las compañías demandadas, hay que aceptar que tenía ante Manuel Antonio Parra Ramírez, con quien negoció la colocación de las pólizas de que se trata, el carácter de representante al efecto de tales entidades.

Ahora bien: consta que Néstor Naranjo, en su dicho carácter, al negociar con Parra Ramírez las pólizas de seguro, convino en que éste le daría primeramente $ 100.00 con destino al pago de parte del valor de las primas de tales pólizas, lo que se cumplió mediante la entrega que al agente hizo el asegurado, el día 2 de julio de 1956, de su cheque de la serie P número 388523, a favor de "Seguros Bolívar", contra el Banco Popular, Cali; y, por lo demás se acordó que Parra Ramírez pagaría el complemento de las primas, dentro del mismo mes. Es esto lo que resulta de la absolución que el agente Naranjo hizo de unas posiciones que se le propusieron extrajuicio y de la declaración también extrajudicial de Joaquín García Hernández, testigo presencial de aquel convenio, ratificadas una y otra diligencia dentro del juicio, y además aclarada la primera de ellas con el testimonio rendido por el mencionado Naranjo en el sentido de que "la sociedad a que se refiere la póliza número AP-964, de accidentes personales, es Seguros Comerciales Bolívar y el hecho por el cual contrataba a nombre de la misma sociedad era por ser agente colocador de la misma" (fs. 13 a 14 v. y 16 a 17 v., C. 1º; 24 a 31 v. C. 3; 18 a 23 C. 4). No obstante el calificativo de "depósito" que en algunas de sus respuestas diera el agente Naranjo al referido cheque de $ 100.00 girado por Parra Ramírez, es lo cierto que dada la destinación de esta cantidad, ella no tenía otro significado que el de un abono a las primas de los referidos seguros, imputable a las mismas, a prorrata de sus respectivos valores. Es esto lo que naturalmente resulta de las circunstancias de la negociación y que coincide con la aclaración hecha por el mismo Naranjo en su testimonio ratificatorio de 27 de noviembre de 1957 (f. 31, C. 3), en donde, con referencia al punto trece dijo: "Sí es cierto que hubo un abono para el pago de la prima en vista de que dicho señor (Parra Ramírez) no tenía todo el dinero para hacer el pago de las mismas" y aunque en seguida agregó que éste "tenía el pleno convencimiento de no tener ninguna protección hasta tanto fuera cancelada la totalidad de la prima", tal adición, que apenas expresa un concepto personal del agente sobre lo que pudiese pensar el asegurado, se refiere a una cuestión que no aparece demostrada.

Y es indiferente que el cheque hubiese sido girado sólo a favor de "Seguros Bolívar", dado que como lo acredita el certificado de la Superintendencia Bancaria que obra al folio 2 del cuaderno número 1-A, la "Compañía de Seguros Bolívar S. A." figura como accionista de la sociedad "Seguros Comerciales Bolívar", aunque sin haber sido autorizada como "representante, auspiciadora o administradora" de esta última; y "el grupo de compañías de Seguros Bolívar, 'actuaban conjuntamente en la ciudad de Cali en los meses de mayo, junio y julio de 1956, por medio de una agencia única que las representaba a todas y diligenciaba sus intereses'". Es decir que ese abono a primas correspondientes a compañías distintas, al ser hecho por conducto de un agente común a las dos empresas y frente a una agencia única que diligenciaba sus intereses, pudo producirse, como lo fue, para que por la agencia se efectuase luego la discriminación correspondiente.

Ajustada, pues, la negociación de los seguros entre el interesado Parra Ramírez y el agente de las compañías, cuyo carácter representativo es, por lo dicho, indiscutible y cuya actuación se enmarca dentro de esa calidad, quiere decir que la expedición de las pólizas por las empresas aseguradoras, que solemnizó tales contratos, vinculó a las mismas empresas al cumplimiento de éstos, en los términos convenidos por el agente.

En consecuencia, si al negociar los seguros en la forma vista, el agente otorgó al asegurado, para el pago del saldo del valor de las primas, plazo hasta fines de julio de 1956 (respuesta 8ª del agente en posiciones), ello colocó a las compañías *en el caso del término de gracia que consagra el artículo 670 del Código de Comercio, según el cual "concedido un término de gracia para el pago de la prima, los aseguradores quedan obligados a la reparación del siniestro que ocurra antes de su vencimiento". Es ésta, por lo tanto, norma en que ha de informarse la solución del presente litigio, desde luego que la muerte por accidente del asegurado Parra Ramírez ocurrió el 9 de julio 1956, como lo establece el acta visible al folio 18 del cuaderno 1º, o sea antes de la expiración de ese plazo.*

b) La alegación de que las compañías aseguradoras —y menos sus agentes— no pueden

acordar plazos para el pago de las primas, ni fraccionar éstas, de ser completamente exacta, no constituiría razón oponible a los extraños que de buena fe negocian sus seguros, ya directamente con las oficinas principales de las mismas empresas, ya por intermedio de sus agentes o agencias, porque las restricciones que puedan existir en el particular serían atinentes a la conducta de las empresas mismas, es decir a la disciplina que éstas han de observar en el desarrollo de sus actividades, pero cuya transgresión mal podrían invocar ellas en su propio provecho y en perjuicio de los particulares con quienes contratan, los cuales al hacerlo, no estando en posibilidad de discutir el clausulado de las pólizas, ni de aquilatar el mérito de las ventajas que se les ofrezcan, tienen que acogerse al dicho —que se entiende ilustrado y veraz— de los funcionarios o agentes de las entidades aseguradoras.

Así, pues, aunque el tenor impreso de la solicitud de seguro a la "Compañía de Seguros Bolívar", suscrita por el agente Naranjo y por el interesado Parra Ramírez, con fecha 1º de junio de 1956, diga que el seguro solicitado no se considera en vigor sino "habiendo (el solicitante) pagado la primera prima", y aunque los textos de las pólizas emitidas el día 20 del mismo mes recen, el de la número 21766 que "La Compañía asume las obligaciones estipuladas en esta póliza en virtud del pago de la prima..." y el de la número AP-964 que "Esta póliza se expide en virtud del pago por anticipado de la prima...", ello no obsta para que, si el agente, separándose del clausulado impreso de tales solicitudes y pólizas, convino con el asegurado en que éste hiciera un abono a las primas, para el 2 de julio siguiente, y cubriera el saldo de ellas antes de expirar el mismo mes, ese arreglo comprometiose la responsabilidad de las compañías en cuyo nombre y para cuyo beneficio fue acordado por el agente.

c) Es inoperante la afirmación de que las compañías demandadas no recibieron suma alguna por concepto de las primas.

Porque está visto que su agente recibió del asegurado, el 2 de julio de 1956, un cheque con destino a efectuar un abono parcial al valor de esas primas. Este cheque, como lo confiesa el agente en la absolución de posiciones, estuvo en su poder desde el dicho 2 de julio hasta el 10 del mismo mes, en que, ya muerto el asegurado, procedió a devolver tal instrumento, sin haberlo presentado a la agencia de las compañías en Cali (contestaciones 5ª, 4ª y 2ª). Y que su deber, desde el momento en que lo recibió, era el de entregarlo a tal oficina, es asunto que expresamente acepta el agente en su respuesta a la posición duodécima.

Siendo, pues, el cheque un instrumento de pago; no estando demostrado que el de que aquí se trata careciese de provisión de fondos; antes bien, obrando en el juicio la declaración no contradicha, ni impugnada, del señor José Eustacio Tovar Acosta, como persona que tenía a su cargo la sección de cuentas corrientes de la sucursal principal del Banco Popular de Cali, acerca de que "El día diez y nueve de julio de 1956, la cuenta corriente del señor Parra tenía un saldo de $ 265.00" (fl. 32 C. 3), suma igual al monto de las primas, quiere decir que no puede sostenerse que la circunstancia de no haber hecho las compañías efectivo el cheque a causa de la retención que de éste hiciera su agente, haya de producir el mismo efecto que resultaría si por parte del asegurado se hubiese dejado de cumplir su compromiso de hacer aquel abono. Si el cheque no se cobró, ello no se debió a culpa del asegurado, sino al hecho del agente, por el que deben responder las propias compañías, como, en armonía con la ley, lo dispone el ya citado artículo 3º de la Resolución número 22 de 1955 de la Superintendencia Bancaria.

Conclusiones:

a) Néstor Naranjo, al negociar como agente de las compañías de "Seguros Bolívar S. A." y "Seguros Comerciales Bolívar", con Manuel Antonio Parra Ramírez, los seguros, materia de este pleito, comprometió la responsabilidad de las referidas empresas, en razón de los términos por dicho agente convenidos;

b) por lo tanto, al aceptar éste que el asegurado hiciese, mediante el cheque recibido por el primero, un abono parcial al valor de las primas, y que completase el pago de éstas más tarde, dentro del mes de julio del mismo año, otorgó al asegurado el término de gracia de que trata el artículo 670 del Código de Comercio;

c) los respectivos contratos de seguro se perfeccionaron con la expedición que las compañías hicieron de las pólizas, el día 20 de junio de 1956, debiendo tenerse como incorporadas a tales contratos las concesiones sobre fraccionamiento de las primas y término de gracia, otorgadas por el agente al asegurado Parra Ramírez;

d) habiendo el último fallecido accidentalmente, antes de expirar el término de gracia que tenía para completar el pago de las primas, la beneficiaria de los seguros, señora María de la Cruz Ramírez de Parra, adquirió el derecho a

que éstos le sean satisfechos, por virtud de lo dispuesto en el citado artículo 670;

e) del valor de los seguros deberá descontarse el de las primas iniciales correspondientes, que no hicieron efectivas las respectivas compañías. En consecuencia, de la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000), valor del seguro de que es responsable la "Compañía de Seguros Bolívar S. A.", se deducirá la cantidad de doscientos tres pesos ($ 203.00) a que monta la prima semestral incluída la adicional, resultando un saldo de treinta y nueve mil setecientos noventa y siete pesos ($ 39.797) a cargo de esta entidad; y de la suma de veinte mil pesos ($ 20.000), valor del seguro de que es responsable la Compañía "Seguros Comerciales Bolívar", se deducirá la cantidad de sesenta y dos pesos ($ 62.00), valor de la prima semestral, resultando un saldo de diez y nueve mil novecientos treinta y ocho pesos ($ 19.938) a cargo de esta entidad;

f) cada una de estas compañías deberá, además, abonar los intereses a la tasa de ley sobre la cantidad principal a su cargo, causados a partir del día en que su obligación de satisfacer ésta se hizo exigible y hasta cuando se efectúe el pago.

g) puesto que la sentencia de primera instancia no proveyó sobre las cuestiones de que tratan los dos ordinales inmediatamente anteriores, habrá de ser reemplazada a efecto de proveer lo conducente en esos puntos; y

h) no habrá lugar a decisión especial sobre las excepciones de "inexistencia del contrato o contratos de seguros" e "ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada", propuestas por parte de la "Compañía de Seguros Bolívar S. A.", porque tales excepciones quedan implícita y necesariamente resueltas con la definición de la materia misma litigada.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de segunda instancia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veinticuatro (24) de abril de mil novecientos sesenta y uno (1961) y, como juzgador de instancia,

RESUELVE:

Revócase la sentencia de primer grado dictada por el Juez Quinto (5º) Civil del Circuito de Bogotá, el día nueve (9) de diciembre de mil novecientos sesenta (1960) y, en su lugar, se decide este pleito así;

1º Declárase que la "Compañía de Seguros Bolívar S. A." celebró con el señor Manuel Antonio Parra Ramírez un contrato de seguro, vigente en el momento de cumplirse los riesgos que el asegurador tomó sobre sí, contenido en la póliza número 21766 de veinte (20) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), con doble indemnización por causa de muerte accidental del asegurado, o sea, por la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000);

2º Declárase que la Compañía denominada "Seguros Comerciales Bolívar" celebró con el señor Manuel Antonio Parra Ramírez un contrato de seguro por accidentes personales, vigente en el momento de cumplirse el riesgo principal, contenido en la póliza número AP-964 de veinte (20) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), por veinte mil pesos ($ 20.000);

3º Condénase a las Compañías denominadas "Compañía de Seguros Bolívar S. A." y "Seguros Comerciales Bolívar", a pagar a la señora María de la Cruz Ramírez de Parra, en su condición de beneficiaria, las cantidades de treinta y nueve mil setecientos noventa y siete pesos ($ 39.797) y diez y nueve mil novecientos treinta y ocho pesos ($ 19.938), respectivamente, como saldos de los valores de los seguros sobre que versan las pólizas números 21766 y AP-964, ambas de fecha veinte (20) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), por haber ocurrido los riesgos previstos en tales contratos, o sea, por el fallecimiento del asegurado señor Manuel Antonio Parra Ramírez, en accidente automoviliario. El pago de tales cantidades se hará a la beneficiaria mencionada, o a quien sus derechos represente, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo.

Además, cada una de las entidades demandadas pagará los intereses a la tasa de ley sobre la cantidad principal a su cargo, causados a partir del día en que su obligación de satisfacer ésta se hizo exigible y hasta cuando se efectúe el pago.

4º Las costas de la primera instancia correrán a cargo de las compañías vencidas, a prorrata de los valores en que han sido condenadas.

Sin costas en la segunda instancia, ni en casación.

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

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION RESOLUTORIA.

Casación. No es tercera instancia que abra de nuevo el debate. La simple interpretación de los medios con criterio distinto del que guiara al Tribunal no alcanza a prevalecer en casación. Los perjuicios por el incumplimiento. Condición resolutoria tácita. La excepción non adimpleti contractus mira a la titularidad. Consecuencias del éxito de la pretensión resolutoria: a) para el comprador; b) para el vendedor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Por escritura 6575 otorgada en la Notaría 6ª de Medellín el 27 de noviembre de 1959, Juvenal J. Gaviria y Blanca Gaviria Ochoa vendieron a Alberto Cadavid Sierra y Sofía Ochoa de Cadavid la hacienda de *Vallejuelo* ubicada en los Municipios de Sopetrán y Ebéjico, por linderos. Del precio de $ 350.000 los compradores dieron al contado $ 180.000 y se obligaron a satisfacer el saldo de $ 170.000 con plazo de seis meses a partir de la fecha de la escritura, con intereses del ocho por ciento anual, pagaderos por trimestres vencidos, y con facultad para hacer abonos al principal no inferiores de $ 50.000.

Expresa aquel instrumento:

"*Quinto.* Que ya hicieron entrega material a los compradores de la finca objeto de la presente venta, por los linderos descritos, con todos los usos, costumbres y servidumbres que consten en títulos anteriores.

"*Sexto.* Como en la finca existen algunos agregados que tienen viviendas propias y mejoras, los vendedores se comprometen a hacer los arreglos necesarios con dichas personas, para recuperar las tierras y demás anexidades, a fin de hacer entrega de la totalidad de la cabida de la finca a los compradores, para lo cual se conviene el término de tres (3) meses, contado a partir de la fecha de esta escritura en adelante. Figuran con casas y mejoras dentro de la finca, las siguientes personas: Santos Arbeláez, Marcos Arbeláez, Ramón Bolívar, Baltazar Sierra, Mario Cano, Joaquín Moná, Graciela Zapata, Belisario Delgado y Loló Cano. Además el señor Carlos Cano ocupa un rancho de la finca, como agregado. Los vendedores arreglarán con los anteriores agregados sus respectivas mejoras, lo mismo que con cualquier otro agregado que se hubiere omitido en la lista anterior y que resulte con derechos sobre edificaciones o cultivos dentro de los límites de la finca".

Tal ha sido el antecedente de este litigio en que con afirmaciones acerca del incumplimiento de la entrega total de la cabida de la finca, porque para el 27 de febrero de 1960 continuaban los arrendatarios en sus respectivas parcelas, los compradores Alberto Cadavid Sierra y Sofía Ochoa de Cadavid entablaron demanda ordinaria contra los vendedores Juvenal J. Gaviria y Blanca Gaviria Ochoa, con estas súplicas:

"1ª Que está resuelto el contrato de compraventa que consta en escritura pública número 6575 de 27 de noviembre de 1959, otorgada en la Notaría 6ª de Medellín, por medio de la cual el doctor Juvenal J. Gaviria y la señorita Blanca Gaviria Ochoa, vendieron al doctor Alberto Cadavid S. y a la señora Sofía Ochoa de Cadavid la finca *Vallejuelo,* que se determina en dicha escritura.

"2ª Que en virtud de la resolución de dicho contrato, las cosas deben volver al estado que tenían antes de que se celebrara y que en consecuencia los demandados están obligados a devolver a mis mandantes los $ 180.000 que pagaron de contado, con sus intereses al tipo legal desde el 27 de noviembre de 1959, o desde el 27

de febrero de 1960 hasta la fecha en que se verifique la entrega. También debe declararse, consecuencialmente, que mis mandantes no están obligados a pagar la parte pendiente del precio y que se cancelará el registro de la escritura 6575, citada, para que la finca de *Vallejuelo* vuelva a ser de propiedad de los demandados.

"3ª Que los demandados deben a mis mandantes los perjuicios que les han ocasionado con el incumplimiento del contrato, perjuicios que serán estimados en este mismo juicio o en otro distinto.

"4ª Que los demandados deben las costas del juicio, si se opusieren a él".

Los demandados se atuvieron a la escritura pública en mención, aseveraron haber cumplido exactamente la obligación de entregar la totalidad de la finca, negaron los perjuicios invocados por los actores, contra quienes solicitaron la imposición de costas. Y no opusieron excepciones.

En fallo del 4 de junio de 1962 el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín resolvió:

"1º Declárase resuelto el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 6575 de 27 de noviembre de 1959, otorgada en la Notaría 6ª de esta ciudad, por medio de la cual los demandados señores doctor Juvenal J. Gaviria Ochoa y señorita Blanca Gaviria Ochoa, vendieron a los demandantes señores doctor Alberto Cadavid Sierra y doña Sofía Ochoa de Cadavid, el inmueble determinado en dicha escritura, hecho primero de la demanda.

"2º En consecuencia de lo anterior, las cosas han de volver al estado que tenían antes de verificarse el mentado contrato; con obligación para los demandados de devolver a los demandantes la suma de $ 180.000 que los primeros pagaron a los últimos como parte del precio, más los intereses a partir de la fecha de la demanda en adelante, hasta que se verifique la entrega o devolución.

"3º Asimismo se declara que los demandantes ya no están obligados a pagar a los demandados el resto del precio pendiente del contrato resuelto.

"4º Cancélese el registro de la mentada escritura número 6575 de 27 de noviembre de 1959, para cuyo efecto se oficiará al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Sopetrán (Ant.), ubicación del inmueble.

"5º Deben los demandados a los demandantes los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato resuelto, los cuales, como no fueron demostrados en el presente juicio, serán tasados al cumplimiento de este fallo, mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, o en juicio aparte.

"6º Corren las costas a cargo de la parte demandada".

Por sentencia plenamente confirmatoria el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 21 de marzo de 1963, puso fin a la apelación interpuesta por la parte vencida, que a su turno introdujo el recurso extraordinario ante la Corte, el cual fue replicado oportunamente por la opositora.

La sentencia acusada.

El Tribunal cita doctrinas sobre la naturaleza jurídica de los contratos bilaterales; se refiere a que en tales figuras "ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte o se allana a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos" (a. 1609); a que en ellos "va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado" (a. 1546); y a que el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él, de manera que si por hecho o culpa suya ha retardado la entrega podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales, todo en el entendimiento de que el comprador haya pagado o esté pronto a pagar el precio íntegro o que se haya estipulado pagar a plazo (a. 1882).

Sobre el caso de autos expone el fallo:

"Los vendedores Juvenal J. Gaviria Ochoa y Blanca Gaviria Ochoa se obligaron a entregar la totalidad de la finca *Vallejuelo* ubicada en los Municipios de Sopetrán y Ebéjico, de acuerdo con las cláusulas 5ª y 6ª de la escritura número 6575 de 27 de noviembre de 1959 de la Notaría 6ª de Medellín. Los compradores, por su parte, se comprometieron a pagar el precio de $ 350.000, así: $ 180.000 de contado, y el resto con plazo de 18 meses, con intereses a razón del 8% anual, pagaderos por trimestres vencidos, pudiendo pagar antes y hacer abonos no inferiores a $ 50.000.

"Es evidente que si los compradores hubieran pagado el saldo del precio antes del plazo máximo que tenían para hacerlo, no por ello habían quedado incursos en mora de entregar la finca los vendedores demandados, porque dis-

frutaban del plazo de tres meses a partir de la fecha de la escritura.

"Muy diferente era la obligación de los vendedores una vez llegado el 27 de febrero de 1960, límite máximo para cumplir la obligación de entregar en su totalidad la finca. La sola expiración de este plazo los constituye automáticamente en mora, porque si es verdad que de acuerdo con el contrato se había entregado parte de la finca, no es menos cierto que de conformidad con la cláusula 6ª debían los vendedores 'hacer los arreglos necesarios, para recuperar las tierras y demás anexidades, a fin de hacer entrega de la cabida de la finca a los compradores...'".

Encuentra que los demandantes cumplieron parte de su obligación oportunamente, además de mantener el propósito de ejecutar el contrato hasta el momento en que incumplió la parte demandada. Considera erróneo pretender mora en la demandante, cuando en la misma fecha en que vencía un trimestre de intereses "se ha debido hacer la entrega total de la finca *Vallejuelo*". Halla que los Gaviria Ochoa no cumplieron dentro del plazo con la obligación de entregar según la cláusula 6ª de la escritura, "entre otras —dice el Tribunal— con las siguientes pruebas:

"a) Con las diligencias de absolución de posiciones (fs. 9 y 15 C. 3);

"b) Diligencia de inspección ocular (fs. 34 a 37 C. 3);

"c) Con los testimonios de Jesús Antonio Cardona (f. 7 C. 3), Pablo Emilio Suescún Orrego (a. *Millo*) (f. 26 C. 3) y Libardo Sierra Posada (f. 39 v. C. 3)".

Y agrega:

"Por su parte, los demandados no lograron demostrar que han cumplido con todas las obligaciones contractuales, pues las actas de conciliación, los recibos sobre pago de mejoras y prestaciones sociales, que obran en el cuaderno de pruebas de la parte opositora (C. 2) no implican, no demuestran la entrega, máxime cuando muchos de los últimos están sin reconocer. De las posiciones absueltas por los demandantes no se desprende confesión alguna que favorezca los intereses de la parte demandada (fs. 34 v. a 38 C. 2)".

La acusación.

El libelo enumera cinco cargos: uno por la causal 2ª, y los restantes por la causal 1ª, artículo 520 del Código Judicial. Y como ambas contemplan errores *in iudicando*, para el caso de autos en orden lógico principia el estudio por la *causal* 1ª.

I. Consiste el primer reparo en aseverar que los actores poseían la totalidad del inmueble a través de la renovación de contratos con los arrendatarios que perseveraban en el fundo. Al respecto alega lo dicho por el actor Alberto Cadavid Sierra en la diligencia de inspección ocular de 25 de octubre de 1961, en el sentido de haber autorizado a Alberto Mery "para recibir arriendos a los que voluntariamente quieran darlo"; y aduce por simple referencia las declaraciones de Pablo Emilio Suescún Orrego, Vicente Arbeláez, Alberto Mery, Carlos Serna y Arturo Velásquez. En seguida comenta:

"Su confesión (de Alberto Cadavid) algo deficiente, pero dotada de suficiencia, y los testimonios de los testigos examinados, y la propia inspección ocular, que es plena prueba en su perjuicio, de consuno, demostraron que poseía la totalidad del fundo, y que los aparceros o agregados de *Vallejuelo* fueron instalados allí por ministerio de su mayordomo y representante. Los testigos Pablo Emilio Suescún Orrego y Vicente Arbeláez, por los demandados, testificaron la entrega íntegra del fundo, y haber actuado con otros peones, regando yerbas artificiales en la superficie del fundo, varias veces nombrado. Resultando que la finca fue desocupada por los antiguos agregados, y que el personal respectivo, es nuevo, en su mayor parte, y si algunos pernoctan allí, es a instancia del actor".

Alude a que la escritura de compraventa fue sometida a examen fragmentario por el Tribunal, que no paró mientes en que el comprador "consintió en remitir a mayordomo suyo, con bastante posterioridad, al 27 de febrero de 1960". Subraya que en total fueron pagados $ 5.762.30 a los arrendatarios para arreglar la desocupación de una finca que fue barata en $ 350.000.

Y aduce quebranto de los artículos 604, 605, 606, 607, 630, 631, 632, 635, 645, 697, 704 y 730 del Código Judicial, a través de los cuales se violaran las normas de los artículos 1708, 1609, 1546 y 1882 del Código Civil.

II. El concepto de este reparo no difiere del anterior, en referencia a lo declarado por Alberto Cadavid Sierra, Alberto Mery, Carlos Serna, Gustavo Velásquez, Pablo Emilio Suescún y Vicente Arbeláez, con la alegación de que ello fue ignorado física y mentalmente por el sentenciador. Agrega que los recibos catalogados

de 1 a 26, C. 2, demuestran los 'arreglos' con los antiguos aparceros y agregados".

"Convirtiendo de tal manera —dice el recurrente— la obligación a término, en una de plazo indeterminado, con arreglo al artículo 1708 del Código Civil. Al disponer que la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue prendas, hipotecas, etc.". Y remata así:

"Dicho diferente: medió el otorgamiento de prórroga tácita del plazo, por los demandantes a los demandados. La sola tolerancia demostrada por el lapso de tiempo mediante entre el 27 de febrero de 1960, y la incoación de la demanda, es un hecho ostensible, demostratorio de esta prórroga tácita, que transformó el plazo fijo, en indefinido. Para incurrir en nueva mora, era menester que se produjera el requerimiento judicial. No se produjo".

De donde deduce violación de los artículos 1708, por aplicación indebida, ordinal 3º, 1608, por falta de aplicación, 1546 y 1882 del Código Civil, también por aplicación indebida.

IV. Alega que el sentenciador, cuanto a la inspección ocular, cometió grave error de derecho, con quebranto del artículo 730 del Código Judicial y violación consecuencial de los artículos 1584, 1546 y 1882 del Código Civil, aplicados indebidamente, en la condenación abstracta al pago de perjuicios por incumplimiento del contrato. A la vez afirma que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho, "ostensible en autos, dada la ausencia total de prueba adecuada para establecer la presunción, o sus antecedentes, de que dichos perjuicios existen, con mengua del artículo 661 del Código Judicial".

Se considera:

1. No es la casación tercera instancia que abra de nuevo el debate judicial, sino recurso extraordinario y estricto, obediente nada más que a motivos predeterminados por la ley.

Si para decretar la resolución del contrato el sentenciador encontró insastisfecha por los vendedores su principal obligación de entregar completa la cosa vendida, dentro del término estipulado con vencimiento en 27 de febrero de 1960, continúa en vigor la cuestión así entendida, mientras no se demuestre error manifiesto de hecho, o yerro de derecho, en el campo probatorio. Lo cual entraña la exigencia de fundar la censura en que aquella prestación a cargo de los vendedores fuese cumplida según la realidad procesal: o porque así lo acreditara a simple vista algún medio omitido por el sentenciador, en el supuesto de yerro evidente de hecho; o porque se violaran normas instrumentales sobre el mérito de las probanzas, si el error de derecho está en mira. Y en cualquiera de las dos hipótesis, que además se desprenda el quebranto indirecto de ley sustancial determinada.

2. Es así como una simple interpretación de los medios con criterio diverso del que guiara al Tribunal no alcanza a prevalecer en casación, porque el fallo de instancia viene al amparo de la presunción de estar conforme a derecho, tanto en materia probatoria como en cuanto a la justicia dispensada.

Para la prosperidad de la crítica no basta alegar extrínsecamente que, sin novación por ello, el plazo de entrega fue ampliado. Sería preciso señalar el medio concreto demostrativo del pacto que por consecuencia inmediata originara la ampliación de aquel término, como plena prueba no vista o mal valorada por el fallo dentro de los supuestos de hecho. De suerte que meras inferencias del recurrente acerca de que los compradores diesen por completada la entrega, carecen de aptitud para destruír el pronunciamiento acusado. Pues se refieren a circunstancias que no muestran de modo inequívoco la aquiescencia de los compradores con lo alegado en el recurso. La autorización que unó de los actores otorgara al mayordomo para el recibo de lo que buenamente diesen los arrendatarios a manera de precio por el disfrute de las parcelas ocupadas, no lleva a concluír que los vendedores cumplieran oportunamente su obligación de completar la entrega de todas aquellas tierras, precisamente libres de arrendatarios o *agregados*.

Como no consta que los respectivos contratos entre tales arrendatarios y los vendedores se hubieran extendido por escritura pública, la extinción del derecho de los arrendadores por consecuencia de la venta, habría hecho expirar automáticamente los arrendamientos, con cargo para los vendedores de indemnizar perjuicios a los arrendatarios. (2019 C. C.). Esto es suficiente a explicar la correspondencia y armonía de las cláusulas 5ª y 6ª de la escritura de compraventa, y revela el propósito de las partes al concertar el plazo de tres meses como el adecuado para alcanzar que los arrendadores de parcelas y después enajenantes de todo el inmueble, quedaran a salvo de indemnizar perjuicios a los arrendatarios por el hecho de la venta, ya que de otro lado se destaca en los compradores la intención de adquirir la hacienda libre de ocupantes. Y resulta nítida, además, la finalidad

recíproca de evitar conflictos con las gentes que deberían desocupar la hacienda, según la promesa de los vendedores.

De suerte que si el instrumento expresa que la finca de *Vallejuelo* fue entregada y, a continuación, que los vendedores tendrán tres meses para completar la entrega, después de arreglos con arrendatarios o *agregados* cuya lista aparece, el contexto claramente significa que los vendedores dejaron de entregar las parcelas ocupadas por terceros dentro del fundo; que se reservaron el derecho de arreglar la situación para la entrega completa, y que los compradores no estaban llamados a obtener que arrendatarios o *agregados* desocuparan las estancias. Al contrario, los compradores debían respetar el *statu quo*, a la expectativa del cumplimiento de la promesa de entrega completa, sin efectuar nada que pudiese interferir, entorpecer o embarazar de cualquier modo la actividad de los vendedores a ese respecto.

3. *Es bastante observar que los contratos onerosos, por su índole, se encuentran destinados a la persecución de fines económicos, para desprender por secuela razonable que el incumplimiento de una de las partes irroga a la otra perjuicios cuyo monto, más alto o más bajo, es susceptible de ulterior liquidación en determinada cantidad de dinero.*

Por eso de plano el artículo 1546 del Código Civil, al consagrar la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, confiere derecho al otro contratante a la indemnización, sea que opte por pedir el cumplimiento o la resolución del contrato.

Entonces, a ese derecho subjetivo corresponde activamente la súplica indemnizatoria que emerge sin más de la resolución del contrato; y por pasiva, la condena en abstracto al resarcimiento del daño, cuando en el proceso no se ha determinado el valor de la indemnización, lo que predicaría la condena en concreto.

4. *Así es como el artículo 553 del Código Judicial abre su imperio para liquidar la condenación abstracta a pagar "frutos, perjuicios, u otra cosa semejante", como corolario de la prosperidad de la pretensión principal a que esas prestaciones acceden. Y no porque el procedimiento sea expedito queda sin audiencia la parte obligada, quien disfruta de oportunidad para producir probanzas que favorezcan su causa en justicia y equidad, mediante debate sobre el que recae proveído judicial que admite el recurso de alzada. Habrá en ello economía procesal, mas no privación del derecho de defensa.*

Causal 2ª Está referida a que la demanda inicial contiene cuatro súplicas, en tanto que el fallo decreta seis, lo que en sentir del recurrente envuelve *ultra petita*. Al efecto expresa:

"Se dirá que hubo descomposición de ciertas peticiones, para hacer más tendido el fallo. Algo hay de cierto en esa objeción. No todo. El primer pronunciamiento decreta la resolución del contrato. El segundo que las cosas se retrotraigan al estado anterior a la contrata, con obligación de los demandados de restituír el precio a los demandantes, por ellos abonado, $ 180.000, con intereses, a partir de la fecha de la demanda en adelante hasta que se haga la entrega, sin decir cuál entrega, la del dinero, o de la finca. Tampoco fijó la rata de tal interés, definición que no puede mantenerse indeterminada, incurriendo por este motivo, en *minima petita, extra petita*. Olvidó el pronunciamiento consecuencial de la disolución contractual, relativo a las prestaciones mutuas, lo cual deja insoluto un conflicto de derecho, que debió ser dirimido, o lo que es más insólito, autoriza a los demandantes un enriquecimiento incausado, por cuanto les imparte autorización de no pagar intereses por el saldo que quedaron a deber, mientras disfrutaban del rico fundo ganadero, sin *fijar la rata de ese interés*, lo mismo que el importe del citado abono, desde la presentación de la demanda, caso insólito en perjuicio de contratante de buena fe, amparado por la presunción, no destruída, y deja a su favor los frutos de la hacienda, aprovechados desde la celebración del contrato, año de 1959, hasta la verificación de la *'entrega'*, no dice de qué. La sentencia, por este aspecto, adolece de vicios de indeterminación de la condena, y se produjo herida del vicio *ultra petita"*.

Alega que los demandados negaron los hechos fundamentales y se opusieron a las pretensiones de los actores, sin que el sentenciador examinara las defensas, hasta llegar a que el fallo omitiera "la fórmula declaratoria de no probadas las excepciones propuestas". Se refiere después a las copias de los arreglos de los vendedores con los arrendatarios de la hacienda, para decir que los demandados cumplieron escrupulosamente la obligación que se impusieron. A este efecto distingue el recurrente en el sentido de que si bien los papeles de arreglo llevan fecha de abril de 1960, ello es apenas como elaboración de comprobantes de los contratos consensuales ya realizados con aquellos trabajadores.

"He de concluír —dice— significando que allí, la defensa excepcionó de pago o de cumplimiento de obligación a cargo de los demandados, debidamente, satisfecha. Nada concreto se

dijo en la decisión, parte resolutiva, si se decretaba o improbaba".

Dice además el recurrente:

"El fallo se guarda de sentenciar sobre el monto de intereses, cuanto a su rata, en la parte resolutiva, omisión, y comete abstención de dirimir la cuestión jurídica, atinente a frutos producidos por el fundo, a partir de la fecha de la solemnización de la convención hasta que se cumplan las prestaciones mutuas encima de las restituciones del fundo, libre de cargas, como fue entregado, y de parte del precio acordado y recibido, con intereses. Todo lo cual motivó la controversia. No es cosa de poca entidad o momento, la de dirimir con precisión, el valioso guarismo de los frutos producidos, omitidos por el sentenciador confirmante, en la función económica así del contrato que sigue siendo válido, tanto de la retroacción, que pueda sobrevenir en motivo de la improsperación del recurso...

En caso de retroacción, se impone o bien la compensación de frutos e intereses en el tiempo intermedio, o las prestaciones mutuas...".

Se considera:

5. *Si, pues, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, la prosperidad en juicio de la pretensión encaminada a disolver por esa causa las correlativas obligaciones, exige en primer plano que el demandante haya cumplido por su parte o que estuviese allanado a cumplir lo de su cargo en la forma y tiempo debidos. (1546, 1609 C. C.).*

En efecto: las obligaciones de cada una de las dos partes contratantes se explican y sustentan mutuamente, porque así reciben causa jurídica de modo recíproco. Sin allanamiento del actor carecería de motivo en derecho la acreencia que de su contraparte pretendiera exigir; del propio modo que por su incumplimiento estaría incapacitado para sustentar la disolución del vínculo jurídico, que precisamente ha desconocido.

6. *Ello significa que la llamada excepción* non adimpleti contractus *mira a la titularidad. Por manera que si el pronunciamiento judicial acoge la súplica resolutoria del contrato, allí va incluído el entendimiento de que el actor cumplió o estuvo allanado a cumplir lo de su parte, mientras que el adversario no satisfizo en oportunidad la correlativa obligación. Sin que sea necesario expresar de otro modo que la excepción de contrato incumplido no prospera.*

7. *El propio sistema legal demuestra también a su turno que el buen éxito de la pretensión resolutoria, aunque básicamente equiparable para ambas partes contratantes, no produce iguales consecuencias en todas las hipótesis:*

a) Es bastante claro que quien recibe por tradición la cosa vendida, a pesar de que tenga plazo para el pago del precio en todo o en parte, se hace dueño con derecho a percibir los frutos. Sólo que como la deuda del precio hace que su título sea resoluble, habrá que regir el evento por las normas que atañen al cumplimiento de la condición extintiva. Al respecto ordena el artículo 1545 del Código Civil que "verificada una condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testamento, el donante o los contratantes según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario". Esto, claro está, sin perjuicio de que "cumplida la condición resolutoria, deberá restituírse lo que se hubiere recibido bajo tal condición" (ibídem), *en su propio ser, mas no en general los frutos que, por serlo, no afectan la naturaleza de la cosa que periódicamente permite al dueño adquirirlos por accesión: modo independiente de la tradición que desaparece.*

Por manera que si es al comprador quien ejerce la acción resolutoria por incumplimiento del vendedor acerca de la entrega del objeto, aunque debe restituír lo que por tradición subsecuente al contrato recibiera, no adeuda "los frutos percibidos en el tiempo intermedio", salvo que así expresamente se estipulara ¿Cuándo termina ese tiempo intermedio? Comoquiera que si "el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega" puede "el comprador a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales" (1882 C. C.), se sigue ante todo que el arbitrio del comprador ha de manifestarse por el desistimiento del contrato a través de la demanda resolutoria y, luego, por el fallo judicial que lo admita por venir ajustado a derecho. Esto marca el cumplimiento de la condición resolutoria, no en la fecha del fallo, sino para el día de la demanda, que encierra el ejercicio de la opción de desistimiento del contrato, como facultad legal otorgada al actor que triunfa y no a su contraparte. Lo cual quiere decir que cumplida la condición resolutoria con la demanda, como cosa que el fallo judicial revela, empiezan a deberse los frutos por ministerio de la ley, aunque el pronunciamiento guarde silencio sobre el punto.

b) Pero si no es ya el comprador sino el vendedor quien pide la resolución de la venta por no pago del precio, puede verse de una vez que

el comprador, puesto que es la parte incumplida, carece de causa que en derecho le permitiera ingresar definitivamente a su patrimonio los frutos percibidos. Mal podría con base en su actitud contraria a la ley pretender tutela jurídica de las normas que directamente desconoce y vulnera. Así estatuye el artículo 1932 del Código Civil que "la resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigirlas dobladas; y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad, si ninguna parte del precio se hubiese pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada". O sea que contempla la falta de causa en la medida respectiva para la adquisición de los frutos por quien recibió a título de compra incumplida. No puede el comprador entonces recibir el tratamiento de poseedor de buena fe, que sí merece el que cumplió o estuvo allanado a cumplir lo de su parte.

8. No se demerita esta ventajosa posición en derecho para los actores en el presente litigio, por la circunstancia alegada en el recurso de que no cubrieran los intereses del primer trimestre sobre el saldo insoluto del precio. Porque según lo estipulado esta prestación habría de cumplirse al tiempo mismo de la entrega completa de la hacienda libre de ocupantes. Y como esto no fue así en la oportunidad debida, o sea al vencimiento del mismo trimestre en 27 de febrero de 1960, no había causa que permitiese a los vendedores exigir los intereses, ni el saldo de la deuda.

9. La opción para perseverar o desistir del contrato no estaba prescrita a tiempo de la demanda ni se alegó esa defensa no declarable de oficio. Se ejercitó tal facultad por la súplica resolutoria de quien la ha tenido por ley. Tomar el silencio anterior por aquiescencia al incumplimiento sería tanto como atribuír la elección a la parte incumplida. Ni vale decir que en abril de 1960 según los papeles aportados los vendedores obtuvieron constancia escrita de arreglos de naturaleza consensual celebrados con anterioridad, ni hacer distinciones al respecto, porque esto no permite inferir a ciencia cierta que el 27 de febrero de 1960 se hubiera completado el hecho mismo de la entrega de la hacienda a los compradores.

10. Pero la censura es válida y aparece fundada en cuanto la inadecuada ejecución del fallo conduciría a sentencia *ultra petita* con respecto a frutos. Pues si como viene expuesto, a partir del cumplimiento de la condición que se cristalizó en la fecha de la demanda inicial del pleito, hay lugar a restituír los producidos por la parte entregada de la heredad conforme a la escritura, ello es precisamente a virtud del análisis que permite descubrir decisión *ultra petita* si la sentencia se entendiera en el sentido elemental de que los dichos frutos no se deben puesto que no hay condenación expresa a satisfacerlos. Porque si se pidió la resolución por modalidad implícita cumplida en el pacto bilateral, sencillamente no se demanda exoneración del pago de frutos con posterioridad a ese mismo evento que extingue la causa adecuada a la adquisición de los mismos, puesto que hay voluntad de desapoderamiento en la súplica resolutoria del título adquisitivo. Y si el fallo exonera de pagar tales frutos, va más allá de lo pedido.

11. Por cuanto el equilibrio debe aparecer establecido con la mayor claridad posible, lo que viene dicho es suficiente motivación para el fallo de reemplazo.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de fecha 21 de marzo de 1963 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, *revoca* la de primera instancia dictada el 4 de junio de 1962 por el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín, y en su lugar,

Falla:

1º Declárase resuelto el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 6575 de 27 de noviembre de 1959, otorgada en la Notaría 6ª de Medellín, por medio de la cual los demandados Juvenal J. Gaviria Ochoa y Blanca Gaviria Ochoa vendieron a los demandantes Alberto Cadavid Sierra y Sofía Ochoa de Cadavid el inmueble determinado en la misma escritura.

2º Los demandados devolverán a los demandantes la suma de $ 180.000 pagada como parte del precio, más los intereses a la tasa legal del seis por ciento anual, desde el 12 de mayo de 1961, fecha de la demanda, hasta el día del pago de esta cantidad de dinero.

3º Los demandados deben a los demandantes los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato resuelto, según las reglas generales.

4º Los demandantes restituirán a los demandados el inmueble que recibieron según la citada escritura pública 6575 de 27 de noviembre de 1959, Notaría 6ª de Medellín, además del valor en dinero de los frutos que debió producir con mediana inteligencia y actividad a partir del 12 de mayo de 1961, fecha de la demanda, como si desde entonces y hasta el día de la entrega el mismo inmueble hubiera estado en poder de los demandados.

5º Las prestaciones recíprocas de las partes se ejecutarán simultáneamente, son compensables las que tienen por objeto dinero y se liquidarán por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

6º Inscríbase este fallo en el Registro competente.

7º Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada.

Sin costas en casación.

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

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, Arturo C. Posada, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NACIONALIDAD. ADQUISICION, PERDIDA Y SUBSISTENCIA.

Partidas eclesiásticas. Cómo se subsana la omisión de éstas en los libros parroquiales. Legislación nacional y extranjera. Regla en caso de conflicto entre éstas. Impugnación de un acta de nacimiento en cuanto al lugar donde éste se efectuó. Filiación natural. El domicilio del demandante y la competencia. Adelantamiento de la acción de filiación natural, según el Derecho Internacional Privado. Violación indirecta de la ley. Aplicación de los Jueces Colombianos de la ley Ecuatoriana. Tratado de Derecho Internacional Privado firmado entre Colombia y Ecuador. Análisis de éste y del Código Civil del Ecuador frente a la legislación colombiana. Derechos sucesorales de los hijos naturales en concurrencia con los hijos legítimos en relación con el Tratado suscrito entre Colombia y Ecuador.

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

(Magistrado ponente: Arturo C. Posada).

Leonidas Espíndola, vecino de Ipiales, por medio de apoderado debidamente constituído, citó a juicio ordinario de mayor cuantía a César y Gonzalo Espíndola Rangel, Rosa Matilde Espíndola de Montenegro y Víctor Mateo Espíndola Rubio o González Rubio, vecinos de Quito los dos primeros, como hermanos de Víctor Espíndola Rangel, ya fallecido, y los dos últimos como hijos del mismo, y vecinos de Ipiales y Pasto, respectivamente, para que el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales declarara:

a) Que Leonidas Espíndola es hijo natural de Víctor Espíndola Rangel y de Ismeria Bravo, ambos de nacionalidad colombiana, por todas o algunas de las siguientes causales estatuídas en la Ley 45 de 1936: 1º "Por existir cartas y otros documentos escritos de su pretenso padre, que contienen confesiones inequívocas de paternidad"; 2º Por haber sido Leonidas Alfredo fruto de relaciones sexuales habidas entre Víctor Espínola Rangel e Ismeria Bravo Suárez; y 3º Por haber tenido Leonidas Alfredo la posesión notoria de hijo natural de Espíndola Rangel "en los diversos vecindarios donde ambos vivieron desde que aquél nació hasta cuando murió éste".

b) Que, como consecuencia de la declaración anterior, Leonidas Espíndola es legitimario del causante y tiene derecho a recibir a título de herencia la porción que la ley le asigna en la mortuoria de Víctor Espíndola Rangel, ya fuera intestada o testada, reformándose en el segundo evento "cualquier testamento del de cujus que vulnera su legítima".

c) Que se condene a Víctor Mateo Espíndola Rubio o González, a quien exclusivamente debe perjudicar la sentencia en este punto, como actual ocupante de la herencia, a restituírle al demandante la porción hereditaria que le corresponda de acuerdo con la ley, ya sea la sucesión testada o intestada, junto con los frutos naturales y civiles o su valor, desde que ocupó la herencia hasta cuando se haga la entrega.

La extensa relación de hechos se puede resumir así:

Víctor Espíndola Rangel nació y fue bautizado en Túquerres; contrajo matrimonio en Ipiales con Rosa Rubio o Rosa González Rubio; de esta unión nació Víctor Mateo Espíndola, quien, como heredero universal, ocupa la totalidad de la herencia.

Víctor Espíndola Rangel, después de haber vivido la mayor parte de su vida en el Ecuador, falleció en la ciudad de Quito.

Siendo soltero, por los años de 1915 en adelante residió en Ipiales, donde tuvo relaciones sexuales estables y notorias con Ismeria Bravo, de las cuales nacieron Leonidas Alfredo, el 11

de enero de 1917, y Beatriz Rosalba el 30 de enero de 1920. Esta falleció el 30 de agosto del mismo año, y su madre, Ismeria Bravo, en 1923.

Víctor Espíndola Rangel tanto en Colombia como en el Ecuador trató siempre a Leonidas Alfredo como a su hijo por un espacio de más de treinta años. Muerta Ismeria, lo llevó de la casa de ésta, el 12 de octubre de 1923, a Tulcán a vivir en su propia casa en compañía de su hermana Sara Espíndola, a la cual, lo mismo que a sus hermanos César y Gonzalo Espíndola y a su hija Rosa Matilde Espíndola, lo presentó como tal. Fuera de suministrarle vestuario y alimentación en dicha ciudad, lo tuvo en las escuelas Sucre y Colón durante seis años, y en la propia casa le puso preceptor particular. En 1926 enfermó Leonidas Alfredo de poliomielitis, y lo llevó en compañía de la tía a Quito, donde lo hizo operar en la Clínica Pasteur del doctor Ricardo Villavicencio.

Cuando en 1925 o 26 Víctor Espíndola Rangel se casó con Rosa Rubio, natural de Ipiales, Leonidas Alfredo siguió viviendo en Tulcán con su tía Sara, porque su padre abrió casa con su esposa; pero en 1931 por disgustos con aquella, Espíndola Rangel lo llevó a vivir a su casa en compañía de su esposa, de su hijo legítimo, Víctor Mateo Espíndola Rubio, y de Rosa Matilde Espíndola, hoy de Montenegro, otra hija que vivía con los esposos Espíndola Rubio.

Cuando Espíndola Rangel desempeñó por segunda vez el consulado del Ecuador en Ipiales, Leonidas Alfredo continuó estudiando en Tulcán al cuidado de Isabel Ruiz, quien por cuenta de su padre le suministraba vivienda y alimentación, pero en los fines de semana venía a casa de su padre a Ipiales, quien lo presentaba como hijo a las personas que iban al consulado. La esposa de Víctor Espíndola Rangel también trataba y presentaba a Leonidas Alfredo como hijo de su cónyuge.

En 1935, Víctor Espíndola Rangel se fue con su familia a radicarse en Quito, y Leonidas Alfredo convivió también allí al lado de los esposos Espíndola Rubio y de sus hijos Víctor Mateo y Rosa Matilde. En esta ciudad, Espíndola Rangel matriculó a Leonidas Alfredo en el colegio Mejía, como externo, donde estudió hasta el año de 1937 en que lo hizo ingresar a la Escuela Central Técnica hasta recibir su grado de mecánico electricista en 1940.

Así que desde 1923, en que lo retiró del lado de su familia, hasta 1940 Leonidas Alfredo vivió en compañía de su padre, bajo su dependencia, proveyendo este a su educación y establecimiento y presentándolo como hijo a sus deudos y amigos.

Cuando el presunto padre se ausentaba de Quito, la esposa le suministraba lo necesario de orden de aquel.

En 1940, a raíz de recibir su título de mecánico, se retiró de la casa paterna y se casó con Blanca Larrea, pero Espíndola Rangel continuó tratándolo como hijo, pues les proporcionaba dinero a él y a sus familiares.

En el mismo año, surgió un disgusto entre Leonidas Alfredo y su padre debido a que aquel le reclamó el producto de la venta de una casa perteneciente a su madre, Ismeria Bravo. Con motivo de este disgusto, Leonidas Alfredo comisionó a un abogado para que obtuviera el reconocimiento de su filiación natural. La intervención del abogado por carta dio ocasión a que Víctor Espíndola Rangel en contestación por telegrama al abogado, y en carta a la propia esposa Rosa Rubio de Espíndola, confesara en forma inequívoca que Leonidas Alfredo era hijo natural suyo.

Habiéndose reconciliado Leonidas Alfredo y Víctor Espíndola Rangel, este le dio el apellido y le confió la administración de sus negocios hasta su muerte, como aparece de la correspondencia y memorandum escrito acompañados a la demanda.

El patrimonio herencial de Víctor Espíndola Rangel lo constituyen:

1º Los derechos que por concepto de la sucesión de su cónyuge Rosa Rubio de Espíndola le corresponden en la mortuoria de Rosa Rivas, cuyos bienes están radicados en Colombia;

2º Cinco inmuebles situados en Tulcán y dos en Quito; y

3º Semovientes y otros bienes muebles.

Se propuso por el demandado Espíndola Rubio la excepción dilatoria de declaratoria de jurisdicción fundada en que el causante, Víctor Espíndola Rangel, su hijo legítimo, Víctor Espíndola Rubio, y los demás demandados lo mismo que el actor Leonidas Alfredo Espíndola son nacionales del Ecuador y domiciliados allí, y en que los bienes a que se refiere la acción de petición de herencia están situados en aquel país. Tanto el Juzgado como el Tribunal la declararon no probada.

Solamente el demandado Víctor Mateo Espíndola González Rubio contestó la demanda negando los hechos fundamentales, oponiéndose a las súplicas de ella y proponiendo las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, carencia de acción, improcedencia de las propuestas y la genérica.

El Juzgado en sentencia de diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho resolvió: 1º Declarar que Leonidas Alfredo Espíndola Bravo es hijo natural de Víctor Espíndola Rangel. 2º Negar que el demandante tenga derecho a recibir como legitimario herencia en la mortuoria testada o intestada de Víctor Espíndola Rangel; y 3º Absolver al demandado Víctor Espíndola Rubio o González Rubio de los cargos formulados en la petición b) de la demanda, "por carecer el demandante del derecho a instaurar acción de petición de herencia".

Apelado el fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Pasto desató el recurso en sentencia de quince de octubre de mil novecientos sesenta, por la cual confirma la del Juzgado.

Motivación del fallo de segunda instancia.

Trata como cuestión inicial la de la nacionalidad del causante y presunto padre natural, Víctor Espíndola Rangel, de quien sostiene su heredero y demandado Víctor Mateo Espíndola González Rubio que es ecuatoriano con respaldo principalmente en los siguientes hechos:

a) Su inscripción electoral con cédula número 452, que se expide únicamente a los nacionales ecuatorianos; b) su elección para cargos de representación como miembro del Concejo Municipal de Tulcán, y diputado por la provincia de Carchi al congreso nacional. Estima que el haber sido el padre de Víctor Espíndola Rangel nacional ecuatoriano, haber expresado este en su testamento la misma nacionalidad, y contener igual afirmación el acta de defunción no configuran premisas para deducir la nacionalidad, como tampoco el haber desempeñado el cargo de cónsul del Ecuador en Colombia. Para el fallador de segunda instancia, estas razones se estrellan contra la copia de la partida expedida por el Párroco de Túquerres, conforme a la cual Víctor Manuel Espíndola Rangel fue bautizado allí el 25 de febrero de 1885 al segundo día de nacido. En tales condiciones, prosigue el fallo, el padre del demandante "fue nacional colombiano por nacimiento, de padres colombianos, condición prevista por el artículo 7º de la Constitución Colombiana", realidad que, en los términos taxativos del artículo 8º *ibídem*, no podía ser controvertida sino por haber adquirido carta de naturalización ecuatoriana renunciando a la nacionalidad colombiana.

Se ocupa luego de la nacionalidad del demandante Leonidas Alfredo Espíndola Bravo, de quien el demandado también afirma que es ecuatoriano, "por razón de: a) haber nacido en Tulcán, según la correspondiente partida de origen civil; b) haber obtenido cédula de ciudadanía ecuatoriana; c) por la consiguiente inscripción en el Registro Electoral del Cantón de Quito; d) por haberse casado en el Ecuador con una dama ecuatoriana; e) por haber sido empleado en el Ecuador y haber percibido pensión de invalidez en el mismo país". Cita como documentos allegados al expediente para probar estos hechos: a) la certificación del párroco de Tulcán que acredita el bautismo de Leonidas Alfredo Bravo el 12 de marzo de 1917; b) el acta número 224 en la cual el Jefe del Registro Civil del Cantón de Tulcán recogió el denuncio hecho por Marco F. Nolivos, del nacimiento de Leonidas Alfredo Bravo, hijo de Ismeria Bravo, el 8 de marzo de 1917, ecuatoriana; y c) copia de la cédula 237038 correspondiente a "Espíndola Bravo Leonidas Alfredo" en la cual se dice que es hijo de Víctor Manuel Espíndola y de Ofelia Bravo y que nació el 17 de enero de 1917.

A la partida de origen eclesiástico le observa el sentenciador que no aparece autenticada en forma legal, y que, como la nacionalidad es un hecho natural, "y el bautismo una eventualidad circunstancial, no puede aceptarse que esta sea la que configura aquella" sin la concurrencia de otras pruebas. De ahí por qué el artículo 8º de la Carta "establece que son nacionales colombianos no únicamente los que nacen en el territorio, sino que reclama otras condiciones, aceptando también la posibilidad de adquirir la nacionalidad por adopción". Al acta del registro civil traída al proceso le anota que en ella se expresa que la madre de Leonidas Alfredo es Ismelia, en tanto que en el original aparece Romelia, como se acreditó en la inspección ocular efectuada en la primera instancia. A la cédula de identidad le advierte que en ella aparece que la madre es Ofelia Bravo y que el actor nació el 17 de enero de 1917. Finalmente observa que la comunicación del alcalde de Quito sobre nombramiento de administrador de la planta eléctrica de Puembo y Pifo, está dirigida a Leonidas Espíndola Bravo, y en la diligencia de posesión aparece Leonidas Espíndola Pino.

Se ocupa luego de las pruebas aducidas por el demandante para acreditar la nacionalidad colombiana, que son:

1º La partida inscrita en la Notaría 2ª de Ipiales el 26 de marzo de mil novecientos cincuenta y tres sobre el nacimiento de Leonidas en dicha ciudad en el año de 1917. A este documento le observa que, si inscrito de conformidad con el artículo 13 de la Ley 92 de 1938, se resiente de casuismo, por cuanto seis meses des-

pués se instauró la demanda en la cual se controvierte el estado civil de la persona cuyo nacimiento se registró treinta y seis años después de acaecido.

2º Los testimonios rendidos por José María Rosero y Fabio Suárez Coral, José María Vera, Leticia Carreta de Vallejo, José Pepinosa, Daniel Yepes, Luis Miranda, Pastora Portilla de Parra, Alejandro Revelo, Rosa Matilde E. de Montenegro, Ofelia Parra de Alexander, Segundo Guerrero, Eloy Alfonso Bolaños, Ramona Albornoz e Isabel Landázuri de Vera, "acreditan dos hechos, a saber: a) la nacionalidad colombiana por nacimiento y vecindad de Ismeria Bravo, madre de Leonidas Alfredo, y b) el nacimiento en la ciudad de Ipiales del precitado Leonidas Alfredo. Todos estos testigos, en su gran número mayores de cincuenta años de edad, narran los hechos con conocimiento de causa y dan las razones de sus afirmaciones en forma que merecen ser creídos...". Anota los detalles de importancia que sobre el nacimiento de Leonidas Alfredo en Ipiales dan Ofelia Parra, Segundo Guerrero, Ramona Albornoz, Isabel Landázuri de Vera y Fabio Suárez Coral, y concluye: "El relato de todos estos testigos lleva al convencimiento del nacimiento de Leonidas Alfredo en la ciudad de Ipiales, pese a las partidas de bautismo y de Registro Civil de funcionarios ecuatorianos, las cuales se analizaron antes. Por tanto esa nacionalidad por nacimiento no puede darse por perdida respecto de Leonidas Alfredo, si no se ha demostrado que obtuvo carta de naturalización en otro país, máxime si, como ocurre, existen diversas manifestaciones de ser nacional colombiano, y avecindado en el país".

En relación con la competencia, dice la sentencia: "De los demandados, la señora Rosa Matilde de Montenegro tiene su domicilio en Ipiales, lo cual unido a la consideración de ser los dos protagonistas de este juicio, nacionales colombianos como antes se vio, cohonestan la jurisdicción del Juez que conoció y falló la litis".

De las causales de filiación natural invocadas en la demanda, que son: la existencia de cartas y documentos contentivos de confesión inequívoca de paternidad por parte del pretenso padre, haber nacido el demandante de relaciones sexuales estables y notorias habidas en la época de la concepción, y la posesión notoria del estado de hijo natural, expresa la sentencia que el Juzgado analizó la última.

Este hecho lo encuentra acreditado con las declaraciones que dieron "José María Rosero Ibarra, Fabio Suárez Coral, José María Vera, Leticia Carreta de Vallejo, José Pepinosa, Daniel Yepes, Luis F. Miranda, Pastora Portilla de Parra, Ofelia de Alexander, Rosa Matilde Espíndola de Montenegro, Alfredo Bolaños Mera, Jaime García Muñoz, Rogelia Vejar de Bolaños, Laura Espíndola de García, Hugo Ruiz, Roberto Burbano Fierro y otros, todos los cuales coinciden en afirmar que don Víctor Espíndola Rangel tuvo a Leonidas Alfredo antes de casarse, que lo llevó al Ecuador a convivir en su propia casa en compañía de sus familiares, y que lo presentaba y trataba ante los propios y extraños, como a su propio hijo".

Alude a los certificados de establecimientos escolares donde Víctor Espíndola Rangel matriculó a Leonidas Alfredo; a que entre los testigos citados figuran varios familiares de aquel, los cuales únicamente afirman el tratamiento de hijo que le daba a Leonidas Alfredo, y a las varias cartas dirigidas por Víctor a Alfredo, las cuales si no contienen el tratamiento de hijo, "sí revelan la preocupación e interés por la vida de este y rebasan el ámbito propio de las comunicaciones entre particulares. Todas estas pruebas se entrelazan para formar un haz probatorio demostrativo de la calidad de hijo de Leonidas Alfredo respecto del señor Víctor Espíndola".

Acepta que todas estas pruebas acreditan las relaciones sexuales estables entre los pretensos padres, pero especialmente, que Víctor proveyó a la subsistencia, educación y establecimiento de Leonidas Alfredo por un lapso superior a diez años.

Respecto de la acción de petición de herencia, estima el Tribunal que la prosperidad de ella reclama no solo tener la calidad de heredero sino la de heredero preferente o de igual derecho concurrente con el heredero demandado.

En el caso *sub lite,* si bien el artículo 18 de la ley 45 de 1936 llama al hijo natural a heredar en concurrencia con el legítimo en una cuota equivalente a la mitad de lo que corresponda al segundo, el artículo 28 del mismo estatuto dispone que la concurrencia de los hijos naturales con los hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 45 "sólo tendrá efecto en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir".

Habida consideración de que la Ley 45 entró en vigencia el 30 de mayo de 1936; que Víctor Mateo Espíndola nació el 6 de enero de 1925 del matrimonio de sus padres legítimos celebrado el 9 de abril de 1924, y que el demandante Leonidas Alfredo nació en enero de 1917, se está precisamente en el caso contemplado por el artículo 28 de la precitada Ley 45 de 1936, conforme al cual, no obstante reconocérsele su estado de hijo

natural, no tiene derecho a pedir porción hereditaria.

La sentencia del Tribunal fue impugnada por ambas partes con el recurso extraordinario de casación que fue formulado y contestado oportunamente por cada una de ellas.

La Corte se ocupa en primer término de la impugnación del demandado, por cuanto pretende la infirmación de la declaración de la paternidad, en tanto que el demandante aspira a que, casado el fallo, se decrete la petición de herencia.

Libelo de casación de la parte demandada.

Tres censuras le hace Víctor Mateo Espíndola G. R. al fallo de segunda instancia: la primera por la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial; la segunda y la tercera "por haber incurrido en errores de derecho en la apreciación de la prueba testimonial con la cual dio por establecida la filiación infringiendo directamente disposiciones de carácter probatorio, a través de las cuales quebrantó preceptos sustantivos de la ley civil". Se estudian en el orden en que están presentadas.

Primer cargo.

Lo propone en razón de que está configurada la causal "de nulidad por incompetencia de jurisdicción del Juez colombiano, que vicia el juicio desde su iniciación".

Este aserto lo desarrolla con los siguientes razonamientos:

Por estar ubicados los bienes, objeto de la acción de petición de herencia, en la República del Ecuador, siendo nacionales ecuatorianos el demandante, el demandado y el presunto padre natural, el Juez colombiano no estaba llamado a sentenciar la acción de filiación natural y la de petición de herencia; "al hacerlo quebrantó claros principios constitucionales y un tratado con el Estado ecuatoriano sancionado por la Ley colombiana número 13 de 1905".

"1º *Nacionalidad del demandante*".

Leonidas Bravo o Espíndola; es nacional del Ecuador, nacido y domiciliado allí. La partida que hizo sentar en la Notaría 2ª de Ipiales el 26 de marzo de 1953, para contraponerla a los documentos que fijan su nacimiento en Tulcán, se destruye por sí misma en razón de que las declaraciones en que se basó la inscripción no aparece que hayan sido calificadas de suficientes por el Juez, requisito indispensable para su valor de acuerdo con el artículo 381 del Código Civil.

Las pruebas que acusan la nacionalidad ecuatoriana del demandante son:

a) La copia de la partida de nacimiento de origen eclesiástico, según la cual Leonidas Alfredo nació en Tulcán, como hijo de Ismeria Bravo y de padre desconocido.

b) El acta civil de nacimiento de Leonidas Alfredo, que ocurrió, según dice la eclesiástica, el 12 de marzo de 1917 en Tulcán, como hijo natural de Ismeria Bravo.

Estos dos documentos públicos establecen en forma indudable el lugar de nacimiento de Leonidas Alfredo, sin que valga nada la partida de nacimiento que hizo inscribir en la Notaría de Ipiales "para los efectos del pleito cuando ya tenía 36 años de edad".

Ninguna importancia tiene para su validez la circunstancia de que al expedir la copia del acta de origen civil ecuatoriana se haya cambiado el nombre de Romelia con que aparece en el libro correspondiente, por el de Ismelia, como lo evidenció la inspección ocular practicada por el juez ecuatoriano.

El cambio se produjo seguramente por la similitud fonética de los dos nombres, fáciles de confundir, lo cual explica también que en la partida de matrimonio del demandante la haya hecho figurar con el nombre de Romelia, y en la cédula de identificación, con el de Ofelia.

Así tienen explicación los diversos nombres con que figura la madre del demandante, Ismeria, Ismelia, Romelia, Ofelia, sin que quepa la menor duda de que se trata de la misma persona, y que, por tanto, las objeciones que el Juez y el Tribunal le formulan a las dos partidas de nacimiento de Leonidas Alfredo, la eclesiástica y la civil, expedidas en Tulcán, para restarles fuerza probatoria, están desprovistas de fundamento. Y contra ellas no puede prevalecer la inscrita en la Notaría de Ipiales en forma tan acomodaticia e inoportuna.

"2º *El domicilio permanente del demandante Leonidas Alfredo Bravo o Espíndola es la República del Ecuador*".

Los documentos que comprueban esta circunstancia son:

1º La copia de la cédula de ciudadanía número 237038 expedida por la Jefatura de Identificación y Dactiloscopia del Ecuador, en la cual con su firma declaró que es ecuatoriano,

nacido en Tulcán en 1917 hijo de Víctor Espíndola y Ofelia Bravo.

2º Copia de la inscripción electoral de Leonidas Alfredo Espíndola Bravo expedida por el Tribunal Electoral de la Provincia de Pichincha, en que consta que el 20 de mayo de 1952, bajo su firma se registró como nacido en Tulcán, casado y mecánico de profesión.

. 3º Certificado del mismo Tribunal sobre que Leonidas Espíndola sufragó en las elecciones de 2 de noviembre de 1952 en el Ecuador. Y certificado de que la Constitución y Ley de elecciones del Ecuador conceden el sufragio electoral únicamente a los ecuatorianos.

4º Partida de matrimonio de Leonidas Alfredo Bravo con Blanca Lucía Larrea efectuado en Quito en 1942, en la cual figura él como hijo de Romelia Bravo y ecuatoriano nacido en Tulcán.

"5º Certificado de las partidas de nacimiento de Leonidas Edison y Blanca Sara, hijos del matrimonio anterior ocurrido en Quito".

6º Copia del decreto por el cual el Alcalde de Quito nombró el 25 de marzo de 1946 a Leonidas Espíndola Bravo como administrador de la planta eléctrica de Puembo y Pifo, y certificado de posesión del empleo.

Para el recurrente, ante estos documentos de valor incontrastable, no puede aceptarse que el demandante diga ahora que es nacional colombiano, después de haber confesado bajo su firma que es ecuatoriano nacido en Tulcán y de haber sufragado en los comicios del Ecuador ejercitando un acto que solo corresponde a los naturales de ese país.

Por la misma razón, es inaceptable también que el Tribunal en el fallo contraponga a estos elementos probatorios, que evidencian la verdadera nacionalidad del demandante, "la famosa inscripción de la partida de nacimiento ante el Notario de Ipiales", que carece de valor, y las declaraciones de testigos encaminadas a demostrar las dos causales de filiación alegadas.

Transcribe el aparte de la sentencia en que el Tribunal acepta, con respaldo en los testimonios sobre el particular, que Leonidas Alfredo nació en Ipiales, no en Tulcán, no obstante los documentos que dicen lo contrario, y que, por tanto, es nacional colombiano por nacimiento, ya que no se acreditó que hubiera obtenido carta de naturalización en otro país.

Observa el impugnante que el sentenciador olvida que la prueba testimonial para establecer el nacimiento de una persona tiene el carácter de supletoria, a la cual no se puede acudir sino a falta de la principal, como lo preceptúa el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, que sustituyó al 395 del Código Civil. En el presente caso, continúa el acusador, la prueba principal es doble, eclesiástica y civil, cumple el requisito previsto en el artículo 382, *ibídem*, y tiene el respaldo de autenticidad consagrado en el 392 *ibídem*.

"3º *El supuesto padre Víctor Espíndola Rangel fue también ciudadano ecuatoriano*".

Esta afirmación la deduce el recurrente de los siguiente documentos:

a) El certificado expedido por el párroco de Tulcán en que consta que Víctor Espíndola Fierro, padre de Víctor Espíndola Rangel, nació en Tulcán el 7 de marzo de 1855.

b) El testamento de Víctor Espíndola Fierro otorgado en Tulcán el 5 de marzo de 1913, en el cual declara que nació y fue bautizado en Tulcán, que es ecuatoriano, y deja de heredero a Víctor Espíndola Rangel, casado con Rogelia Rangel, y que todos sus bienes están situados en Tulcán.

c) Copia de la inscripción electoral de Víctor Espíndola Rangel de 64 años, como nacido en Tulcán.

d) Certificado de que Espíndola Rangel sufragó en las elecciones de 4 de noviembre de 1951.

e) Certificado de que, según el artículo 17 de la Constitución Ecuatoriana "es elector únicamente todo ecuatoriano".

f) Certificado de que Espíndola Rangel "concurrió en calidad de diputado por la provincia de Carchi a los congresos ordinarios de 1924, 1930 y 1931", reunidos en el Ecuador.

g) Copia del registro civil de Tulcán sobre el matrimonio de Espíndola Rangel con Rosa Rubio el 9 de abril de 1924, en el cual "consta, autorizado por su firma, que es ecuatoriano".

h) Certificado de defunción de Espíndola Rangel, ecuatoriano, el 5 de diciembre de 1952 en Quito.

i) Copia de la escritura número 47 otorgada en la Notaría de Túquerres el 16 de mayo de 1890, por la cual Víctor Espíndola Fierro y su esposa Rogelia Rangel, declaran legitimar a su hijo Víctor Manuel.

"j) Liquidación de las mortuorias acumuladas de los esposos Víctor Espíndola Rangel y Rosa Rubio en la ciudad de Quito y adjudicación de bienes al único heredero Espíndola Rubio. Todos los bienes adjudicados figuran como situados en la República del Ecuador".

A esta serie de documentos, observa el recurrente que con ellos "no queda la menor duda de que Víctor Espíndola Rangel fue hijo de padre ecuatoriano, nacido en Colombia, pero domiciliado desde niño en la República del Ecuador donde ocupó cargos tan importantes como el de Representante al Congreso Nacional, dignidad que en ese país como en Colombia solo tienen derecho a recibirla únicamente sus respectivos ciudadanos. Además murió en Quito, su domicilio permanente, y allí mismo ante los jueces ecuatorianos hubo de liquidarse su mortuoria siendo su único heredero el demandado Espíndola G. R.".

El capítulo que titula "Los principios constitucionales sobre nacionalidad" lo dedica a demostrar cómo es errónea la afirmación del Tribunal de que, por haber nacido Espíndola Rangel en Colombia y de padres colombianos, es colombiano ya que esta nacionalidad no puede considerarse reemplazada por la ecuatoriana, según el artículo 8º de la Constitución sino con la carta respectiva de naturalización, que no se trajo al juicio.

Al efecto expone:

Aunque Espíndola Rangel nació en Túquerres, su padre fue ecuatoriano, él mismo se consideró con esa nacionalidad, y tuvo su domicilio permanente en el Ecuador.

El Tribunal no examinó el alcance del artículo 8º de nuestra carta, y reguló el caso con criterio simplista.

Esta norma determina que son colombianos por nacimiento: "Los naturales de Colombia con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República".

De aquí concluye el impugnante que, siendo el nacimiento y la adopción los dos medios de adquirir la nacionalidad colombiana, "las personas nacidas en Colombia son colombianas, salvo que siendo hijos de padre o madre extranjeros, tales hijos se hallen domiciliados en otro Estado".

La interpretación unánime de los apartes a) y b) del citado precepto en cuanto hablan de domicilio, es que este se refiere al de los hijos no al de los padres.

"En estas circunstancias Espíndola Rangel nacido en Colombia por ser hijo de un ecuatoriano, el señor Espíndola Fierro, y por haber fijado su domicilio permanente en el Ecuador, fue también nacional ecuatoriano, donde adquirió la ciudadanía. Las ocasiones en que Espíndola Rangel residió en Colombia, hízolo en calidad de funcionario ecuatoriano desempeñando funciones consulares.

"Sería absurdo el caso de la doble nacionalidad del señor Espíndola Rangel, que por la circunstancia ocasional de haber nacido en Colombia se le considere contra su voluntad, nacional colombiano, cuando él nunca reclamó esta nacionalidad y al contrario en todos sus actos mantuvo invariable la voluntad de ser ecuatoriano".

Transcribe pasos de un concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores, que el recurrente considera "plenamente aplicable al caso controvertido", el cual se refiere a la interpretación del artículo 8º de la Constitución en el sentido de determinar la nacionalidad del hijo nacido en Colombia de padres extranjeros domiciliados en la República, para fijar si la proposición "se hallen domiciliados en la República" se refiere al hijo o a los padres.

Después de exponer dicho concepto que con la nueva interpretación y manera de entender tal norma constitucional, no se impone la nacionalidad sino que concede el derecho de invocarla mediante el requisito del domicilio del hijo además del de sus padres; que elimina los conflictos de la doble nacionalidad; que es la más plausible y la que más se conforma con la letra y el espíritu de la norma, termina: "En consecuencia en opinión de esta oficina, el hijo nacido en Colombia de padres extranjeros domiciliados en el país en el momento del nacimiento debe considerarse para todos los efectos, como extranjero, hasta el día en que invoque en su condición de *sui juris*, la nacionalidad colombiana por nacimiento, y como habitante domiciliado dentro del territorio de la República".

"5º *La ley colombiana y el tratado con el Ecuador excluyen este proceso de la jurisdicción de los jueces colombianos*".

El desarrollo de este capítulo es, en síntesis, el siguiente:

El tratado con el Ecuador sobre derecho internacional privado, aprobado por la Ley 13 de 1905, en el artículo 3º regula la materia de sucesiones. Así el artículo 19 preceptúa que la sucesión intestada se regirá por la ley nacional del difunto con las limitaciones establecidas en el mismo artículo.

Se halla establecido, continúa el recurrente, que Leonidas Alfredo Bravo o Espíndola y su presunto padre, Víctor Espíndola Rangel, son ecuatorianos; y que la misma nacionalidad del demandado y único heredero, Espíndola Rubio "es una verdad incontrovertible en el proceso".

Siendo esto así, a la ley ecuatoriana, que es la del demandado y del supuesto padre, correspondía desatar la controversia. "Los jueces colombianos son extraños al pleito por haberse trabado entre extranjeros y sobre bienes situados fuera de Colombia. El artículo 32 del mismo tratado dispone que los bienes situados en jurisdicción de cada república se regirán por las leyes nacionales del respectivo país...".

"Entonces la conclusión es obvia: ilegal e inconstitucionalmente los jueces colombianos aprehendieron el conocimiento de esta controversia que ha debido proponerse en el Ecuador. Siendo así, claramente se configura la causal de nulidad del proceso por incompetencia de jurisdicción de los jueces que fallaron, y por lo mismo, la causal de casación que he propuesto para que la Corte declare nulo todo el juicio".

Se considera:

Siendo hechos fundamentales de esta controversia la nacionalidad del actor Leonidas Alfredo Espíndola Bravo, y la del supuesto padre natural, Víctor Espíndola Rangel, y dado que la acción principal de filiación natural, como de estado que es, se regula por la ley nacional de conformidad con lo preceptuado en los artículos 19 del Código Civil y II del Tratado de Derecho Internacional Privado celebrado con el Ecuador y aprobado por la Ley 13 de 1905, se impone como premisa indispensable examinar si en realidad dichas personas son nacionales colombianas o ecuatorianas.

La nacionalidad o vínculo político y jurídico en virtud del cual una persona está sometida a un Estado y amparada por los derechos civiles y políticos que el mismo le otorga a sus nacionales, en la Constitución colombiana se adquiere por el jus soli, *el* jus sanguinis *y la adopción, en la forma que dispone el artículo 8º. Conforme a este precepto, para el caso* sub judice, *"son nacionales colombianos 1º por nacimiento: a) Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República; b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República".*

La parte demandante sostiene que Leonidas Alfredo nació en Ipiales de padres colombianos, y el demandado afirma que nació en el Ecuador (Tulcán) de padre ecuatoriano, que allí se domicilió y actuó como ciudadano ecuatoriano. Funda este aserto en las partidas de nacimiento y demás documentos traídos del Ecuador, de los cuales trató en el cargo.

El Tribunal, al desechar la partida de origen eclesiástico procedente del párroco de Tulcán debido a que no fue autenticada, se ciñe a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 39 de 1933, subrogatorio del 657 del Código Judicial, que exige la autenticación de los documentos públicos y privados extendidos en país extranjero, de que se quiere hacer uso en Colombia, por el respectivo agente consular o diplomático de la República, o, en su defecto, por el de una nación amiga. En verdad, no se cumplió con tal requisito que, por tocar con formalidades procesales, que son de orden público, no puede suplirse con la equiescencia tácita del demandante al no oponerse a que la partida eclesiástica se trajera en tal forma.

Con relación al acta de origen civil allegada al proceso debidamente autenticada, el sentenciador le anota que en ella la madre de Leonidas Alfredo no figura con el nombre de Romelia que registra el original, sino con el de Ismelia. La anotación no constituye un rechazo del documento por tacha de falsedad, porque esta no se propuso ni recibió la tramitación prescrita por los artículos 649, 650 y siguientes del Código Judicial.

La observación tiene solamente el alcance de poner de presente la discrepancia que existe entre el nombre de la que figura como madre del actor en el registro original del nacimiento, y el que trae la copia tomada de él. También anota que en la cédula de identidad, expedida en el Ecuador a Leonidas Alfredo, la madre aparece con el nombre de Ofelia Bravo, que Leonidas nació el 17 de enero de 1917, no el 18 de marzo del mismo año, que reza el acta civil de nacimiento; y que en la diligencia de posesión como administrador de la planta eléctrica de Puembo y Pifo, figura con el nombre de Leonidas Espíndola Pino, no con el de Leonidas Espíndola Bravo que tiene la comunicación del Alcalde de San Francisco de Quito

La tesis fundamental del Tribunal es la de que siendo la nacionalidad un hecho natural dependiente en este caso del lugar donde naciera Leonidas Alfredo, el acta de nacimiento, ante la impugnación en cuanto a la circunstancia de lugar, no puede ser prueba de la nacionalidad, frente a otros medios que la establecen sin la menor duda. Asimismo considera que ni la cédula de identidad, ni el nombramiento o posesión de administrador de la planta eléctrica de Puembo y Pifo son documentos aptos para acreditarla. Y a fe que las manifestaciones que para obtener

estos documentos hiciera Leonidas Alfredo de haber nacido en Tulcán tampoco son medios de establecerla, porque ellas radican en la información del cedulado fundado en la atestación que contiene el acta civil del Registro de Tulcán.

Tampoco son elementos conducentes a establecer que Tulcán fuera el lugar de nacimiento de Leonidas Alfredo las constancias que sobre el particular contienen la cédula de identidad que se le expidió por el Tribunal Electoral Provincial de Pichincha, la copia de la cédula de identidad, el acta de matrimonio, que en 1942 contrajo el mismo Leonidas Alfredo con Blanca Lucía Larrea, porque esta atestaciones se basan en la información que el demandante dio al extender aquellos documentos, la cual no puede ser prueba sobre el particular.

Los elementos de juicio aceptados por el Tribunal para acreditar la nacionalidad del actor son:

El acta de nacimiento sentada en la Notaría de Ipiales el 26 de marzo de 1953, la cual tacha de casuista por haberse inscrito a los 36 años de nacido el demandante y seis meses antes de iniciarse la demanda sobre su estado civil de hijo natural de Víctor Espíndola Rangel. Considera sí que se extendió de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 92 de 1938.

El recurrente anota que esta partida carece de valor, porque no aparece que las declaraciones que se recibieron para extenderla hubieran sido calificadas de suficientes por el Juez, como lo exige el artículo 381 del Código Civil.

Este precepto dispone que "en el caso de haberse omitido alguna partida en los registros, se admitirán las pruebas que sobre ellos se dieren, y declaradas bastantes por el Juez, se procederá a reparar la omisión, poniendo el acta en el lugar correspondiente a la fecha en que se extiende, y anotando su referencia a la margen del lugar en que fue omitida".

El artículo 350, *ibídem,* señala el término de ocho días para poner en conocimiento del Notario los nacimientos que ocurran, y el 377, *ibídem,* dispone que, cuando se pretenda el registro de un nacimiento que se haya verificado un año antes, es preciso que los interesados lo afirmen ante el Notario bajo juramento, y que den noticia exacta de la fecha, o, por lo menos, del mes y año en que aconteció.

Y el artículo 13 de la Ley 98 de 1938 autoriza el registro de un nacimiento fuera de los términos prescritos mediante la comprobación del hecho con declaración de dos testigos hábiles rendida ante Juez competente con audiencia del Ministerio Público.

La demanda afirma que Leonidas Alfredo, nació y fue bautizado en Ipiales y hay testigos que declaran sobre estos hechos. Se trataría entonces de que el párroco omitió registrar el bautismo. *El artículo 381, que contempla la manera de suplir la omisión de un acta en el registro del estado civil, no podía aplicarse a los libros parroquiales, porque como lo ha dicho la Corte "las disposiciones civiles, y en especial las consignadas en los artículos 372 a 384 del Código Civil no son aplicables a las actas de origen eclesiástico, de la misma manera que las disposiciones canónicas sobre actas del estado civil, modos de sentarlas, suplirlas cuando se han omitido, corregirlas, no son aplicables a las partidas de origen civil. De donde se concluye que la omisión de una partida eclesiástica y su incorporación en el libro respectivo no se subsana por el procedimiento establecido en el artículo 381 del Código Civil sino por las respectivas disposiciones de origen eclesiástico. (T. LII-844)".*

Como la Ley 92 de 1938 encargó del registro del estado civil a los Notarios y Alcaldes, la anotación del nacimiento de Leonidas Alfredo en el año de 1953, por no aparecer en los libros parroquiales de Ipiales, no constituía propiamente llenar la omisión de una partida en estos, dado que el registro no estaba ya a cargo de los párrocos, sino de inscribir en él un nacimiento fuera de los términos señalados por el Código Civil, o sea, de aplicar el artículo 13 de la precitada Ley 92. De donde se infiere que no tiene asidero legal la observación del recurrente de que la partida de nacimiento del actor sentada en la Notaría de Ipiales en 1953 carece de todo valor.

Con todo, el fallador de segunda instancia no le dio a este documento pleno mérito, ya que lo tacha de casuista por la época en que se inscribió y finalidades con que se registró.

La sentencia acusada encuentra el convencimiento de que Leonidas Alfredo nació en Ipiales en el relato de los testigos mencionados en el resumen que se hizo en la parte motiva de ella. De estos, José María Rosero declara, por haber sido amigo de Hortensia Suárez, Ismeria Bravo o Suárez, hija natural de aquella y nacida en Ipiales a fines del siglo pasado, Julio Suárez, hermano de Hortensia y Florinda Suárez, sobrina, que vivieron en casa de propiedad de Julio, situada en la carrera Bolívar, hoy carrera 5ª con calle 4ª de Ipiales "en unas piezas que dan a la calle, a mano derecha del zaguán de entrada". Le consta asimismo que en enero de 1917 nació en dicha casa Leonidas Alfredo; como razón de su dicho agrega que, además, de la intimidad que

tenía con la familia de Hortensia, le consta lo del nacimiento de Leonidas Alfredo porque la esposa del declarante, Deifilia Táquez de Rosero, "fue quien lactó al niño de Ismeria por favor que ella le pidiera en virtud de que era seca de leche".

A José María Vera, mayor de 60 años, vivió más de diez años en la casa ocupada por la familia Suárez, le consta que Ismeria Bravo Suárez nació de Hortensia en Ipiales a fines del siglo pasado; que vivieron en la casa de Julio Suárez, ubicada en la carrera Bolívar, hoy carrera 5ª con calle 4ª; que allí nacieron los tres hijos que tuvo Ismeria: Ofelia, Leonidas Alfredo y Beatriz Rosalba; y que el nacimiento del segundo ocurrió en el año de 1917.

Leticia Carreto de Vallejo depone sobre los mismos hechos en razón de haber vivido en el mismo barrio, ser amiga de Julio y Hortensia e Ismeria Suárez, visitarlos con frecuencia en la casa de la carrera Bolívar donde vivieron hasta que murió Ismeria, y porque ayudaba a arreglar la casa, y Hortensia le enseñaba costura.

José Pepinosa de 64 años, relata los mismos hechos dando como razón de su dicho el haber conocido a la familia Suárez y ser vecino de ellos.

A Luis F. Miranda O. de 60 años, quien visitaba la casa de Hortensia como enamorado de Florinda, la sobrina, de 1912, a 1920, y fue amigo de los Suárez, le consta que Ismeria recibió siempre el trato de hija por parte de Hortensia hasta cuando murió aquella, y que Leonidas Alfredo nació en la casa de la carrera Bolívar.

Pastora Portilla de Parra, mayor de 60 años, amiga de los Suárez, depone que Ismeria fue hija natural de Hortensia, quien nació en Ipiales a fines del siglo pasado, que vivió siempre con ella y le dio el trato de hija por más de diez años; que Ismeria tuvo a su hijo Leonidas Alfredo en la casa de la carrera Bolívar, hecho de que se dio cuenta por haberla visitado la testigo cuando Ismeria estaba en su dieta.

Alejandro Revelo, de 50 años, conoció a la familia Suárez desde que tuvo uso de razón, fue vecino de ella en el barrio, motivo por el cual le consta del trato de hija que Hortensia le daba a Ismeria, de la casa que siempre ocupó dicha familia en la carrera Bolívar, en la cual nacieron los tres hijos que tuvo Ismeria, a saber, Ofelia, Leonidas Alfredo y Beatriz Rosalba.

Ofelia Parra de Alexander entraba a la casa de los Suárez a jugar con Ofelia su compañera, hija de Ismeria. Relata que, cuando iba a nacer Leonidas Alfredo, se colocaron con Ofelia que ya era grande, debajo de la cama, porque les habían dicho que "el niño Jesús iba a traer un niño", pero como don Víctor Espíndola las vio "en esas patrañas", las hizo sacar y les dio cinco sucres a cada una para que fueran a hacer hervir pronto la gallina. Le consta también que Deifilia Táquez asistió a Ismeria como partera con protesta de Espíndola, porque era una mujer sucia.

Ramona Albornoz conoció directa y personalmente a la familia Suárez y fue vecina de ella, motivos por los cuales declara que Ismeria, hija natural de Hortensia, nació en Ipiales a fines del siglo pasado; que todos los Suárez vivían en la casa de Julio en la carrera Bolívar; que en ella nacieron Ofelia, Leonidas Alfredo y Beatriz Rosalba, los tres hijos de Ismeria.

Isabel Landázuri de Vera, condiscípula de Ismeria en el colegio vivió en la casa de los Suárez, razón por la cual le consta que Hortensia trató hasta su muerte a Ismeria como hija; que los Suárez vivieron siempre en la casa de la carrera Bolívar en la cual nacieron Ofelia, Leonidas Alfredo y Beatriz Rosalba, hijos de Ismeria.

Teresa Coral viuda de Suárez, de 68 años, quien siempre vivió en la casa donde habitó Ismeria Bravo, manifiesta constarle que en ella nació Leonidas Alfredo hijo de aquella.

Fabio Suárez Coral, hijo de Julio Suárez, hermano de Hortensia, presentó una libreta de propiedad de su padre, de la cual el Juez copió, entre otros, los siguientes apuntes de importancia: "Ismeria nació el 21 de mayo de 1891 en esta ciudad... Leonidas Alfredo Espíndola Bravo el 11 de enero de 1917 en esta ciudad...".

Finalmente, se trajo copia de la escritura número 561 otorgada en la Notaría Primera de Ipiales el 3 de octubre de 1918 por la cual Julio Suárez le da en anticresis a Florinda e Ismeria Suárez "una cocina, una tienda, dos piezas interiores de la casa situada en la carrera Bolívar" a la cual se refieren los declarantes.

Obra copia de la partida de nacimiento de Hortensia Suárez en julio de 1863 en Túquerres.

De todo este conjunto probatorio se deducen con toda certeza los siguiente hechos: 1º Que Hortensia Suárez era colombiana por nacimiento; 2º Ismeria Suárez nació de madre colombiana en Ipiales, y 3º que Leonidas Alfredo nació también en Ipiales de madre colombiana.

En estas condiciones, aplicando el artículo 8º de la Constitución Nacional en el aparte que considera nacionales colombianos a los naturales de Colombia con la condición de "que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos", es un hecho evidente que Leonidas Alfredo, nacido en Colombia (Ipiales) de Isme-

ria Suárez también natural de Colombia e hija de colombiana, adquirió la nacionalidad colombiana por el hecho del nacimiento y también por el *jus sanguinis*.

Esta nacionalidad colombiana, en los términos del artículo 9º de la Carta, no la podía perder sino por haber adquirido carta de naturalización en país extranjero fijando su domicilio en el exterior, hechos que no se han demostrado. En cuanto a lo primero obra certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador de no existir allí constancia de que a Leonidas Alfredo Espíndola se le haya expedido carta de naturalización.

Respecto de lo segundo, si bien obran los documentos que acreditan que se cedulo como ciudadano ecuatoriano, que fue inscrito en el registro electoral, que sufragó en unas elecciones, que contrajo matrimonio en Quito y fue nombrado administrador de la planta eléctrica de Puembo y Pifo, elementos conducentes a establecer que entonces tuvo su domicilio en el Ecuador, no son aptos para que, ante los perentorios términos de la Constitución, pueda desconocérsele la nacionalidad que adquirió por haber nacido en Ipiales de madre colombiana. Es muy posible que en la legislación del Ecuador con base en el acta del registro civil de Tulcán, en que Leonidas aparece como nacido allí, *se le haya considerado como nacional, pero aún en el supuesto de que se hubiera acreditado esto, y de que se planteara el conflicto de las dos legislaciones "en esta hipótesis la regla unánime aceptada es la de que las normas legales sobre nacionalidad son de orden público internacional, y por lo tanto, de imperativa aplicación. Contra ellas no pueden prevalecer las prescripciones de una ley extranjera. El Juez encargado de resolver el conflicto aplicará su propia ley lex fori". (Derecho Internacional Privado, José Joaquín Caicedo Castilla. 5ª edición 1950, pág. 104).*

En cuanto a la subsistencia de la nacionalidad adquirida por nacimiento la Corte ha dicho: "...la nacionalidad adquirida por nacimiento subsiste mientras el individuo no se naturalice y domicilie en otro país; y si se ha naturalizado y domiciliado en otro, pero deja luego el nuevo domicilio y vuelve a tenerlo en el país de su nacimiento, debe entenderse que recobra la nacionalidad de este...". (G. J. T. XX pág. 134).

"Por lo demás, del contenido de dicho artículo 9º se sigue que no basta el requisito de la fijación del domicilio en el exterior por parte de quien se indica como nacional por nacimiento para la pérdida de la nacionalidad colombiana, ya que se requiere, además, para el caso que se haya obtenido la correspondiente carta de naturalización en otro país". (LX pág. 320. LXI pág. 325).

Observa el impugnante que la aceptación de la prueba testimonial para la demostración de que Leonidas Alfredo nació en Ipiales y no en Tulcán constituye un grave error, porque a ella no puede acudirse, como supletoria que es, sino a falta de la prueba principal según el artículo 395 del Código Civil, subrogado por el 19 de la Ley 92 de 1938.

Debe tenerse en cuenta que la prueba testimonial no va contra el acta de nacimiento en cuanto ella acredita que Leonidas Alfredo nació de Ismeria Bravo; tal medio probatorio impugna el acta de origen civil únicamente en cuanto a la circunstancia de que el nacimiento se efectuara en Tulcán. En el particular, el artículo 394 del Código Civil les reconoce a las actas del estado civil que "atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres u otras personas en los respectivos casos; pero no garantizan la verdad de esta declaración en ninguna de sus partes. Podrán, pues, impugnarse haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata". El documento en cuestión da cuenta de que Marcos F. Nolivos, diciéndose apoderado de Ismeria Bravo, hizo la demanda del nacimiento de Leonidas Alfredo. En la diligencia de inspección ocular practicada en la oficina de registro civil no se encontró el poder. El acta apenas da fe de la declaración que en el particular hizo Nolivos, pero no garantiza la veracidad de toda ella, como no la garantiza ningún instrumento público "en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados" (art. 1759 del C. C.). Por tal razón, la parte demandante impugnó el acta de nacimiento sentada en el registro de Tulcán únicamente en cuanto a la circunstancia del lugar en que aquel sobrevino, y lo ha logrado con la abundante prueba analizada atrás.

Sobre el alcance del artículo 394 citado, dice la Corte: "La verdad de los certificados, respecto del nacimiento o del matrimonio, por el Notario o el Cura Párroco, se presume y por este aspecto mientras el acta no sea redargüida u objetada de falsa y demostrada la tacha, el certificado hace plena prueba. Mas respecto de las demás circunstancias expresadas en las actas la veracidad no la garantiza la ley por cuanto el Notario o el Párroco se limitan, porque no podría ser de otra manera, a expresar lo que digan los interesados. De ahí el artículo 394 del Código Civil aplicable a las actas civiles y eclesiásticas. Quien presenta una partida o acta para demos-

trar un estado civil, se apoya en ella, quien la impugna, como es excepcionante, toma sobre el particular el carácter de actor y entonces debe demostrar la falsedad de la declaración consignada en la partida. El principio consignado en el inciso 2º del artículo 394 se condiciona entonces a la norma general de derecho probatorio de que quien afirma o excepciona debe probar su aserto". (T. LIII-53).

Si bien los diversos documentos ameritados pueden establecer que Leonidas Alfredo ha tenido su domicilio en el Ecuador, esto no le impide que como nacional colombiano acuda ante las autoridades nacionales a reclamar un derecho de estado que adquirió con su nacimiento (Art. 20 Ley 153 de 1887), ya que en lo relativo a tal estado aún los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero viven sometidos a las leyes colombianas (Art. 19 C. C.). *De otra parte, el domicilio del demandante para nada influye procesalmente en la competencia del Juez que conoce de la acción personal de filiación natural.*

Acerca de la nacionalidad de Víctor Manuel Espíndola Rangel, supuesto padre de Leonidas Alfredo, se tiene:

La partida de origen eclesiástico acredita que fue bautizado en Túquerres el 25 de febrero de 1885 a los dos días de nacidò como hijo natural de Rogelia Rangel.

La solicitud de Víctor Espíndola y Rogelia Rangel al Juez del Circuito de Túquerres para legitimar a su hijo Víctor Manuel, por no haberlo hecho en el acta de matrimonio que contrajeron en Túquerres el 9 de septiembre de 1887.

Copia de la escritura número 247 pasada en la Notaría de Túquerres el 16 de mayo de 1889 por la cual Víctor Espíndola y Rogelia Rangel "el primero natural de Tulcán, República del Ecuador y la segunda natural de la provincia de Pasto", le confieren a su hijo Víctor Manuel el beneficio de la legitimación.

De estos documentos resulta también que Víctor Manuel Espíndola Rangel como nacido en Túquerres de madre colombiana, según los términos del artículo 8º de la Constitución, es nacional colombiano por nacimiento.

Por lo expuesto, respecto de la nacionalidad de Leonidas Alfredo, esta calidad no podía perderla Espíndola Rangel conforme al artículo 9º de la carta, sino por haber adquirido carta de naturalización en país extranjero y haber fijado allí su domicilio.

Los documentos que acreditan la inscripción de Espíndola Rangel en el registro electoral de Pichincha bajo su firma como nacido en Tulcán; que solamente los ecuatorianos son electores; que sufragó en las elecciones de 4 de noviembre de 1951; que concurrió en calidad de diputado a los congresos de 1924, 1930 y 1931, reunidos en el Ecuador; que contrajo matrimonio en Tulcán en 1924; que la partida de defunción reza que es ecuatoriano; que en la ciudad de Quito se liquidó su mortuoria en forma acumulada con la de su esposa Rosa Rubio, acreditan ante la carta colombiana que Espíndola Rangel se domicilió hasta su muerte en el Ecuador y que allí quizá, por ser hijo de ecuatoriano, se le tuvo como nacional, pero no que no haya nacido en Colombia de madre colombiana y que no sea colombiano, mientras no se demuestre que obtuvo carta de naturalización allá o en otro país. Al respecto obra la certificación del Ministerio de Relaciones Exterior del Ecuador de que no hay la testación de habérsele expedido tal documento.

Resultando que Víctor Manuel Espíndola Rangel, supuesto padre de Leonidas Alfredo, también fue ciudadano colombiano por nacimiento, se agrega a la nacionalidad del segundo la circuntancia de ser hijo de madre y padre colombianos.

La aplicación que el acusador pretende se haga al caso de Espíndola Rangel del artículo 8º de la Constitución con el alcance de que "las personas nacidas en Colombia son colombianas salvo que siendo hijos de padre o madre extranjeros tales hijos se hallen domiciliados en otro Estado, involucra los dos eventos que dicha norma contempla, como son: 1º los nacidos en Colombia de padre o madre "nacionales colombianos", y 2º los naturales o nacidos en Colombia de padres extranjeros y que se hallen domiciliados en la República. En el primer caso, basta que la persona haya nacido en Colombia y que el padre o la madre sean naturales colombianos, que es la situación en que están tanto Víctor Manuel Espíndola Rangel como Leonidas Alfredo Espíndola Bravo, según acaba de exponerse; en el segundo, se trata de personas nacidas en Colombia de extranjeros, tanto el padre como la madre, porque el constituyente no distinguió como en el supuesto anterior, y que se hallen domiciliados en la República. Si los padres de Víctor Espíndola Rangel y de Leonidas Alfredo nacidos en Colombia, hubieran sido extranjeros, se trataría del evento que plantea el impugnante, y sería el caso de considerar lo referente al domicilio de esos naturales de Colombia a que se refiere el concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores, pero no siendo ese el

supuesto aquí contemplado, no hay objeto alguno en ello.

Establecido que tanto Leonidas Alfredo Espíndola Bravo como el supuesto padre natural, Víctor Manuel Espíndola Rangel, son nacionales colombianos por nacimiento, desaparecen los fundamentos de hecho invocados por el recurrente como generadores de la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción de los jueces colombianos para conocer de este negocio, ya que siendo ambos colombianos al tenor de las normas pertinentes de la Constitución Nacional, es indiscutible la competencia de los jueces nacionales. *De otra parte la doctrina más avanzada en derecho internacional privado es la de que las acciones de estado y especialmente la de filiación natural se deben adelantar por los Tribunales del Estado en que se produjeron, como lo demuestra el artículo 63 del Código de Bustamante que dispone: "La investigación de la paternidad y la maternidad y su prohibición se regulan por el derecho territorial"; y que el artículo II del tratado firmado con el Ecuador consagra expresamente: "El Estado y la capacidad de las personas se juzgaran por su ley nacional, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en el otro país".*

A esto se agrega que el heredero demandado Víctor Mateo Espíndola G. R. se le citó como domiciliado en la ciudad de Pasto, donde tiene establecido su hogar; y que la excepción de declinatoria de la jurisdicción, basada precisamente, en tener su domicilio en el Ecuador, se declaró no probada por el Juzgado y por el Tribunal. Lo cual indica también que, no tratándose, como no se trata, de una jurisdicción improrrogable, no cabía invocar en casación la nulidad por incompetencia de jurisdicción. (Art. 349 2º y 520 6º C. J.).

Segundo y tercer cargo.

Se acusa también la sentencia de violación de la ley sustantiva, "por haber incurrido en dos errores de derecho en la apreciación de la prueba testimonial con la cual dio por establecida la filiación, infringiendo directamente disposiciones de carácter probatorio, a través de las cuales quebrantó preceptos sustantivos de ley civil".

Lo funda así:

Primero.

"El Tribunal da por establecido con las declaraciones de testigos que enumera en el punto segundo de la sentencia el nacimiento de Leonidas Alfredo en Ipiales.

"Esta prueba testimonial la contrapone el Tribunal a las partidas eclesiásticas y civil del nacimiento del demandante en Tulcán. Con lo cual le confiere prevalencia a la prueba supletoria con desconocimiento de aquellas partidas que son la prueba principal del nacimiento. Este criterio de estimación probatoria viola en primer lugar el artículo 19 de la Ley 92 de 1938 y en segundo lugar los artículos 382 y 392 del Código Civil que determinan el primero que a falta de pruebas principales de estado civil podrá acudirse a otros documentos y a declaraciones de testigos, y los segundos, regulan la fe probatoria de las actas de registro civil extendidas en país extranjero.

"Violación que condujo directamente al Tribunal al quebranto indirecto de los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 47 (sic) de 1936 que prescriben las causales de filiación que halló el Tribunal acreditadas, indebidamente".

La Corte considera:

Al estudiar la censura anterior se expuso, siguiendo la doctrina de la Corte, que *la impugnación del acta de nacimiento de una persona, en lo relativo al lugar donde este se efectuó, no implica desconocimiento del hecho principal, que lo es el nacimiento, sino solamente del municipio donde se realizó en aplicación del artículo 394 del Código Civil, que, por referirse "a los antedichos documentos" comprende también las actas extendidas en país extranjero, ya que no hace excepción de ellas. Igualmente se vio que la aceptación de la prueba testimonial en el particular, no constituye prueba supletoria del estado civil del nacimiento de la persona, que no se ha desconocido, sino el medio autorizado por la ley para demostrar la circunstancia del lugar donde tal hecho ocurrió.*

El cargo no puede prosperar.

Segundo.

Lo expone, en resumen, así:

El Tribunal, con base en las mismas declaraciones citadas en el punto segundo y en el cuarto de la sentencia, acepta como acreditadas las relaciones sexuales estables entre Víctor Espíndola Rangel e Ismeria Bravo y la posesión notoria del estado de hijo natural de Leonidas Alfredo con relación al primero.

"Pero todas las declaraciones, las del punto segundo, son manifiestamente inadmisibles por contradecir un hecho demostrado en el expedien-

te con plena prueba, el nacimiento del demandante en Tulcán", no en Ipiales, como afirman los testigos. Y todas las declaraciones del punto cuarto son testimonios deficientes, porque las razones de sus afirmaciones son "demasiado vagas y carentes de claridad. La mayor parte de los testigos hablan del conocimiento que tuvieron con la familia de Ismeria Suárez de 1912 a 1920, de donde deduce que esta mantenía relaciones amorosas con Víctor Espíndola de las cuales nació Leonidas Alfredo, pero no precisan la época en que pudo verificarse la concepción del hijo. Las relaciones sexuales estables y notorias, causal de filiación, prácticamente exigen el concubinato público de los amantes, durante el cual la mujer concibe al hijo dentro de los términos de duración previstos en la ley. Las simples relaciones amorosas entre un hombre y una mujer si no hay pruebas de que los amantes compartían el lecho en forma crónica y habitual por un período de tiempo determinado, suficiente para establecer la presunción legal de paternidad, no son plena prueba de la filiación con respecto al pretendido padre".

La posesión notoria del estado civil de hijo natural exige diez años en que el supuesto padre haya alimentado, educado y establecido al hijo. Hechos aislados de protección son insuficientes.

Las declaraciones citadas por el Tribunal para establecer la posesión notoria del estado debatido, acreditan hechos aislados pero no los habituales y constantes de protección propios del padre hacia el hijo con los cuales quiere la ley que se establezca la filiación natural.

Los mismos testimonios adolecen de la anotada deficiencia, y por eso carecen de valor para crear la presunción de paternidad. "El sentenciador estimó con valor de plena prueba tales declaraciones contra lo dispuesto en los artículos 697 y 701 del Código Judicial que resultan así quebrantados, como lo fueron indirectamente los ordinales 4º y 5º de la Ley 45 de 1936, por haberse decretado una paternidad inexistente a la luz de las declaraciones en que el Tribunal se apoyó".

Se considera:

El primer aspecto de la tacha, consistente en que se admitió la prueba testimonial analizada en la primera censura para contradecir la constancia de la partida de nacimiento extendida en Tulcán sobre el nacimiento de Leonidas Alfredo en Ipiales y no en la ciudad ecuatoriana de Tulcán, está suficientemente estudiada en lo pertinente al considerar las dos censuras anteriores. No dice el impugnante cual norma estima inadmisible la prueba de testigos para acreditar los hechos distintos del nacimiento que se expresan en el acta correspondiente ante los perentorios términos del artículo 394 del Código Civil que preceptúa todo lo contrario, más tratándose de demostrar el lugar del nacimiento que, como simple hecho que es, para su demostración admite toda clase de medios probatorios. Aparece que los testigos ameritados concuerdan en que Leonidas Alfredo nació en Ipiales en la casa de la carrera Bolívar en el año de 1917; y no se advierte, por ende, contradicción alguna en cuanto al hecho mismo ni en sus circunstancias. No se ve el quebranto de los artículos 697 y 701 del Código Judicial.

El segundo aspecto del cargo lo sitúa el impugnante en haber cometido el Tribunal un error de derecho al aceptar la abundante prueba testimonial con que halla demostradas las relaciones sexuales estables y notorias de Víctor Manuel Espíndola Rangel e Ismeria Bravo, de las cuales nació Leonidas Alfredo, y principalmente la posesión notoria de su estado de hijo natural de aquel, en razón, dice la demanda, de que los testimonios "son deficientes porque las razones de sus afirmaciones son demasiado vagas y carentes de claridad".

El artículo 520 del Código Judicial establece la causal de casación por violación indirecta de ley sustantiva proveniente de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, pero agrega: "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".

Es superabundante la doctrina de la Corte en desarrollo de esta norma procesal, según la cual, para la prosperidad de dicha causal, es indispensable que la demanda de casación cumpla con todos los requisitos que los artículos 520 y 531 del Código Judicial le señalan al recurso extraordinario, que para el caso son: que en tratándose de infracción indirecta por error de derecho en la apreciación de determinada prueba, esta se señale concretamente; que se alegue el error y se demuestre; y que se citen las normas de carácter probatorio violadas directamente y las sustantivas indirectamente infringidas. (T. 69, pág. 5 y 6-56. T. 67, pág. 165-166. T. 72, pág. 49, T. 92, pág. 868).

La demanda que se estudia cumple con las exigencias indicadas, excepto las atañederas a indicar concretamente la prueba erróneamente apreciada y a demostrar el error de derecho. El

libelo apenas se limita a tachar los testimonios del "punto cuarto" porque las razones de sus exposiciones son vagas y carentes de claridad. Es más, agrega que "la mayor parte de los testigos" hablan de las relaciones sexuales basados en la amistad que tuvieron con la familia de Ismeria Suárez, de donde deducen las relaciones amorosas que esta mantenía con Víctor Espíndola. En este aparte del cargo hay simples observaciones del impugnante, pero no una demostración del error de derecho cometido por el Tribunal. Además, si "la mayor parte de los testigos" basan su declaración sobre las relaciones sexuales en la amistad que tuvieron con la familia de Ismeria, ¿cómo se sabe cuáles declarantes componen esa mayor parte, si no los cita ni analiza para saber si los deponentes no comprendidos en esa mayor parte, son suficientes para acreditar tales relaciones? Finalmente, si de esa simple amistad dedujeron las relaciones sexuales y no declararon sobre hechos que las establezcan, en realidad el error del fallador sería de hecho por haber tenido como probadas las relaciones sexuales en testimonios que no las demuestren. Infiérese que la presentación del cargo por error de derecho no cumple con los requisitos que el artículo 520, ordinal 1º, segunda parte, del Código Judicial, prescribe para la prosperidad del recurso.

La tacha a la prueba del "punto cuarto" en lo relativo a la posesión notoria del estado de hijo natural por parte del demandante con relación a Víctor Espíndola, la reduce a que no están acreditados por el tiempo mínimo de diez años continuos "los actos constantes de protección hacia el hijo, propios de un padre solícito y amante que es como la ley quiere que se establezca su filiación basada en la posesión notoria".

También si no existe la prueba de la posesión notoria del estado de hijo natural del actor por los diez años continuos que exige la ley, se estaría ante un error de hecho en cuando al factor tiempo y no ante un error de derecho.

Aunque las anotaciones hechas a las deficiencias en la presentación del cargo serían suficientes para declarar su improsperidad, la Corte, empero, se ocupa, por amplitud, en considerar la prueba que el expediente contiene sobre la posesión notoria del estado de hijo natural de Leonidas Alfredo, que es la causal que principalmente encontró demostrada el Tribunal, y por la cual la sentencia del Juzgado, confirmada por aquel, declara la filiación.

Isabel Landázuri, quien vivió en la misma casa en que ocurrieron las relaciones sexuales de Ismeria Bravo con Espíndola Rangel, expone que cuando nació Leonidas Alfredo, lo llevó en brazos aquel y lo mostró a la declarante y a todas las personas que estaban en la casa; que mientras estuvo de Cónsul le suministraba a la madre para la subsistencia de ella, la crianza y el vestuario del niño; que este continuó al cuidado de la madre hasta cuando ella murió, luego al de la abuela Hortensia Suárez y del tío Julio Suárez y que cuando los temblores de Cunal en 1923, vino Espíndola Rangel del Ecuador y se llevó al niño para Tulcán.

A Ramona Albornoz, vecina de los Suárez en el mismo barrio y amiga que frecuentaba la casa de Ismeria, le consta que Espíndola Rangel trató a Leonidas Alfredo como su hijo suministrándole alimentación y vestuario hasta cuando murió la madre, y que de cinco a seis años se lo llevó para el Ecuador a la casa de su hermana Sara, con la cual vivía Espíndola.

Daniel Yepes, esposo de Ofelia, hermana de Leonidas Alfredo, en razón de visitar a los Suárez en Ipiales a los Espíndola en Tulcán, dice que en 1923 Víctor Manuel Espíndola llevó a Leonidas Alfredo para Tulcán, donde le proporcionó educación teniéndolo como hijo en su propia casa.

Rosa Matilde Espíndola de Montenegro, hermana paterna de Víctor Mateo Espíndola y de Leonidas Alfredo, declara que en 1928 encontró a éste viviendo con Víctor Espíndola en casa de la tía Sara, pero que luego lo llevó a vivir a su propia casa con la declarante; que cuando Espíndola Rangel fue nombrado Cónsul en Ipiales por segunda vez, Leonidas Alfredo siguió estudiando en Tulcán en 1930 y viviendo en casa de la tía Sara, pero semanalmente venía a visitar a Víctor Manuel Espíndola, la esposa, Víctor Mateo y la declarante, lo mismo que en vacaciones. Cuando dejó el consulado Espíndola Rangel pasó con la familia un tiempo en la hacienda de La Rinconada, y luego se fue a radicar a Quito con los familiares ya dichos y Leonidas Alfredo. A los dos años y medio de estar en Quito, la testigo volvió a Tulcán donde se casó. Añade que, desde cuando ella llegó al hogar de su padre Víctor Manuel Espíndola Rangel hasta cuando este murió, así en las ciudades de Tulcán como en Ipiales y Quito, trató a Leonidas como hijo presentándolo a la sociedad de estas ciudades como tal, proveyó a su educación sosteniéndolo en los colegios de Tulcán, y en la Escuela Central de Quito donde se graduó de mecánico electricista, y con motivo de su enfermedad de parálisis le costeó dos o tres operacio-

nes; termina afirmando que le dio el trato de hijo por más de veinte años.

Hugo Ruiz, Roberto Burbano Fierro, Segundo Guerrero, Eloy Alfonso Bolaños, Celia Ramos de Burbano, quienes como vecinos de Tulcán declararon allí, dan cuenta de que Víctor Manuel Espíndola llevó a Leonidas Alfredo de Ipiales a Tulcán por el año de 1923 a casa de su hermana Sara donde vivía también el primero; que allí lo sostuvo en las escuelas costeándole la educación, vestido y subsistencia; que cuando Espíndola fue nombrado cónsul en Ipiales por segunda vez, Leonidas Alfredo quedó estudiando en las escuelas de Tulcán, pero semanalmente iba a la casa de Espíndola; que en Tulcán fue reputado siempre Leonidas Alfredo como su hijo; que vivió en la propia casa de Víctor Manuel en Tulcán con la esposa de éste, y sus hijos Víctor Mateo y Rosa Matilde; y que con ellos siguió a Quito. De estos declarantes Segundo Guerrero fue su profesor en la Escuela Colón en la cual cursaba Leonidas Alfredo, y Espíndola Rangel lo contrató para que le diera clases en las vacaciones de 4º y 5º y en las primeras tres semanas de iniciado el 5º. Eloy Alfonso Bolaños y Celia Ramos de Burbano declaran que en los años de 1924 a 1932 Víctor Espíndola tuvo a Leonidas Alfredo dándole educación en las Escuelas Sucre y Colón en Tulcán.

Obran asimismo certificados de que Leonidas Alfredo fue matriculado en la escuela Sucre número 1 en 1924 en primer año, y en 1931 en la Escuela Colón en sexto grado figurando como padre Víctor M. Espíndola.

Alfredo Bolaños, Jaime García Muñoz, Luis Rueda, Laura Bejar Bolaños y Laura Espíndola de García, vecinos de Quito, donde declararon, acreditan especialmente que Leonidas Alfredo vivió siempre en la casa de Víctor Manuel con la esposa de éste y su hijo Víctor Mateo; que lo presentaba a familiares y relacionados como a su propio hijo; y que así lo trató hasta cuando murió. El primero de los citados expresa que le dio la profesión de mecánico electricista; Laura Espíndola de Bejar, sobrina de Espíndola Rangel de trato frecuente con la familia de este, en cuya casa de Tulcán pasaba temporadas de dos o tres meses, afirma que desde 1926, en que conoció a Leonidas Alfredo, fue educado y tratado como hijo por Espíndola Rangel hasta cuando este murió.

Gonzalo Espíndola Rangel, hermano de Víctor, manifiesta que conoció a Leonidas Alfredo desde el año de 1923 en la casa de su hermano Víctor Espíndola, quien le dijo que era hijo de él; que éste atendió todo el tiempo que estuvo en su casa a los gastos de manutención, crianza y educación; que lo tuvo en la escuela de Tulcán, cuando vivieron en Quito, en el colegio de Mejía y en la Escuela Central Técnica; que desde que lo conoció, tanto el declarante como toda la familia lo han tratado como hijo de su hermano Víctor M. Espíndola.

Hay tres cartas fechadas en Tulcán en octubre y noviembre de 1948 y enero de 1949 dirigidas a Leonidas Espíndola firmadas por su tía Sara.

Finalmente, como lo expresa la sentencia, "aparecen varias cartas suscritas por don Víctor dirigidas a Alfredo, en las cuales, si bien no le da el tratamiento de hijo, sí revelan preocupación o interés por la vida de este y rebasan el ámbito propio de las comunicaciones entre particulares".

Todo este acervo o conjunto probatorio no deja la menor duda del trato de hijo natural que por un lapso mayor de diez años le dio Víctor M. Espíndola a Leonidas Alfredo, desde cuando nació, atendiendo a su crianza, llevándolo a su propia casa cuando quedó huérfano, educándolo en escuelas y colegios de Tulcán y Quito, proporcionándole la profesión de técnico electricista, presentándolo a sus familiares y amigos en general como hijo.

Siendo este el soporte fundamental de la sentencia, no hay objeto ninguno en extender este análisis a la prueba sobre las relaciones sexuales.

Conclúyese que la demanda de casación presentada por el apoderado del heredero Víctor M. Espíndola G. R. no puede prosperar.

La demanda de Leonidas Alfredo Bravo o Espíndola le formula a la sentencia de segunda instancia dos censuras motivadas en violación indirecta de normas sustantivas provenientes de errores de hecho en la apreciación de determinadas pruebas. En resumen las expone así:

I

El Tribunal cometió un error de hecho en cuanto no tuvo en cuenta "la ley extranjera (Código Civil Ecuatoriano), o hecho que está demostrado en autos evidentemente", conforme al cual, Leonidas Alfredo Espíndola, como hijo natural de Víctor Espíndola Rangel, tiene derecho en el Ecuador a hereder como legitimario en concurrencia con Víctor Mateo Espíndola Rubio, ya que allá no existe la excepción consagrada en el artículo 28 de la Ley 45 de 1936.

Transcribe los artículos 1238, 1049, 1050 y 1230 del Código Civil del Ecuador, que, en su orden, le dan al hijo natural el carácter de legitimario; la exclusión en favor de los hijos legítimos de todos los demás herederos, menos los ilegítimos; la porción hereditaria de estos equivalente a la mitad de la que corresponde a los legítimos en caso de concurrir unos y otros; y la acción de petición de herencia a favor del heredero que probare su derecho a la parte ocupada por otra persona en calidad de heredero.

Por consecuencia del error de hecho manifiesto, consistente en no haber tenido en cuenta el ejemplar del Código Civil Ecuatoriano, que contiene las normas citadas, violó indirectamente los artículos 1012, inciso 2º y 1054, inciso 2º y 3º del Código Civil colombiano, I, III y XIX del Tratado sobre Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador, aprobado por la Ley 13 de 1905.

El sentenciador, por mandato de la ley colombiana y los preceptos citados del Tratado colombo-ecuatoriano, "ha debido decretar que el hijo natural Leonidas Espíndola o Bravo tiene derecho a heredar en concurrencia con su hermano Víctor Mateo Espíndola Rubio, en los bienes relictos del causante dejados en el Ecuador, en la proporción que establece la ley ecuatoriana". Porque, demostrado como está que la sucesión del causante se abrió en Quito, su último domicilio, es la ley del Ecuador la que regula la sucesión por mandato del artículo 1012 inciso 2º del Código Civil colombiano; porque la legislación ecuatoriana permite heredar al hijo natural cuando concurre con el hijo legítimo. No habiéndolo decidido así, aplicó, sin ser del caso, quebrantándolo indirectamente el artículo 28 de ley 45 de 1936, lo mismo que el 1054, inciso 2º, de nuestro Código Civil, que permite al colombiano pedir se le adjudiquen los bienes de su causante dejados en el extranjero; y porque, finalmente, a causa del mismo error de hecho proveniente de ignorar la ley ecuatoriana, violó indirectamente, por falta de aplicación, los artículos transcritos del tratado citado, según los cuales, si bien los bienes existentes en la República se regirán por la ley de cada República, "por excepción sí cabe aplicarse por un país la ley del otro respecto de los bienes herenciales", pues el artículo III del Tratado, dice: "salvo lo dispuesto en el título de las sucesiones" y el XIX preceptúa "que en la sucesión de un extranjero (Víctor Espíndola Rangel, extranjero en el Ecuador) tendrán los nacionales (Víctor Espíndola Rubio, nacional ecuatoriano) a título de herencia... los mismos derechos que según las leyes del Estado (Estado del Ecuador) les corresponderían sobre la sucesión de otro nacional; y los harán efectivos en los bienes existentes en el país".

Deduce de aquí el recurrente que el Juzgado ha debido decir que los bienes sucesorales ubicados en el Ecuador los heredarán tanto el hijo natural como el legítimo, en la proporción establecida por el artículo 1050 del Código Civil ecuatoriano, "vale decir, que Leonidas Espíndola Bravo tiene derecho a recibir en el Ecuador su cuota herencial, del haber que allá ocupa exclusivamente el demandado Víctor Mateo Espíndola Rubio".

II

El segundo cargo se puede resumir así:

El Tribunal no apreció además de la ley ecuatoriana de que se hace mención en el cargo precedente, la prueba de las siguientes circunstancias: haberse abierto en Quito, República del Ecuador, la sucesión del causante, donde se está tramitando el juicio sucesorio, en el cual se hicieron los inventarios de los bienes de la doble sucesión del causante Víctor Espíndola Rangel y de su esposa, Rosa Rubio de Espíndola, y se profirió el decreto de posesión efectiva de la herencia; cursar en Colombia el juicio de sucesión de Rosa Rubio viuda de Rivas, en el cual está declarada heredera Rosa Rubio de Espíndola, o en otras palabras, que la sucesión del causante se abrió en el Ecuador pero está compuesta de bienes existentes allí y en Colombia; que los bienes sitos en el Ecuador están sujetos a la demanda de petición de herencia, tanto que, allá se inscribió en la oficina de Registro de la propiedad del auto admisorio de la demanda dando cumplimiento al exhorto librado al Juez 1º Provincial de Carchi. Por no haberse apreciado estos medios cometió un error de hecho visible en los autos, considerando equivocadamente el sentenciador de instancia que la demanda de petición de herencia se refería "únicamente a bienes situados en Colombia" y no también a los ubicados en el Ecuador, "y como si la controversia fuese para decidirse solo a la luz de la legislación patria sino a la ecuatoriana".

Este error de hecho en la apreciación de las pruebas anotadas, llevó al sentenciador a violar de manera indirecta y por aplicación indebida el artículo 28 de la Ley 45 de 1936, cuando "debía tenerse en cuenta la legislación, atrás transcrita, y los términos del Tratado Colombo-Ecuatoriano asimismo copiados; cuyos mandatos dan una solución a la controversia, distinta de la que

le dio el Tribunal, aplicando literalmente la restricción establecida por aquel artículo de la Ley 45'', que no es pertinente por tratarse de bienes situados en el Ecuador.

La Corte considera:

El capítulo tercero de la demanda inicial, denominado ''Consideraciones de Derecho'', sobre la acción de petición de herencia, que es consecuencia de la declaración de estado, y a propósito de que en el Ecuador la legislación civil no consagra la excepción del artículo 28 de la Ley 45 de 1936, invoca como normas aplicables las contenidas en los artículos 1041, 1044, 1055, 1320, 1253, 1274, 1238, 1044, 1049, 1050 del Código Civil del Ecuador, los cuales considera equivalentes a los artículos 1037, 1040, 1053, 1321, 1265, 1239, 1240 del Código Civil colombiano, 85 de la Ley 153 de 1887 y 18 de la Ley 45 de 1936.

Asimismo cita los artículos I, II, XXXIX, XIX del Tratado sobre Derecho Internacional Privado suscrito entre Colombia y Ecuador, aprobado por la Ley 13 de 1905.

El artículo LIV del tratado dispone: ''Corresponde al que invoca una ley extranjera y pide su aplicación conforme a los artículos precedentes, probar la existencia de dicha ley''.

El artículo 660 del Código Judicial establece como uno de los modos de comprobación de la existencia de las leyes extranjeras que hayan de tener aplicación en Colombia, presentar copia de ellas debidamente autenticada y en la parte conducente.

Solicitada la aplicación de la ley ecuatoriana con la autorización que contiene el tratado aludido, y traída al proceso copia auténtica de esa ley, ésta no es un hecho de los que forman la *causa petendi* de la demanda sino la norma o conjunto de normas reguladoras del litigio. Por lo mismo, si en realidad el fallador de segunda instancia no la ha aplicado, esta omisión integraría un error de derecho consistente en la violación de la ley colombiana que manda aplicar la ley extranjera, y no un error de hecho dentro del alcance que este tiene en la técnica del recurso de casación.

Esta sola consideración indica que el cargo por error de hecho consistente en no haber tenido en cuenta las normas citadas del Código Civil Ecuatoriano traído al proceso, carece de todo fundamento.

En lo atinente al segundo cargo, es un hecho comprobado que Víctor Manuel Espíndola Rangel murió en Quito el 4 de diciembre de 1952; que el juicio de inventarios de los bienes del causante Espíndola Rangel y de su esposa, Rosa González Rubio de Espíndola, se adelantó en el Juzgado 3º Provincial de Pichincha en el cual figuran solamente inmuebles y muebles situados en el Ecuador; que el Juzgado 5º Provincial de Quito profirió el 15 de enero de 1953 sentencia por la cual le concedió a Víctor Mateo Espíndola la posesión efectiva de los bienes herenciales dejados por sus padres. Consta también que en el juicio de sucesión de Rosa Rubio viuda de Rivas, que cursa en el Juzgado del Circuito de Ipiales, Rosa Rubio de Espíndola fue reconocida como heredera en auto de seis de agosto de mil ochocientos noventa y seis; y que se hizo el inventario de bienes muebles e inmuebles ubicados en Colombia. Al mismo tiempo debe anotarse que, previa la autorización judicial, se llevó a efecto en los días veinticinco, veintiseis de septiembre y nueve de octubre de 1905 en el Juzgado 1º del Circuito de Ipiales remate del total de bienes inventariados en dicha sucesión. No consta de otra parte, qué derecho o qué bienes hayan podido corresponder a Rosa González Rubio de Espíndola, ni si estos entraron a la sociedad conyugal o no.

Por último, se acreditó que en la Oficina de Registro de la propiedad de Tulcán se inscribió la demanda que movió este juicio.

Para saber si estos hechos tienen o no trascendencia en el fallo acusado debe observarse:

En el supuesto de que el causante Víctor Espíndola Rangel tuviera, como cónyuge supérstite de Rosa González Rubio de Espíndola, algún derecho en la mortuoria de Rosa Rubio viuda de Rivas, en la cual la primera fue declarada heredera, los bienes que correspondieran a ese derecho, debido a su situación en Colombia, estarían sometidos al régimen sucesorio estatuído por la Ley 45 de 1936, por virtud del cual el hijo natural, Leonidas Alfredo, no tendría participación alguna en ellos con el hijo legítimo, Víctor Mateo Espíndola, en razón de que aquel nació después de la vigencia de dicha ley.

En lo que respecta a los bienes inventariados en la mortuoria de Víctor Espíndola Rangel en el Juzgado Provincial de Quito, están sometidos al régimen de la territorialidad de la ley que consagra el artículo 15 del Código Civil Ecuatoriano, que dice: ''Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra Nación...''.

Respecto de la sucesión, el artículo 1017 del mismo Código dispone que ''se regula por la ley

del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales''.

Conforme a estas normas, abierta la sucesión del colombiano Víctor Manuel Espíndola Rangel en el Ecuador (Quito), su último domicilio, e integrado el acervo hereditario por bienes muebles e inmuebles situados en el Ecuador, ella se gobierna por la ley ecuatoriana sobre sucesiones.

El Tratado de Derecho Internacional Privado firmado entre el Ecuador y Colombia, aprobado por la Ley 13 de 1905 y debidamente ratificado, distinguió entre la sucesión testada y la intestada: sobre esta establece el artículo XXIII: ''La sucesión intestada se regirá por la ley nacional del difunto, con las limitaciones contenidas en el artículo 19...'' Con relación a la primera, expresa el artículo XIX ''La capacidad para suceder y la sucesión se regirá por la ley a que se haya sujetado el testador, con las restricciones siguientes:

''1º No tendrán efecto las disposiciones testamentarias sobre bienes existentes en la República, si se oponen a lo que se establece en el artículo 53; y 2º En la sucesión de un extranjero, tendrán los nacionales, a título de herederos, de porción conyugal o de alimentos los mismos derechos que según las leyes del Estado les corresponderían sobre la sucesión de otro nacional; y los harán efectivos en los bienes existentes en el país''.

Habiendo las constancias anotadas de que la sucesión de Espíndola Rangel es testada, se descarta la aplicación del artículo 23.

No se trajo copia de la memoria testamentaria de Espíndola Rangel para saber a qué ley se sujetó; pero las circunstancias de considerarse él asimismo ecuatoriano, como se vio en el estudio de su nacionalidad, y haberse adelantado su mortuoria en Quito, hacen presumir que se sujetó a las normas del Código Civil ecuatoriano que rigen la sucesión testamentaria.

No se puede pretender que Leonidas Alfredo Espíndola, como nacional colombiano hubiera obtenido la declaración de paternidad ante los Tribunales del Ecuador, porque su estado civil, de conformidad con el artículo 19 del Código Civil Colombiano permanecía sujeto a las disposiciones del Código Civil, y porque en los términos del artículo II del tratado, ''el estado y la capacidad jurídica de las personas se juzgarán por su ley nacional, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en el otro país''. La inclusión de este precepto en un tratado que busca solucionar el conflicto de leyes, lleva el alcance de que cada contratante reconoce dentro de su territorio el estado civil adquirido en otro al tenor de la ley nacional. En otros términos, en relación con el estado civil, Colombia y el Ecuador se comprometieron, llegado el caso, a aplicar la ley foránea pero dentro de la órbita que a ella le ha fijado el respectivo legislador.

La vigencia de la ley extranjera relacionada con el estado civil comprende indudablemente los efectos que de él se desprenden conforme a la respectiva legislación, pues como efectos que son quedan incluídos en la causa. Entre estos efectos está la vocación hereditaria que en la Ley 45 de 1936 comprende únicamente a los hijos naturales nacidos después de la vigencia del estatuto en el caso de concurrir con los hijos legítimos.

En la legislación del Ecuador, además de los reconocidos voluntariamente por el padre o la madre, solamente son hijos ilegítimos, naturales en el derecho colombiano, los que hayan iniciado la acción en vida de los padres y dentro de los términos señalados en el artículo 304 del Código Civil, pero la acción se extingue por muerte del padre o la madre ''aunque hubiere comenzado ya el juicio y en cualquier aspecto en que se hallare''.

Por virtud de esta disposición, Víctor Mateo Espíndola en el régimen sucesoral del Ecuador, a la muerte de su padre Víctor Espíndola Rangel era único heredero, y de conformidad con el artículo XIX del tratado, último inciso, tenía derecho a recoger toda la herencia de aquél formada por el conjunto de bienes muebles e inmuebles situados en el Ecuador.

El artículo LIII del tratado consagra un límite a la aplicación de la ley extranjera en estos términos: ''Las leyes, sentencias, contratos y demás actos jurídicos que hayan tenido origen en el país extranjero, solo se observarán en la República en cuanto no sean incompatibles con su constitución política, con las leyes de orden público y con las buenas costumbres''.

En el gobierno de la sucesión por causa de muerte, está interesado el orden público de todo estado, porque es parte del régimen jurídico de la familia y de la propiedad que tienen su organización propia.

Aceptar la concurrencia de Leonidas Alfredo Espíndola o Bravo, hijo natural, con Víctor Mateo Espíndola Rubio, hijo legítimo, en la sucesión de Víctor Manuel Espíndola Rangel, adelantada en Quito respecto de los bienes situados en el Ecuador, iría contra el orden público de aquella nación, que no tiene como hijos ilegítimos con derecho a suceder al padre al tiempo con los hijos legítimos sino a los reconocidos voluntariamente o declarados tales en sentencia

proferida en vida del padre, toda vez que así se privaría al hijo legítimo de parte del derecho que le confiere la ley nacional, y, de otra parte, podría heredar en el Ecuador el hijo ilegítimo o natural que no tiene este derecho en Colombia.

Por la misma razón, el hijo que fuera declarado natural en sentencia proferida por Tribunal extranjero en vida del padre, pero nacido aquel antes de entrar a regir en Colombia la Ley 45 de 1936, no podría simultáneamente con un hijo legítimo recoger herencia en la sucesión del padre abierta en Colombia, donde tuvo su último domicilio, y compuesta de bienes situados aquí, no obstante que la ley extranjera sí le concede vocación hereditaria, porque su reconocimiento en Colombia como heredero, contra lo preceptuado en el artículo 28 de la Ley 45 de 1936, iría contra el orden público nacional.

Por lo expuesto, se concluye que, si bien el sentenciador no tuvo en cuenta el hecho de haberse abierto la sucesión del causante Espíndola Rangel en Quito, su último domicilio, esta inadvertencia no lo llevó a violar las normas invocadas en el Código Civil del Ecuador ni las del Tratado que aprobó la Ley 13 de 1905.

Cabe sí observar que el Tribunal estaba obligado a estudiar la controversia planteada no solamente a la luz de la legislación colombiana sino también de la ecuatoriana.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto con fecha quince de octubre de mil novecientos sesenta en el juicio ordinario seguido por Leonidas Espíndola contra César y Gonzalo Espíndola Rangel, Rosa Matilde Espíndola de Montenegro y Víctor Mateo Espíndola Rubio o González Rubio.

Sin costas por aparecer compensadas.

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

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SIMULACION.

El juzgador puede acogerla, por vía de excepción, aunque no haya sido propuesta o alegada por el demandado. Valor probatorio de la confesión hecha en posiciones, cuando en la diligencia no se transcriben las preguntas y se omite luego el traslado a quien las pidió. Prueba de la identidad del bien que se reivindica. Error de hecho. En casación no es de recibo la crítica global del problema probatorio. Derecho de retención, hasta cuando se garantiza el pago satisfactorio de las mejoras.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., tres de diciembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 1960, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Eurípides y Roberto Rodríguez Camacho frente a Belén Rodríguez viuda de Gómez.

I

El litigio.

Eurípides y Roberto Rodríguez Camacho demandaron por la vía ordinaria a Belén Rodríguez viuda de Gómez, impetrando decisión sobre los siguientes puntos:

a) Que se declare que los demandantes son dueños de la finca consistente en una casa de bahareque y techo de paja, que consta principalmente de cuatro piezas, cocina y servicios sanitarios, con el lote de terreno en que está edificada, que mide 14 metros y 60 centímetros de frente por 33 de fondo, finca situada en la ciudad de Girardot, distinguida con los números 15, 17 y 19 de la carrera 4ª según la nomenclatura antigua, hoy con los números 21-49 a 21-57 de la carrera 11 y cuyos linderos son: Por el Oriente, calle de por medio, con casa que fue de Andrés Acosta, hoy de propiedad de Joaquín García; por el Sur, con lote y casa que fue también de Andrés Acosta, hoy de Francisco Alvanez; por el Occidente, con lote que fue de Fermín Albarracín, hoy de Manuel Ramírez; y por el Norte, con propiedad de Cenón, David, Luis, Manuel, Leonor y Diva Casas, antes de propiedad de Adelaida Nieto y después de Luis A. Casas;

b), c) y f) que se declare que el inmueble así descrito lo posee materialmente la demandada, sin título que justifique su posesión, ni ampare su tenencia y de mala fe, por lo cual está obligada al pago de las indemnizaciones correspondientes, sin que los demandantes lo estén a pago alguno por concepto de mejoras, edificaciones o adiciones al inmueble;

d), e) y g) que se condene a la demandada a entregar a los demandantes el mismo inmueble con todas sus mejoras, construcciones y edificaciones, sin limitación alguna y purgado de toda clase de gravámenes, como también a pagarles los frutos naturales y civiles del inmueble, no solamente los percibidos sino los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniéndolo en su poder, a partir de la defunción de la madre de los litigantes, señora Rafaela Camacho de Rodríguez, ocurrida en el año de 1947, y hasta el día en que el bien sea devuelto materialmente; y que si la condena al pago de frutos y perjuicios no pudiere hacerse en concreto, se haga en abstracto, para que se liquiden en la ejecución de la sentencia, con arreglo al artículo 553 del Código Judicial; y

h) que si la demandada se opone, se le condene en costas.

De los *hechos* en que dice fundarse la demanda, se destacan los siguientes:

Que por escritura pública número 459 de 9 de septiembre de 1933, otorgada en la Notaría del Circuito de Girardot, Rafaela Camacho de Rodríguez dio en venta a sus hijos Eurípides y Roberto Rodríguez el inmueble de que se trata; y que como en este acto Eurípides hubiera representado a Roberto, el último aceptolo luego por escritura número 684 de 10 de junio de 1957, de la misma Notaría;

que "En razón del parentesco de la vendedora señora Rafaela Camacho de Rodríguez y los compradores Eurípides y Roberto Rodríguez Camacho, igual que la demandada Belén Rodríguez viuda de Gómez, hermanos entre sí, e hijos legítimos de la misma madre doña Rafaela, la casa o inmueble a que la demanda se contrae, que fue la paterna u hogar común de todos, continuó siendo habitada por la vendedora Rafaelá Camacho de Rodríguez y sus tres hijos, hasta la muerte de ésta en que quedó habitada, con consentimiento de los demandantes por su hermana, pero siempre con el carácter de familiares y por simple tolerancia de sus verdaderos dueños sus hermanos Eurípides y Roberto Rodríguez Camacho".

que, en las condiciones apuntadas, la demandada continuó habitando el referido inmueble, pero siempre reconociendo el dominio de los actores, de modo que sin protesta ni oposición alguna de ella, éstos como dueños del predio, que era de mayor extensión y que primitivamente tenía 21 metros y 60 centímetros de frente por 33 metros de fondo, le segregaron una porción de 7 metros de frente por 33 de fondo, que por escritura pública del año de 1953, de la misma Notaría de Girardot, vendieron y entregaron a Cenón, David, Luis, Manuel, Leonor y Diva Casas;

que posteriormente los demandantes, sin protesta y con el beneplácito de la demandada, hicieron en el inmueble algunas mejoras; y

que, con motivo de haber venido los demandantes trabajando en los últimos años, en Neiva y Tocaima, sin poder habitar continuamente la casa de su propiedad, su hermana, la demandada, se declaró en rebeldía, les desconoció la propiedad del inmueble y últimamente alega posesión y mejoras para no devolverlo.

En *derecho* fundose el libelo en los artículos 665, 669, 673, 946, 949, 950, 952, 954, 957, 959 960, 961, 962, 963, 964, 965 y 966 del Código Civil.

La demandada contestó negando varios de los hechos de la demanda y oponiéndose a las pretensiones de los actores, a quienes niega el derecho por éstos invocado. En cambio, alega haber ella tenido la posesión del inmueble por más de veinticinco años con ánimo de señora y dueña, y, en consecuencia, propuso la excepción de prescripción extraordinaria y, además, la genérica.

La primera instancia, en la que se produjeron pruebas de una y otra parte, terminó con fallo del Juez Civil del Circuito de Girardot, por el cual se declaró probada la excepción de simulación del contrato de compraventa presentado como título adquisitivo de la propiedad del inmueble que se pretende reivindicar, acto que —dice el proveído— disimula una donación por causa de muerte, nula por falta de requisitos para su validez, y, en consecuencia, se absolvió a la demandada de todos los cargos de la demanda.

Por apelación de los actores, surtiose el segundo grado del juicio, a que recayó la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 16 de diciembre de 1960, por la cual se revoca la del inferior y en su lugar se dispone:

"*Primero.* Los señores Eurípides y Roberto Rodríguez Camacho, de las condiciones civiles de que da cuenta la demanda, son dueños y poseedores inscritos del siguiente inmueble situado en el área urbana de la ciudad de Girardot: Una casa y lote de terreno sobre el cual está edificada, de construcción de bahareque y techo de paja, constante principalmente de cuatro piezas, cocina y servicios sanitarios, distinguida con los números 15, 17 y 19 de la carrera cuarta de la ciudad de Girardot nomenclatura antigua, hoy con los números 21-49 a 21-57 de la carrera once y que mide en la actualidad catorce (14 mts.) metros con sesenta (60) centímetros de frente por treinta y tres (33) de fondo, cuyos linderos son los siguientes: 'Por el Oriente, calle de por medio con casa que fue de Andrés Acosta, hoy de propiedad del señor Joaquín García; por el Sur, lote y casa que fue también de Andrés Acosta, hoy de Francisco Alvarez; por el Occidente, con lote que fue del señor Fermín Albarracín, hoy del señor Manuel Ramírez; y por el Norte, con propiedad de Cenón, David, Luis, Manuel, Leonor y Diva Casas, antes de propiedad de Adelaida Nieto y después de Luis A. Casas'".

"*Segundo.* Declárase que el inmueble anterior se encuentra en posesión de la demandada señora Belén Rodríguez de Gómez, sin título justificativo.

"*Tercero.* Condénase a la demandada señora Belén Rodríguez viuda de Gómez, de las condiciones civiles a que se refiere la demanda, a entregar a los demandantes señores Eurípides y Roberto Ramírez (Rodríguez) Camacho, o a

quien los represente legalmente, diez días después de ejecutoriado el auto de obedézcase y cúmplase que ha de dictar el inferior, el inmueble de el punto primero anterior, entrega que deberá hacer junto con todas las mejoras, construcciones y edificaciones, y libre el bien de todo gravamen.

"*Cuarto.* Condénase a la demandada como poseedora de mala fe a partir de la fecha de la contestación de la demanda.

"*Quinto.* Condénase a la demandada a pagar a los demandantes los frutos naturales y civiles que el inmueble haya producido, no solamente los percibidos sino los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia, cuidado y actividad, teniendo la cosa en su poder, como poseedora de mala fe, a partir de la fecha de la contestación de la demanda, o sea desde el veintitrés de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, a razón de doscientos pesos mensuales ($ 200.00) moneda corriente, de acuerdo con el dictamen pericial y hasta cuando se verifique la entrega.

"*Sexto.* No se hace especial condenación en perjuicios, por cuanto éstos no fueron demostrados, ni estimados.

"*Séptimo.* Condénase en las costas de ambas instancias a la demandada. Tásense las que corresponden al Tribunal".

Mediante proveído de 28 de febrero de 1961, del mismo Tribunal, se aclaró el numeral tercero de la parte resolutiva de su dicha sentencia, en el sentido de que el apellido de los demandantes no es "Ramírez", como allí se dice, sino "Rodríguez".

Interpuesto por la demandada el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, recurso que fue fundado en tiempo y contestado oportunamente por la parte opositora, procede ahora la Corte a su estudio y resolución.

II

La sentencia recurrida.

El Tribunal, luego de hacer el recuento de los presupuestos de la acción reivindicatoria, estima que ellos se encuentran establecidos en el caso del pleito.

En efecto: el dominio de los demandantes sobre el bien que reivindican, lo da por probado con la escritura número 459 de 9 de septiembre de 1933, de la Notaría de Girardot, por la cual Rafaela Camacho de Rodríguez dio en venta a Eurípides y Roberto Rodríguez el inmueble allí descrito; pues, aunque a tal acto no compareció personalmente uno de los compradores o sea Roberto, como el otro o sea Eurípides dijo aceptarlo en su propio nombre y en el de su mencionado hermano, "que incidentalmente no pudo concurrir pero que está facultado para ello", resulta que, no habiéndose hecho ningún reparo u objeción al ejercicio del mandato, nada puede argüirse acerca de él, siendo así que, según el artículo 2149 del Código Civil, "El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, *verbalmente* o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra".

Y en cuanto a la posesión por la demandada del bien reivindicado y a la identidad de éste con el poseído por ella, son extremos cuya existencia encuentra establecida el sentenciador, conforme al siguiente razonamiento:

"Posesión en la demandada. Para concluír que este requisito se encuentra demostrado en autos, como también el de la identidad de la cosa pretendida en reivindicación con la poseída, basta observar que la demandada propuso la excepción de prescripción cuyo principal fundamento es la posesión, y que al proponerla lo hizo precisamente sobre el bien determinado por los demandantes como materia de restitución, a más de que como bien lo anota la sentencia objeto del recurso, 'La identificación del inmueble quedó claramente establecida con la contestación misma de la demanda, pues al contestar los hechos 1º, 3º y 5º, la admite; y además en la inspección ocular a la que concurrieron ambas partes y estuvieron de acuerdo en que esa era la finca materia del pleito. Todo esto quedó reforzado con el dictamen pericial, y con las averiguaciones hechas por el Juzgado durante la diferencia (sic). El hecho de que las puertas de la casa y de la carrera que dan al frente, tengan una numeración distinta, eso se debe a los cambios de nomenclatura que se han hecho en las calles y carreras de Girardot'".

De todo lo cual concluye que "como se trata de cosa singular reivindicable, se tiene que se encuentran reunidos los requisitos propios para la prosperidad de la acción reivindicatoria".

Pasa luego el sentenciador a ocuparse de la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria propuesta por la demandada y desestimada por el juez *a quo*. A igual que éste, cuyos razonamientos al efecto reproduce, no encuentra el Tribunal que esté configurada en cabeza de la demandada la excepción de prescripción extra-

ordinaria por ella propuesta. La síntesis de esos razonamientos puede ofrecerse así:

Que, para que ésta excepción prospere, sería menester que la demandada Belén Rodríguez viuda de Gómez hubiera poseído en forma pacífica e ininterrumpida el inmueble, durante veinte años contados hacia atrás desde el día 14 de agosto de 1957, en que se le hizo la notificación de la demanda; que, fuera de estar acreditado que la demandada es hija de Rafaela Camacho de Rodríguez, quien fue dueña del inmueble desde el primero de mayo de 1916 hasta el 23 de septiembre de 1933, en que se registró la escritura de la venta por ésta otorgada a favor de los demandantes, está también probado, con las declaraciones de la mayoría de los testigos presentados por la demandada, que Rafaela ocupó esa casa hasta el día de su fallecimiento, ocurrido en el año de 1947; que, como lo afirma la misma Belén en posiciones, ella vivió en esa casa con su madre; que lo expuesto significa que, mientras Rafaela tuvo el título de propiedad y moraba en la finca, ella fue la poseedora a cuyo lado entró Belén a habitar en la misma, "si se considera que es muy natural que una hija habite en la misma casa con su madre y que ejecute en ella actos que podrían considerarse de dueño, si no estuviera al mismo tiempo ocupada por la propia dueña"; y que como después de vender la finca a sus hijos Eurípides y Roberto, Rafaela continuó ocupándola, esta subsiguiente ocupación fue realizada a nombre de los compradores, sin que por lo mismo cambiase la situación inicial de Belén, comoquiera que, según la ley civil, la simple tenencia no se transforma en posesión por el sólo transcurso del tiempo, "de modo que si Belén principió como tenedora o como simple ocupante de la casa, por vivir allí con su madre, es necesario considerar que mientras no se presentara un hecho nuevo que hiciera presumir que empezó a poseer, hay que tenerla como simple ocupante"; y que no hay ningún hecho nuevo que pueda inducir a la creencia de que del día de la venta que de la finca hizo Rafaela a sus hijos Eurípides y Roberto, en adelante, fuese Belén la que poseyó como dueña, "pues las cosas según fluyen del expediente en forma clara, continuaron lo mismo que estaban anteriormente, hasta el día del fallecimiento de Rafaela, ocurrido en el año de mil novecientos cuarenta y siete".

De donde resulta que si la demandada ha poseído el inmueble, "esto lo ha venido haciendo a partir del fallecimiento de su madre, conforme lo declaran casi todos los testigos"; y que "si se tiene en cuenta el razonamiento de la sentencia que se revisa, tal posesión sólo podría contarse a partir del año de mil novecientos cuarenta y siete, no configurándose, por tanto, el tiempo exigido por la ley para ser adquisitiva del dominio".

En lo que hace a la excepción de simulación del título de dominio presentado por los actores y que fue acogida de oficio por el juez *a quo* el Tribunal la desechó, considerando en sustancia lo siguiente: Que "el juzgado para poder declarar probada la excepción de simulación relativa, lo hizo en forma oficiosa y a base de erradas suposiciones, cuando tal declaración ha debido tener por fundamento la plena demostración de la existencia del acto oculto que modificara los efectos del acto ostensible, aparente o simulado"; que al obrar así, situó arbitrariamente a la demandada en condición de tercero frente al contrato y violó tanto el principio de la igualdad y lealtad de las partes en el proceso, como el de que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas, y fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, que estuvieren demostrados según la ley.

III

El recurso extraordinario.

Cuatro cargos formula el impugnante, en el ámbito de la causal primera de casación, el primero de los cuales se estudiará en último término, en atención al orden lógico de la materia.

Primer cargo (segundo de la demanda de casación). Formulado por violación de los artículos 1769 y 1849 del Código Civil, a consecuencia del quebranto de los artículos 604 y 606 del Código Judicial que definen y valoran, respectivamente, la confesión judicial, lo desarrolla el recurrente, argumentado así:

Que el Tribunal "incurrió en error de derecho al desechar la confesión rendida por el demandante Roberto Rodríguez Camacho (fls. 16 vto. 17 y 18, Cuaderno número 3), según la cual el contrato de compraventa celebrado entre él y su hermano Eurípides, como compradores, y la señora Rafaela Camacho viuda de Rodríguez como vendedora, por medio de la escritura pública número 459 de fecha 9 de septiembre de 1933, de la Notaría de Girardot, es ficticio y los compradores no pagaron a la vendedora 'precio alguno por el inmueble especificado en dicha escritura pública número 459 citada'";

que para desestimar esta confesión, el Tribunal consideró que las posiciones en que se produjo no se recibieron en la forma ordenada por el artículo 616 del Código Judicial, "ya que sólo aparecen consignadas en la diligencia las respuestas, como si fuera poco no se cumplió con el traslado ordenado por el artículo 623 *ibídem*";

que con ello se violaron los artículos 604 y 606 del Código Judicial y consecuencialmente los artículos 1769 y 1849 del Código Civil, disposición esta última que resulta lesionada cuando el Tribunal "le atribuye eficacia de compraventa a un negocio en que quien se dice comprador está reconociendo categóricamente la carencia de un precio"; y

que si el Tribunal "hubiese estimado la confesión del sedicente comprador Roberto Rodríguez Camacho, a la cual se ha hecho referencia, forzoso le hubiese sido concluír que la tal compraventa no tuvo existencia, no pudiendo, por lo mismo, convertirse en título de adquisición del dominio por los demandantes sobre el inmueble reivindicado".

La Corte considera:

Ciertamente ordena el artículo 616 del Código Judicial que, en la diligencia de absolución de posiciones, "se escribe cada pregunta y a continuación la respuesta", porque, debiendo proponerse las posiciones de modo que a cada una "el absolvente pueda responder simplemente si es o no cierto el contenido de la pregunta" (art. 612 ibíd), quiere el legislador que haya una perfecta correspondencia entre respuestas y preguntas, para que por este aspecto no vayan a suscitarse ambigüedades o dudas que hagan tergiversable o incierta la prueba. Pero de ello no se sigue que el hecho de que en el acta de absolución únicamente se hayan consignado las respuestas con referencia a las preguntas indicadas por sus ordinales respectivos, sin transcribir el texto de éstas, sea por sí solo suficiente a desvirtuar la confesión que haya podido producirse, cuando una o más de las respuestas por sus términos claros, explícitos y cabales estructuran por sí mismas una declaración que para valer como confesión judicial reúne los elementos que, según los artículos 604, 605 y 606 ibídem, dan entidad y eficacia a este medio de prueba.

Ni menos puede desvirtuar el mérito probatorio de la confesión en posiciones, la circunstancia de que, una vez absueltas, se haya omitido dar traslado de ellas a quien las pidió, porque siendo éste un trámite posterior y extrínseco a tal absolución, dispuesto en interés del peticionario, si éste no reclama contra su omisión y antes bien intenta valerse de las posiciones absueltas, es porque dispensa ese traslado y se conforma con la diligencia tal como fue surtida.

En el caso que se contempla, entre las posiciones que se le propusieron a Roberto Rodríguez, figuran las siguientes: "Primera. ¿Es cierto sí o nó, que el contrato celebrado por usted y su hermano Eurípides con la señora Belén Rodríguez viuda de Gómez, que consta en la escritura pública número 459 de fecha 9 de septiembre de 1933 de la Notaría de Girardot, es ficticio o simulado? Segunda. ¿Es cierto sí o nó, que usted ni su hermano Eurípides, le pagaron a Belén Rodríguez viuda de Gómez precio alguno por el inmueble especificado en dicha escritura pública número 459 citada?" Y a estas cuestiones, el interrogado contestó así: a la primera: "El contrato es ficticio". A la segunda: "No le hemos pagado ninguna cantidad".

Nada más claro, categórico y suficiente que estas dos respuestas, según las cuales, la mencionada compraventa en lo tocante con Roberto Rodríguez, fue simulada y éste no pagó precio alguno en razón de la misma. Sin que aquí cuente el *quid pro quo* cometido en el interrogatorio al designar el nombre de la vendedora y que se ostenta como un involuntario lapso, porque las respuestas, como las preguntas, se refieren evidentemente al contrato que relaciona la dicha escritura número 459 de 9 de septiembre de 1933 y, por lo tanto, a Rafaela Camacho de Rodríguez como vendedora, quien fue la que en esa calidad otorgó tal instrumento. Así, pues, al desestimar el Tribunal la confesión que esas respuestas encarnan, por considerar que en el acta de absolución de las posiciones no se consignaron textualmente las preguntas, ni se dio traslado de las posiciones absueltas al solicitante de éstas, vulneró los artículos 604 y 606 del Código Judicial y 1769 del Código Civil, de los cuales el primero fija el concepto de confesión y los dos últimos consagran su mérito probatorio.

Pero, como la confesión no prueba contra persona distinta de quien la hace, es claro que la efectuada en este juicio por Roberto Rodríguez sólo a éste perjudica, mas no a Eurípides Rodríguez, quien, al contrario de aquél, al absolver el cuadro de posiciones que le fue propuesto, contestando a la cuestión de si el contrato de compraventa que reza la aludida escritura número 459 de 9 de septiembre de 1933, "en la cual aparece usted y su hermano nombrado como compradores y la señora Rafaela Camacho de Rodríguez como vendedora, fue un contrato de confianza, pues usted y su hermano Roberto no pa-

garon ningún precio del inmueble?'', respondió: ''—El inmueble de que se trata lo compramos entre Roberto y yo, y, su precio se lo pagamos en dinero efectivo en la casa y por consiguiente no hubo testigos que presenciaran la entrega del dinero, pero sí los hubo que presenciaran el negocio''.

Por lo tanto, tratándose de una operación de contenido divisible, como es la compra que, en la escritura número 459 de 9 de septiembre de 1933, aparecen hacer Eurípides y Roberto Rodríguez en común y por *partes iguales*, de la finca de que allí se habla, no hay imposibilidad jurídica alguna para que el negocio se tenga por real respecto de Eurípides y como ficticio en cuanto atañe a Roberto; y, en consecuencia, que la referida escritura número 459, debidamente registrada, tenga para Eurípides el carácter de verdadero título de dominio sobre una cuota correspondiente a la mitad pro indiviso del inmueble, y no sea para Roberto sino una mera apariencia de título, que no lo legitima para reivindicar la cuota restante del mismo bien.

Y sin que pueda encontrarse aquí incongruencia alguna en este discriminar de cuotas, frente a los términos de la demanda incoativa del juicio, porque el entendimiento que sobre este punto necesariamente se impone es el de que, al asociarse en la litis Eurípides y Roberto Rodríguez, para pedir entrambos la reivindicación del inmueble sobre que versa la demanda y que es parte del de que trata la escritura número 459, en puridad no hicieron sino demandar cada uno por la cuota que respectivamente le resultaría de las determinaciones de la misma escritura.

Lo hasta aquí expuesto demuestra que el Tribunal, por haber desconocido la susodicha confesión de Roberto Rodríguez, tuvo como verdadero en lo tocante con éste el contrato de compraventa que reza la escritura número 459, atribuyendo así el valor de título de condominio en pro de Roberto, a ese acto en el cual, por lo que al mismo respecta, no se conjugan los elementos constitutivos de tal contrato, el que según su propio testimonio fue ficticio. Con ello se violó, entonces, por indebida aplicación, el artículo 1849 del Código Civil, que no es una mera definición descriptiva, sino un precepto consagratorio de los elementos obligacionales primarios con que se estructura el contrato de compraventa.

Y es inadmisible la afirmación hecha en la sentencia acusada, de que el juzgador no puede acoger, por vía de excepción, la simulación que no haya sido propuesta o alegada por el demandado. Porque, la necesidad de alegación de un medio exceptivo, como requisito para poder ser reconocido en la sentencia, no puede predicarse sino respecto del medio en que la voluntad del demandado, al proponerlo, tenga que ser la misma requerida por la ley como elemento integrante del hecho en que consiste la excepción. Que es precisamente lo que ocurre con la prescripción, de que es factor consustancial la voluntad del prescribiente, de modo que el juez no puede reconocerla sin que haya sido alegada por el demandado, como resulta de los artículos 2513 del Código Civil y 343 del Código Judicial.

No así la simulación de un acto jurídico, que una vez producida, es fenómeno concreto, cuya objetividad y efectos, desde el punto de vista exceptivo, no dependen de que el demandado, a cuya defensa aprovechare el reconocimiento de semejante situación, la alegue, sino que la demuestre en el juicio, para que, entonces, como hecho destructivo de la titularidad del demandante, deba el Juez reconocerla oficiosamente por aplicación del dicho artículo 343, según el cual ''Cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse''. Porque, verdaderamente sería un contrasentido que si el juzgador encuentra demostrada la simulación con arreglo a derecho, tenga sin embargo que reconocerle plenitud de efectos, en perjuicio del demandado, a un acto ciertamente ficticio, como si fuese real y válido. En todo caso, las circunstancias de la controversia determinarán la posición del demandado frente al fenómeno simulatorio y, en consecuencia, si la posibilidad de su demostración cae, sí o no, en el marco de la autonomía probatoria. Cuestión esta sin problemática en el caso sub judice, *desde el instante mismo en que la simulación de que se trata quedó plenamente establecida por la confesión judicial del demandado Roberto Rodríguez Camacho.*

Y si todo esto es así, mal puede ser que por ello se altere la relación jurídico-procesal, comprensiva de todas estas posibilidades, o que haya incongruencia entre lo fallado y lo pedido, o que sobrevenga la deslealtad o desigualdad de contensión entre las partes, ni menos se advierte que ello tenga nada que ver con el principio de la claridad y precisión de las sentencias, que fueron argumentos traídos inadecuadamente por el sentenciador en apoyo de su pronunciamiento.

Las anteriores consideraciones determinan que el fallo recurrido haya de ser infirmado en cuan-

to condenó a la demandada en favor de Roberto Rodríguez. Pero, como el cargo no prospera en cuanto la sentencia es favorable al demandante Eurípides Rodríguez, semejante circunstancia impone proceder al estudio de los cargos subsiguientes.

Segundo cargo (tercero de la demanda de casación). Está formulado por violación de los artículos 946, 961, 962 y 964 del Código Civil, en cuanto —se dice— fueron indebidamente aplicados al caso del litigio, como consecuencia de haber incurrido el Tribunal en "evidente error de hecho en la interpretación de las pruebas aducidas para demostrar la identidad entre la cosa sobre la cual incide el dominio de los demandantes y la poseída por la demandada". Las pruebas a que se refiere el impugnante en el desarrollo del cargo son la demanda misma y su contestación, la escritura número 459 de 9 de septiembre de 1933, de la Notaría de Girardot, y la inspección ocular y el dictamen pericial practicados en el juicio.

La síntesis de su planteamiento puede hacerse así:

Que, según la escritura número 459 por la cual aparecen los demandantes comprando a Rafaela Camacho de Rodríguez el inmueble números 15, 17 y 19 de la carrera 4ª de Girardot, éste mide 21 metros 60 centímetros de frente por 33 de fondo y linda: por el Oriente, calle de por medio, con casa que fue de Andrés Acosta, hoy de propiedad de Joaquín García; por el Sur, con lote y casa que fue también del mismo Andrés Acosta, hoy de Francisco Albanez; por el Occidente, con lote que fue de Fermín Albarracín, hoy de Manuel Ramírez; y por el Norte, con propiedad que fue de Adelaida Nieto, hoy casa y solar de Luis Casas.

Pero que, según la demanda inicial del juicio, el inmueble está hoy marcado con los números 21-49 a 21-57 de la carrera 11 de Girardot, mide 14 metros y 60 centímetros de frente por 33 de fondo y está delimitado así: Por el Oriente, calle de por medio, con casa que fue de Andrés Acosta, hoy de Joaquín García; por el Sur, con lote y casa que fue también de Andrés Acosta, hoy de Francisco Albanez; por el Occidente, con lote que fue de Fermín Albarracín, hoy de Manuel Ramírez; y por el Norte, con propiedad de Cenón, David, Luis, Manuel, Leonor y Diva Casas, antes de propiedad de Adelaida Nieto y después de Luis A. Casas.

Que si se comparan los dos alindamientos, se observa que por el norte el predio del juicio limita con finca que fue de Adelaida Nieto y después de Luis A. Casas, aunque en la demanda se dice que por este costado linda con propiedad de Cenón, David, Luis, Manuel, Leonor y Diva Casas, por la cual hay que entender que el predio limítrofe por el norte lo adquirieron éstos de Luis A. Casas, propietario anterior, "debiendo ser el poseído por la demandada exactamente igual al adquirido por los demandantes, de conformidad con la escritura susodicha".

No obstante ello, en la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez Civil del Circuito, con fecha 6 de marzo de 1958, aparece que el inmueble ocupado por la familia de Belén Rodríguez viuda de Gómez tiene como medidas aproximadas 14 metros 60 centímetros de frente por 33 metros de fondo y linda: por el frente, con la carrera 11; por un costado, con propiedad de Diva Casas y otros; por otro costado, con propiedad de Dora E. Albanez y por el fondo, con propiedad de la familia Daniels; y que estos linderos son los mismos que los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular, asignan en su dictamen al inmueble objeto de la reivindicación, señalando como norte el costado por el cual linda con propiedad de Diva Casas y otro, y afirmando que del predio sobre que versa la escritura de 1916 se segregaron dos lotes, "en uno de los cuales se encuentra edificada la casa de construcción antigua, en donde se practicó la diligencia de inspección ocular, y en otro de ellos se encuentra levantada una construcción moderna de los señores Casas".

De todo lo cual deduce el impugnante que la confrontación de los alindamientos "indica claramente que se trata de predios diferentes, o por lo menos, no puede afirmarse que se trate de un solo predio. Es decir, que el inmueble poseído por la demandada no es idéntico al determinado en la demanda, ni el adquirido por los demandantes, según la escritura pública número 459 del 9 de septiembre de 1933", puesto que "los linderos de uno y otro son completamente diferentes". Sin embargo de lo cual, para el sentenciador resulta establecida la identidad del inmueble que se reivindica, en virtud de la contestación que dio la demandada a los hechos 1, 3 y 5 del libelo, de la proposición que la misma hizo de la excepción de prescripción con fundamento en la posesión del bien perseguido y, además, con "la inspección ocular a la que concurrieron ambas partes y estuvieron de acuerdo en que esa era la finca materia del pleito", y "con el dictamen pericial".

La Corte considera:

Ciertamente, uno de los requisitos para la prosperidad de la acción reivindicatoria es el de

que la cosa a que se refiere la demanda sea la misma poseída por el demandado, que es en lo que consiste la identidad del bien que se litiga y que, como cuestión de hecho que es, puede ser establecida por cualesquiera medios probatorios que sean adecuados al efecto.

En el caso *sub judice*, el Tribunal tuvo por demostrada la identidad entre el inmueble de la demanda y el poseído por la demandada, mediante la concurrencia de varios elementos de convicción a saber: a) la contestación de la demanda, acto en el cual la demandada no solamente sostuvo su calidad de poseedora del mismo bien sobre que se dirigió la reivindicación, sino que opuso a ésta la excepción de prescripción adquisitiva de su dominio, con base en esa posesión; b) la inspección ocular practicada en la primera instancia, diligencia en la que el inmueble, objeto de ella, fue uno mismo indicado por los apoderados de ambas partes, se encontró ocupado por la familia de Belén Rodríguez viuda de Gómez y se determinó su actual alindamiento, sin controversia sobre su identidad; y c) el dictamen de los peritos que intervinieron en la misma inspección y de cuyos términos no cabe sacar otras conclusiones que las siguientes: que del predio que Rafaela Camacho de Rodríguez dijo vender a Eurípides y Roberto Rodríguez por la escritura número 459 de 9 de septiembre de 1933, que medía 21 metros y 60 centímetros de frente por 33 metros de fondo, y que ella había adquirido por compra a Andrés Acosta mediante la escritura número 46 de 3 de febrero de 1916, instrumentos ambos de la Notaría de Girardot, se sacaron dos lotes, a saber: uno de 7 metros de frente por 33 de fondo que Roberto y Eurípides Rodríguez vendieron a Cenón, David, Luis, Manuel, Leonor y Diva Casas por la escritura número 1373 de 14 de septiembre de 1953, de la misma Notaría, en el cual se encuentra una moderna edificación de los señores Casas; y otro, o sea el lote que los peritos llaman "de la inspección ocular", en donde se encuentra la casa de construcción antigua, que quedó con frente de 14 metros y 60 centímetros por 33 metros de fondo y que linda: por el frente, con la carrera 11; por un costado, norte, con propiedad de Diva Casas y otro; por otro costado, con propiedad de Dora Albanez; y por el fondo, con propiedad de la familia Daniels; que "la carrera 4ª del año de 1933, se transformó a virtud de nomenclatura nueva en la carrera 10ª. entre calles 15 y 16, y que a su turno esta dirección fue variada por la nomenclatura reciente de Girardot, y que, en consecuencia, los dos lotes donde se encuentran la casa antigua y la edificación moderna se hallan hoy día situados en la carrera 11 entre calles 21 y 22"; y que el "dicho lote de la inspección ocular es el mismo de que trata la petición a) de la demanda".

No se ve, pues, que el sentenciador hubiera incurrido en error de hecho en la apreciación de los referidos medios de prueba, al dar por establecida en virtud de los mismos la identidad entre el inmueble sobre que versa la reivindicación y el poseído por la demandada, como que esa es la conclusión obvia que de tales medios resulta, sin que valgan a desvirtuarla las alegaciones en contrario formuladas por el recurrente.

Porque, si la dimensión frontal asignada al inmueble en la parte petitoria de la demanda es la de 14 metros 60 centímetros, y no la de 21 metros 60 centímetros que tenía el predio de mayor extensión que Rafaela Camacho de Rodríguez dijo vender a Eurípides y Roberto Rodríguez en la escritura número 459 de 9 de septiembre de 1933, es porque la reivindicación sólo se refiere a lo que quedó del antiguo inmueble, deducida la porción norte que con frente de 7 metros vendieron los demandantes a Cenón, Luis, Manuel, David, Leonor y Diva Casas, según la escritura número 1373 de 14 de septiembre de 1953, como lo demuestra la enunciación que del lindero *norte* del fundo reivindicado se hace en el mismo pedimento, cuando se dice que el bien linda por este costado, "con propiedad de Cenón, David, Luis, Manuel, Leonor y Diva Casas"; y aunque a continuación se agrega: "antes propiedad de Adelaida Nieto y después de Luis A. Casas", esto que aparece ser una referencia equivocada al que fuera lindero norte del primitivo fundo de mayor extensión, no le quita su exactitud a la dicha enunciación del actual lindero norte del inmueble reivindicado, lindero que ciertamente lo es la finca que los nombrados Cenón, Luis, Manuel, David, Leonor y Diva Casas compraron, como está dicho, a los demandantes Eurípides y Roberto Rodríguez.

No encontrándose, pues, en la estimación de las pruebas de que se trata, el error de hecho evidente a que el cargo se refiere, la censura por violación consiguiente de la ley sustancial carece de procedencia.

Tercer cargo (cuarto de la demanda). Está propuesto por violación indirecta de varios textos de la ley sustantiva a consecuencia de error de hecho que se le imputa al sentenciador en la interpretación de las declaraciones rendidas por los testigos Saúl Guzmán M., Rodolfo Cruz M. y Aminta Barreto de Barrero, tes-

timonios en los cuales, según el recurrente, "afirman sus autores que —por lo menos desde el año de 1932—, la señora Belén Rodríguez de Gómez ha venido ocupando el inmueble materia de la reivindicación y ejecutando sobre él todos los actos propios del dueño, sin reconocer como tal a ninguna otra persona". Los preceptos que se citan como violados, son: por falta de aplicación, los artículos 762, 764, 2512; 2518, 2527 y 2531 del Código Civil y 1º de la Ley 50 de 1936; y por aplicación indebida, los artículos 762, 775 y 981 del mismo Código.

En desarrollo de la censura, el impugnante, luego de transcribir fragmentos de las declaraciones de los referidos testigos, argumenta en síntesis, así: Que éstos "afirman contestes que la demandada ha ocupado por más de 25 años, sin reconocer dominio ajeno, el inmueble cuya reivindicación pretenden los demandantes"; que "aparece evidenciado que el honorable Tribunal reconoce que la señora Rafaela Camacho de Rodríguez fue dueña y poseedora del inmueble materia del litigio hasta el año de 1933 en que lo dio en venta e hizo de él entrega material a sus hijos Roberto y Eurípides Rodríguez. Y si ello es así, incurre en evidente error de hecho al desconocer la posesión útil de la demandada del citado año en adelante, pese a las afirmaciones de los testigos considerados por él como merecedores de toda credibilidad, contrariando la evidencia que surge de las afirmaciones de los mismos"; que el resultado de ello es el quebranto, por falta de aplicación, de los artículos que a este respecto se citaron atrás; que la violación, por aplicación indebida, de los textos legales relacionados bajo este otro concepto, se presenta en cuanto el fallo afirma que Rafaela Camacho de Rodríguez continuó poseyendo el inmueble desde 1933 hasta su muerte, a pesar de haberlo vendido y entregado materialmente a sus hijos Roberto y Eurípides, sin que sobre tal hecho exista demostración alguna, pues todas las pruebas dan cuenta de que quien se comportaba como señora y dueña del inmueble era Belén Rodríguez de Gómez, y ninguna asigna esa calidad a Rafaela Camacho de Rodríguez. Así el evidente error de hecho en la interpretación de las pruebas, determinó que el fallo atribuyera a Rafaela la calidad de poseedora, que niega a la demandada, contrariando la realidad procesal.

La Corte considera:

Es bien sabido que el error de hecho en punto de apreciación probatoria, estriba, bien en que el sentenciador haya dejado de ver y, por lo tanto, de estimar una prueba existente en el juicio, o bien en que haya supuesto la que no existe, extremo éste en el que cabe la ocurrencia de que él haya desfigurado una prueba, haciéndole decir lo que no expresa, ni puede de manera alguna deducirse de su contenido.

Pero, cuando el juzgador contempla una prueba tal como ella se presenta y, haciendo uso de su poder discrecional de apreciación, saca de la misma una consecuencia que no repugna a su texto y, en tal virtud, tiene por demostrado un determinado hecho más bien que otro, entonces no puede decirse que haya incurrido en error de hecho trascendente en casación, porque el yerro de esta clase ha de ser evidente y esa evidencia no se da si el Tribunal pudo, sin violentar la lógica, deducir del contenido de la prueba la conclusión que él acoge. Entonces ha de respetarse su razonamiento, el que, bajo la presunción de acierto, se ampara en el marco de la autonomía que al fallador de instancia reconoce la ley y que, por lo tanto, no puede ser variado en el recurso extraordinario.

En el planteamiento del cargo que ahora se ventila, el impugnante, tomando las declaraciones testimoniales a que se refiere, en el sentido de que, según ellas, quien poseyó la finca del litigio a partir del año de 1933 en adelante, no fue Rafaela Camacho de Rodríguez, sino la demandada Belén Rodríguez viuda de Gómez, pretende que ésta su interpretación de la prueba se sustituya a la del Tribunal, la cual califica de errónea; pero no para mientes en que, según lo afirman los testigos Saúl Guzmán, Aminta Barreto de Barrero y Rodolfo Cruz M., la señora Rafaela Camacho de Rodríguez vivió en esa casa hasta el día de su muerte, en convivencia con su hija, la mencionada Belén Rodríguez de Gómez.

Y fue precisamente por esta circunstancia y en atención a que la convivencia de Belén con su madre Rafaela venía desde antes de que ésta hubiera otorgado a Eurípides y Roberto Rodríguez la escritura de venta del inmueble, en el año de 1933, y a que, no obstante tal venta, continuó Rafaela ocupándolo hasta su muerte, ocurrida en el año de 1947, sin que de parte de Belén se hubiese hasta entonces presentado ningún hecho nuevo respecto de la razón de su permanencia en él, por lo que el Tribunal entendió que la vivienda de Belén en la finca no tuvo, por lo menos hasta el día del fallecimiento de Rafaela, otro sentido que el de una cohabitación concedida por la madre a la hija, sin significado posesorio en pro de la última. Tal como si el sentenciador hubiese visto en ese hecho una aplicación en especie del deber alimentario en las relaciones de padres e hijos. Y como esta con-

clusión del Tribunal, así obtenida de aquellos testimonios, no peca contra el sentido común, pudiendo deducirse de lo que los mismos rezan, no se encuentra que en su interpretación el sentenciador haya incurrido en el error de hecho evidente que el impugnante le atribuye.

En lo tocante con el aspecto de la censura relativo a que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho al afirmar que quien continuó poseyendo el inmueble, a pesar de haberlo vendido, fue Rafaela Camacho de Rodríguez, y no Belén Rodríguez de Gómez, siendo así que, según el impugnante, todas las pruebas aportadas, especialmente las declaraciones ya referidas, dan cuenta de que quien se comportaba frente al inmueble como señora y dueña fue doña Belén Rodríguez viuda de Gómez, y ninguna atribuye esa calidad a Rafaela Camacho de Rodríguez, la sola forma en que está planteada la tacha la hace improcedente, *pues en casación no es admisible la acusación a través del planteamiento global del problema probatorio, como reiteradamente lo tiene establecido la doctrina jurisprudencial, sino que es preciso que, cuando se haga un cargo por error de hecho evidente en la estimación probatoria, no sólo se singularice el elemento de prueba respecto del cual se pretende haberse producido el yerro, sino que se demuestre éste, haciendo la confrontación entre lo que dice el sentenciador sobre la prueba y lo que ésta reza o patentizando que él se ha valido de un medio que no existe en el juicio.*

Pero, si por amplitud se entra en el estudio del cargo, tendría que decirse que no aparece que las declaraciones de testigos a que alude el impugnante demuestren que precisamente del año de 1947, en que murió Rafaela, hacia atrás hasta 1937, en que se completarían los veinte años de la pretendida posesión de la demandada con relación al día 14 de agosto de 1957 en que le fue notificada la demanda, la dicha Belén Rodríguez viuda de Gómez se hubiera comportado como dueña en la ocupación del inmueble, sin reconocer dominio ajeno. Sobre el particular, las declaraciones de tales testigos son de carácter general y aun imprecisas, alguna vez de referencia, a veces sobre circunstancias de índole negativa e importando otras más bien una opinión de los declarantes, antes que la deposición sobre hechos positivos concretos de que el juzgador, no los testigos, pudiera deducir que quien poseyó la finca en tal tiempo como dueña y señora, no fue Rafaela Camacho de Rodríguez, sino la propia demandada.

No apareciendo, pues, demostrado el error de hecho en la apreciación de pruebas, propuesto como punto de partida del cargo que se estudia, éste ha de ser desechado, como así se hace.

Cuarto cargo (primero de la demanda). Formulado por infracción directa de los artículos 965, 966 y 967 del Código Civil, se hace consistir en que según estos preceptos el poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias y las mejoras útiles, pudiéndose llevar los materiales de las voluptuarias, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, si el propietario rehusa pagarle el precio que tendrían ellos después de separados; y que "en el punto 3º de las resoluciones de la sentencia impugnada, el honorable Tribunal dispone de manera general, contrariando el querer de tales normas, que la entrega del inmueble objeto de la reivindicación, y a la cual condena a la demandada, '*deberá hacerse junto con todas las mejoras, construcciones y edificaciones...*', ello no obstante que, en los puntos 4º y 5º siguientes, y como conclusión de las motivaciones del fallo, declara que la poseedora solamente lo ha sido de mala fe a partir de la contestación de la demanda, o sea desde el 23 de agosto de 1957...".

La Corte considera:

El reconocimiento de las mejoras hechas por el poseedor vencido en juicio, dentro de los términos de los artículos 965, 966 y 967 del Código Civil, no es sino la aplicación del principio de justicia de que nadie puede enriquecerse sin causa en perjuicio de terceros, por lo cual, en el caso de reivindicación de un inmueble, el reivindicante que triunfa y que, en consecuencia, se aprovecha de las expensas necesarias hechas por el poseedor vencido y que hace suyas por accesión las mejoras puestas por el último, está obligado por ministerio de la ley a satisfacer a éste su valor en los casos y en las condiciones previstos por la ley, hasta el punto de que ésta otorga al poseedor el derecho de retención del bien perseguido mientras no se le satisfaga el valor de tales expensas y mejoras existentes o no se le garantice satisfactoriamente su pago (Arts. 970 C. C.; 10, Ley 95 de 1890).

Siendo ello así quiere decir que el fallo que ordena al poseedor restituír al demandante el bien de que se trata, lleva implícitamente el ordenamiento de que por el actor se le abonen al demandado, en conformidad a la ley, las expensas y mejoras que se haya demostrado fueron hechas por éste y cuyas circunstancias y valor podrán determinarse en la ejecución de la sentencia, dentro del incidente autorizado por el artículo 553 del Código Judicial.

Tal es el sentido con que se impondría, en este particular, la sentencia acusada, cuya parte resolutiva, luego de condenar a la demandada a restituír el inmueble *"con todas las mejoras"* (Ord. 3º), dispone en seguida que se le condena "como poseedora de mala fe a partir de la fecha de la contestación de la demanda" (Ord. 4º), regulación ésta que tendría que referirse al pago de las mejoras, sin resultar así violados los artículos 965, 966 y 967 del Código Civil, y ser entonces improcedente el cargo.

Sin embargo, como el fallo recurrido habrá de ser casado en cuanto condenó a la demandada en favor de Roberto Rodríguez Camacho, según lo dicho al despachar el cargo primero (2º de la demanda de casación), en la sentencia de reemplazo se hará formalmente la pertinente declaración sobre reconocimiento de expensas y mejoras a que haya lugar en favor de la demandada y en lo que se relaciona con la parte del demandante Eurípides Rodríguez Camacho, quien triunfa en la acción.

Sentencia de instancia.

Las consideraciones hechas en el estudio del recurso de casación, sirven de fundamento a la sentencia que procede a dictar la Corte en reemplazo de la del Tribunal.

Se destaca una vez más que, por haberse apareado Eurípides y Roberto Rodríguez Camacho para demandar la reivindicación del inmueble, con apoyo en un título que habla del dominio para los dos por partes iguales, lo que cada uno de estos intentó para sí, a través de ese consorcio facultativo, no fue sino la reivindicación de la cuota respectiva, o sea que cada uno ejercitó la acción por la mitad pro indiviso del inmueble.

Así las cosas, triunfará la acción de Eurípides por su cuota, en cuanto respecto del mismo subsisten en pie los presupuestos de la acción reivindicatoria, que encontró probados el Tribunal; y se despachará adversamente la acción de Roberto, quien destruyó el título de su parte, cuando confesó que éste es ficticio y cuya simulación ha de tenerse como absoluta, pues ni él dio de ella ninguna razón que autorice a estimarla de otro modo, ni el expediente arroja demostración alguna que permita considerarla como relativa, según lo entendiera el Juez de primer grado.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de segunda instancia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha diez y seis (16) de diciembre de mil novecientos sesenta (1960) y, como juzgador de instancia,

RESUELVE:

Revócase la sentencia de primer grado dictada por el Juez Civil del Circuito de Girardot, con fecha veinticinco (25) de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) y, en su lugar, se decide este pleito así:

1º Niéganse las pretensiones deducidas en este juicio por parte de Roberto Rodríguez Camacho y, en consecuencia, se absuelve a la demandada de los cargos contra la misma propuestos, en lo correspondiente únicamente al mencionado Roberto Rodríguez Camacho.

2º Declárase que el señor Eurípides Rodríguez Camacho es dueño de la mitad pro indiviso del inmueble consistente en una casa de bahareque y techo de paja que consta principalmente de cuatro piezas, cocina y servicios sanitarios, con el lote de terreno en que está edificada, que mide catorce (14) metros y sesenta (60) centímetros de frente por treinta y tres (33) metros de fondo, finca situada en el área urbana de la ciudad de Girardot, distinguida con los números quince (15), diez y siete (17) y diez y nueve (19) de la carrera cuarta (4ª) según nomenclatura antigua, hoy con los números veintiuno cuarenta y nueve (21-49) a veintiuno cincuenta y siete (21-57) de la carrera once (11) y cuyos linderos son: Por el Oriente, calle de por medio, con casa que fue de Andrés Acosta, hoy de propiedad de Joaquín García; por el Sur, con lote y casa que fue también de Andrés Acosta, hoy de Francisco Alvanez; por el Occidente, con lote que fue de Fermín Albarracín, hoy de Manuel Ramírez; y por el Norte, con propiedad de Cenón, David, Luis, Manuel, Leonor y Diva Casas.

3º Condénase a la demandada señora Belén Rodríguez viuda de Gómez, como actual poseedora del predio descrito en el punto inmediatamente anterior, a restituír al demandante Eurípides Rodríguez Camacho o a quien legalmente represente sus derechos, la mitad pro indiviso del mismo predio, incluyendo en éste sus mejoras, construcciones y edificaciones, y libre el bien de todo gravamen.

Parágrafo. El demandante Eurípides Rodríguez Camacho deberá abonar a la demandada el

cincuenta por ciento (50%) del valor de las expensas necesarias y del de las mejoras útiles que ella haya realizado en el predio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 965 y 966 del Código Civil. En cuanto a las mejoras voluptuarias, si las hubiere, se aplicará lo dispuesto en el artículo 967 *ibídem*, en la proporción que al mismo Rodríguez Camacho corresponda.

4º Condénase a la demandada a pagar al mismo Eurípides Rodríguez Camacho el cincuenta por ciento (50%) de los frutos del predio, correspondientes al tiempo corrido desde el veintitrés (23) de agosto de mil novecientos cincuenta y siete (1957), fecha de la contestación de la demanda, hasta cuando se verifique la restitución decretada en el ordinal inmediatamente anterior, o sea a razón de cien pesos ($ 100.00) como valor de la mitad de los frutos mensuales del predio según la estimación pericial.

5º Para efectos de las prestaciones mutuas, la demandada Belén Rodríguez viuda de Gómez recibirá el tratamiento de poseedora de mala fe a partir de la fecha de la contestación de la demanda, o sea desde el mencionado veintitrés (23) de agosto de mil novecientos cincuenta y siete (1957) en adelante.

Parágrafo. Las prestaciones mutuas se fijarán y liquidarán en la ejecución de esta sentencia, con arreglo al artículo 553 del Código Judicial, con lugar a compensación hasta concurrencia de los recíprocos valores. Si por razón de mejoras resultare algún saldo a favor de la demandada, ésta tendrá derecho a retención según los artículos 970 del Código Civil y 10 de la Ley 95 de 1890.

6º No hay lugar a condenación por perjuicios.

7º Condénase a Belén Rodríguez viuda de Gómez en el cincuenta por ciento (50%) de las costas de la segunda instancia.

Sin costas en la primera instancia, ni en el recurso de casación.

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

Los Magistrados,

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CULPA POR DAÑOS OCASIONADOS POR UN EDIFICIO RUINOSO A LA CONSTRUCCION CONTIGUA.

Efectos de la omisión de la querella de obra vieja por los vecinos conocedores del peligro que ofrece el mal estado de la edificación contigua. Relaciones de vecindad. Formas variadas que revisten. Error de hecho en la apreciación de pruebas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., diciembre cuatro de mil novecientos sesenta y tres.

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

Las señoras Dora Rubio de Blanco y Clementina Jiménez de Cástillo demandaron al señor Luis A. Plata S. ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá para que, en sentencia proferida por la vía ordinaria, se declarara al demandado responsable de los perjuicios sufridos por las actoras a causa de haberse derrumbado parte de una casa de habitación de propiedad de las mismas demandantes como consecuencia de haber caído sobre el inmueble otra parte de una edificación perteneciente al demando. Piden también las señoras nombradas que se condene a éste a pagarles las sumas de treinta mil y cuatro mil pesos, respectivamente, como resarcimiento por razón de los perjuicios materiales y morales que les produjo la ruina parcial de su casa.

Los hechos sobresalientes de la demanda pueden condensarse así: tanto las demandantes como el demandado son dueños de sendas casas de habitación ubicadas en la esquina de la calle diez con la carrera once, del perímetro urbano de Bogotá; esas edificaciones son contiguas, y sucede que en la noche del veinte de agosto de 1955 la parte superior de la casa del señor Plata que queda contra la construcción de las demandantes, se derrumbó sobre esta última y ocasionó la caída de parte de la misma edificación. La ruina de la casa de Plata se produjo por descuido y falta de conservación y reparación del inmueble por parte de su dueño. Las demandantes habían mantenido y tenían en buen estado su edificación cuando cayó sobre ella parte de la casa del demandado. Este no cuidó su construcción mediante obras de reparación y conservación, sino que la matuvo en completo abandono, circunstancia que permitió su caída sobre la casa de las actoras. Por tal hecho sufrieron éstas varios daños materiales, consistentes en el derrumbamiento de parte de su edifcio, en la ruptura de las tejas y de la madera, en el desperfecto de las paredes, pinturas y pañetes, en la reconstrucción del correspondiente tramo de esa casa, en haber estado desocupada una porción de ésta durante varios meses y tenido que arrendarla luego por un precio inferior al que le hubiera correspondido sin su caída. El mismo hecho causó también a las demandantes "perjuicios morales consistentes en la permanente preocupación debida a la disminución de su renta durante el tiempo que estuvo desocupado todo el inmueble o parte de él, la consecución de dinero para la reparación, la permanente preocupación de que el inmueble pueda destruírse en su construcción debido a que el demandado no ha reparado ni retirado los escombros de su propiedad, e igualmente están preocupadas por cuanto su renta se ha disminuído debido a todo lo anotado".

El señor Plata dio respuesta a la demanda, negó la mayoría de los hechos y se opuso a las pretensiones de las demandantes.

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de 30 de septiembre de 1958, en la cual se declaró al demandado Plata responsable de la caída de su casa sobre el edificio de las demandantes, se lo condenó a pagar a éstas la cantidad de $ 7.450 por concepto de perjuicios materiales y a cubrir las costas del juicio y se lo absolvió de las demás peticiones de la demanda.

La sentencia acusada.

Abierta y surtida la segunda instancia por apelación que ambas partes interpusieron, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó la sentencia de 15 de octubre de 1960, por la cual se revocó la decisión de primer grado, se absolvió al demandado y se condenó en costas a las actoras.

La motivación del fallo impugnado se inicia con la anotación de que las demandantes ejercitan una acción de responsabilidad civil extracontractual y acomete en seguida el estudio de la legitimación en causa de las partes contendientes. Luego expresa:

"En estos autos se toma como fuente de la responsabilidad civil extracontractual 'el hecho de las cosas inanimadas', del que está obligado a responder a términos del artículo 2350 del Código Civil el dueño del edificio, si es que en el proceso se acredita que ha 'omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia'.

"En estos eventos debe también tenerse en cuenta y tomarse en consideración la manera como la ley ha reglamentado el ejercicio de la acción pública por daño contingente, ya sea que se trate de personas indeterminadas, caso del artículo 2350 del Código Civil, o sea que se trate de que el querellante tenga la calidad de vecino, reglamentada por los artículos 988 y ss., pues en uno y otro caso la obligación de reparar los perjuicios existe, salvo que, en tratándose del caso de vecindad, si los vecinos tuvieron conocimiento o temieron el mal estado del edificio aledaño y con todo no ejercieron las acciones que les concede la ley, no hay lugar a reparación, porque el daño se produjo por su culpa, pues sabedores del mal estado del edificio omitieron hacerlo saber al dueño, exponiéndose imprudente y negligentemente al daño en caso de que el edificio caiga".

En este mismo orden de ideas la sentencia transcribe los artículos 988, 990 y 991 del Código Civil y comenta: "Si se examinan detenidamente los anteriores preceptos, se puede concluír sin vacilación alguna que la acción pública consagrada por el artículo 2359 del Código Civil, para todos los casos de daño contingente, tiene su especial reglamentación en tratándose del que tema que la ruina de un edificio vecino le depare perjuicio, porque entonces presupone la ley que quien conoce la ruina del edificio debe hacerla saber a su propietario para precaver el daño, por lo cual le concedió el derecho de querellarse para que se mande al dueño derribarlo si no admite reparación, o para que se hagan las reparaciones si es que las admite".

Afirma el fallo que el propio artículo 2359, citado, distingue entre personas determinadas e indeterminadas para el efecto de otorgarles la acción de daño contingente, según el caso, y reproduce a continuación los pasos de la sentencia de primer grado en que se sostiene: primero, que conforme a lo prescrito por los artículos 988 y siguientes del Código Civil, la querella de obra vieja tiene por objeto eximir de culpa al demandante por el derrumbe de esa obra al establecer la negligencia del dueño en conservarla en buenas condiciones; segundo, que si no se propone esa querella, el demandante de perjuicios tiene que probar que la caída de la construcción se debió a vetustez o mal estado de ésta por falta de las reparaciones propias para evitar su ruina; tercero, que el artículo 2350 *ibídem* consagra el derecho al resarcimiento de perjuicios por la caída de un edificio, sin subordinación a la previa querella de obra vieja. Añade la sentencia acusada que los expositores nacionales tienen conceptos distintos del expuesto en la decisión de primer grado, cita esas opiniones y dice: "De modo que cuando la acción pública por daños causados por la caída de un edificio se intenta por vecinos, éstos para lograr la prosperidad de ella deben acreditar debidamente: a) Que por temer que la ruina del edificio vecino les parara perjuicios, ejercieron las acciones que les concede el artículo 988, citado, y que el edificio cayó por defecto de su mala condición, una vez notificada la demanda (art. 990 *ibídem*); o b) Que no tuvieron conocimiento previo del mal estado del edificio o que no estaban en la obligación de saber su mal estado. Sólo así tendrán derecho a que el dueño del edificio ruinoso y caído, les indemnice los perjuicios que se les hayan ocasionado; de lo contrario, no habrá lugar a la reparación porque se expusieron al daño en forma negligente".

Después de traer a colación otras citas doctrinales sobre la tesis de que la aplicación del artículo 2350 del Código Civil se halla subordinada a la regla que consagran los artículos 990 y 991, expresa la misma sentencia: "Tanto de las peticiones de la demanda, como de algunos hechos en que ella se apoya, queda de manifiesto que las demandantes son o eran vecinas del demandado y que las dos construcciones eran colindantes, y lo que es más, contiguas, como que, de no haber existido esta continuidad, esta colindancia sin solución de continuidad, mal podría la caída de parte de la una arrastrar a la otra...

"Igualmente la demanda contiene afirmaciones que dan a entender que las demandantes tenían conocimiento del estado ruinoso de la edificación de propiedad del demandado y que tal estado les ocasionaría perjuicios en caso de caerse; afirmaciones que se encuentran plenamente probadas en autos mediante la confesión judicial hecha en posiciones por las mismas; también se acreditó durante el plenario que las dos construcciones constituyen un todo indivisible, circunstancias todas estas que indudablemente son determinantes del resultado que haya de dársele a la presente controversia judicial, como también del derecho de la parte actora a ser indemnizada de los perjuicios que la caída de parte de la edificación de propiedad del demandado les haya ocasionado".

El fallo transcribe a continuación el resumen de las pruebas hecho en la sentencia de primer grado y concluye así:

"Sentado el hecho físico de la vecindad de las construcciones de propiedad de las partes contendientes y que ellas 'estaban construídas en bloque o conjuntamente, formando un solo cuerpo o una misma estructura', se debe establecer si las demandantes tuvieron conocimiento del mal estado de la construcción de propiedad del demandado, a fin de comprobar si ejercieron las acciones que la ley concede a los vecinos que temen que la ruina de un edificio les cause perjuicios, para tener derecho a la reparación que demandan, o si por el contrario, no lo hicieron, carecen de él para intentar la acción de reparación.

"Sobre el particular obran en autos las diligencias de absolución de posiciones de las señoras demandantes a petición de la parte demandada, en las que ellas confiesan eran sabedoras de tiempo atrás del mal estado de la construcción de propiedad del demandado, como también de que 'en varias ocasiones se le llamó la atención al señor Plata por el mal estado de la finca y que podía ocasionar peligros', reclamos formulados por conducto de los inquilinos de las demandantes.

"Conocedoras las señoras demandantes del mal estado de la edificación del demandado y de los posibles perjuicios que su estado le pudiera ocasionar a su propiedad, 'era de elemental prudencia acudir al Juez para que tomara las medidas indicadas en los artículos 988 y ss.', ya que de no obrar así y el daño temido se producía, el daño se producía por su culpa, toda vez que debido a su negligencia se expusieron a él, omitiendo adelantar las acciones que la ley les concedía para impedirlo.

"No puede olvidarse que el ejercicio de esta acción preventiva configura la de reparación en estos casos, porque, como quedó visto con base en los expositores transcritos, su no ejercicio es motivo suficiente para relevar de toda responsabilidad al dueño del edificio ruinoso, porque tal omisión hace que los vecinos se expongan al daño en forma negligente e imprudente, incurriendo por lo mismo en culpa, toda vez que de haber obtenido la respectiva orden judicial de demolición o reparación, el hecho no se habría producido.

"Y si el daño se produjo por culpa de la víctima, debida al no ejercicio de las acciones consagradas por los artículos 988 y ss. del Código Civil, ella no tiene derecho a indemnización alguna, pues, como lo dicen Alessandri y Somarriva, 'la ley castiga en esta forma su negligencia para entablar oportunamente la denuncia de obra ruinosa'.

"Síguese de todo lo dicho que las demandantes carecen de personería sustantiva o derecho para intentar la presente acción, es decir, no se han legitimado debidamente en la causa, motivo por el cual deben negarse las peticiones de la demanda y absolverse al demandado de los cargos en ella formulados".

La impugnación.

La parte demandante recurrió en casación contra el fallo del Tribunal, y en extensa demanda que no consulta la técnica del recurso formula, por la causal primera, ocho cargos, algunos de los cuales son repetición de otros. Dichos cargos son:

Primero. Violación directa del artículo 2350 del Código Civil, por interpretación errónea.

Segundo. Quebranto directo de los artículos 988, 989, 990, 991 y 992 del Código Civil, por aplicación indebida.

Tercero. Infracción directa de los artículos 2350, 988, 989, 990, 991 y 992 del Código Civil, el primero por interpretación errónea y los otros por aplicación indebida.

Cuarto. Violación directa del artículo 2341 del Código Civil.

Quinto. Quebranto directo de los artículos 2341 y 2350 del Código Civil, este último por interpretación errónea.

Sexto. Infracción directa de los artículos 2341, 2350, 988, 989, 990, 991 y 992 del Código Civil, el segundo por interpretación errónea y los últimos por aplicación indebida.

Séptimo. Violación indirecta de los artículos 2341, 2350, 2351, 2359, 988, 989, 990, 991 y 992

del Código Civil, por causa de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas.

Octavo. Quebranto indirecto de los artículos 2341, 2350, 2351, 2359, 988, 989, 990, 991 y 992 del Código Civil, a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas.

La Corte examinará en conjunto estos cargos por referirse todos a materias conexas.

Cargos primero a sexto. En los cargos primero, tercero, quinto y sexto se acusa el fallo de infringir directamente el artículo 2350 del Código Civil, por interpretación errónea.

En los cargos segundo, tercero y sexto se impugna el mismo fallo por violar directamente los artículos 988, 989, 990, 991 y 992 del Código Civil, por aplicación indebida.

Y en los cargos cuarto, quinto y sexto se censura la sentencia por quebrantar directamente el artículo 2341 del Código Civil.

A) La interpretación errónea del artículo 2350 se hace consistir en entender la sentencia que este precepto admite la excepción eximente de responsabilidad que señala el artículo 991 *ibídem,* esto es, que la aplicación de aquella norma se halla subordinada a la existencia previa del interdicto de obra vieja.

El recurso transcribe el texto del artículo 2350, citado, y de unos apartes del fallo acusado y afirma que éste tiene como causas exculpativas de la responsabilidad del dueño del edificio derrumbado la imprudencia y el descuido cuando precisamente son estos hechos los que generan esa responsabilidad y cuando aquel precepto sólo exime de ésta en la hipótesis de que la ruina de la construcción se haya producido por caso fortuito. Entender que, fuera de este caso fortuito, el dueño del edificio caído se exonera de responsabilidad en el supuesto del artículo 991 del Código Civil, constituye una interpretación "completamente errónea" del artículo 2350, por cuanto se confunde lo prescrito por esta norma con el caso que regulan los artículos 988 y siguientes y se introduce una excepción a aquel precepto sin que la ley la haya autorizado ni al juzgador le sea permitido hacerlo.

El impugnante se refiere en seguida a la sentencia de primer grado, prohija la inteligencia que allí se les dio a las disposiciones citadas y comenta:

"a) No nos hemos podido explicar por qué, al través de tratadistas nacionales, se ha notado un empecinamiento en hacer aparecer como contradictorios los artículos 2350 y 991 del Código Civil, a base de erróneas interpretaciones a la primera norma, con desconocimiento de las disposiciones sobre interpretación de las leyes (arts. 8º, 1º a 9º de la Ley 153 de 1887; 5º de la Ley 57 de 1887).

"b) Tratar de interpretar el artículo 2350 del Código Civil en el sentido de referirse al mismo caso contemplado en los artículos 988, 990 y 991 del mismo estatuto, es totalmente erróneo y equivale a quedarse en la mitad del camino.

"Del artículo 2350, citado, claramente se desprende que para que la acción indemnizatoria de perjuicios allí consagrada, se pueda ejercer, es necesario simplemente:

"Primero. Que el reclamante haya sufrido en realidad el perjuicio.

"Segundo. Que ese perjuicio sea ocasionado por la ruina de un edificio.

"Tercero. Que dicha ruina se deba a la omisión de las reparaciones necesarias por parte de su dueño, o haber faltado éste de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

"Cuarto. Que el demandado sea el propietario del edificio ruinoso, y

"Quinto. Que la ruina no acaeciere por caso fortuito.

"De manera que este artículo, como bien lo sostiene el Juez de primera instancia, solamente consagra como motivo exculpativo para el propietario del edificio ruinoso, de su obligación de pagar perjuicios, el caso fortuito.

"En este el artículo que reglamenta, establece e instituye la responsabilidad del dueño del edificio en ruinas, pero únicamente cuando dicho estado se debe a 'haber omitido' su propietario 'las reparaciones necesarias' o 'haber faltado de otra manera al cuidado del buen padre de familia', interpretación que está de acuerdo con los artículos 2341, 2356 y 2359 del Código Civil, que establecen la obligación indemnizatoria por parte de quien causa perjuicios por su culpa, que no a otra cosa equivalen las anteriores frases del 2350 (art. 63 del C. C., en especial los incisos 2º y 3º).

"Estas dos circunstancias, que necesariamente son atinentes a motivos de elemental observación por parte de un propietario de edificio, no pueden permitir más causa justificativa en la ruina que el caso fortuito, único independiente de la permanente actividad y mediano cuidado que debe tener su dueño, máxime si se tiene en cuenta que la propiedad es una función social que impone obligaciones".

Arguye el recurrente que los artículos 988 y siguientes del Código Civil contemplan una situación distinta de la prevista por el artículo 2350, situación esa que consiste en la ruina de

un edificio, no por culpa del propietario, sino de cualquiera otra circunstancia, razón por la cual se exige una querella del vecino para poder obtener éste la reparación del daño que dicha ruina le ocasione. En cambio, el citado artículo 2350 exige la culpa del propietario por no haber hecho al edificio las reparaciones necesarias o por haber faltado de otro modo al cuidado de un buen padre de familia. Al entender cosa diferente y confundir las dos situaciones expresadas, la sentencia violó el último precepto citado.

El recurso repite estos mismos argumentos en los cargos tercero, quinto y sexto, añadiendo que el artículo 2350 es una disposición que regula la responsabilidad extracontractual del dueño de un edificio en ruinas, que conforme a ese precepto dicho propietario debe indemnizar el daño que la caída de la construcción cause a un tercero, tenga o no éste la calidad de vecino, y que esa norma no consagra ninguna excepción eximente de responsabilidad, fuera del caso fortuito.

B) También se acusa el fallo de quebrantar directamente los artículos 988, 989, 990, 991 y 992 del Código Civil, por aplicación indebida al caso del pleito.

Sobre este particular dice el impugnante que las disposiciones anteriores hacen parte del título relativo a las acciones posesorias, es decir, de la parte especial en que se regula sólo lo concerniente a esas acciones. Por tanto no cabe pensar ni es permitido suponer que el legislador haya querido reglamentar en tal parte cuestiones que tocan con la responsabilidad por culpa extracontractual.

Entre esas acciones posesorias especiales figura la que establecen los artículos mencionados, la cual nada tiene que ver con el factor culpa del propietario de un edificio ruinoso. Dichas normas confieren a quien teme que la ruina de un edificio le depare perjuicios el derecho de promover una querella contra el dueño para obtener que éste repare o demuela la construcción, y, aunque los mismos preceptos aluden a edificio vecino, el artículo 992 hace extensivo el interdicto a cualesquiera otras construcciones de que se tema peligro y aún a los árboles que allí se mencionan. En armonía con tales disposiciones el artículo 991 prescribe que no habrá lugar a la indemnización de perjuicios si no se ha notificado la querella expresada.

"Claramente se desprende del texto de los artículos que acaban de comentarse —dice el recurso— que en ellos se contempla, según se desprenden de sus términos claros y precisos, la reglamentación de casos similares en los cuales se teman peligros por la ruina de un edificio vecino, simple y llanamente, debiéndose la ruina a cualquiera circunstancia, con exclusión del caso en que dicha ruina se impute expresamente a culpa del propietario, pues este último caso está contemplado en forma estudiada, sin duda alguna, expresa y taxativa, por el artículo 2350 del mismo Código Civil, que reglamenta únicamente aquel en que se trate de culpabilidad del propietario del edificio ruinoso, sea o no vecino y háyase o no tenido temor de perjuicios. Y ello es así, y si el caso comprobado en el expediente está contemplado en el artículo 2350, por deberse la ruina del edificio del demandado a los factores en él indicados, no puede decirse que esté comprendido dentro del reglado por los artículos 988 y 992 del mismo Código, por cuanto estas normas contemplan la situación distinta, en la cual no tiene operancia la culpa del propietario ni ésta se alega por el demandante ni tiene que probarse su existencia, debida al descuido por no haberse hecho las reparaciones necesarias o haberse faltado en cualquiera otra forma al cuidado que debe tener un buen padre de familia.

"El honorable Tribunal, en la sentencia acusada, al dar aplicación indebida al caso de autos a los artículos 988 a 992 y principalmente al artículo 991, revocó la sentencia de primera instancia y absolvió al demandado de los cargos del libelo, todo lo cual no hubiera hecho, pues, con base en el artículo 2350, hubiera condenado al señor Luis A. Plata, incidiendo en esta forma la indebida aplicación de dichos artículos en el resultado final del juicio".

En síntesis, la sentencia, al confundir el caso de autos con el que regulan los artículos 988 a 992 del Código Civil y al aplicar estos preceptos a dicho caso, incurrió en aplicación indebida de las mismas disposiciones, especialmente del artículo 991 *ibídem*.

C) En los cargos cuarto, quinto y sexto se atribuye a la sentencia el quebranto directo del artículo 2341 del Código Civil.

Acerca de esta censura la demanda de casación se limita a recordar que el precepto citado consagra la obligación que toda persona tiene de indemnizar los daños causados a otro por un delito o culpa suyos y dice que en la sentencia se admite estar plenamente comprobadó que las demandantes sufrieron perjuicios por culpa del demandado Plata por no haber éste cuidado de su edificio ni efectuado las reparaciones necesarias. En seguida añade: "De acuerdo con el artículo 2341, el honorable Tribunal ha debido condenar al demandado en los cargos que se le

hicieron en el libelo, confirmando la sentencia de primera instancia en sus numerales 1º y 2º, reformando la cuantía del 3º, revocando el 4º, haciendo al demandado la condena en los perjuicios morales y modificando el 5º, condenándolo en todas las costas. Al proceder como lo hizo violó directamente el artículo 2341 del Código Civil".

No expresa el recurso si el quebranto de esta norma obedeció a falta de aplicación, a interpretación errónea o a indebida aplicación, que son los tres casos de infracción directa de ley sustancial que prevé la causal primera de casación.

Cargo séptimo. Versa este cargo, según lo ya visto, sobre la "violación indirecta de los artículos 2341, 2350, 2351, 2359, 991, 988, 989, 990 y 992 del Código Civil, debida a error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas que adelante se relacionan".

El error de hecho que se imputa a la sentencia consiste en estimar confesado por las demandantes que ellas tenían conocimiento de la mala situación de la casa del demandado Plata y de que la caída de ese inmueble podría acarrearles perjuicios.

El impugnante reproduce los pasos de la sentencia en que se expresa que "la demanda contiene afirmaciones que dan a entender que las demandantes tenían conocimiento del estado ruinoso de la edificación de propiedad del demandado y que tal estado les ocasionaría perjuicios en caso de caerse" y que esas afirmaciones "se encuentran plenamente probadas en autos mediante confesión judicial hecha en posiciones por las mismas" demandantes.

"Si se lee detenidamente la demanda —dice el recurso— se ve que en ninguna de sus palabras escritas se habla de 'estado ruinoso' o ruina, o cosa parecida, ni de términos o frases que tengan tal significado y que por lo tanto esta apreciación del honorable Tribunal brilla por su ausencia en tal escrito.

"Es indudable que en los hechos 8º y 9º, que el honorable Tribunal se permitió subrayar al margen, se afirma que el demandado no cuidó el inmueble de su propiedad y lo tuvo completamente abandonado, circunstancias que se comprobaron con las inspecciones oculares y dictámenes periciales practicados antes de demandarse y después de la caída de parte del edificio del demandado; pero de aquí nunca puede inferirse ni menos aún decirse que se haya afirmado que las demandantes, antes de producirse la caída del inmueble del demandado, tuvieran conocimiento de que amenazaba ruina y que ésta causaría perjuicios o podría ocasionárselos a ellas.

"Hay, pues, por este aspecto un error de hecho manifiesto en la apreciación que hace el honorable Tribunal de la demanda como prueba de confesión en contra de las demandantes, en el fallo recurrido, tal como queda demostrado, siendo además las afirmaciones que verdaderamente se hacen en los hechos del libelo referidos, la imputación de culpa al demandado, base de la acción ejercida".

En relación con las posiciones absueltas por la demandante Dora Rubio de Blanco dice el recurrente que ésta no hizo allí ninguna confesión de tener conocimiento del estado ruinoso de la casa del demandado ni de que ese estado le ocasionaría perjuicios en caso de caerse el edificio, que dicha absolvente no hizo sino contestar lo que se le preguntó y que "sencillamente en su última respuesta se limita a decir que Plata tenía tan descuidado el inmueble que ni siquiera lo enlucía los días exigidos por el gobierno, siendo este hecho para ella lo constituyente del abandono y mal estado del edificio, y a la vez en otra de sus respuestas afirma que reclamó a Plata y le hizo saber sobre los daños que le estaba ocasionando a su propiedad el mal estado de la de Plata, afirmación ésta que nunca puede entenderse en el sentido de que temiera daños, de que la ruina del edificio de Plata le pudiera ocasionar daños, sino que simplemente y concretándose a los hechos, le reclama por los que se le habían causado, sin afirmar que temiera más daños".

Respecto de las posiciones absueltas por la señora Clementina Jiménez afirma también el recurso que "mayor es el error de hecho manifiesto" cometido por la sentencia al entender confesados por esta absolvente hechos que no se le preguntaron. Esta señora se contrajo a responder lo que se le preguntó, esto es, que tenía conocimiento de que la casa de Plata estaba seriamente averiada y que le mandó reclamar a éste que la arreglara, pero que no hizo las afirmaciones que la misma sentencia le atribuye.

Después de otras breves consideraciones sobre el mentado error de hecho el impugnante concluye así la exposición de este cargo: "No existen más pruebas sobre el particular, y solamente con base en el estudio que hizo de la demanda y de las posiciones absueltas por las demandantes, el honorable Tribunal se permitió concluír que estaba plenamente probado que las demandantes tuvieron temor de que la ruina del edificio de Plata les depararía perjuicios, y sobre esos errores manifiestos, esos hechos que estimó probados

debido a los errores indicados, edificó toda la estructura jurídica de su fallo, violando por tanto y debido a los errores manifiestos en la interpretación de las pruebas indicadas, los artículos 2341, 2350, 2351 y 2359 del Código Civil, dejando de aplicarlos, ya que ellos establecen en forma clara y terminante la obligación del que tiene un edificio en ruinas, debiéndose ésta a su culpa, de pagar los perjuicios que ella ocasione, e igualmente violó los artículos 991, 988, 989, 990 y 992 del mismo Código Civil, aplicándolos indebidamente. Si no fuera por los errores indicados en que incurrió el Tribunal, no hubiera estimado probado el hecho o hechos de que las demandantes temieron 'que la ruina de un edificio vecino', el del demandado, les 'pare perjuicios', y que por ello, al no haber iniciado el interdicto posesorio de obra vieja a que se refieren los citados artículos 991, 988 y ss. del Código Civil, no tenían derecho a demandar de Luis A. Plata el pago de los perjuicios a que se refiere la demanda. Estando probados en autos, según lo acepta el mismo Tribunal, la propiedad de las demandantes sobre el inmueble dañado, la del demandado sobre el que produjo el daño, la culpa de éste en la ruina de su bien, y la relación de causalidad entre los daños de la propiedad de las señoras de Blanco y de Castillo y la caída del bien del demandado junto con la culpa de éste en el estado ruinoso de su edificio no podía exceptuar de lo dispuesto en los artículos 2341, 2350 principalmente, 2351 y 2359, esta situación, por no haberse notificado querella".

Cargo octavo. Consiste en la "violación indirecta de los artículos 2341, 2350, 2351, 2359, 991, 988, 989, 990 y 992 del Código Civil, debida a error de derecho en la apreciación de las pruebas".

Estas pruebas que el impugnante considera erróneamente apreciadas son la demanda inicial de esta litis y las posiciones absueltas por ambas demandantes. Sobre la primera de tales piezas dice el recurso que la sentencia le atribuye "afirmaciones que dan a entender que las demandantes tenían conocimiento del estado ruinoso de la edificación de propiedad del demandado y que tal estado les ocasionaría perjuicios en caso de caerse". Transcribe los artículos 1769 del Código Civil, 604, 606, 607 y 609 del Código Judicial, afirma que conforme a estos preceptos la confesión debe referirse a un hecho concreto, expresado directamente, y no a que por interpretación se lo dé a entender, y concluye que en la demanda no aparece la confesión que le asigna el fallo y menos porque se deje entender el hecho o hechos en que se apoya la supuesta confesión. Por tanto "al dar al escrito de la demanda el valor de plena prueba, como confesión en contra de las demandantes, desconoció las normas que valoran la prueba de la confesión y la reglamentan, ocurriendo indirectamente la violación de las normas sustantivas que se determinan al principio de este cargo".

Con relación a las posiciones absueltas por las demandantes anota el recurrente que en la sentencia se tiene por confesado en ellas el hecho de que las propias actoras tenían conocimiento del mal estado de la casa del señor Plata y de que en varias ocasiones le llamaron la atención a éste por ese mal estado de su construcción. Luego dice: "De acuerdo con las disposiciones legales citadas al hacer ver el error de derecho en la apreciación de la demanda, lo mismo que las jurisprudencias y doctrinas allí invocadas, las posiciones absueltas por ambas demandantes no contienen, ni separada ni conjuntamente, la manifestación expresa, clara, precisa y sin lugar a dudas de los hechos que el honorable Tribunal afirma confesaron, y, al tomar el Tribunal dichas posiciones como la plena prueba de confesión de las demandantes de tales hechos, violó y desconoció las normas referentes a la confesión que se han venido citando y transcribiendo, y las desconoció más cuando las tomó como plena prueba de los hechos determinados en el artículo 988 del Código Civil y consecuentemente en los artículos 991, 989, 990 y 992 del mismo estatuto".

Después de recordar que la confesión no perjudica sino a quien la hace, dice el impugnante que cuando una parte se halla integrada por varios litigantes la confesión de uno de éstos no perjudica a los otros y anota que la sentencia le atribuye a la demandante Jiménez frases que ella no expuso, sino la señora Rubio de Blanco. Dice también que las preguntas de las posiciones no deben ser capciosas ni referirse a más de un solo hecho; examina las que se formularon a las actoras y las respuestas dadas por éstas, afirma que ellas se relacionan con varios hechos y sostiene que por ello y por capciosas no debieron ser admitidas como prueba. Concluye en seguida así:

"Consecuente con todo lo anterior, el honorable Tribunal cometió error de derecho al tener en consideración y darles el valor de plena prueba, en contra de las absolventes, aun de hechos que no afirmaron, a las respuestas dadas por ellas a las preguntas que se les formularon ilegalmente, por cuanto violó la norma del artículo 611 del Código Judicial, que fue burlada

por el preguntante, y a la vez infringió los artículos del Código Judicial citados al principio de este cargo, referentes a la confesión y sus requisitos, por cuanto tuvo como confesión cuestiones que no reunían los requisitos de tales.

"Todos los anteriores errores de derecho llevaron al honorable Tribunal a aceptar como probado el hecho de que las demandantes se encontraran en el caso contemplado por el artículo 988 del Código Civil, es decir, que temieran que la ruina del edificio de Plata les repare perjuicios, lo cual no confesaron conjuntamente, ni separadamente siquiera, en forma clara, expresa, precisa y sin lugar a dudas, ni por conducto de su apoderado, y consecuencialmente a la violación de los artículos 2341, 2350, 2351, 2359, 991, 988, 989, 990 y 992, por no haber aplicado los primeros y haber dado aplicación a los segundos como excepcionantes del 2350".

Consideraciones de la Corte.

I. *La vecindad, derivada de la contigüidad o proximidad de los lugares, es un hecho físico que crea nexos de índole diversa entre las personas a quienes pertenecen o que ocupan esos inmuebles aledaños. Son relaciones de vecindad que surgen unas veces del uso y goce de los fundos vecinos y otras de la actividad personal de sus dueños o moradores. Inspiradas en el principio de solidaridad social, esas relaciones confieren derechos e imponen obligaciones y cargas, encaminados los unos y las otras a asegurar la convivencia pacífica y a evitar los conflictos e incomodidades que excedan el margen de tolerancia recíproca que se deben quienes viven y actúan en vecindad.*

Esas relaciones, como se ha dicho, revisten formas muy variadas y aparecen previstas por la ley de manera dispersa. Algunas de ellas se encuentran reguladas como servidumbres por su conexión con el uso y goce de los predios colindantes; otras constituyen obligaciones positivas o negativas y aun las hay que imponen una colaboración recíproca entre los propios vecinos. El desarrollo de tales relaciones puede comprometer la responsabilidad de quien causa daños a sus vecinos. La Corte ha tenido ya la oportunidad de ocuparse en el estudio de este punto de la responsabilidad a que pueden dar motivo las relaciones de vecindad (XLV, 1930, 855. LXXVIII, 2145, 426).

II. *Dispone el artículo 2350 del Código Civil que "el dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia".*

Este precepto consagra la regla general de que el propietario de un edificio responde a terceros de los daños que les cause la ruina de esa construcción cuando ella se debe, no a caso fortuito, sino a la omisión en hacerle las reparaciones necesarias o a la falta de cuidado de un buen padre de familia. El dueño de cualquier construcción está obligado a mantenerla en buen estado y a evitar su caída, pues si ésta llega a producirse por falta de las reparaciones necesarias o por otro descuido o imprudencia imputable dentro de esa medida al mismo dueño, debe éste resarcir los daños que tal ruina ocasione a terceros. Lo cual significa que incurre en culpa quien tiene una edificación de su propiedad en estado de amenazar ruina.

Esta se produce cuando se derrumban todos o parte de los materiales que forman la construcción o que están incorporados a ella como elementos integrantes de la misma.

Según la norma transcrita, las causas de la ruina culposa deben consistir en haber omitido el dueño hacer las reparaciones necesarias o faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. Por reparaciones necesarias se entienden aquellas obras que son indispensables para darle solidez y firmeza a la edificación, en forma de evitar la caída total o parcial de los materiales que la componen. Y por falta de cuidado de un buen padre de familia se comprende todo acto o error de conducta que no suele cometer una persona advertida y prudente. En esta materia tendría este carácter la ejecución de obras que pusieran en peligro la resistencia y estabilidad de la construcción.

Acaecida la ruina del edificio y comprobado que ella se debió a falta de las reparaciones necesarias o del cuidado que emplea una persona prudente, queda establecida la culpa que compromete la responsabilidad del propietario por los daños causados a terceros. La omisión de las reparaciones y del cuidado expresados constituye una presunción de culpa del dueño de la construcción derruída, presunción que no puede infirmarse sino mediante la prueba de que la ruina se produjo por caso fortuito. A este propósito dispone el inciso segundo del propio artículo 2350 que "no habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto". El propietario del edificio arruinado por su culpa no se exonera de ésta sino con el aporte de la prueba de que la caída obedeció

a un caso fortuito o al hecho de tercero que asume la misma categoría.

Por regla general el dueño de un edificio responde a terceros de los daños que les cause la ruina culposa de esa edificación. En principio cualquier persona que sufra perjuicios por esta causa, tiene derecho a exigir la reparación correspondiente. Hay sin embargo, dos casos en que esta regla no tiene aplicación en los términos prescritos por el mismo artículo 2350. El primero de esos casos concierne a las personas que se hallan vinculadas al propietario de la construcción por un contrato relativo al uso o goce de ésta. Tales personas son el arrendatario, el usufructuario, el usuario y el habitador. Cuando la víctima de la ruina es persona que tiene una de estas calidades, la responsabilidad del dueño de la edificación desplomada no es extracontractual, sino contractual, y se rige en consecuencia por las normas convencionales o legales que regulan las relaciones jurídicas de las partes. Lo cual significa en otros términos que la responsabilidad consagrada por el citado artículo 2350 del Código Civil no toca con la esfera contractual, o sea en los casos en que la víctima del agravio inferido por la caída de un edificio está ligada al dueño de éste por una convención relacionada con el uso o goce de la misma construcción.

El otro caso es el de los vecinos que han tenido conocimiento del mal estado del edificio y de su inminente peligro de ruina. Dispone en efecto el artículo 988 del Código Civil que quien "tema que la ruina de un edificio le pare perjuicio, tiene derecho a querellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente". El artículo 990 *ibídem* prescribe que "si notificada la querella, cayere el edificio por efecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos; pero si cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización, a menos de probarse que el caso fortuito sin el mal estado del edificio, no lo hubiera derribado". Y finalmente estatuye el artículo 991 *ibídem* que "no habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido notificación de la querella".

Los preceptos anteriores se refieren a los vecinos que, teniendo conocimiento del mal estado del edificio contiguo, temen que su ruina les cause perjuicios, para el efecto de autorizarlos a promover contra el dueño el interdicto de obra vieja a fin de obtener que éste derribe o repare esa construcción, según el caso. Si el edificio se derrumba los vecinos lesionados por la caída tienen derecho al resarcimiento de los daños si propusieron y notificaron la querella antes de producirse la ruina; en caso contrario, no podrán exigir la indemnización. Tales normas contemplan una relación de vecindad e imponen a los vecinos que pueden y deben darse cuenta del mal estado y del inminente peligro de ruina que ofrece la construcción aledaña la obligación de contribuír a precaver los posibles daños de ésta mediante la promoción y notificación de la querella de obra vieja. La abstención en el cumplimiento de esta obligación priva a dichos vecinos del derecho a la reparación de los perjuicios que les cause la caída del edificio, y ello porque esa omisión constituye una culpa que hace presumir que los propios vecinos se expusieron voluntariamente a las consecuencias nocivas de dicha ruina. Por donde se ve que el aludido interdicto de obra vieja no es un derecho renunciable a su arbitrio por los vecinos conocedores del peligro que ofrece el mal estado de la construcción contigua, sino una obligación de vecindad establecida en provecho recíproco de los mismos vecinos. Quien incumple tal obligación incurre en una culpa que compensa o purga la del dueño de la edificación que se derruye por falta de las reparaciones necesarias o por cualquier otro descuido.

Como ya ha tenido la oportunidad de anotarlo la Corte, la doctrina anterior concierne a los vecinos que tienen conocimiento cierto del mal estado del edificio contiguo y de su inminente peligro de ruina, pero no a los vecinos que ignoran estas circunstancias por no estar a su alcance percibirlas, de modo que la situación y el derecho de resarcimiento de estos últimos se rigen y quedan amparados por la regla del artículo 2350, citado, y no están subordinados a la notificación previa del interdicto de obra vieja que consagran los artículos 988 y siguientes del Código Civil (XLIX, 1959, 852).

III. La sentencia encontró demostrado que la casa de las demandantes Rubio y Jiménez es contigua a la del demandado Plata y aun que las dos construcciones venían formando un solo bloque. También halló comprobado que las actoras tuvieron conocimiento del mal estado del edificio de Plata y que parte de él se desplomó sobre inmueble de aquéllas. Con base en estos hechos el fallo considera que el derecho de resarcimiento que las mismas señoras hacen valer en esta litis, está regulado no por la norma del artículo 2350 del Código Civil, sino por lo que establecen los artículos 988 y siguientes y que de consiguiente no puede prosperar la acción de responsabilidad que ejercitan por no haber pro-

puesto y notificado la querella de obra vieja al señor Plata antes de la ruina de su casa.

De acuerdo con lo ya expuesto, es obvio que la sentencia no interpretó erróneamente el artículo 2350 del Código Civil, ni aplicó en forma indebida los artículos 988 y siguientes de la misma obra. Por el contrario, dio al primero la inteligencia que le corresponde y aplicación debida a los segundos, porque, siendo contiguas las edificaciones de las partes y habiendo las actoras tenido conocimiento del mal estado de la casa del demandado, resulta indiscutible que la responsabilidad de éste y el resarcimiento que las propias demandantes exigen en esta ocurrencia, están regulados, no por el artículo 2350, citado, sino por los artículos 988 y siguientes, como un caso especial con origen en las relaciones de vecindad. Y como las demandantes, a pesar de haber conocido la situación ruinosa que ofrecía el edificio del demandado, no se querellaron contra éste, incurrieron así en una culpa que las priva del derecho de exigir la reparación de los daños que recibieron con la caída de la construcción por no haber contribuído con el interdicto a evitar dicha ruina y a precaverse ellas mismas de tales perjuicios.

Por donde se ve que la sentencia, al situar el caso del pleito en el campo de los artículos 988 y siguientes del Código Civil y no en la esfera del 2350, no interpretó mal este precepto ni aplicó indebidamente aquellas otras disposiciones. En consecuencia tampoco quebrantó esas mismas normas.

IV. El recurso le censura a la sentencia el haber incurrido en un error manifiesto de hecho consistente en considerar demostrado con la demanda y con las posiciones absueltas por las demandantes que éstas tuvieron conocimiento del mal estado de la casa del demandado antes de producirse su ruina.

La sentencia expresa en verdad que la demanda contiene afirmaciones que da a entender que las actoras tuvieron ese conocimiento y que luego confesaron en posiciones que le habían reclamado a Plata por el mal estado de su construcción.

Según doctrina constante de la Corte uno de los casos en que se produce el error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas, consiste en tener por comprobado un hecho en virtud de un medio probatorio que no existe en el proceso. En tal caso el error radica en la supuesta existencia de la prueba con la cual se da por establecido un hecho determinado. (LXXVII, 2138 y 2139, 119).

En los hechos octavo y noveno de la demanda inicial de esta litis se expresa que el demandado Plata no cuidó de su edificación y que la tuvo completamente abandonada, sin ejecutar en ella obras de conservación y reparación. Además las demandantes absolvieron sendos pliegos de posiciones a solicitud del mismo demandado. En las suyas dijo la señora Rubio de Blanco que no era cierto que las dos casas vecinas se encontraran en igual estado de conservación, pues que "la casa del señor Plata presentaba mal estado" cuando ella adquirió su edificio; que tuvo conocimiento de ese mal estado de la construcción de Plata y que varias veces, por conducto de sus inquilinos, le llamó la atención a éste en relación con los daños que a su casa le estaba causando la mala situación de la del mismo Plata y sobre los peligros que ofrecía. Al preguntársele si es cierto que no tuvo conocimiento de que la edificación del demandado amenazara ruina, respondió que no era cierto, lo que significa que sí se enteró de esa amenaza de ruina.

Por su parte la señora Jiménez de Castillo dijo en sus posiciones que tuvo conocimiento de que la casa de Plata estaba averiada y de que amenazaba ruina, agregando: "Sí tuve noticia de que la casa del señor Plata estaba seriamente averiada y en varias ocasiones se le mandó razón con nuestros inquilinos". Repite luego que al señor Plata se le formularon reclamos por el mal estado de su construcción.

Las anteriores son las aseveraciones que la sentencia tiene como prueba de que las demandantes tuvieron conocimiento del mal estado de la casa del demandado, de la amenaza de ruina que ofrecía y de que por tal motivo le hicieron reclamos. Lo cual demuestra que sí existen pruebas sobre los hechos que la sentencia tiene por establecidos y que en consecuencia dicho fallo no incurrió en el error de hecho que le atribuye el recurrente.

V. Se acusa también la sentencia de haber incurrido en un error de derecho al estimar la demanda y las posiciones absueltas por las actoras como prueba plena de que éstas conocieron el mal estado de la casa de Plata y los peligros que ofrecía.

Ya se ha visto cuál es el contenido de las piezas probatorias que el impugnante considera mal apreciadas. La sentencia les asigna el valor de plena prueba por estimar que ese contenido constituye una confesión judicial. Y si se tiene en cuenta que las demandantes dicen en sus posiciones que conocieron o tuvieron noticia del mal estado o del estado de avería de la casa del demandado y que por ese motivo le hicieron reclamos varias veces, no puede menos de concluírse que esa manifestación reviste en este caso el ca-

rácter de una confesión judicial y que por este aspecto ningún error de derecho cometió el fallo al atribuírle el mérito de plena prueba.

El argumento de que las posiciones aludidas son capciosas y complejas y de que por tanto carecen de valor probatorio, constituye un medio nuevo que no puede ser admitido en casación.

Estas consideraciones demuestran que los cargos son infundados.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoriad de la ley, *no casa* la sentencia de quince de octubre de mil novecientos sesenta dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario de las señoras Dora Rubio de Blanco y Clementina Jiménez de Castillo contra el señor Luis A. Plata S.

La parte recurrente debe cubrir las costas causadas por el recurso extraordinario.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ADVERTENCIA

Además de las sentencias publicadas, la Sala de Casación Civil profirió durante los meses de julio a diciembre de 1963, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA	MAGISTRADO PONENTE
Federico Beil.	Cándido Alonso Monroy y otro.	6 de julio de 1963.	Gustavo Fajardo Pinzón.
Antonio Vera Villamizar.	Cooperativa Panelera de Santander Ltda.	2 de agosto de 1963.	José J. Gómez R.
Rosa María Granada Pineda y otras.	Sebastián Granada Pineda y otro.	8 de agosto de 1963.	Arturo C. Posada.
María Lozano Lozano y otras.	Campo Elías Gutiérrez.	22 de agosto de 1963.	Enrique Coral Velasco.
Compañía de Jesús.	Ignacio Enrique Velásquez.	22 de agosto de 1963.	Gustavo Fajardo Pinzón.
Juan de Dios Claros.	Municipio de Cali.	27 de agosto de 1963.	Enrique Coral Velasco.
Marco A. Sierra G. y otros.	Enrique Zalamea Lleras.	27 de agosto de 1963.	Arturo C. Posada.
Julio Medina V.	Celio Vollalba R.	29 de agosto de 1963.	José Hernández Arbeláez.
Pedro Antonio Henao.	María de la Luz Henao.	6 de septiembre de 1963.	José J. Gómez R.
Celmira Murillo de Labrador.	María Concepción Murillo Guerra y otros.	12 de septiembre de 1963.	José J. Gómez R.
Saúl Cepeda y otros.	Saturnina Galeano viuda de Tirado.	12 de septiembre de 1963.	José J. Gómez R.
Adolfo Alvarez y otros.	Víctor M. Ayala.	14 de septiembre de 1963.	José Hernández Arbeláez.
Pedro María Cubillos Ruiz.	Etelberto Ossa Jaramillo.	16 de septiembre de 1963.	José J. Gómez R.
Alicia Palma de Borda.	Manuel M. Rubio.	19 de septiembre de 1963.	Enrique Coral Velasco.
Carmen Rosa Cañizares.	Miguel Montagut Amaya.	19 de septiembre de 1963.	Gustavo Fajardo Pinzón.
Luis Alberto Mancheno.	Julio César Farah Helo.	23 de septiembre de 1963.	Gustavo Fajardo Pinzón.
Francisco Vernaza.	Mercedes Sierra de Pérez.	24 de septiembre de 1963.	Gustavo Fajardo Pinzón.
Luis Alonso León.	Sofía Vélez y otro.	27 de septiembre de 1963.	José J. Gómez R.
Félix Castro Julio.	Norberto Castro Julio y otros.	10 de octubre de 1963.	Enrique Coral Velasco.
María Antonia González viuda de González.	Andrés González Monroy.	10 de octubre de 1963.	José J. Gómez R.
Inés Ricaurte de Sarmiento.	Hernando Ricaurte Carrizosa.	22 de octubre de 1963.	José Hernández Arbeláez.
Manuel José Rodríguez.	El Banco Popular de Colombia y otro.	9 de noviembre de 1963.	José J. Gómez R.
Carlos José Muñoz Guevara.	Rápido Acacías Ltda.	18 de noviembre de 1963.	Enrique Coral Velasco.
Evarista Vega Quintero y otra. —Juicio de sucesión—.	Neira Hermanos.	21 de noviembre de 1963.	Enrique Coral Velasco.
Eduardo Escallón Umaña.	Luis Escallón Umaña.	28 de noviembre de 1963.	Enrique López de la Pava.

SALA DE CASACION PENAL

Extractos de jurisprudencia en materia penal, a cargo de Diego E. Cristancho M., Relator judicial de la Corte Suprema de Justicia.

DELITO DE ROBO. CAUSALES 4ª, 2ª y 1ª DE CASACION.

Derecho de defensa. Alcance de la confesión en materia penal. En cuanto al valor del acervo probatorio, el demandante está obligado a demostrar con mejores argumentos a los empleados por el fallador, que la conclusión judicial es equivocada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio cuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 1º de mayo de 1962, del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual se condenó a Arnulfo Garzón Maldonado a la pena principal de seis (6) años y seis (6) meses de presidio y sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de robo en perjuicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Se han cumplido los trámites legales.

Los hechos:

Están narrados en esta forma por el Tribunal fallador:

"Arnulfo Garzón Maldonado, llamado también Jorge Arnulfo, José Arnulfo o José Alberto, sindicado en repetidas ocasiones como infractor de la Ley 48 de 1936, del Decreto 14 de 1955 y por otros ilícitos contra la propiedad según comprobaciones que aparecen a los folios 326 y 387 del cuaderno principal de este proceso, vivió hasta los primeros días de marzo de 1960 en la carrera 33 número 67-55 (f. 146) en donde tenía continuas relaciones con sujetos que estaban fichados en el detectivismo por delitos contra la propiedad y algunos de ellos como sindicados también por homicidio, lesiones y atracos... El 29 de febrero del año citado se presentó a la Caja de Ahorros de Las Aguas, sucursal de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y dando el nombre de Luis Alberto Garzón, consignó $ 100 y obtuvo la libreta número 849 (fl. 188). Con esta actividad pudo darse cuenta del movimiento de la sucursal y de que los dineros los guardaban en la caja fuerte, junto con los formularios que se usaban para los giros que los clientes solicitaran a otras poblaciones. El y sus compañeros iban a robar esa sucursal obedeciendo naturalmente a un plan preconcebido y suficientemente calculado. Optaron entonces por presentarse en automóvil y armados de revólveres en un momento en que la oficina tuviera poco movimiento; para ello, el 17 de marzo por la noche le hurtaron el carro marca Chevrolet, motor 0131730T55ZD, placas 19313, modelo 1955 a Paulino Gómez Saiz que lo había dejado frente

a su casa en la avenida 28 número 22-69 (fls. 32, 34 vto., 73 a 75) y en cambio de las verdaderas le acondicionaron las placas número 10229. El 25 del mismo mes, fue el elegido; la hora, las 10 de la mañana, más o menos; el automóvil fue estacionado estratégicamente en lugar cercano; Arnulfo Garzón entró a la sucursal y le solicitó a la empleada Blanca Stella Rosero Mesa un giro por $ 50 de su cuenta de ahorros a la población de Gámbita; ella habló con el director Francisco Calderón Hermida y éste la autorizó para que abriera la Caja Fuerte y sacara el formulario; cuando la abrió, Arnulfo y sus compañeros Hernán Blanco González, Daniel Hinestrosa Riveros y José Jacinto Bautista Bravo encañonaron con sus revólveres a los empleados obligándolos a guardar inmovilidad absoluta mientras uno de ellos sacaba de la caja fuerte $ 26.000 y de la menor otros $ 20.00. Luego huyeron amenazando con sus armas y se perdieron por las calles de la ciudad, dejando cerca de El Campín, abandonado el vehículo que bien pronto pudo ser identificado porque un muchacho que estaba en el lugar del delito anotó sus placas falsas; y porque Paulino Gómez ya había dado su denuncio y la autoridad lo estaba buscando".

La demanda:

En su forma externa, la demanda se ajusta a las prescripciones del artículo 531 del Código de Procedimiento Civil.

Está dividida en cinco capítulos. En el primero, se hace un "relato sintético de los hechos". En el segundo, titulado "demostración de la primera causal que se invoca", se propone la causal cuarta de casación, con dos cargos contra la sentencia recurrida. En el capítulo tercero, se presenta, como subsidiaria, la causal segunda, en siete cargos, tendientes a demostrar la ineficacia probatoria de las varias piezas analizadas en el fallo. En el cuarto, se invoca la causal primera, como consecuencial de la segunda. Y en el capítulo quinto, y último, se formulan las siguientes peticiones:

"*Primera.* Que, habida comprobación de la causal cuarta invocada como principal, la honorable Corte decrete la nulidad solicitada y se esté al tenor del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, letra b).

"*Segunda.* Que, de prosperar la causal segunda o primera de casación, la honorable Corte invalide la sentencia demandada y, en su lugar, dicte el fallo correspondiente absolutorio a favor de Arnulfo Garzón Maldonado".

Al examinar las causales de casación invocadas, se tomarán los razonamientos que el demandante esgrime contra la sentencia, para contestarlos en el mejor orden posible.

Concepto del señor Procurador:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dió respuesta a la demanda de casación. Analiza su contenido, señala los hechos que dieron campo a esta investigación, y, en su orden, examina las causales de casación propuestas por el recurrente. El distinguido funcionario, después de amplio estudio, pide a la Corte que deseche los motivos alegados y no case la sentencia acusada.

Consideraciones de la Corte:

Se indicó antes que, en la demanda, se proponen las siguientes causales de casación:

a) La cuarta, "porque en este proceso la sentencia es violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado sobre un proceso viciado de nulidad".

b) La segunda, "por cuanto en este proceso por una manifiesta o notoria errónea interpretación de los hechos procesales, se desestimó que algunos de ellos eran demostrativos de una eximente de responsabilidad en la conducta de A. G. M.; valorándose equivocadamente otros, para darles el carácter de idóneos en la demostración de la responsabilidad penal del mismo. (Art. 567 ord. 2º del C. de P. Penal)".

c) La primera, pues "por error evidente en la valoración de los hechos ya descritos y analizados, se llegó en el fallo recurrido inexorablemente a la violación de la ley penal sustantiva".

En el mismo orden en que fueron presentadas, analizará la Corte estas causales.

Causal cuarta. Alega el demandante que la sentencia acusada es violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado sobre un proceso viciado de nulidad, con base en los siguientes hechos o cargos:

"a) Mi poderdante Arnulfo Garzón Maldonado ha sido sometido, dentro de este proceso, a un sistema no permitido, ni por la Constitución, ni por la ley, cual es el de que se le haya hecho producir al procesado declaraciones bajo juramento en su contra. En efecto, a folios 175 y 241 del cuaderno principal, hay prueba testimonial rendida por Garzón Maldonado en cuanto señala a quienes resultaron copartícipes o coautores del hecho investigado en este negocio y, que más

tarde fueron indagados y aún sometidos a careos con el mismo Garzón Maldonado, como puede establecerse a folio 229 y 402 del cuaderno principal citado. Debe observarse que al folio 192 aparece Arnulfo Garzón indagatoriado y, en esta ocasión por primera vez reitera lo afirmado antes como testigo y anota que intervino en los hechos investigados bajo la coacción insuperable a que fue sometido por parte de Hernán Blanco y sus compinches.

"b) En el proceso se encuentra que Arnulfo Garzón rindió indagatoria y amplió dicha diligencia a folios 192, 221, 234, 355, como también que intervino en los careos de folios 229 y 402 del cuaderno principal; en dichas ocasiones fue asistido por su respectivo apoderado. Mas ocurre que, fuera del escrito visible al folio 440 del mismo cuaderno, suscrito por el doctor Alvarez Ruiz, en el proceso no hay memorial alguno de parte de su procurador legal o de aquel que le fue designado de *oficio* para que lo representara en esa calidad y, sin exageración alguna, puede afirmarse que mi poderdante no ejerció realmente el derecho de defensa que tutela el artículo 26 de la Constitución Nacional. Este hecho se hace evidente si se tiene en cuenta: 1º Que ninguna solicitud sobre la práctica de prueba alguna formularon los apoderados de Arnulfo Garzón y, así resulta que únicamente se practicaron las pruebas que a bien tuvo el funcionario instructor decretar; 2º Los apoderados sucesivos de Arnulfo Garzón ningún celo pusieron para intervenir en la práctica de las pruebas y en especial para contrainterrogar a los testigos, solicitar la práctica de careos para aclarar las controversias suscitadas con los otros sindicados y algunos testigos; es de observarse que la asistencia de los apoderados de Arnulfo Garzón a las diligencias de careo fue puramente *nominal* ya que ninguna pregunta formularon como contrainterrogatorio para aclarar la verdad material del proceso; 3º Ninguna prueba documental fue aportada por los abogados de Arnulfo Garzón, ni tampoco ninguna prueba del informativo fue discutida o controvertida ampliamente para lograr se ejercitara eficazmente el derecho de defensa de Arnulfo Garzón Maldonado".

Se responde:

Es cierto que a Arnulfo Garzón M. se recibieron, en este proceso, dos declaraciones bajo juramento. En la primera de ellas —fl. 175 cuad: principal— se interrogó al sindicado sobre los autores de las lesiones que a él fueron causadas, días después del asalto a la oficina de la Caja de Ahorros del Barrio de Las Aguas en esta ciudad, así como sobre los posibles autores del delito que se investigaba. Aparece este testimonio rendido el 29 de abril de 1960, esto es, antes de estar vinculado Garzón Maldonado a este negocio, ya que su indagatoria sólo se produjo el 10 de mayo de 1960 —fl. 192, c. p.—.

En la segunda declaración, rendida el 11 de mayo de 1960 (fl. 241 c. p.) a Garzón Maldonado se le interrogó sobre el conocimiento que tuviera él en relación con el atraco de que fue víctima el pagador del acueducto de Vitelma el 2 de octubre de 1959.

Es cierto también que, con posterioridad a la recepción de las dos declaraciones mencionadas, se recibió indagatoria a Arnulfo Garzón y se le careó con Rafael Angulo Agón —fl. 229 c. p.—, y con José Jacinto Bautista Bravo —fl. 402 c. p.—.

Todas las diligencias anteriores se cumplieron dentro de los términos legales y con base en las disposiciones pertinentes, especialmente en los artículos 225, 346, 348 y 376 del Código de Procedimiento Penal.

Garzón Maldonado se presentó como víctima de un delito de lesiones personales, ante el funcionario que instruía este sumario. Era necesario recibirle declaración bajo juramento, porque hacía cargos a terceras personas, como convenía averiguar sobre los posibles autores de un atraco, con el individuo que tenía algún conocimiento de ellos.

Admitiendo aún, en gracia de discusión, que no estaba facultado el funcionario para recibir estas declaraciones, se tendría que ellas serían inválidas, pero no el proceso dentro del cual fueron producidas.

Indagatoria de Garzón Maldonado y careos citados atrás se cumplieron con el lleno de las formalidades legales. Luego, conservan todo su valor.

Este primer cargo contra la sentencia, con base en la causal cuarta, será desechado.

El segundo cargo se refiere a que el procesado no fue debidamente atendido en las diferentes etapas del proceso, por lo cual se habría producido una nulidad supralegal o de carácter constitucional. Se dice, en efecto, que "al reducir los apoderados toda su labor al memorial que obra al folio 440 del cuaderno principal, se lesionó el derecho de defensa de mi poderdante, y con ello se incurrió en nulidad de tipo constitucional, pues el artículo 26 de la carta quedó infringido al no observarse la plenitud de las formas propias del juicio, entre ellas una fundamental, cual es, el pleno ejercicio, el eficaz ejercicio del derecho de defensa".

"Un examen minucioso de la actuación procesal —dice el señor Procurador— nos demuestra que el acusado fue asistido debidamente, en las numerosas intervenciones judiciales en las que intervino, por el doctor Mario Yepes Mantilla, apoderado designado unas veces por el propio procesado y otras, de oficio, por el funcionario de instrucción.

"El primero de junio de 1960, el Juzgado 5º de Instrucción Criminal profirió auto de detención preventiva contra Arnulfo Garzón y en el momento de serle notificada dicha providencia fue requerido para que nombrara defensor, a lo cual manifestó que posteriormente lo haría.

"Viendo el investigador que el procesado no proveía a su defensa, dictó el auto de fecha 4 de julio de 1960 designándole al doctor Mario Yepes Mantilla como defensor de oficio, cargo del cual tomó posesión el aludido abogado el 11 del mismo mes y año. Posteriormente el acusado, haciendo uso de su libertad de escogencia, nombró defensor al doctor Ernesto Alvarez Ruiz, el que, una vez reconocido como tal por el Juzgado Primero Superior, tomó posesión el 29 de noviembre de 1960.

"Obrando en ejercicio de sus funciones el doctor Alvarez Ruiz presentó al Juzgado del conocimiento el alegato que corre visible a los folios 440 a 442 del cuaderno principal, solicitando la absolución de su patrocinado por considerar que en el proceso no existía, fuera de la confesión calificada de éste, prueba suficiente sobre la cual pudiera fundamentarse una decisión condenatoria contra su defendido. Posteriormente, actuando en la misma función, interpuso, contra el auto de fecha 6 de febrero de 1960, recurso de apelación, el cual le fue concedido mediante proveído del 15 del mismo mes y año.

"Lo anteriormente expuesto demuestra objetivamente la falta de fundamento del cargo, ya que, según se desprende de autos, sí se ejerció real y eficazmente el derecho de defensa del acusado; y fue, en concepto del recurrente en casación, tan acertado el desempeño de la labor de defensa desarrollada por el apoderado de Arnulfo Garzón que el mismo abogado recurrente, para fundamentar jurídicamente parte de su demanda, transcribe casi en su totalidad el alegato de conclusión presentado por el doctor Ernesto Alvarez Ruiz y esgrime como tesis central de la causal segunda de su demanda, la misma (indivisibilidad de la confesión) que el mencionado abogado expuso en el aludido alegato de fondo".

"El derecho de defensa —ha dicho la Corte— es facultad conferida al sujeto pasivo de la acción penal y al propio tiempo, requisito impuesto por la ley, en guarda de las garantías que la Constitución otorga al ciudadano.

"Cuando la carta (art. 26) dispone que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio', está garantizando, ante todo, el derecho del ciudadano a demostrar, dentro del proceso penal, la bondad de su conducta, o mejor, a explicar con toda amplitud, ante el Juez, la razón de su actuación en un determinado caso. Por tanto, todo hecho que suprima de manera absoluta el derecho de defensa, se opone a la norma contemplada.

"La defensa —se ha repetido— 'suele entenderse en dos sentidos, material y formal, ambos operantes y necesarios. Pero es la defensa formal la que se encomienda técnicamente al abogado, por voluntad del acusado o por disposición del Juez, la que no puede omitirse sin quebrantamiento de las formas propias de cada juicio' ".

Lo anterior está indicando que, en este caso, el procesado Garzón Maldonado no careció de defensa, y, por el contrario, fue asistido correctamente en las distintas etapas del proceso. Hubo defensa material y también defensa formal, en el sentido que a estos términos se ha dado.

Por consiguiente, este segundo cargo tampoco puede prosperar y será desechado.

Causal segunda. En los términos siguientes, presenta el demandante una síntesis de los cargos que hace a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, con base en la causal segunda de casación:

"En la sentencia demandada se incurrió en error de forma manifiesta o evidente, en cuanto se negó el valor probatorio a lo afirmado por Arnulfo Garzón, en su confesión indivisible, siendo tales hechos constitutivos de una causal justificativa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 en su ordinal 3º del Código Penal. Se incurrió en error evidente al menos parcialmente del informe del DAS, en cuanto corrobora plenamente los acertos de Arnulfo Garzón y de los cuales, se infiere su no responsabilidad penal. Se incurrió en error evidente al apreciar el antecedente penal que obra en contra de Arnulfo Garzón, porque de él no puede deducirse la responsabilidad penal de éste en el hecho ilícito de autos. Se incurrió en error palpable y ostensible, cuando se estimó que la prueba incorporada a este proceso ilegalmente y relativa a otros ilícitos, era demostrativa de la responsabilidad penal de mi defendido. Se valoró con notable

error la prueba testimonial de Francisco Calderón, Blanca Rosero, Ana Julia Galindo y Guillermo Valencia, pues de la participación física de Arnulfo Garzón en los hechos investigados, no puede colegirse su responsabilidad penal en el ilícito materia de este proceso. Se incurrió en equivocación manifiesta, cuando a las injuradas de Hernán Blanco González, Daniel Hinestrosa, Aristóbulo Ayala y José Jacinto Bautista Bravo, se les estimó como prueba idónea para controvertir la confesión de mi defendido de la cual, se deduce que ante la ley su *hecho se justifica*. Y, finalmente, de nuevo se valoró con error la prueba surgida de las indagatorias de Rafael Angulo y Blanca Rosero, porque de estos elementos de juicio no puede deducirse, ni la responsabilidad penal de Arnulfo Garzón, ni negarse que éste cometió el hecho dentro de una circunstancia que la ley penal justifica".

Se responde:

"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", dice el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

De donde se desprende que *la confesión debe aceptarse en su integridad, cuando estando demostrado el cuerpo del delito, no se han allegado al expediente pruebas que contradigan el dicho del procesado o lo desvirtúen total o parcialmente. Pero, cuando hechos suficientemente comprobados desacreditan la confesión, esta no podrá aceptarse en su conjunto y tendrá que tenerse como divisible.*

"En materia penal —tiene afirmado la Corte— la confesión es indivisible, siempre y cuando el confesante haga por lo menos verosímiles los hechos o circunstancias en que pueda fundar las causales de justificación o de excusa que alega en su descargo". (G. J. 2092 a 2094, Tomo LXVIII, pág. 826).

En otros términos, cuando el acusado acepta el hecho delictuoso que se le imputa, y al mismo tiempo alega motivos de justificación o excusa, debe exhibir la prueba que haga por lo menos verosímiles aquellas causales. Y a la inversa, si los demás elementos de convicción aportados al debate, demeritan o destruyen la confesión, así planteada, ésta no es aceptable en su totalidad, sino en cuanto ella aparezca confirmada dentro de la investigación. De otra suerte, bastaría con que el delincuente, cometido el reato, se presentara ante la autoridad a confesarlo y al mismo tiempo a justificarlo, para que la infracción no tuviera vida jurídica alguna. Equivaldría ello a dejar en total desamparo a la sociedad y a extender carta de libertad a todos los criminales.

El Tribunal Superior de Bogotá estudió la declaración de Garzón Maldonado y estimó que ella era divisible y que, por consiguiente, no podía aceptarse en su integridad, porque las pruebas que obraban en el expediente indicaban a las claras que aquel sujeto intervino en la comisión del hecho delictuoso, asesorado por los demás individuos señalados en la sentencia condenatoria, que se está revisando y en forma voluntaria y no impuesta.

No fue, pues, incorrectamente apreciada la confesión de Garzón Maldonado. No lo fue tampoco el informe del DAS, relacionado con la captura del procesado, pues éste vino a confirmar en gran parte la actividad delictuosa del mismo. Ni se incurrió en error, al tener en cuenta algunos antecedentes penales del procesado y su posible intervención en otros hechos criminosos semejantes, para conocer la personalidad peligrosa de éste. No es equivocada, de la misma suerte, la apreciación de las declaraciones de Francisco Calderón, Blanca Rosero, Ana Julia Galindo y Guillermo Valencia, pues de ellas se desprende notoriamente que Arnulfo Garzón obró eficazmente en la comisión del delito de robo de que se trata. No hay manifiesto error en la aceptación dada por el Tribunal a las indagatorias de Blanco González, Hinestroza, Ayala y Bravo, en cuanto en éstas se describe la participación de Garzón Maldonado en el asalto a la Caja de Ahorros de Las Aguas. Y no es, finalmente, equivocada la valoración de las declaraciones sin juramento de Rafael Angulo y Blanca Rosero, pues éstos demostraron claramente que su conducta estuvo ajustada a derecho y que las imputaciones que se les hicieron no pasaron de ser otras tantas invenciones de los sindicados para dificultar la investigación.

Y para que se comprenda mejor cómo el Tribunal examinó a conciencia las pruebas que comprometen la responsabilidad de Garzón Maldonado, en el delito de que se trata, conviene copiar algunos párrafos de la sentencia acusada.

Dijo así:

"Como puede observarse, el señor Garzón, después de haber visto su retrato en los periódicos y después de tener noticia de la revelación de

sus huellas digitales descubiertas en el automóvil usado en el delito, pretendió primero esquivar las pesquisas de la autoridad, y después, cuando sus compañeros lo lesionaron por disgustos habidos entre ellos, buscó una manera especial de decir las cosas procurando presentarse más como víctima que como autor principalísimo del robo. Pero es lo cierto que de autos aparece establecido que en sus habitaciones se llevaron a cabo las reuniones preliminares en días anteriores a los hechos, y que a ese lugar concurrían frecuentemente sujetos reseñados en el detectivismo por sus fechorías y por su agitada actividad antisocial; allí era el centro de planeación, de repartimiento de lo dolosamente adquirido y el lugar de ocultación de muchas cosas mal habidas como se comprobó en la ronda que en fecha anterior llevó a cabo la autoridad y a la cual hacen alusión algunos testigos: había allí radios, televisores, bicicletas y muchos otros objetos 'bonitos'. Y sus reuniones nocturnas eran de tal calidad que impedían el sueño a los vecinos y les quitaban toda tranquilidad.

"Por eso no es aceptable el encuentro ocasional con Hernán Blanco en la calle 68 cuando concibió la idea de sacar la libreta de ahorros en la sucursal de Las Aguas, pues tanto éste como Daniel Hinestroza eran de ese 'Club' doloso; presumiblemente allí se acordó el asalto y se optó por sacar esa libreta como acto preparatorio y de estudio para dar el golpe con mayor seguridad. La farsa es manifiesta: no es ocasional el encuentro entre personas que por razón de sus aventuras, andanzas u ocupaciones, se reúnen cotidianamente en un mismo sitio. No es obligante para un hombre de las condiciones del señor Garzón someterse a las insinuaciones de otro de menor categoría como don Hernán Blanco que no tenía sobre él mando de ninguna especie. No es creíble que para Garzón fuera un misterio el asalto planeado y solamente viniera a conocerlo el día de su consumación, siendo así que en su casa eran las reuniones y el centro de sus actividades predelictuales. Ni es aceptable que para determinarlo a participar en ese robo fuera necesario que lo amenazaran de muerte, porque este delito era una de sus especialidades como lo indican sus antecedentes.

"De otro lado, el señor Garzón no se presenta espontáneamente a declarar y solamente manifiesta el deseo de hacerlo cuando sus copartícipes lo hieren en una de sus tertulias o aventuras y cuando ve que la prueba contra él es incontrovertible, especialmente esa de las huellas digitales halladas en el vehículo usado en el asalto y la publicación de su retrato y de los hechos ocurridos. Pero sus revelaciones son dosificadas: en su primera indagatoria relata lo que quizá considera más conveniente para él; en la segunda afirma cosas que no dijo en la primera y aparece señalando como autor intelectual a Rafael Angulo Agón y a su amante la empleada Blanca Stella Rosero Mesa a quien dice haber visto con éste y con Hernán Blanco cuando en el Trébol les daba informes sobre la cantidad de dinero que había en la caja fuerte de la sucursal y cuántos días tenía que esperar para cometer el robo. El señor Garzón lo sabe todo por casualidad porque es ajeno a todo, pero no recuerda sino cuando le conviene. No planea nada ni busca aventuras de esas clases, sino que se ve envuelto en ellas de manera extraña y sin quererlo. Su destino es ese y no puede sustraerse a sus fuerzas.

"La realidad de tanta inverosimilitud está en que no pudiendo negar los hechos que lo acusan, trata de disculparse dándole un tinte novelesco al relato pero sin lograr ocultar ni desvanecer la verdad".

De otra parte, es claro que el demandante no hace cosa distinta a oponer su personal criterio sobre el valor del acervo probatorio, a la apreciación del mismo hecha por el Tribunal Superior de Bogotá, con fundamento en las facultades que la ley le otorga. *La Corte ha expuesto, en repetidas ocasiones, "su pensamiento sobre la interpretación que deba darse al numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, al decir que para que el recurso de casación prospere, con base en esta causal, es necesario que el Tribunal que haya dictado la sentencia, cuya invalidación se solicita, haya incurrido en error evidente, de gran claridad, en forma tal que, al interpretar la prueba, se aparte de la lógica más elemental para aceptar contenidos que, en realidad, no tiene". (Cas, de 4 de febrero de 1963).*

El demandante, en estos casos, queda obligado a demostrar con mejores argumentos a los empleados por el fallador que la conclusión judicial es equivocada, porque a las pruebas se dió un valor que no tenían o porque se desechó el valor que les correspondía. Y como el demandante no lo hizo así, el cargo no puede prosperar y tiene que desecharse.

Causal tercera. Se presenta como tal la 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y ella como consecuencia de la segunda. De ahí que se diga que demostrado el error evidente en la apreciación de las pruebas, se deduce una notoria violación de la ley penal sustantiva.

No habiendo prosperado la causal segunda de casación, tampoco podrá aceptarse la primera, alegada como consecuencia de aquélla.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor agente del Ministerio Público, *no casa* la sentencia objeto del presente recurso, a la cual se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITOS DE HOMICIDIO Y ROBO.

El vocero del procesado debe reunir las calidades exigidas por la ley para ejercer su cargo. La falta de vocero en la audiencia no origina nulidad legal ni menos constitucional. Es improcedente plantear en casación una recusación contra funcionario que intervino en las instancias. La circunstancia prevista en el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal, no está contemplada en el artículo 363 de la misma obra como elemento constitutivo del delito de asesinato. Técnica del recurso de casación. Argumentos de la Corte sobre la inaplicabilidad de la causal segunda en los juicios con intervención del jurado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio cinco de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

En sentencia del quince de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, confirmó la de primera instancia proferida por el Juez Superior de dicha ciudad, el 23 de agosto del mismo año, por la cual se condenó a Félix María Charry (a. Cucha), José Calixto Delgado (a. Concholi) y Hernán Ramiro Poveda, por los delitos de homicidio agravado y robo, imponiéndole, al primero la pena principal de veintidós años de presidio y a los dos últimos la de veinticuatro años de la misma pena, más las accesorias correspondientes.

Contra la sentencia del expresado Tribunal Superior interpusieron recurso de casación todos los procesados, pero únicamente Delgado y Poveda sustentaron dicho recurso por medio de abogado titulado e inscrito en la Corte. En consecuencia, el recurso propuesto por Félix María Charry habrá de declararse desierto.

Agotado el trámite del recurso y contestada la demanda por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se procede a decidirlo previo el estudio de los motivos de impugnación propuestos en la demanda de casación contra la sentencia recurrida.

Hechos y actuación.

Los hechos que dieron origen a este proceso se consumaron el 23 de septiembre de 1950, al parecer en las horas de la tarde, en la casa de habitación de la señorita Ana Rita Alvarez, situada en la plaza de San Pedro, de la ciudad de Neiva, lugar en donde fue encontrado su cadáver cuando ya principiaba a descomponerse.

El *a quo* relata las circunstancias en que los delitos fueron cometidos, en los términos siguientes:

"Doña Ana Rita era una persona de unos sesenta y cinco años de edad en 1950, que había permanecido soltera y era considerada como poseedora de bienes de fortuna de fácil realización, tales como joyas y libras esterlinas, pues era manifiesta su avaricia y por lo mismo quienes la conocían deducían que el producido de sus fincas no era invertido sino guardado sigilosamente en su residencia, en donde vivía completamente sola y apenas si sus inquilinos y algunos vecinos concurrían a visitarla, los primeros a consignar los respectivos cánones de arrendamiento, y los segundos por la amistad adquirida a través de las relaciones de vecindad; y algunos de éllos le suministraban la alimentación y así Margarita Portilla a folio 94 del cuaderno número 1 declara que élla acompañó a doña Ana Rita Alvarez Cárdenas el sábado 23 de septiembre de 1950 en su casa de habitación, la cual abandonó a eso de las cuatro de la tarde, y el lunes 25 del mismo mes de septiembre Pedro Villamil Sánchez quien depone a folio 77 del cuaderno número 1, en asocio de un sacerdote de apellido Munar y ya

en las horas de la tarde se asomó por una de las ventanas de la habitación de doña Rita y se dió cuenta de que dicha habitación expedía olores nauseabundos, por lo que dedujo que algo grave había sucedido y dió cuenta de sus sospechas al Jefe de la Sección de Justicia de la Alcaldía Municipal de la ciudad, en esa época señor Jenaro Ceballes, quien en asocio de su Secretario señor Rafael Cortés Vargas se trasladó al lugar indicado por Villamil y allí forzando las puertas de la habitación de doña Ana Rita, y al penetrar a la misma en asocio de algunos miembros de la Prefectura de Seguridad o Investigación Criminal, encontró en una de las piezas de dicha habitación el cadáver de doña Ana Rita Alvarez Cárdenas tendido cerca a la puerta 'en posición de cúbito dorsal, con las piernas extendidas hacia el Oriente, ligeramente entre-abiertas, la falda levantada dejando descubrir hasta medio muslo de las piernas, el brazo derecho un poco levantado y recogido hacia la cabeza, el rostro completamente ennegrecido por la descomposición, las rodillas estaban peladas y como estropeadas, un espumarajo de sangre descompuesta en la boca, un trapo semi-atado al cuello y huellas de agua-sangre que salían como de la parte anal del cadáver'. Así lo declara el funcionario Ceballes al folio ya citado y agrega que por lo avanzado de la hora se dejó la custodia del caso a la casa para el día siguiente continuar la diligencia de inspección ocular con el Juez Civil del Circuito y el Síndico de la Administración de Hacienda Nacional, constatándose que la mayor parte de objetos estaban esparcidos y en desorden, que unos baúles se hallaban abiertos y otros cerrados y que la chapa de uno de éstos baúles mostraba una huella dactilar, que con las debidas precauciones fue desprendida para su examen técnico correspondiente".

Según el resultado de la autopsia, Ana Rita Alvarez Cárdenas "murió por asfixia por ahorcamiento, sin suspensión de su cuerpo".

El Juez Superior de Neiva, al calificar el mérito del sumario, por auto del 30 de abril de 1953, llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, por los genéricos delitos de homicidio (asesinato) y robo, consumados en la persona y bienes de Ana Rita Alvarez Cárdenas, a Félix María Charry, José Calixto Delgado, Hernán Ramiro Poveda y Jaime Echeverry Villa o Evelio Ruiz Linares y por el de encubrimiento de los mismos delitos a Jesús Cáceres Hermosa y Emma Jael Giraldo de Perdomo. En la misma providencia se sobreseyó definitivamente a favor de otros sindicados.

La decisión calificatoria del sumario fue confirmada por el Tribunal Superior de Neiva, por auto del 9 de octubre de 1953.

El primer veredicto fue declarado contraevidente en cuanto absolvió a Charry y a Poveda del cargo de cooperadores necesarios del asesinato consumado en la señorita Alvarez Cárdenas.

Sorteados nuevos jurados y celebrada la audiencia pública, estos contestaron afirmativamente todos los cuestionarios que se les propusieron, redactados de conformidad con el auto de vocación a juicio.

Con fundamento y en desarrollo de este nuevo veredicto, y en el primero, en la parte que no fue declarado contrario a la evidencia procesal, el Juez Superior de Neiva, en fallo del 15 de diciembre de 1955 condenó a José Calixto Delgado y a Hernán Ramiro Poveda a la pena principal de 24 años de presidio y a Félix María Charry a la de 22 años de la misma pena. Esta sentencia, al ser revisada por apelación, fue confirmada por el Tribunal Superior de Neiva, en fallo de segundo grado dictado el 4 de mayo de 1956.

Contra este fallo fue interpuesto el recurso extraordinario de casación, el que desató esta Sala Penal de la Corte en sentencia del 29 de agosto de 1958, casando la sentencia acusada y declarando nulo todo lo actuado a partir del auto del 28 de julio de 1954, por el que el Juez Superior se negó a enviar el proceso al Tribunal Superior Militar para que resolviera una solicitud de amnistía formulada por la procesada Emma Jael Giraldo.

Subsanada la irregularidad que dió lugar a la declaratoria de nulidad decretada por la Corte, con el envío del negocio al Tribunal Superior Militar, el que negó la solicitud de amnistía que había quedado pendiente de resolución, se adelantó la tramitación de la causa, procediéndose al sorteo de nuevos jurados con los que se celebró una tercera audiencia pública en este proceso.

Como las respuestas dadas por los nuevos jueces de conciencia fue afirmativa de la responsabilidad de los acusados, el Juzgado Superior de Neiva, en sentencia del 23 de agosto de 1961, volvió a condenar a los procesados, Delgado, Poveda y Charry a las mismas penas a que habían sido condenados en el primer fallo del 15 de diciembre de 1955, es decir, a los dos primeros a la pena principal de 24 años de presidio y al último a la de 22 años de la misma pena.

Esta nueva sentencia de primer grado pronunciada en este proceso, fue confirmada por el Tribunal Superior de Neiva en el fallo que ha sido impugnado ahora en casación.

Conviene advertir que como el procesado Jaime Echeverry Villa o Evelio Ruiz Linares murió mientras se tramitaba la causa, la acción penal adelantada contra éste fue declarada extinguida. Asimismo se declaró extinguida la acción penal seguida contra Cáceres Hermosa, por muerte comprobada del mismo. La acción adelantada contra Emma Jael Giraldo de Perdomo, sindicada y procesada por el delito de encubrimiento, se declaró prescrita, por auto de 11 de agosto de 1960. Por esto, la sentencia recurrida se contrae únicamente a los procesados Félix María Charry, José Calixto Delgado y Hernán Ramiro Poveda.

Como se ve, este voluminoso proceso, que consta actualmente de 11 cuadernos, ha sufrido una dilatada y engorrosa tramitación, en el curso de la cual han intervenido tres jurados diferentes, se han dictado dos sentencias de primera y segunda instancia y se han propuesto dos recursos extraordinarios de casación. Esto explica que a pesar de haber transcurrido más de doce años desde que se consumaron los graves delitos a que dio origen este juicio penal, aún no se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva.

Demanda de casación.

La demanda de casación presentada por el apoderado de los reos recurrentes Hernán Ramiro Poveda y José Calixto Delgado, se ajusta en su forma a la técnica del recurso de casación. En ella, después de hacerse un relato de los hechos y un resumen de la principal actuación procesal cumplida, se entra a formular los cargos contra la sentencia recurrida, invocando para ello y en su orden las causales cuarta, primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta.

Con invocación de esta causal de casación, que establece que la sentencia acusada puede ser impugnable en casación "cuando sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", el actor formula dos cargos, que se estudiarán en el orden propuesto, y que hace consistir en irregularidades procesales que en su concepto originan otras tantas nulidades constitucionales, por quebrantamiento del artículo 26 de la Carta.

El primer cargo que se propone con fundamento en la causal que se estudia, lo formula el actor, en lo sustancial, en los términos siguientes:

"El honorable Tribunal de Neiva debió dar aplicación al artículo 200 del Código de Procedimiento Penal para decretar la nulidad de la actuación a partir del auto del Juez Superior de Neiva que negó el derecho de Hernán Ramiro Poveda a nombrar vocero al doctor Arturo Silva Trujillo, o mejor dicho al desconocerle el derecho de nombrar libremente a dicho profesional, por medio de providencia de mayo 10 de 1961 (fl. 54 a 56 del noveno cuaderno) dió nacimiento a un vicio de nulidad de orden constitucional por quebrantamiento y desconocimiento de la institución de la defensa consagrada en el artículo 26 de la Constitución Nacional que dice así: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Dentro de las formas propias del juicio con intervención del Jurado de Conciencia está el Derecho del procesado de nombrar un vocero que lo asista en las audiencias públicas. La vocería, honorables Magistrados, en los juicios con intervención del Jurado de Conciencia es una modalidad específica y esencial de institución de la defensa; es parte integrante de esa institución y el desconocimiento del derecho del acusado para que en las audiencias públicas un profesional lleve su vocería; para la mejor eficacia y perfección de su defensa ante el Jurado, es vulnerar la defensa en materia grave y de entidad jurídica porque no se agotan las formas propias del juicio; y ese desconocimiento en verdad conduce a la situación de que el procesado no ha sido real y totalmente vencido en juicio para poder ser condenado, conforme a derecho.

"Dice el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal 'el acusado tiene derecho a nombrar un vocero cuando personalmente no quiera hacer uso de la palabra, pero éste no podrá actuar sino dentro de la audiencia pública'. La vocería pues, es un derecho, una modalidad de la institución de la defensa, amparada y protegida por el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Réplica de la Procuraduría.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al referirse a este cargo estima que él carece enteramente de fundamento, por las siguientes razones:

"Está verificada la posesión del doctor Arturo Silva Trujillo como Fiscal *ad hoc* en el proceso (fl. 30 del cuaderno número 6). En su

carácter de tal el doctor Silva Trujillo intervino en el negocio, como puede verse en las Actas de Audiencia Pública de los días 22 y 24 de noviembre de 1955 (folios 48 y 49 del cuaderno número 6). En esta última también es fácil advertir cómo el señor Fiscal *ad hoc* afirma que existe una especie de imposibilidad moral para que el nuevo Jurado absuelva a los acusados Poveda y Charry, para terminar su exposición solicitando respuesta condenatoria a los cuestionarios propuestos.

"También está establecido que dentro de la declaratoria de nulidad decretada por la honorable Corte quedó incluída la intervención del señor Fiscal *ad hoc*, doctor Arturo Silva Trujillo. Y, ciertamente, a folio 30 del cuaderno número 9, el procesado Hernán Ramiro Poveda nombró al doctor Arturo Silva Trujillo como su vocero para la audiencia pública en que habría de ser juzgado. A folio 30 v. del mismo cuaderno el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Neiva se negó a reconocer al vocero nombrado, aplicando como fundamento jurídico el artículo 3º de la Ley 8ª de 1958, que al hablar de las incompatibilidades dice:

" 'Ningún exempleado de entidades oficiales o semioficiales de todo orden, podrá intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hayan sido conocidos o adelantados por él durante el desempeño de sus funciones y por razón de su cargo' ".

"Como se puede apreciar, la norma transcrita habla de 'exempleado', de 'entidades oficiales o semioficiales', de *'funciones y por razón de su cargo'*, para fijar una incompatibiliad en cuanto a la intervención posterior en cualesquiera negocios que hubiera sido estudiado o conocido a fondo por el mismo *funcionario* (subrayado de la Procuraduría). Vale decir, si se toma en conjunto el texto de la Ley 8ª de 1958, ella establece incompatibilidades en el campo de la ética profesional del abogado y preserva el principio moral para la recta administración de justicia.

"Ya se ha visto la posición central del doctor Arturo Silva Trujillo en representación y en defensa de la sociedad y en contra de los procesados en este negocio. Y se ha visto también cómo, posteriormente, se ha pretendido la posición contraria del mismo profesional en el mismo asunto. No prospera el argumento de que las actuaciones del exfiscal *ad hoc* hubieran quedado comprendidas dentro de la declaratoria de nulidad por parte de la honorable Corte como para negar la intervención del funcionario en los autos. Más o menos estos fueron los mismos fundamentos tenidos en cuenta por el Tribunal Superior de Neiva para confirmar la determinación del *a quo* al rechazar la vocería del doctor Silva Trujillo. Amén, se anota, de que la providencia del Juzgado Superior por ningún aspecto vetó el derecho del procesado Poveda para instituír la vocería que le permite la ley en cabeza de cualquiera de los múltiples y distinguidos abogados que existen en el Departamento del Huila. Si el interesado no hizo uso legal de esa facultad que consagran las normas de procedimiento, no se puede afirmar que los juzgadores hubieran quebrantado los principios del derecho de defensa, ni existen cánones constitucionales ni legales que lès obligaran a imponerla".

La Corte considera:

La Sala comparte en un todo las razones expuestas por el señor colaborador Fiscal para considerar infundada esta primera objeción formulada a la demanda con apoyo en la causal cuarta, pues si bien es cierto que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal, el acusado tiene derecho a nombrar un vocero cuando personalmente no quiera hacer uso de la palabra, vocero que solamente podrá actuar en la audiencia pública, se entiende que la persona que designa para tal cargo debe reunir las calidades exigidas por la ley para que pueda desempeñarlo, pues el ejercicio de este derecho, como el de todo derecho, otorgado por la ley al procesado o a un ciudadano, debe ejercerse dentro del ámbito señalado por la misma ley. El nombramiento que el acusado Hernán Ramiro Poveda hizo en el doctor Arturo Silva Trujillo para que llevara su vocería en la última audiencia, después de que éste, con anterioridad, había actuado como Fiscal *ad hoc* en este proceso, desconocía y quebrantaba la incompatibilidad establecida en el artículo 3º de la Ley 8ª de 1958, como con acierto lo reconoció el Tribunal de Neiva al confirmar la providencia en la que el Juzgado Superior se negó a aceptar al doctor Silva Trujillo como vocero del procesado Poveda.

El Tribunal al referirse a la citada incompatibilidad legal, en relación con el cargo de vocero hecho en el doctor Silva Trujillo expresó lo siguiente:

"Y ello es así, ciertamente, pues la mencionada disposición tiene una finalidad exclusiva de orden moral ya que con ella ha querido el legislador evitar que los empleados públicos puedan crear o secundar situaciones de cualquier natu-

raleza en determinados negocios con preconcebidas perspectivas de lucro o acerca de las cuales puedan posteriormente intervenir con otro carácter y en forma contradictoria quebrantando así gravemente la ética. De manera que la circunstancia de invalidarse, por el aspecto propiamente legal, la actuación del empleado, no la demerita para los efectos éticos o morales que con la precitada disposición se pretenden. Nótese, si no, cómo el doctor Silva Trujillo solicitó a los jueces de conciencia, como Fiscal *ad hoc*, la condena de Poveda y Charry y ahora reclama la vocería del primero, para defenderlo".

De modo que el doctor Silva Trujillo por haber intervenido anteriormente como Fiscal *ad hoc* en este proceso, solicitando en tal condición a los jurados la condena de Poveda, estaba imposibilitado, no solamente legalmente, sino moralmente, para llevar la vocería de éste en la última audiencia.

La intervención del vocero del acusado en la audiencia es cuestión potestativa de éste; por lo tanto, si no hace uso de este derecho, o como ocurrió en este caso, designa un abogado que está inhabilitado legal y moralmente para desempeñar las funciones de tal, y que por este motivo no es aceptado, la falta de vocero en la audiencia no puede originar una nulidad legal, ni menos constitucional, porque la asistencia del vocero no es obligatoria, ni es esencial al derecho de defensa, como lo afirma el demandante. Lo que sí es indispensable para la efectividad del derecho de defensa es la intervención de defensor, que por lo tanto, es obligatoria.

Ahora, según consta en la última acta de audiencia, celebrada el 2 de agosto de 1961, el acusado Poveda estuvo en élla asistido por su defensor, doctor Alvaro Bahamón Castilla, quien intervino en favor de su defendido. Por esto es exagerado afirmar, que la no aceptación del doctor Silva Trujillo como vocero del acusado Poveda, por existir respecto a aquél un motivo de incompatibilidad legal, "conduce a la situación de que este procesado no ha sido real y totalmente vencido en juicio para poder ser condenado", como lo expresa el demandante.

Se concluye, por lo tanto, que el cargo que se estudia carece de todo fundamento y no puede prosperar.

Segundo cargo. El segundo cargo que el actor formula con invocación de la causal cuarta, lo propone en los términos siguientes:

"El doctor Cicerón Domínguez actuó en este proceso como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Neiva, y entre otras providencias importantes, fue ponente de la sentencia de 4 de mayo de 1956, invalidada por la honorable Corte; formó parte de la Sala, como ponente, de las providencias del Tribunal de Neiva que confirmaron decisiones del Juez Superior, entre otras las que desataban el recurso de apelación contra los autos que declararon contrainvidentes (sic) los veredictos absolutorios proferidos por el Jurado en favor de Hernán Ramiro Poveda.

"A folios 51 del noveno cuaderno, y a folios 6 y 7 del cuaderno número 10 aparece que el doctor Cicerón Domínguez, quien actuó en este proceso como Magistrado del Tribunal de Neiva, ejerce las funciones de Agente del Ministerio Público. Es un caso manifiesto, este sí, de incompatibilidad. Dice el artículo 3º de la Ley 8ª de 1958, lo siguiente: 'Ningún exempleado de entidades oficiales o semioficiales, de todo orden podrá intervenir, por ningún motivo, y en ningún tiempo, en negocios que hayan sido conocidos o adelantados por él durante el desempeño de sus funciones o por razón de su cargo'.

"El Fiscal del Tribunal doctor Cicerón Domínguez no podía actuar en este proceso como Agente del Ministerio Público por haber conocido del proceso como Magistrado del Tribunal de Neiva. Aparece, honorables Magistrados, igualmente que tenía el impedimento señalado en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, causal 4ª, la violación de la ley de incompatibilidades determina una sanción de nulidad de toda actuación a partir del auto de 30 de mayo de 1961, proferido por el Tribunal de Neiva (noveno cuaderno)".

Respuesta del Ministerio Público.

El señor Procurador Delegado en lo Penal refuta acertadamente el anterior cargo con los razonamientos siguientes:

"La invocación del artículo 3º de la Ley 8ª de 1958 por parte del recurrente y en orden a conseguir la nulidad de las intervenciones del doctor Cicerón Domínguez como Agente del Ministerio Público en este negocio penal sirve más bien para redargüir al distinguido impugnador. Ello es así. Por cuanto el doctor Domínguez no se encuentra en calidad de exempleado ni de exfuncionario de entidades oficiales o semioficiales, como lo exige el precitado estatuto.

"Los interesados pudieron haber hecho uso, en tiempo oportuno, del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 73; pero su silencio absoluto a este respecto y su falta de alegación en la instancia correspondiente no da derecho a plantear el cargo ante la

honorable Corte. Por tanto, los argumentos esgrimidos no tienen fuerza para considerar que en el asunto propuesto se trate de una nulidad legal y menos constitucional".

La breve réplica del señor colaborador Fiscal es suficiente para poner de manifiesto lo fútil e infundado del cargo formulado con respecto a la intervención del doctor Cicerón Domínguez, Fiscal y exMagistrado del Tribunal Superior de Neiva, cuya actuación, según el actor, ha viciado de nulidad supralegal este proceso desde que este Agente del Ministerio Público intervino en él.

Nada irregular ni ilegal se observa en la actuación de dicho funcionario en este juicio, de la que con algún fundamento pueda deducirse la existencia de una supuesta nulidad constitucional.

El doctor Cicerón Domínguez no ha tenido en este juicio ninguna intervención como exempleado o exfuncionario, que es, con respecto a los cuales la Ley 8ª de 1958 ha establecido una incompatibilidad sancionada con la nulidad de sus actuaciones. Por lo tanto, esta disposición legal no podía ni puede comprenderlo.

El hecho de que con respecto al Fiscal doctor Domínguez pudiera haber existido alguna causal legal de recusación, por haber actuado anteriormente como Magistrado de la Sala Penal en este proceso, no puede constituír ninguna causal de nulidad que pudiera ser considerada y declarada en casación, pues las causales de recusación y de impedimento no constituyen por sí ninguna nulidad, si previamente y en la respectiva instancia, no se ha propuesto y calificado alguna de estas causales, y resuelto, por providencia judicial, declarar separado del conocimiento al funcionario recusado o que se haya declarado impedido. Solamente en el caso de que esto ocurra y el funcionario continúe conociendo o interviniendo en el negocio, se produciría una nulidad de su actuación, por falta de competencia. Pero esta situación no se contempla con respecto al Fiscal doctor Cicerón Domínguez, pues éste ni se declaró impedido, ni fue recusado en la debida oportunidad. Pretender plantear con ocasión del recurso de casación una recusación contra un funcionario que intervino en las instancias y cuya actuación ya se cumplió, es del todo improcedente y extemporáneo.

De lo expuesto, se concluye que tampoco puede prosperar el segundo cargo formulado con invocación de la causal cuarta.

Causal primera.

Con invocación de esta causal que permite impugnar en casación la sentencia de un Tribunal Superior cuando ella "sea violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma", el actor le formula, a la sentencia acusada, tres cargos que se estudiarán en el orden propuesto en la demanda de casación.

Primer cargo. Este cargo lo fundamenta el demandante en los términos siguientes:

"La sentencia recurrida impuso a mis mandantes Poveda y Delgado una sanción privativa de la libertad dándole aplicación a los numerales 7º y 9º del artículo 37 del Código Penal, que no eran de aplicación para deducirles esas circunstancias específicas de mayor peligrosidad ya que ellas son circunstancias configurativas y específicas del asesinato de la señorita Cárdenas (sic), conforme al auto de enjuiciamiento, y por lo consiguiente no pueden tener una doble operancia jurídica para los fines de señalar la sanción, es decir, de darle una entidad específica (sic) de asesinato al homicidio que por ese solo hecho agrava la pena (Artículo 363 del Código Penal); ya que desplaza la tarifa del homicidio voluntario o de propósito, y de aumentar la pena por esas mismas circunstancias que tipifican el delito en asesinato y jamás coetáneamente pueden tomarse como circunstancias de mayor peligrosidad para aumentar la pena al responsable".

Considera la Corte:

En la sentencia recurrida, para los efectos de la fijación de la pena impuesta a los recurrentes, se hicieron las consideraciones siguientes:

"Ahora bien: tratándose de un concurso material de delitos debe imponerse la pena establecida para el más grave con un aumento proporcional (artículo 33 del Código Penal). El ilícito de mayor entidad delictiva es el de homicidio (asesinato), que tiene señalada pena de presidio de quince a veinticuatro años (artículo 363 ibídem). No es posible aplicar el mínimo, por la gravedad y modalidad del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el artículo 37, numeral 9º del Código citado. De ahí que dicho mínimo debe elevarse en tres años, o sean diez y ocho años de presidio, y éstos aumentarse en cuatro años conforme al artículo 33 citado. Pero como Delgado y Poveda son reincidentes, sus penas deberían aumentarse en una tercera parte (artículo 34 del Código Penal, inciso 1º), más como ese aumento daría en total una pena superior al máximo de la permitida por la ley, sólo es posible hacerlo en dos años. De manera que

a Félix María Charry le corresponden veintidos años de presidio, y a José Calixto Delgado y Hernán Ramiro Poveda veinticuatro años de la misma pena. Y a todos ellos las sanciones accesorias correspondientes a la pena de presidio".

Como fácilmente se deduce de lo transcrito, en la sentencia recurrida para los efectos de la dosificación de la pena y en relación con las circunstancias de mayor peligrosidad, únicamente se tuvo en cuenta la prevista en el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal que consiste en: "El obrar con la complicidad de otro, previamente concertada". Esta circunstancia no está contemplada en el artículo 363 del Código Penal como elemento constitutivo del delito de asesinato, en ninguno de los nueve numerales que contiene este artículo. Por lo tanto, carece de todo fundamento lo afirmado por el actor en relación con este cargo, pues no es exacto que en la sentencia acusada se hubieran tenido en cuenta para la individualización de la pena y como circunstancias de mayor peligrosidad, ninguna de las previstas como constitutivas del homicidio (asesinato) en el artículo 363 del Código Penal.

Segundo cargo. Para formalizarlo el demandante expone lo que sigue:

"El principio de la individualización de la pena fue quebrantado en la sentencia recurrida, honorables Magistrados, porque el Tribunal de Neiva apenas se remitió a lo decidido en relación con el procesado José Calixto Delgado para fijar la sanción a Hernán Ramiro Poveda contrariando o violando por omisión el artículo 36 del Código Penal como también, por aplicación indebida el artículo 37 del Código Penal en relación con el artículo 33 de la misma obra, pues olvidó el Tribunal que las circunstancias de mayor peligrosidad que agravan la responsabilidad del agente sólo son de reconocimiento o aplicación en la sanción penal que se impone cuando no son modificadoras de la responsabilidad "o como elementos constitutivos del delito", y las imputadas a mis poderdantes para aumentarle la sanción son constitutivas del hómicidio agravado o asesinato conforme al artículo 363 del Código Penal".

Se considera.

Como con razón lo anota el señor Agente del Ministerio Público en su réplica a este cargo, él "no merece un intento de respuesta", por cuanto al proponerlo el actor se limitó a hacer un planteamiento sin demostración ninguna, *y el recurso de casación, que es un medio de impugnación extraordinario, exige que se demuestren y comprueben en forma satisfactoria los cargos que se formulan a la sentencia acusada para que el cargo pueda ser considerado al estudiar el recurso. El actor ni siquiera intenta demostrar en que sentido y por qué aspecto se violaron los artículos* 36, 37 *y* 33 *del Código Penal,* y lo único que hace es repetir la objeción que fue propuesta en el primer cargo.

En consecuencia, este segundo cargo formulado a la sentencia acusada con apoyo en la causal 1ª tampoco puede aceptarse.

Tercer cargo. El último cargo propuesto contra la sentencia recurrida con invocación de la causal 1ª lo hace consistir el actor en que las copias que obran en el proceso, de sentencias condenatorias anteriores proferidas contra los reos recurrentes Delgado y Poveda, y que el Tribunal tuvo en cuenta para considerarlos como reincidentes, carecen de valor probatorio, pues no fueron expedidas con las formalidades legales.

Con el intento de demostrar este cargo el demandante afirma lo siguiente:

"Esas copias no fueron llevadas al proceso como consecuencia de la providencia judicial proferida en el proceso, ni como pruebas aportadas legalmente en el plenario del juicio, ni fueron expedidas en cumplimiento, repito, de proveído judicial proferido en el proceso, ni legalmente certificadas por el Secretario del Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín porque no fueron remitidas al negocio penal en acatamiento de una determinación del Juez 1º Penal del Circuito de Medellín. Esas copias aparecen expedidas por un empleado subalterno que no tiene facultad legal para expedir esas copias oficiosamente ni certificar sobre su autenticidad; ni tampoco aparece en autos la copia de la sentencia de segunda instancia expedida por la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal de Medellín, en acatamiento de una decisión judicial de esa Corporación. Por otra parte hay algo sospechoso, honorables Magistrados, en la fecha en que aparecen expedidas esas copias (léanse y compárense la fecha borrosa que tiene el carácter de la tinta de máquina que es muy distinta a la de esas copias).

"Entonces sobre documentos allegados ilegalmente, que no tienen el carácter de plena prueba, conforme a lo ordenado en el artículo 632 del Código Judicial, la sentencia recurrida no podía aumentar a mis poderdantes la sanción, con aplicación del artículo 34 del Código Penal, que fue aplicado indebidamente por los motivos jurídicos expuestos".

Se considera.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en la réplica a este cargo, que la Sala prohija, rebate en forma muy clara las razones con que el actor ha pretendido demostrarlo, al exponer lo siguiente:

"Las pretensiones del ilustre impugnador se diluyen en relación con su patrocinado José Calixto Delgado (a. 'Choncholí'). Porque a folios 331 y ss. del cuaderno número 1, aparecen las copias de la sentencia de primero y segundo grados pronunciadas contra éste por el delito de hurto. Tales copias fueron expedidas y autenticadas por el señor Alejo Trujillo Trujillo, Secretario del Juzgado Municipal de Gigante.

"Queda entonces por analizar el documento en que aparecen las copias de las sentencias de instancia por las que fue condenado Hernán Ramiro Poveda Moreno (a. 'El Detective') a ocho meses de prisión por el delito de hurto. Estas copias fueron expedidas por el Oficial Mayor del Juzgado Primero del Circuito Penal de Medellín (fl. 327 y ss. del cuad. Nº 1).

"Comoquiera que el distinguido abogado recurrente niega eficacia legal al documento expedido por el Oficial Mayor, y que para impugnarlo jurídicamente invoca el artículo 632 del Código de Procedimiento Civil, el que, dice él, debe aplicarse por analogía, nos permitimos transcribir el contenido de esta norma, ya que el libelista lo cercenó al reproducirlo:

" 'Artículo 632. Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los Secretarios o *empleados encargados de los archivos;* las certificaciones de los Jueces y Magistrados sobre hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso y en los demás casos autorizados por la ley, y las certificaciones de quienes lleven el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondientes'. (El subrayado de la Procuraduría).

"Ahora bien:

"El artículo 121 de la misma obra dice de los deberes de los Secretarios, y entre ellos está el 8º: 'Custodiar el archivo y mantenerlo en completo orden'. Y el artículo 122 *ibídem* establece:

" 'Los Oficiales Mayores reemplazan a los Secretarios en sus faltas accidentales y temporales, así como en las absolutas mientras se hace el nombramiento y se pesesiona el individuo a quien se nombre. Dichos Oficiales pueden reemplazar también al Secretario en las audiencias, o en las diligencias que se practiquen fuera de la Secretaría, o en esta misma cuando el Secretario no concurra a las referidas diligencias de modo de mantener siempre abierto el despacho público' ".

"El impugnador también ataca los documentos que hablan de las condenas anteriores de sus patrocinados por el hecho de que no hubieran sido expedidas "formalmente". Luego se ve que él aspira a que el rigorismo, en medios probátorios, que existe para los asuntos civiles debe aplicarse exactamente a los negocios penales, olvidando la naturaleza de los unos y de los otros, amén de que estos son de orden público y permiten al juez moverse con amplitud en pos de pruebas testimoniales, documentales, periciales, de indicios, de presunciones, aún de sospechas y suposiciones, porque nada le está vedado en sus funciones para obtener la verdad real. Y combina todos esos medios y los compara y analiza para llegar a una sola conclusión: la verdad penal. Entonces, siendo así, no se puede desconocer el derecho que tuvieron los juzgadores para reforzar su credibilidad sobre las copias de sentencias contra los procesados —si es que ellas se pueden considerar como pruebas semiplenas— con los documentos que obran a folios 76 del cuaderno número 1 y 82 a 83 del número 2, que sí son auténticos y hacen plena prueba".

Lo transcrito es suficiente para establecer que el cargo que en este aparte el recurrente formula a la sentencia impugnada, en cuanto condenó como reincidentes a José Calixto Delgado y Hernán Ramiro Poveda Moreno, dándole aplicación a lo dispuesto en el artículo 34 del Código Penal, con fundamento en las copias de las sentencias condenatorias dictadas anteriormente en otros procesos contra estos acusados, copias a las que el actor pretende, sin motivo, desconocerles todo valor probatorio, carece de toda validez y fundamento, y por lo tanto, no puede prosperar.

Causal segunda.

En numerosísimos fallos dictados por esta Sala, a partir del fechado el 3 de noviembre de 1944, se ha sostenido, con sólidos argumentos, que es innecesario repetir ahora, por cuanto éllos son suficientemente conocidos y no han podido ser rebatidos, ni el recurrente intenta refutarlos,

que la causal segunda de casación no es aplicable en los juicios, en que como el presente, ha intervenido el jurado. Las dos razones fundamentales que la Corte ha tenido en cuenta para considerar que en estos juicios no es procedente invocar la causal segunda, son las siguientes: la primera, porque los jueces de conciencia tienen un amplísimo arbitrio para estimar las pruebas del proceso; y la segunda, porque el examen probatorio que se hiciera por la Corte con relación al veredicto proferido por el jurado, solamente podría tener como finalidad la declaratoria de contraevidencia de la decisión del jurado, facultad de que carece la Corte, pues élla no fue establecida como causal de casación por el vigente Código de Procedimiento Penal, según lo dejó establecido la comisión redactora de este Código, con lo cual se modificó expresamente lo dispuesto con anterioridad por la Ley 118 de 1931, en cuanto consagraba entre las causales de casación el haberse dictado la sentencia acusada sobre un veredicto "viciado de injusticia notoria", es decir contraevidente.

Por lo tanto, es improcedente el estudio de la causal segunda propuesta en la demanda de casación.

Por 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 concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, *no invalida* el fallo de quince de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por el cual se condenó a Félix María Charry, José Calixto Delgado y Hernán Ramiro Poveda, como responsables de los delitos de homicidio (asesinato) y robo consumados en la persona y bienes de Ana Rita Alvarez Cárdenas.

Asimismo se declara desierto el recurso de casación interpuesto por el reo Félix María Charry y se lo condena en costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. CAUSAL 1ª DEL ARTICULO 520 DEL CODIGO JUDICIAL.

Elementos de integración y agravantes específicas del delito de abuso de confianza. En este delito el daño o perjuicio surge de la apropiación que implica la consumación del ilícito. Los artículos 92 del Código Penal y 2341 del Código Civil, imponen al reo el deber de indemnizar perjuicios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio treinta de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor apoderado de la parte civil contra la sentencia del 28 de julio de 1961, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en cuanto por ella se absolvió al procesado Federico Rivas Vargas en orden "al pago de los perjuicios morales y materiales" relacionados con el delito de abuso de confianza que allí mismo se le imputa y sanciona.

Hechos y actuación:

El señor Federico Rivas fue "designado depositario" de unos ganados en el negocio penal promovido en la Alcaldía del Espinal, conforme a denuncia suya del 8 de enero de 1947, contra los señores Juan de la Rosa Cuéllar y Campo Elías Bocanegra, los cuales recibió, en esa expresa condición, el 10 del mismo mes, ganados que luego, con el correr del tiempo, se negó a devolver, hecho que movió al citado Cuéllar, en cuyo favor, mediante auto del 30 de octubre de 1951, se había decretado la entrega de ellos, a formular, en escrito del 24 de septiembre de 1954, presentada por conducto de apoderado, la denuncia que dió origen a este proceso, acusándolo de haber incurrido en el delito de abuso de confianza.

En razón de estos hechos, el Juzgado Tercero Superior de Ibagué, con fecha 29 de abril de 1958, sobreseyó, de manera definitiva, respecto de Rivas Vargas, determinación que el Tribunal de la misma ciudad revocó en la suya del 1º de abril de 1959 para en su lugar llamarlo a juicio por el delito de abuso de confianza imputado en la denuncia del predicho Cuéllar.

Ese juicio, previa su tramitación legal, culminó, respecto al Juzgado, en la sentencia del 14 de diciembre del mismo 1959, que impuso a Rivas Vargas, como responsable del delito en cuestión, a más de las penas accesorias de rigor y una multa de treinta pesos, la de "diez y ocho (18) meses de prisión" y la obligación de pagar, a favor del señor Juan de la Rosa Cuéllar, "los perjuicios morales y materiales", generados en el delito sancionado, "en la cuantía señalada por los peritos", fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 28 de julio de 1961 en el sentido, exclusivo y único, de absolver al procesado en razón de aquellos perjuicios, ya que en sus otras disposiciones, incluyendo la relativa a "condena condicional", le impartió aprobación.

Demanda de casación:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca la causal de casación prevista en el ordinal 1º) del artículo 520 del Código Judicial, aducible, según el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal, en casos como el presente, y a su amparo sostiene que el fallo acusado, en cuanto absuelve a Rivas Vargas del "pago de los perjuicios morales y materiales" relacionados con el delito

que allí mismo se sanciona, viola, en primer lugar, el artículo 2341 del Código Civil, lo que resulta "de la interpretación errónea" que se dió a la naturaleza del mismo, pretendiendo, contra "las pruebas que sobre el particular obran en el proceso", que no infirió daño al señor Juan de la Rosa Cuéllar y, en segundo lugar, el artículo 92 del Código Penal en su mandato "respecto a la condenación al pago de los perjuicios", fuera de que se aplicaron, de manera indebida, los artículos 412 y 413 de este último estatuto, "en cuanto se le cercenó en el efecto que tienen de obligar a la indemnización".

En la fundamentación de los anteriores planteamientos, se anota que al señor Juan de la Rosa Cuéllar se le permitió constituírse parte civil en el proceso, condición en la que actuó sin restricción alguna, se copian a continuación varios apartes del auto de proceder para destacar que allí se reconoce que de los ganados, en el momento de secuestrarlos, estaba en posesión legítima el predicho Cuéllar, hecho que obligaba, como se dispuso, que al cesar el depósito de ellos, se entregaran a aquél, sin que Rivas pudiera oponerse alegando títulos de dueño, ya que nos los recibió "en tal carácter" y, por último, se advierte que la citada parte civil "pidió y obtuvo dentro del juicio el avalúo de los perjuicios", todo lo cual se comenta del modo siguiente:

"Quiere decir que a lo largo del proceso existen no solamente actos procesales emanados de los titulares del órgano judicial, sino, además, pruebas sobre la existencia de perjuicios causados por el delito. Era, pues, forzoso que en la sentencia se condenara al pago de la indemnización correspondiente; al no hacerlo así la sentencia violó las disposiciones de los artículos 2341 del Código Civil y 92 del Código Penal".

El recurrente insiste, a continuación, en que de los ganados secuestrados era poseedor Cuéllar, quien los "había adquirido con justo título", lo que significa que el perjuicio que se le irrogó "nace del hecho de habérsele despojado de la posesión" y de "no haberle sido entregados a pesar de la orden judicial". Luego dice:

"Rivas era un simple depositario de los animales y corría su depósito la suerte del proceso. Si éste terminaba como terminó favoreciendo a Juan de la Rosa Cuéllar estaba en la obligación de devolver a éste lo que era suyo cuando se inició el proceso. Fue así como Rivas afectó la propiedad o el patriomonio ajeno y causó daño y perjuicio".

El demandante prosigue en otras varias consideraciones, sustancialmente acordes con las reseñadas, califica de contradictoria la sentencia recurrida puesto que "admite que Cuéllar era un poseedor de buena fe", no de cualquier laya, "sino uno que había pagado el precio" del ganado, "pero le discute la propiedad", rechaza la idea, mediante rápido y conciso estudio de los artículos 412 y 413 del Código Penal, de que pueda consumarse un delito de abuso de confianza "meramente formal" y concluye así su argumentación:

"La verdad es que hoy ya no puede discutirse la condenación de Rivas. Esa condenación por abuso de confianza supone la apropiación de cosa ajena mueble. Lo único que no puede decirse es que el ganado era de propiedad de la autoridad que ordenó el depósito judicial, para derivar de allí la ausencia de perjuicio a Cuéllar. Lo evidente es que si hubo condenación por abuso de confianza, fue porque se atentó contra la propiedad de Cuéllar y consecuencialmente debe surgir la condenación por perjuicios. No es el momento de discutir problemas que son o fueron materia de las instancias. Aquí lo que interesa es que hubo una condenación por un delito que supone apropiación de cosa mueble ajena, lo cual excluye la propiedad del que hizo la apropiación.

"Esta demanda habría podido reducirse sólo a decir que habiendo sido condenado el señor Federico Rivas como responsable de un delito de abuso de confianza, delito que es contra la propiedad, condenación que no es discutible en casación por no haber sido recurrida la sentencia por el procesado, es consecuencial que se le condene a la indemnización de perjuicios según las normas de los artículos 2341 del Código Civil y 92 del Código Penal...".

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su respuesta a la demanda, mediante un amplio estudio de ella, realizado en confrontación con los varios hechos de que informan, en sus respectivas motivaciones, tanto el fallo acusado como el que definió el proceso en su primera instancia, sostiene que el señor Cuéllar adquirió el ganado sin "justo título" aunque "de buena fe" y que, por lo tanto, su calidad, respecto del mismo, era la de "poseedor irregular", situación que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 716 y 964 del Código Civil, de suyo indica que "sufrió un perjuicio patrimonial como consecuencia de la comisión del hecho del cual fue hallado penalmente responsable el señor Rivas Vargas", perjuicio que

debe ser indemnizado, "en la forma y medida que la honorable Corte considere debido, según la equidad y la ley, pues no es propiamente exacto, como lo sostiene el distinguido demandante, que la no objeción del dictamen que obra en autos constituya 'base obligatoria de la indemnización' ".

"En tales condiciones —dice el señor Procurador— el proceso, se impone aceptar que con ocasión de la sentencia recurrida fueron violados los artículos 2341 Código Civil y 92 del Código Penal, por cuyo motivo prospera, en entender de la Procuraduría, la causal primera de casación del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil".

Respuesta del procesado:

El predicho Rivas Vargas, en su condición de parte no recurrente, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por conducto de su apoderado, solicita que se deseche el recurso en comentario, de acuerdo, en síntesis, con las siguientes razones:

"El honorable Tribunal Superior de Ibagué al proferir sentencia condenatoria contra Federico Rivas Vargas por el delito de abuso de confianza, recibió la impresión que le comunicaba el artículo 413 del Código Penal, el cual sólo es un agravante de la pena, para el caso en que se configure plenamente la definición delictiva que se encuentra en el artículo 412 de la misma obra.

"La apropiación en provecho propio o de un tercero, debe ser de una cosa mueble *ajena*, que se le haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio. Está en este caso el señor Rivas. ¿Podría la Corte, aceptar que el señor Rivas al no entregar las reses que recibió en depósito, se apropió de una cosa mueble ajena?

"..... .....

"Opina el recurrente que la sentencia del Tribunal Superior es contradictoria porque "admite que Cuéllar era poseedor de buena fe, es decir: le reconoce título suyo sobre el ganado, pero le discute la propiedad. El reconocimiento como comprador de buena fe no es título de propiedad, cuando hay un tercero que invoca esa calidad, como en el caso de Federico Rivas y el presunto 'autorizado' suyo para vender no aporta ningún elemento de juicio serio para demostrarlo, cuando este tipo de operación, por su cuantía requería, por lo menos, de un principio de prueba por escrito. La capacidad delictiva de Bocanegra, su fuga del Distrito de Ibagué, en las condiciones en que lo hizo, proclaman que no lo hubiera demostrado nunca.

"Prescindiendo de comentar la condena penal que la sentencia encierra, no hay violación de la ley sustantiva cuando el honorable Tribunal Superior de Ibagué se abstiene de condenar a Federico Rivas Vargas a pagar perjuicios de orden material y moral a Juan de la Rosa Cuéllar, porque no se ha acreditado, que Rivas Vargas tuviera nexo jurídico alguno con Cuéllar. Lo contrario sí habría sido un aberrante jurídico.

"El honorable Tribunal Superior de Ibagué para no condenar a Rivas al pago de los perjuicios, apreció la totalidad de las pruebas, de consiguiente no es a este aspecto al que pueda atribuírse violación de la ley, invocada en la causal presentada por el recurrente.

"En cuanto a la naturaleza del cargo, uno de los capítulos de la demanda de casación al afirmarse que se ha violado el artículo 2341 del Código Civil que se refiere al 'que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...', cabe en las mismas observaciones que se han formulado anteriormente, es decir: que exista plena demostración de una relación jurídica o de un nexo entre el condenado y quien reclama tales perjuicios":

Para resolver se considera:

I. El fallo acusado, en cuanto condena al señor Rivas Vargas como responsable del delito de abuso de confianza, no cabe ser discutido en forma alguna, puesto que el recurso de casación lo interpuso la parte civil y se circunscribe "a la indemnización de perjuicios";

II. *El delito de abuso de confianza se encuentra descrito, conforme a cada uno de sus elementos de integración, en el artículo 412 del Código Penal, y ofrece las agravantes específicas a que se refieren los artículos 413 y 414 ibídem;*

III. *El predicho delito corresponde a los llamados* de daño, *que son aquellos que, "para existir, necesitan que la acción realizada por el sujeto activo produzca una modificación en el mundo exterior, que hiera de una manera directa y adecuada un bien jurídico amparado legalmente, bien jurídico que, en este delito, es el patrimonio" o, como lo quiere el Código, "la propiedad";*

IV. *En el expresado delito el daño o perjuicio, según los expositores, surge de la apropia-*

ción que de suyo implica la consumación de aquél ilícito, precisamente como su consecuencia inexorable;

V. *La sentencia acusada, en cuanto absuelve a Rivas Vargas del pago de los "perjuicios morales y materiales", derivados del delito de abuso de confianza que allí mismo se le imputa y sanciona, es violatoria, por lo tanto, del artículo 92 del Código Penal y, a su vez, del 2341 del Código Civil, lo que significa que prospera la causal de casación invocada y debe, en esa suerte, invalidarse para en su lugar condenar en razón de esos perjuicios; y,*

VI. La condenación, respecto de los citados perjuicios, procede hacerla a favor del señor Juan de la Rosa Cuéllar, que es la persona que aparece en los autos señalada como víctima del daño patrimonial generado en el delito que consumó el señor Rivas Vargas, y apenas cabe disponerla en abstracto, en atención a que el avalúo pericial de los folios 515 y ss. del 1er. cuaderno es inadmisible, puesto que carece de una elemental motivación encaminada a justificarlo, está en desacuerdo ostensible, sin ninguna explicación, con la estimación que de aquellos perjuicios hizo la parte civil en su demanda, sólo en la suma de $ 43.143.00, en tanto que en el dictamen se avalúan nada menos que en la cantidad de $ 259.664.00 y, por último, se produjo mediante la intervención de un perito designado por el señor Cuéllar, según resalta y se desprende del auto de los folios 462 y 462 v. del 1er. cuaderno. Los perjuicios, en estas condiciones, tendrán que ser regulados, ante el Juzgado de instancia, de acuerdo con las indicaciones del artículo 553 del Código Judicial.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con la solicitud del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* el fallo recurrido, en cuanto absuelve al procesado Federico Rivas Vargas en relación con los "perjuicios morales y materiales", derivados del delito que allí se le imputa y sanciona, y en su lugar *condena* al predicho sujeto, en forma abstracta, a pagar a favor de Juan de la Rosa Cuéllar los expresados perjuicios.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ASESINATO. CAUSALES CUARTA, TERCERA Y PRIMERA DE CASACION.

Apreciación de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad. Derecho de defensa del procesado. Condiciones de inferioridad e indefensión de la víctima. Conformidad entre la sentencia y el veredicto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, agosto trece de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados Rafael Ojeda Tapia, y Octavio Márquez Acevedo, Artemo Acevedo Corrales y Rubén Darío Castaño, contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el 8 de septiembre de 1961, mediante la cual les fue impuesta la pena principal de diez y nueve (19) años de presidio, como responsables de los delitos de homicidio y robo.

De los nombrados, solamente Ojeda Tapia y Acevedo Corrales formularon la correspondiente demanda de casación mediante abogado inscrito en la Corte. El reo Octavio Márquez Acevedo suscribe un alegato (f. 44 a 58 del Cd. de la Corte), en el que pide su absolución.

Hechos.

En la providencia impugnada se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El dos de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, más o menos a las seis de la mañana, salió el hoy occiso Juan de Jesús Quintero Echeverri de su casa de habitación situada en el corregimiento de 'El Rosario', en la región rural de 'La China', finca llamada 'La Dictadura', hacia esta ciudad de Manizales, trayendo en sus bolsillos algún dinero y su revólver fino, de uso personal, el que aparece avaluado en la suma de setecientos pesos ($ 700.00) moneda legal. Al poco de transitar en su caballo y en el sitio denominado 'La Peña', fue asaltado, disparándosele desde la orilla del camino y luego rematado por los mismos bandoleros, quienes le hicieron varios disparos y heridas con machete o peinilla, pues se encontró el cadáver con varios disparos de revólver, de escopeta y con heridas de arma cortante y de peso, según lo delata la necropsia y la diligencia de levantamiento del cadáver. Le fue sustraído el revólver que portaba, lo mismo que el dinero, pues los bolsillos de su ropa se encontraron al revés".

Trámite del proceso.

Clausurada la investigación el 25 de noviembre de 1958, el Juzgado 3º Superior de Manizales calificó su mérito mediante la providencia de 20 de abril de 1959, en la que dispuso llamar "a responder en juicio criminal, con la intervención del Jurado, a los señores Artemo Acevedo Corrales, Octavio Márquez Acevedo, Rafael Ojeda Tapia y Rubén Castaño...", por los delitos de homicidio y robo.

En este auto se dice lo que pasa a transcribirse:

"De acuerdo con lo que se colige del estudio del expediente, el móvil principal fue el robo. Todos los sindicados estaban enterados de que el señor Juan Quintero cargaba, al salir hacia Manizales, gruesas sumas de dinero, fuera de un revólver de valor considerable. Según el testimonio de Ojeda, el occiso fue requisado en todos los bolsillos de sus vestiduras; ya vimos como no se le encontró dinero, ni el revólver que portaba. Si bien es cierto que el homicidio fue premeditado, el hecho de que el objeto único, respecto de los sindicados Artemo Acevedo y Octavio Márquez, haya sido el robar, nos lleva

a descartar la premeditación, en cuanto a ellos, ya que la causal del numeral 3º absorbe la del segundo. Cosa diferente ocurre en cuanto a los sindicados Rubén Castaño y Rafael Ojeda Tapia, ya que en estos, fuera del móvil del robo, existía el ánimo de venganza y por tanto sí se les carga la premeditación.

"Existió alevosía en el ataque, ya que al occiso primero se le disparó desde lugar estratégico, en forma que él mismo no podía preverlo; luego de que cayó al suelo se le fueron encima los atacantes, terminando con su vida, en forma que le impedía defenderse, por el número de sus atacantes.

"De acuerdo con lo antes dicho, respecto de los sindicados Rubén Castaño y Rafael Ojeda sí concurren las tres circunstancias de que habla el señor Fiscal. Respecto de Octavio Márquez y Artemo Acevedo, concurren sólo las de los numerales 3º y 5º del artículo citado".

El Tribunal Superior de Manizales confirmó el auto de vocación a juicio, "con la reforma y aclaración siguientes: para todos los sindicados es computable la premeditación y en vez de alevosía, cometieron el homicidio con asechanza" (providencia de 24 de julio de 1959).

Tramitada la causa y celebrada la audiencia pública, a los jueces de hecho les fueron propuestas las siguientes cuestiones, en cuanto a los procesados demandantes, las cuales respondieron con la frase *"sí es responsable":*

1º *Para Rafael Ojeda Tapia:*

a) "...es responsable, en coautoría con otros sujetos, de haber ocasionado la muerte al señor Juan de Jesús Quintero Echeverri, con el propósito de matar, por medio de heridas causadas con armas de fuego (escopeta y revólver) y cortante (peinilla o machete), aprovechando condiciones de inferioridad e indefensión en que se hallaba la víctima, y para preparar, facilitar o consumar otro delito, cuyos hechos tuvieron lugar en el paraje de 'Las Peñas', vereda de 'San Peregrino', de este Municipio, a eso de las seis y media de la mañana, del día dos de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho?".

b) "...es responsable, en coautoría con otros sujetos, de haber sustraído un bien mueble de propiedad del occiso Juan de Jesús Quintero Echeverri y por la suma de setecientos pesos ($ 700.00), haciendo uso de la fuerza y la violencia contra las personas y las cosas y mediante hechos que tuvieron lugar en el paraje de 'Las Peñas', vereda de 'San Peregrino', de este Municipio de Manizales, a eso de las seis y media de la mañana, del día dos de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho?".

2º *Para Artemo Acevedo Corrales:*

a) "...es responsable, en coautoría con otros sujetos, de haber ocasionado la muerte al señor Juan de Jesús Quintero Echeverri, con el propósito de matar, por medio de heridas causadas con armas de fuego (escopeta y revólver) y cortante (peinilla o machete), aprovechando condiciones de inferioridad e indefensión en que se hallaba la víctima, y para preparar, facilitar o consumar otro delito, cuyos hechos tuvieron lugar en el paraje de 'Las Peñas', vereda de 'San Peregrino', de este Municipio, a eso de las seis y media de la mañana del día dos de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho?".

b) "...es responsable, en coautoría con otros sujetos, de haber sustraído un bien mueble de propiedad del occiso Juan de Jesús Quintero Echeverri y por la suma de setecientos pesos ($ 700.00), haciendo uso de la fuerza y la violencia contra las personas y las cosas y mediante hechos que tuvieron lugar en el paraje de 'Las Peñas', vereda de 'San Peregrino', de este Municipio de Manizales, a eso de las seis y media de la mañana, del día dos de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho?".

Con fundamento en el veredicto del Jurado, el cual también fue proferido en iguales términos para los procesados Octavio Márquez Acevedo y Rubén Darío Castaño, el Juzgado 3º Superior de Manizales impuso a los demandantes y a los anteriormente nombrados la pena principal de diez y nueve años de presidio. En este fallo dice el *a quo* lo que pasa a transcribirse:

"Como tantas veces se ha dicho, el veredicto es acogible cuando dentro del proceso existe una base 'siquiera racional' que lo sustente, esto es, que existan pruebas, así sean no muy objetivas, que den base para pensar en la realidad de los cargos..... Ya se vio que existe dentro del expediente, como prueba incriminatoria de los señores Artemo Acevedo Corrales, Octavio Márquez Acevedo y Rubén Darío Castaño, el dicho o dichos del señor Rafael Ojeda Tapia, quien a pesar de las contradicciones y aparentes retractaciones, es contumaz (sic) en el señalamiento de aquellos y en la relación de la forma como dice actuaron los mismos. Además de lo anterior, existen los dichos de quienes afirman la marcada obstinación de Artemo Acevedo Corrales en obtener dinero, a cualquier costo, y cómo averiguó Acevedo detalles sobre el dinero que

portaba el occiso; todo esto, en reunión con los demás sindicados, excepción hecha de Rubén Castaño.

"Respecto de Ojeda Tapia, el jurado tuvo para considerarlo contradictorio...", la circunstancia de que "debió estar en el lugar mismo de los acontecimientos y no a la distancia de que habla para que pudiera darse cuenta, tan perfecta, de la manera como se desarrollaron; además, las afirmaciones sobre disgustos entre éste y Quintero, por los amoríos de Ojeda con la amante de Quintero, como también su no satisfactoria explicación sobre la forma como resultó herido, etc.

"Con respecto a Rubén Castaño, fuera del dicho de Ojeda Tapia están las declaraciones sobre su ánimo de venganza con Quintero, por razón de la muerte de un trabajador a manos suyas.

"El Jurado, que es libre en sus apreciaciones, consideró sin duda alguna que estas pruebas eran suficientes para dar su veredicto condenatorio; si esas mismas pruebas sirvieron para llamar a juicio a los sindicados, son más que racionales las conclusiones del Jurado y por tanto se acogerá su determinación.

"Se trata de un homicidio cometido bajo tres circunstancias que lo convierten en asesinato; por tanto, la pena básica no puede ser la mínima señalada en el artículo 363 del Código Penal, fijándola el Juzgado en diez y siete años de presidio, pues dentro del expediente no existen constancias de mala conducta social y familiar de los sindicados, con anterioridad a la comisión del ilícito, y se trata de personas de baja ilustración; pero como existe un concurso material de infracciones, esta pena se aumentará en dos años más, quedando en definitiva en diez y nueve años de presidio; además de las penas accesorias y la obligación de resarcir los daños causados con la infracción".

En la sentencia recurrida el *ad quem* expresa lo siguiente:

"De acuerdo con la prueba expuesta, el veredicto tiene pleno respaldo racional y por ello la sentencia apelada será confirmada.

"Desde el auto de proceder se estableció que el homicidio cometido por..." Rafael Ojeda Tapia, Artemo Acevedo Corrales, Octavio Márquez Acevedo y Rubén Darío Castaño... "en el señor Quintero Echeverri, fue asesinato, porque está probado que eliminaron a la víctima para robarlo, como efectivamente le sustrajeron el revólver y el dinero que llevaba (circunstancia 3ª del artículo 363). Además, perpetraron el homicidio con asechanza, ya que se demostró que de antemano estaban apostados y ocultos a la orilla del camino, aguardando el momento en que pasara la víctima para eliminarla, y con alevosía, porque privaron de toda defensa a la misma víctima, sin que ninguno de ellos corriera el peligro de una contradefensa. Estas mismas circunstancias calificadoras formuladas en el interrogatorio, fueron reconocidas por el *juri*.

"Por ende, Rafael Ojeda Tapia, Artemo Acevedo Corrales, Octavio Márquez Acevedo y Rubén Darío Castaño, violaron con el homicidio el artículo 363 del Código Penal, el que trae como sanción presidio de quince a veinticuatro años. No se ve motivo de agravación por otro aspecto, pero sin embargo, el señor juez no partió del mínimo de quince años, sino de una base superior que fijó en diez y siete años, basado en que no fue una sino plurales las circunstancias que califican el homicidio como asesinato. La sala considera prudente esta pena base de diez y siete años fijada por el juez. Pero como además cometieron el delito de robo, prudencialmente la pena anterior se les aumenta en dos años, quedando en definitiva con una pena de diez y nueve (19) años de presidio, como sanción principal para cada uno de los reos...".

Demandas de casación.

Tanto el doctor Carlos E. Camacho como el abogado David Melo Cifuentes, representantes de los procesados Rafael Ojeda Tapia y Artemo Acevedo Corrales, respectivamente, invocan las causales cuarta, tercera y primera de casación, así:

a) *Causal cuarta:*

En las dos demandas se proponen los siguientes cargos comunes:

1º Que el fallo se profirió en un juicio viciado de nulidad constitucional, por cuanto existe "desacuerdo entre los cargos formulados en el auto de proceder, entre estos y los señalados en el cuestionario propuesto a la consideración del Jurado y entre éstos y la sentencia..." acusada.

2º Que "se incurrió en la nulidad prevista en el ordinal 7º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse celebrado la audiencia pública en el día y hora señalados para el efecto".

3º Que se "infringieron los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no se le notificó al defensor el auto de

proceder, el auto que señaló término a los interesados para que manifestaran si tenían pruebas que pedir en el juicio, el auto en que se formularon los cuestionarios y el auto en que se señaló día y hora para la celebración del sorteo'' de jueces de hecho.

El señor apoderado de Acevedo Corrales presenta un cargo más, a saber:

4º Que su mandante careció de toda defensa, pues su ''apoderado omitió cumplir con su deber profesional''.

b) *Causal tercera:*

Se proponen, igualmente, dos tachas comunes a la sentencia recurrida, a saber:

1ª Que el fallo está en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

2ª Que, asimismo, la sentencia es discordante con el veredicto del Jurado.

c) *Causal primera:*

En una y otra demanda se propone un solo cargo, así:

1º En cuanto a Rafael Ojeda Tapia, dice el doctor Carlos E. Camacho que señala ''como quebrantado el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, por indebida aplicación, y el ordinal 3º de la misma norma, por errónea interpretación. La norma aplicable al caso del pleito es el citado artículo 363, en un mínimo de quince años de presidio, sin ningún aumento...''.

2º Con respecto al procesado Artemo Acevedo Corrales, expresa el doctor David Melo Cifuentes lo que pasa a transcribirse:

''Cuando en un proceso penal surgen diversas circunstancias calificantes en el delito de homicidio, para que este sea elevado a la categoría de asesinato, una de ellas sirve para calificar el delito, y las otras para tomarlas como circunstancias de mayor peligrosidad. En el caso de Artemo Acevedo Corrales, hubiera sido correcto tomar únicamente la circunstancia consignada en el ordinal 3º del artículo 363 del Código Penal para calificar el homicidio... como homicidio agravado, y las demás circunstancias como de mayor peligrosidad. Esto no se hizo y por tal motivo se elevó la pena a diez y nueve años de presidio, cuando lo legal y procedente hubiera sido señalarla en 16 años de presidio, teniendo en cuenta que contra el procesado Acevedo Corrales militan tres circunstancias de menor peligrosidad de las previstas en el artículo 38 del Código Penal, o sean la buena conducta anterior, la influencia de apremiantes y excepcionales circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho y la indigencia y falta de ilustración del procesado. Estas tres circunstancias disminuyen o atenúan la agravación de las que fueron tomadas en cuenta por el Tribunal para dosificar la pena en 19 años de presidio. Al desconocer estas circunstancias, especialmente la buena conducta anterior del procesado, el Tribunal desconoció indebidamente la ley penal en su artículo 38, factor que conlleva mala aplicación de la norma sustantiva en el fallo recurrido''.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO Y CONSIDERACIONES DE LA SALA

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, luego de un exhaustivo examen de los cargos propuestos, estima que no es pertinente la invalidación de la sentencia recurrida.

La Sala habrá de referirse al concepto del señor Agente del Ministerio Público, dentro del estudio de las tachas propuestas por los demandantes.

Pues bien:

Tres causales de casación invocan los apoderados de los recurrentes, a saber:

A. *Causal cuarta*: ''Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad''.

Coinciden uno y otro demandante en señalar los siguientes tres cargos:

1º Desacuerdo entre el auto de proceder y los cargos señalados en el cuestionario propuesto al Jurado, y entre estos y la sentencia.

Es obvio, como lo anota el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, que *la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder o su desacuerdo con el veredicto del Jurado, no es materia de la causal cuarta de casación, sino de la tercera.* De otra parte, en las dos demandas se propone este mismo cargo con invocación del ordinal 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y a él habrá de referirse la Sala.

Y en cuanto a la supuesta discordancia del auto de proceder con el cuestionario propuesto a los jueces de hecho, es evidente que tal afirmación de los demandantes no resulta demostrada.

En efecto:

El señor apoderado de Ojeda Tapia dice que ''en el caso de autos tenemos que al procesado

se le formularon en el auto de proceder los agravantes de la premeditación, sin los motivos innobles o bajos que expresamente exige el ordinal 2º del artículo 363 del Código Penal, y el de asechanza. Luego, en los cuestionarios sometidos a la consideración del Tribunal Popular se le formularon al procesado los cargos de que el homicidio lo había cometido 'aprovechando condiciones de inferioridad e indefensión en que se hallaba la víctima, y para preparar, facilitar o consumar otro delito'. Como fácilmente se puede apreciar, el cuestionario propuesto al Jurado no habla para nada de la premeditación y la asechanza, que fueron los cargos formulados en el auto de proceder. Por tal motivo existe un completo desacuerdo entre los cargos que le fueron formulados al procesado en el auto de proceder y el cuestionario sometido a la consideración del Jurado''.

A lo anterior observa el señor Agente del Ministerio Público que no existe la discrepancia alegada por el demandante, pues, si como éste ''lo demuestra, la premeditación, cuando no va acompañada de motivos innobles y bajos, constituye apenas una circunstancia de mayor peligrosidad equivalente a la prevista en el ordinal 5º del artículo 37 del Código Penal, no existía, por consiguiente, razón alguna para someterla al conocimiento del Jurado, pues a éste no le corresponde la calificación o apreciación de las circunstancias de mayor peligrosidad, por ser tal labor propia no más que del juez de derecho. De otro lado...'', continúa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal..., ''obsérvese que el hecho de no haberse mencionado que el agente se había aprovechado de las condiciones desfavorables en que se encontraba la víctima, no implica un error, puesto que la asechanza cargada al procesado en el auto de proceder, no es sino un ejemplo propio de la enumeración que hace el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, y correspondiente a las circunstacias que 'pongan a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad'. Siendo ello así, bastaba, entonces, con ponerlo de presente, sin citación de ejemplo, para que el cuestionario rindiera su papel''.

Comparte la Sala las anteriores consideraciones de su Fiscal colaborador, porque, en cuanto a *la premeditación no acompañada de motivos innobles o bajos, mal podía ser sometida al Jurado, pues de acuerdo con el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, ''la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho''; y en lo que respecta a la asechanza, es cierto que el mismo ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal la menciona como una de las circunstancias que ponen ''a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad'', siendo esta particular situación del sujeto pasivo del homicidio la que es tomada en cuenta para agravar la pena y para darle la denominación de asesinato.*

Este primer cargo, señalado por el doctor Carlos E. Camacho, no resulta demostrado.

A igual conclusión llega la Sala en cuanto al primer cargo presentado por el señor apoderado de Acevedo Corrales, pues pretende probarlo con los mismos razonamientos aducidos por el doctor Carlos E. Camacho, a saber:

Que ''en el auto de proceder se le imputó a mi defendido tres circunstancias calificadoras del homicidio: el homicidio para consumar el robo, la asechanza y la premeditación. Estando consignadas estas tres circunstancias en el auto de proceder, el señor juez del conocimiento tenía la obligación de incluírlas en el cuestionario sometido a la consideración del Jurado, y no incluír otras, como sí lo hizo en la sentencia. En el cuestionario ya se habló de la 'inferioridad' y de la 'indefensión', pero no de la asechanza, y de que el delito se había cometido para preparar, facilitar o consumar otro delito...''.

2º Que ''se incurrió en la nulidad prevista en el ordinal 7º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse celebrado la audiencia pública en el día y hora señalados para el efecto''.

Esta tacha, como antes se dejó anotado, está propuesta en las dos demandas.

Se alega por los apoderados de los recurrentes que la audiencia pública no se llevó a cabo el día 8 de noviembre de 1960, fecha previamente señalada, porque, según testimonio del Secretario del Juzgado 3º Superior de Manizales, se ''presentaron inconvenientes, como el señor Juez bien lo sabe''; que en ''el expediente no se dice cuáles fueron esos inconvenientes''; que ''la audiencia se aplazó varias veces, sin motivo justificable'', y que el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal ''manda que todo acto procesal deberá cumplirse dentro del término fijado por la ley o por el Juez''.

Replica a lo anterior el señor Agente del Ministerio Público expresando que ''dos observaciones es preciso formularle al anterior cargo. En primer lugar, resulta que el tema que ante la honorable Corte se suscita corresponde a un recurso de última hora que no fue propuesto en las instancias del juicio, lo que impidió que el

fallador se pronunciara al respecto. En segundo lugar, la irregularidad propia del informe criticado y los diferentes señalamientos de fecha que se hicieron para practicar la audiencia, no alcanzan a integrar la nulidad legal de que trata la acusación y mucho menos la constitucional o sustancial que por el actor se insinúa, pues los intereses de la defensa no fueron vulnerados en nada sustancial, ya que demoras de tal naturaleza son imposibles de evitar, porque existen motivos insalvables que las producen".

Esta tacha tampoco resulta acreditada, pues la audiencia pública se celebró en el día y hora que indica el auto de 29 de abril de 1961 (f. 465 del Cd. principal), en el que se dice lo que pasa a transcribirse: "Nuevamente señálase para que tenga lugar la audiencia pública con intervención del Jurado en la presente causa por homicidio y robo, contra Rafael Ojeda Tapia y otros, la hora de las 2 p.m., del día diez y seis (16) de mayo del corriente año".

Este proveído fue notificado personalmente a los procesados y a sus defensores. A la audiencia concurrieron estos últimos, así como sus representados.

3º Que se "infringieron los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no se le notificó al defensor el auto de proceder, el auto que señaló término a los interesados para que manifestaran si tenían pruebas que pedir en el juicio, el auto en que se formularon los cuestionarios y el auto en que se señaló día y hora para la celebración del sorteo" de jueces de hecho.

Esta aseveración de los demandantes está desvirtuada por los datos del proceso. En el informativo aparece testimonio de la notificación personal del auto de proceder al defensor de los procesados recurrentes (f. 333 y 367), de la providencia que abrió el juicio a pruebas (f. 337) y de los proveídos en los que se señaló día y hora para el sorteo de jurados (f. 455 v y 456). En cuanto al auto en que, de acuerdo con el artículo 497 del Código de Procedimiento Penal, se formulaban los cuestionarios que han de someterse al jurado, es obvio que no se hubiera proferido en este negocio, pues el artículo 26 de la Ley 4ª de 1943 derogó aquel precepto.

No resulta, por tanto, demostrado este cargo.

4º El señor apoderado de Acevedo Corrales afirma que su mandante careció de toda defensa, pues su representante "omitió cumplir con su deber profesional".

A este respecto, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal observa lo que pasa a transcribirse:

"Al procesado Acevedo Corrales, por haber sido declarado reo ausente (f. 243 del Cd. principal), se le designó como defensor de oficio al doctor Antonio Duque Gómez (f. 245 id), quien tomó posesión del cargo y a quien se le notificó debidamente el auto de detención (f. 271 id), como también el auto que proveía el cierre de la investigación (f. 294 v., id).

"Capturado dicho procesado el 25 de marzo de 1959, es decir, un año largo después de ocurridos los acontecimientos que determinaron su huída (f. 309 id), fue proferido el llamamiento a juicio de los cuatro sindicados (fs. 318 a 332 id), el cual les fue notificado (f. 332 v) sin que los requeridos hicieran designación de defensor, por lo cual para todos cuatro, señalándoles por sus nombres, se les designó al doctor Hernando Lozano Palacio (f. 333 id), quien se posesionó debidamente y a quien se le notificó el auto de proceder (f. 333 v). Comoquiera que el doctor Lozano Palacio pidió que se le relevara del cargo por razón que se halló justificada, fue entonces designado 'en su reemplazo' el doctor Ricaurte López Serna (f. 335 id), quien tomó posesión 'del cargo de apoderado de los procesados en el presente negocio', según aparece al folio último citado, vuelto, ocurrido lo cual se le notificó el auto de proceder, indicándose los nombres de todos y cada uno de sus patrocinados. Concedida la apelación de dicho auto, la providencia respectiva se le notificó a todos y cada uno de los sindicados, precisándolos por sus nombres, y 'al defensor de éstos' (f. 336 id).

"Si así ocurrieron las cosas, no sería válido pensar que en materia de designación, posesión, notificaciones, etc., haya vaguedad o indeterminación alguna que induzca a confusión o error acerca de quién era el defensor y quiénes los defendidos, como lo sostiene el señor demandante.

"Rubén Castaño aparece nombrando apoderado especial al folio 345. Este se posesiona, pero al notificarse el auto de apertura a prueba del proceso, no se le notifica a su apoderado sino al doctor López Serna 'como defensor de los procesados' (f. 367 v).

"A continuación vienen las declaraciones de Luis Felipe López Naranjo, Alfonso Quintero Rodas, Maximiliano Bedoya Cardona, Angel María González González y Libardo Cárdenas Toro, sobre la buena conducta anterior de Artemo Acevedo Corrales. Al folio 398 comienza su indagatoria, en la cual le fue designado para que lo asistiera el doctor Adolfo Vélez Echeverri. Se observa que esta diligencia lleva fecha 27 de agosto de 1959, y allí se citan los declarantes atrás relacionados. Al folio 415 obra un exhorto

tendiente a que se practiquen unas pruebas pedidas por el citado Acevedo Corrales...".

"Al folio 446 *ibídem* obra el acta del careo efectuado entre los dos procesados Rafael Ojeda Tapia y José Artemo Acevedo Corrales, asistido aquél por el doctor Ricaurte López Serna y éste por el doctor Adolfo Vélez Echeverri; que ya le había en otras ocasiones señalado la Inspección Municipal donde se efectuaba el careo. Al folio 456 *ibídem* obra el sorteo general de jurados, al cual asistió el procesado Acevedo Corrales. Igual cosa aconteció al efectuar el sorteo parcial que obra al folio 352, diligencias para las cuales se citó al doctor López Serna como apoderado o defensor de 'todos los procesados', a quien también, como tal, se le notificó la providencia respectiva sobre elección de los jurados, sorteados en ambas diligencias. A partir del señalamiento de fechas para las audiencias (f. 460), los autos se le notificaron al doctor López Serna como defensor de tres de los procesados y al doctor Botero Ramírez, como defensor del procesado Castaño, de acuerdo con la designación hecha por éste, que atrás se dejó anotada. Pero antes de efectuarse tales actos públicos, el doctor López Serna (f. 463 id.) renunció al patrocinio de oficio que le había sido conferido a favor del procesado Ojeda Tapia 'por existir incompatibilidad para la defensa de los otros, de acuerdo con el estudio que verificó de las pruebas'. Esta renuncia le fue aceptada, por lo que fue nombrado el doctor César Montoya Ocampo como defensor de oficio del citado Ojeda Tapia, siguiendo el doctor López Serna como defensor de los procesados Márquez Acevedo y Acevedo Corrales (f. 464, íd.). Al verificarse las audiencias, el doctor López Serna, obrando como defensor de los dos procesados (primos hermanos entre sí), intervino a favor de ambos, por no ser sus intereses contradictorios ni opuestos (f. 474-78-80 del C. principal). Pronunciada la sentencia, entre los apelantes figura el procesado Acevedo Corrales (f. 493 íd.). Al folio 497 *ídem* obra un escrito dirigido al honorable Tribunal por el mismo procesado Acevedo Corrales. En el Tribunal se notificó debidamente a procesados y defensores el auto que disponía poner a disposición de unos y otros el proceso para que manifestaran si tenían pruebas que solicitar. El término lo dejaron pasar (f. 508 íd.), así como los términos de fijación en lista y citación para fallo, que se notificaron personalmente a los procesados y por estado a los defensores.

"Dictada la sentencia de segunda instancia, fue interpuesto por los procesados el recurso de casación, como ya se ha dejado expresado al principio de este concepto.

"Comprobadas todas las anteriores constancias procesales, se comprende que si es cierto que durante el proceso se cometieron algunas irregularidades, ellas no constituyen motivo suficiente como para reconocer que se configura una nulidad supralegal que afecte el derecho de alguno siquiera de los procesados.

"En los juicios en que corresponde al Jurado la determinación de la responsabilidad del incriminado, lo fundamental de la defensa radica en la intervención del defensor en la audiencia pública, complementada por aquella vigilancia o atención que a lo largo del proceso lleve a cabo el mismo abogado, a fin de evitar un descarrío en el procedimiento señalado en la ley.

"Pues bien: aquella intervención y esa vigilancia se han cumplido debidamente en el presente proceso, y el hecho de que no hubiera alegado ante el honorable Tribunal el defensor de Acevedo Corrales, como sí lo hizo éste, no sirve de base para considerar deficiente el ejercicio de la defensa, pues ésta, como lo demuestran las actas de la audiencia pública, se llevó a cabo con toda propiedad".

Comparte la Sala las anteriores consideraciones del señor Agente del Ministerio Público, de las cuales corresponde concluír que este cargo no resulta comprobado. En efecto, el recurrente Acevedo Corrales contó con la asistencia jurídica de un profesional de la abogacía durante el proceso.

Solamente cuando el sindicado carece, de manera absoluta, de las garantías que le brinda el derecho de defensa corresponde declarar la existencia de la nulidad constitucional a que alude el demandante.

B. *Causal tercera*: "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

En ambas demandas se formulan dos cargos, así:

1º Que el fallo está en desacuerdo con el auto de proceder, y,

2º Que la sentencia es discordante con el veredicto del Jurado.

El doctor Carlos E. Camacho dice lo siguiente:

"Habiendo suprimido el honorable Tribunal Superior la figura agravante de la alevosía desde el auto de proceder, y tampoco habiéndose pronunciado el Jurado en su veredicto, el honorable

Tribunal no podía incluírla dentro de la sentencia para elevar la pena al procesado recurrente, sin colocar el fallo en completo desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, que fue precisamente lo que ocurrió en el presente negocio.

"Habiendo computado el honorable Tribunal Superior la circunstancia en el auto de proceder, y como de ella no se habló en la sentencia, ni en los cuestionarios sometidos a la consideración del Tribunal Popular, existe manifiesto desacuerdo por este aspecto entre los cargos formulados al procesado en el auto de proceder y la sentencia recurrida. Además, para que hubiera sido operante este cargo y tuviera la virtualidad suficiente para elevar la pena, habría sido necesario formulárselo al procesado con todos sus elementos integrantes, o sea la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos".

Y el doctor David Melo Cifuentes expresa lo que pasa a transcribirse:

No "está la sentencia demandada en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, porque suprimida la calificante de la alevosía desde el auto de proceder, no podía ser imputada al procesado en la sentencia, como lo hizo el honorable Tribunal para agravar la pena al procesado. Deducida la premeditación en el auto de proceder, y si ella no se incluyó en los cuestionarios, tampoco se podía ignorar en el fallo condenatorio, tal como lo hizo el Tribunal Superior".

También afirma el doctor Camacho que el fallo impugnado está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, porque los jueces de hecho expresaron que Ojeda Tapia sí es responsable, con las circunstancias agravantes "de inferioridad e indefensión en que se encontraba el señor Quintero Echeverri en el momento en que fue víctima de la agresión, y en el propósito criminoso que indujo a los asesinos del mencionado señor Quintero, que fue la de preparar y consumar el delito de robo. Estas circunstancias modificadoras no fueron valoradas por el honorable Tribunal en la sentencia, sino que por el contrario, se les excluyó de dicho fallo y se tomaron en cuenta otras distintas, como fueron la asechanza y la alevosía, sobre las cuales no se había interrogado al Jurado en el cuestionario, ni este se pronunció sobre ellas".

Igualmente asevera el doctor Melo Cifuentes que en el veredicto de los jueces de hecho, relacionado con su mandante, el procesado Acevedo Corrales, se dice que éste sí es responsable dentro de las circunstancias calificantes de inferioridad e indefensión de la víctima y del móvil de "facilitar o consumar otro delito"; sin embargo, en la sentencia demandada, "no se habla de las condiciones de inferioridad e indefensión de la víctima, sino expresamente de la asechanza y la alevosía...".

A los anteriores cargos responde el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, así:

"...a los cuestionarios no puede atribuírseles una deficiencia o una falta de técnica en su elaboración, pues, por el contrario, con acertado criterio jurídico se eludió o sorteó en ellos la dificultad creada por las distinciones erradas hechas por el honorable Tribunal Superior al calificar, dando denominación o nombre a las circunstancias a que hace referencia el ordinal 5º del Artículo 363 del Código Penal, tomando, en su lugar, la determinación general que indica tal ordinal, 'circunstancias que pongan a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad', sin citar ninguna de esas modalidades o ninguno de los ejemplos que da dicha disposición o que ha señalado la doctrina y la jurisprudencia como pertinentes también.

"Y al fin de cuentas, el señor Juez del conocimiento obró de acuerdo con la expresión del honorable Tribunal, consistente en concluír que 'a todos los procesados se les carga..., además de las circunstancias tercera y quinta del artículo 363 del Código Penal' (fl. 365, cd. 1º).

"Igualmente, la disertación del señor Juez 3º Superior, al tratar en su fallo de la 'pena aplicable', no discrepa de lo anteriormente expresado por el honorable Tribunal, claro está que salvando los errores o confusiones de esta honorable entidad al decir lo siguiente:

'Se trata de un homicidio cometido bajo tres circunstancias que lo convierten en asesinato, por tanto la pena básica no puede ser la mínima señalada en el artículo 363 del Código Penal, fijándola el Juzgado en diez y siete años de presidio, pues dentro del expediente no existen constancias de mala conducta social y familiar de los sindicados, con anterioridad a la comisión del ilícito, y se trata de personas de baja ilustración; pero como existe un concurso material de infracciones, esta pena se aumentará en dos años más, quedando, en definitiva, en diez y nueve años de presidio...'.

"Y aunque la del honorable Tribunal, sobre el mismo punto... no merezca alabanza, porque en ella se patentiza nuevamente confusión o falta de claridad en lo referente a las circunstancias de que trata el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, no es posible llegar al extremo de considerar que tal disertación

atenta contra el sentido del veredicto, puesto que en éste es aceptado como existente un aprovechamiento de las 'condiciones de inferioridad e indefensión en que se hallaba la víctima', tal como se pregunta en el cuestionario, y dicha aceptación basta para deducir cualquiera de las modalidades de que habla el ordinal citado o a que se refieren los autores y los Magistrados pues ninguna de esas modalidades 'significa cosa distinta de la actitud de engaño y artificio que tome el agente del delito para poder consumarlo con la mayor seguridad obtenida de la ignorancia en que logre poner a la víctima respecto de tal engaño o sorpresa', según lo preceptúa el honorable Tribunal de Bogotá en providencia citada por Ortega Torres, en su mencionada obra, página 254.

"Se carece, por tanto, de base para reconocer que exista contraposición entre el veredicto y la sentencia".

Si se toma en cuenta que en el auto de proceder se alude a las circunstancias previstas en los ordinales 3º y 5º del artículo 363 del Código Penal, con la aclaración, introducida por el ad quem *de que "para todos los sindicados es computable la premeditación y en vez de alevosía, cometieron el homicidio con asechanza"; que en el veredicto se afirmó que los procesados recurrentes son responsables, "aprovechando condiciones de inferioridad e indefensión en que se hallaba la víctima, y para preparar, facilitar o consumar otro delito...", esto es, que cometieron el delito de homicidio y de él son responsables dentro de las circunstancias previstas en los ordinales 3º y 5º del artículo 363 del Código Penal, y que en el fallo impugnado se dice que los procesados cometieron el delito de homicidio para consumar el de robo (circunstancia 3ª del art. 363 del C. P.), y que, además, ocasionaron la muerte del señor Quintero Echeverri "con asechanza... y con alevosía..." (circunstancia 5ª del mismo art. 363 del C. P.), es obvio que ninguna contradicción existe entre el auto de proceder y la sentencia acusada, ni entre ésta y el veredicto del Jurado. En el pliego de cargos, en el veredicto de los jueces de hecho y en el fallo recurrido se alude a las circunstancias señaladas en los referidos ordinales 3º y 5º del artículo 363 del Código Penal, y con fundamento en ellas se indicó la pena a los responsables.*

En consecuencia, los cargos formulados con invocación de la causal tercera de casación no resultan demostrados.

C. *Causal primera*: "Cuando la sentencia sea violataria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Este motivo de casación es propuesto por los demandantes como subsidiario del previsto en el ordinal 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentarlo, los apoderados de los recurrentes insisten en que la alevosía fue descartada por el honorable Tribunal Superior de Manizales, al revisar el auto de proceder proferido por el Juzgado 3º Superior de la misma ciudad, y que en relación con la asechanza, no se interrogó al Jurado, ni este se pronunció sobre tal circunstancia agravadora del delito de homicidio.

Es evidente que este cargo carece de comprobación, pues, como observa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, *"si no media desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado, tampoco es dable decir ahora que se tuvieron en mientes, para aumentar la pena, circunstancias que no podían cargarse a la cuenta de los procesados, por inexistentes o por no haber sido reconocidas en el veredicto, que es la fuente inmediata y única de la sentencia, en los juicios en que el grado de responsabilidad del acusado es fijado por el Tribunal Popular"*.

De lo antes considerado se desprende que no corresponde invalidar la sentencia recurrida.

Asimismo, debe declararse desierto el recurso de casación interpuesto por los procesados Octavio Márquez Acevedo y Rubén Darío Castaño, pues dentro del término legal no presentaron las correspondientes demandas de casación, mediante abogado inscrito en la Corte (Art. 565 del C. de P. P.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, *desecha* el recurso de casación interpuesto por los procesados Rafael Ojeda Tapia y Artemo Acevedo Corrales contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de que se ha hecho mérito.

Igualmente declara *desierto* el recurso de casación interpuesto contra el mismo fallo por los procesados Castaño y Márquez Acevedo y los condena en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA. CAUSALES SEGUNDA Y PRIMERA DE CASACION.

Condiciones para que la venta ilegal hecha por el síndico-secuestre constituya delito. Responsabilidad penal y civil, atribuíble al síndico del concurso. Error valorativo de la prueba. No siempre el mandatario judicial, al disponer de la cosa mueble ajena, incurre en apropiación o uso indebido. Errada apreciación de los hechos que estructuran el delito de abuso de confianza.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

Vistos:

En este proceso, rituado conforme a lo dispuesto en el Decreto legislativo 0014 de 1955, el Juzgado Sexto Superior del Distrito Judicial de Bogotá puso término a la instancia mediante sentencia de 29 de agosto de 1961 absolviendo "a Walter de Freitas, Frida Jeremías Di Roca, Jean Stouvenel y Walter Maurer, de las condiciones civiles de autos, de los cargos que, como autor el primero y partícipes los otros, se les hicieron por el delito de abuso de confianza, motivo de estas diligencias".

Al revisar, por apelación, el Tribunal Superior del mismo Distrito el fallo de primer grado, decidió revocarlo en relación con el acusado Walter de Freitas, para en su lugar condenarlo "a sufrir la pena principal de dos años de prisión y multa de quinientos pesos ($ 500) en favor del Tesoro Nacional, como autor responsable del delito de abuso de confianza y otras defraudaciones consumado en contra de los intereses patrimoniales del concurso de acreedores de la 'Chivor Esmerald Mines Inc.', a partir del 28 de septiembre de 1957". Impuso, además las sanciones accesorias pertinentes y ordenó remitir "copia de la parte resolutiva de este fallo al Departamento Administrativo de Seguridad, Sección de Extranjeros", para los fines legales.

Contra la sentencia del *ad quem* fue interpuesto en oportunidad el recurso extraordinario de casación por el doctor Agustín Gómez Prada, en ejercicio del poder otorgado a éste por el procesado Walter de Freitas. Agotados los trámites del recurso la Corte procede a resolverlo de fondo.

Hechos:

De ellos hace el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal la siguiente síntesis:

"Por auto de fecha 27 de septiembre de 1957, notificado por anotación en Estado el primero de octubre de ese mismo año (fls. 28 a 30 del C. Nº 1) el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, a solicitud de varios acreedores de la 'Chivor Esmerald Company Inc.', separó de su cargo de síndico-secuestre del concurso de acreedores de la mencionada compañía al señor Walter de Freitas y designó en su reemplazo, en forma interina, al señor Willis Frederick Bronkie, quien tomó posesión del cargo para el cual fue designado en el mismo día en que la providencia se notificaba por Estado. Además, dispuso en la misma providencia, oficiar al Ministerio de Minas y Petróleos para que fueran retenidas 'las esmeraldas de propiedad del concurso' y entregadas al nuevo síndico-secuestre.

"En el mismo día en que la mencionada providencia se estaba notificando, el procesado compareció ante el Ministerio con el objeto de que se llevara a cabo la diligencia de peso y clasificación de la producción esmeraldífera de la mina confiada a su custodia y administración, la cual se practicó en la fecha indicada en pre-

sencia de los doctores Maximiliano Gaviria y Rafael A. Domínguez, representantes del Ministerio, de los señores Manuel Quintero y Custodio Valero —quienes actuaron como testigos del acto—, y del síndico-secuestre Walter Freitas.

"Después de realizada la diligencia antes mencionada (fls. 33 a 35 del C. 1), el procesado afirmando obrar como síndico-secuestre del concurso, celebró en las horas de la noche de ese mismo día 27 de septiembre, por la mitad de la producción esmeraldífera, un contrato de compraventa, con cláusula de retroventa, con el señor Walter Hugo Maurer; convenio que fue consignado por escrito al día siguiente, es decir, el 28 de septiembre de 1957, y cuyos derechos de timbre se cubrieron o pagaron el 7 de octubre del mismo año (ver fl. 40 c. 1 y 140 a 141 c. 3). La suma de $ 200.000 en la cual fue fijado el valor de las gemas, no fue entregada en la fecha indicada en el documento, ni en la indicada por el comprador, sino cancelada el 28 de enero del año siguiente (ver fotocopia del cheque serie X-A Nº 808514, girado el 24 de enero de igual año por Walter Maurer a favor de Walter de Freitas, por la suma de $ 210.824.20 (fl. 125 C. 3).

"Dando cumplimiento a la orden judicial contenida en el auto de fecha 27 de septiembre de 1957, el Secretario General del Ministerio, doctor Enrique Pardo Parra, envió al día siguiente una nota al procesado, rogándole presentara nuevamente la producción de esmeraldas de las minas de Chivor para 'practicar una nueva diligencia relacionada con el peso y clasificación'. Este requerimiento fue contestado dos días después por de Freitas, enviando a Jean Stouvenel con un maletín dentro del cual se hallaron, previa diligencia de apertura efectuada por el Juzgado 5º de Instrucción Criminal, piedras menudas de cuarzo, unos folletos en inglés y una tarjeta del procesado con indicación del cargo que ejercía.

"El 27 de octubre de 1957 el señor Walter Maurer dirigió un memorial al Juzgado 5º Civil del Circuito, manifestándole que ponía a su disposición la llave de la cajilla de seguridad que había tomado en arriendo al Banco de Colombia, Sucursal Mercantil, y dentro de la cual, afirmaba, se encontraban las esmeraldas adquiridas del procesado. Estas piedras preciosas fueron posteriormente entregadas, por orden judicial, al nuevo síndico-secuestre señor Willis Frederick Bronkie, negada que le fue, al presunto adquirente, la oposición interpuesta para impedir dicha entrega.

"Con posterioridad a todos estos hechos que se acaban de dejar relatados, el acusado fue llamado a rendir cuentas de su administración, pero como no se allanara a cumplir esta orden judicial, el Juzgado 5º Civil del Circuito por auto de fecha 16 de diciembre de 1959, dictado a instancias de parte interesada, lo conminó con multa de $ 10.00 cada día de demora en rendirlas. Esta providencia fue repuesta en el sentido de elevar el monto de la multa a $ 30.00 diarios, mediante auto de 30 de abril de 1960, el cual fue confirmado por el superior por proveído de fecha 26 de agosto del mismo año (fls. 165 a 168 C. 3). No obstante las órdenes judiciales y los apremios económicos impuestos por el Juez del concurso, el procesado se ha negado obstinadamente a rendir cuentas de su administración, so pretexto de que no ha sido definida su remoción como síndico-secuestre del concurso (fl. 104 a 105 vto. C. 13)".

La demanda.

Está consignada en el extenso escrito que obra de folios 8 a 53 del cuaderno de la Corte y, no sobra advertirlo, se ajusta a los requisitos que la técnica del recurso de casación impone.

Dada la particular importacia que el caso *sub judice* reviste y la complejidad de los problemas jurídicos que se plantean por el impugnador, la Corte en este fallo hará la más completa reseña de los cargos contra la sentencia y de la respuesta dada a la demanda por el señor representante del Ministerio Público, quien estima no debe prosperar el recurso de casación.

La demanda se contrae a dos motivos de ilegalidad del fallo acusado, como son los previstos en las causales *segunda* y *primera* del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por haber incurrido el sentenciador en *error de hecho* en la apreciación de los elementos probatorios del proceso, y, consecuentemente, en *error de derecho.*

Causal segunda. En concepto del señor apoderado, el *ad quem,* "por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia les atribuyó un valor probatorio que no tienen a los que dejaré debidamente señalados, a otros hechos que indicaré se les negó el valor que sí tienen, y no se tuvieron en cuenta otros hechos que presentaré, a pesar de estar acreditados en el proceso", por todo lo cual el Tribunal incurrió en dos fallas esenciales:

"Dio por acreditados plenamente el cuerpo del delito de abuso de confianza y la responsabilidad del señor Walter Freitas, por el mismo delito; y

"Analizó erróneamente las pruebas, o no tuvo en cuenta las pruebas que demuestran en forma

patente y deslumbradora que no existe el delito imputado de abuso de confianza y que el señor de Freitas no es por tanto, responsable en forma alguna de dicha infracción".

El primer planteamiento relativo a la errada apreciación de las pruebas sobre el cuerpo del delito y la responsabilidad, le merece al demandante, para la demostración del cargo, un prolijo análisis de los elementos de juicio tenidos en cuenta por el Tribunal Superior, precedido de la enunciación esquemática de los hechos que se dieron por establecidos y que sustentaron la condenación de su poderdante. Ellos son:

"a) El señor Walter de Freitas fue removido del cargo de síndico del concurso de acreedores el 27 de septiembre de 1957;

"b) El Juzgado le ordenó el mismo día al Ministerio de Minas retener las esmeraldas;

"c) El Secretario del Ministerio le ordenó al señor de Freitas devolver las esmeraldas, y el señor de Freitas no obedeció la orden;

"d) El señor de Freitas hizo una farsa y fraude al remitir al Ministerio de Minas un maletín con unas piedras, mientras ganaba tiempo para vender las esmeraldas al señor Walter Maure;

"e) El señor Walter de Freitas le vendió las esmeraldas al señor Walter Maure, por doscientos mil pesos, sin tener atribución legal para ello;

"f) El señor de Freitas hizo uso indebido de los bienes del concurso, por haberse negado a entregárselas al síndico sucesor y por haberlas vendido; y

"g) Finalmente, el señor de Freitas se ha negado a rendir cuentas de su administración".

En esta forma compendia la demanda los considerandos del fallo recurrido que son la síntesis y evaluación jurídica del caudal probatorio, de acuerdo con el criterio del Tribunal, para luego en forma ordenada y sistemática hacer la crítica de los elementos de juicio y concluír que hubo errada apreciación de los hechos.

En este examen probatorio el señor apoderado, siguiendo fielmente las consideraciones de la sentencia, hace estos razonamientos:

1º Que no constituye cargo alguno contra el acusado su remoción como síndico-secuestre de los bienes de la Chivor Esmerald Mines Inc., producida por la resolución judicial del 27 de septiembre de 1957, para en su lugar designar un interino, pues dicha medida simplemente se tomó "en uso de la atribución del artículo 25 del Decreto 750 de 1940. en armonía con los artículos 1084 a 1094 del Código Judicial", a solicitud del 80% de los acreedores, "por mera conveniencia, 'libremente', o sea, por apreciación que depende de su criterio y que puede ser completamente errada".

Agrega el demandante:

"Pero, para lo que aquí interesa, lo esencial es hacer notar que el señor Walter de Freitas no había sido notificado de su remoción, pues el auto fue 'notificado por anotación en el Estado de esta misma fecha'. *Y esa fecha es la de* 1º *de octubre de* 1957. (f. 29 del C. 1º). (Las subrayadas son del texto).

"Lo mismo se certifica al folio 21 vuelto del cuaderno 1º:

"Que el auto se dicto el 27 de septiembre, pero que no se notificó sino *'por anotación en Estados el día* 1º *de los corrientes'* (octubre); que 'contra el auto mencionado aparece interpuesto en tiempo un recurso de apelación'; y que el síndico nuevo, Bronkie, 'tomó posesión de su cargo el día 1º de los corrientes' (f. 21 v. del C. 1º).

"De manera que, cuando de Freitas vendió las esmeraldas, *antes del* 1º *de octubre de* 1957, era síndico-secuestre, pues *'ninguna resolución judicial produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes'*, dice el artículo 327 del Código Judicial".

2º Respecto del hecho de que por el Juez del concurso "se ordenó al Ministerio de Minas y Petróleos que retuviera las esmeraldas que Walter de Freitas había presentado para su peso y clasificación, con el fin de que, previo inventario de ellas, le fueran entregadas al nuevo síndico-secuestre", estima el impugnador que tampoco entraña "cargo doloso" para el acusado, como lo pretende el Tribunal, porque no le fue notificado el auto a su mandante, ni de esa orden tuvo conocimiento; porque ella fue comunicada "al Ministerio de Minas y Petróleos, para que la hiciera cumplir", y porque "cuando la nota llegó al Ministerio de Minas y Petróleos, ya se había llevado a término la diligencia de 'clasificación y peso' y las piedras habían sido devueltas al señor de Freitas, quien desempeñaba en ese entonces, legalmente, el cargo de síndico".

El señor apoderado cita aquí para reforzar su aserto, la parte final del "acta de la diligencia de verificación de peso y avalúo de un lote de esmeraldas en bruto, chispas y canutillos, procedentes de las minas de 'Chivor' ", según la cual, "una vez repesadas y clasificadas las esmeraldas como se indica anteriormente le fue-

ron entregadas de nuevo al síndico-secuestre señor de Freitas quien las recibió a su satisfacción..." (fls. 34 y 35. Cuad. 1º). El acta lleva fecha de 27 de septiembre de 1957.

3º En cuanto al hecho reseñado en el aparte c) de la demanda, tenido en cuenta por el sentenciador como prueba de cargo, consistente en que el acusado desobedeció la orden del Secretario del Ministerio de devolver las esmeraldas, observa el señor apoderado, con toda razón, que "el Tribunal reconoce que las esmeraldas ya le habían sido devueltas a de Freitas 'el día anterior' ", mientras el auto del Juzgado Civil "supone que las esmeraldas están todavía en el Ministerio 'para su clasificación y peso' ".

Anota igualmente que el oficio del Ministerio, fuera de carecer de número y de sello de la entidad remitente, es torpe por su contenido, pues en vez de referirse a la orden judicial, dice que se trata "de practicar una nueva diligencia relacionada con el peso y clasificación de la producción de esmeraldas", para la cual se le pide al procesado "se sirva presentarlas nuevamente en este Ministerio el próximo lunes a las nueve de la mañana".

Dice el demandante que la "nota no podía, es más, no debía ser obedecida, por la estupidez de su contenido". Y agrega:

"La razón principal es la de que el Secretario del Ministerio no le dice al señor de Freitas que el Juzgado le ha ordenado devolver las esmeraldas para que *'le sean entregadas al nuevo secuestre-síndico señor Frederick Bronkie'*. Sino que le dice que la devolución tiene por objeto *'practicar una nueva diligencia relacionada con el peso y clasificación de la producción de las minas de Chivor'. El señor de Freitas no desobedeció una orden del Juez,* porque eso no se le indica en el oficio, sino que desobedeció una orden del Secretario del Ministerio, lo que es muy distinto" (subraya el demandante).

"Pero si la diligencia se había practicado y 'una vez repesadas y clasificadas las esmeraldas como se indica anteriormente le fueron entregadas de nuevo al síndico-secuestre señor de Freitas, quien las recibió a su satisfacción' (f. 34 y 35 del C. 1º), como dice el Acta, ¿para qué las iban a pesar y clasificar de nuevo?".

En este punto la demanda cita las explicaciones dadas por el procesado en su indagatoria (fl. 16 del C. 1º) y en el memorial dirigido al señor Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos, fechado el 28 de septiembre de 1957 y visible a folios 19 y 20 del mismo cuaderno. Hace, de igual modo, referencia a las declaraciones del funcionario aludido y a las de Rafael Antonio Domínguez y Manuel Antonio Quintero, todas las cuales se contraen a la diligencia de "repeso de la producción", llevada a cabo a petición del propio de Freitas. De estas pruebas deduce el señor apoderado:

"Pero volviendo al punto de la afirmación del Tribunal, de haber desobedecido Walter de Freitas la orden del Juzgado, de entregar las esmeraldas al síndico sucesor señor Bronkie, es forzoso concluír que resulta absolutamente inexacta.

"Si el Tribunal considera que es este un indicio de responsabilidad, hay que decir que no aparece demostrado en forma alguna".

4º Otro hecho estimado por el *ad quem* como indicativo de la responsabilidad e incluso de la preparación ponderada del delito, es el de haber empleado de Freitas "medios fraudulentos para asegurar y hacer más efectiva la consumación de su delito, como enviar a su subalterno Jean Stouvenel con un maletín con piedras comunes y corrientes al Ministerio de Minas y Petróleos para engañar a los funcionarios con la creencia de que contenía las esmeraldas reclamadas, colocándolos en situación desairada de adoptar extremas medidas de seguridad para protegerlas", según la motivación del fallo recurrido.

Para el señor apoderado ese hecho no es más que "el incidente cómico del proceso", y en su opinión carece de "fuerza probatoria en contra del señor de Freitas". No obstante, se ocupa detenidamente en combatirlo, teniendo en cuenta las declaraciones del doctor Pardo Parra, Domínguez Angarita y Jean Stouvenel, lo mismo que la indagatoria del acusado.

En orden a demeritar el valor probatorio atribuído al hecho, el demandante enuncia estos razonamientos, en los cuales funda el aserto de que en ningún caso hubo "malicia o fraude" de parte de su representado:

"Primero, porque ya estaba hecha la diligencia de peso y clasificación de las esmeraldas y las piedras devueltas al síndico, como está probado plenamente.

"Segundo, porque el oficio no decía que se volvieran las esmeraldas para entregárselas a otro síndico, sino para repesarlas, como ya se dijo, y también está probado plenamente.

"Tercero, porque nunca antes había ocurrido que la diligencia de peso y clasificación se repitiera ni es lógico que tal cosa ocurriera.

"Cuarto, porque a nadie se le ocurre que unas esmeraldas se lleven y se traigan en un maletín con agujeros, como está demostrado, cual si se

tratara de artículos de consumo para el hogar, unos kilos de patatas, por ejemplo, sino de piedras preciosas que en su mitad valieron $ 200.000, o sea cuyo valor total se acercaba al medio millón de pesos.

"Quinto, porque el afirmar que de Freitas apenas quiso ganar tiempo para poder vender las esmeraldas, es una suposición maliciosa del Tribunal, sin fundamento lógico ni jurídico, porque para ello es preciso demostrar que no podía realizar esa venta, y ya se verá en el aparte siguiente que podía realizarla.

"Sexto, porque no se concibe que de Freitas estuviera obligado a devolver unas gemas de cuya existencia quedaba constancia oficial en el Ministerio, por haberlas llevado él mismo para su clasificación.

"Séptimo, porque las esmeraldas están en cajillas de seguridad de la Caja Colombiana de Ahorros y del Banco de Colombia, a la orden del concurso de acreedores.

"Octavo, porque en los libros de registro de la mina (sic), fueron llevados al Ministerio para la misma constancia de la existencia de las piedras preciosas, por el propio señor de Freitas.

"Noveno, en fin, porque puede hasta hablarse de un desobedecimiento al Secretario de Minas, pero en jamás de los jamases de una apropiación, ni siquiera de un uso indebido, como se demostrará más adelante. 'La negativa y el retardo a restituír —dice Ernesto J. Ure— son, por sí solos, insuficientes para dar vida al delito... Cuando la negativa se funda en motivos legítimos de justificación, no puede hablarse de defraudación. Y, más aún, no toda negativa, aún ilícita, es imputable para el derecho penal' (temas y casos de derecho penal, página 164)".

5º Uno de los aspectos más importantes de la impugnación y, consecuentemente de las bases probatorias y jurídicas del fallo, porque hace relación a la estructura legal del ilícito imputado, es la venta de las esmeraldas, por doscientos mil pesos al señor Walter Maure, operación ésta que, para el Tribunal, hizo el procesado "sin tener atribución legal para ello'.

Al ocuparse el demandante de la interpretación del *ad quem* sobre las facultades y deberes del síndico-secuestre, los mismos que la ley asigna a los curadores de bienes, previa reseña de las pruebas sobre el contrato de compraventa en el caso *sub judice,* refuta las tesis del fallo en esta forma:

"Respecto de la *'ostensible y notoria renuencia a la orden judicial'* de devolver las esmeraldas al nuevo síndico del concurso debe decirse que lo que es *ostensible y notorio* es el error inexplicable en que incurre el Tribunal de afirmar que de Freitas desobedeció la *'orden judicial',* como ya se demostró ampliamente. De Freitas no recibió ninguna orden judicial, sino una orden torpe del Secretario del Ministerio, que no podía ni debía ser obedecida. Sería redundante y necio volver sobre la cuestión.

"En cuanto al punto de que de Freitas *'vendió bienes del concurso sin previa autorización judicial y con las formalidades de la subasta',* lo cual demuestra que *'se apropió de bienes del concurso de acreedores* que tenía a su cuidado como síndico-secuestre', deben estudiarse estos puntos:

"a) No se necesitaba previa autorización judicial y las formalidades de la subasta para la venta de las esmeraldas.

"b) La interpretación que en el proceso se le da a las facultades del síndico-secuestre.

"c) Las pruebas que demuestran que el señor de Freitas no 'se apropió de bienes del concurso' ".

El primer punto, referido a las atribuciones legales del síndico, le merece al señor apoderado el siguiente desarrollo:

"Es cierto que según el ordinal 10 del artículo 1085 del Código Judicial, debe nombrarse un síndico, 'que tiene las facultades y deberes de los curadores de bienes', como dice el Tribunal. Está sujeto, dice Latorre, 'a la reglamentación que para la curaduría de bienes traen los artículos 575 y siguientes del Código Civil' (Luis Felipe Latorre, Procedimiento Civil colombiano, trámite de los juicios página 228)".

"Pero la cita del artículo 483 del Código Civil es impertinente, porque se refiere a la venta de bienes raíces del pupilo o de muebles preciosos o de valor de afección, de los cuales aquí no se trata.

"Como es igualmente impertinente la cita del ordinal 3º del artículo 1086 del Código Judicial, que le ordena al síndico 'pedir al juez de la causa... el remate de bienes'. Claro está que el síndico debe pedir, como representante del concursado, el remate final de bienes para cubrir el pasivo que afecte la masa del concurso, y tal vez cuando se trate de la venta de bienes raíces en todo caso.

"Pero aquí se trata de la venta de bienes que requiere la marcha ordinaria de un establecimiento minero, de unas minas, que requieren inversiones sucesivas y constantes de dineros y, en consecuencia, ventas de productos para sa-

tisfacer todos los gastos corrientes que requiera la administración. Y entonces hay otros preceptos que regulan la materia.

"Así, por ejemplo, el artículo 576 del Código Civil prohibe a los curadores alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos y enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles, 'a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o que el pago de las deudas lo requiera'.

"Es claro que aunque la ley habla del giro de los negocios del ausente, puede aplicarse la facultad a una administración de minas, que tienen un giro ordinario de negocios de tracto sucesivo, y al pago de las deudas, que desde luego las requiere la administración o explotación de unas minas.

"Y no hay necesidad de pedir licencia judicial, según el artículo 577 del mismo Código, porque ello sólo se necesita 'para los actos prohibidos en ellos', o sea, en los artículos precedentes, y ya se ve que no está prohibida la enajenación de bienes muebles para pagar deudas o para cubrir gastos que requiere el giro ordinario de los negocios.

"Más atinado estuvo el Juez de primera instancia, al citar el Código Judicial, en el artículo 287, que ordena al secuestre de una fábrica 'o un establecimiento industrial o agrícola', cumplir todos los deberes de un mandatario remunerado, y en especial los siguientes: 'no interrumpir las labores, cuidar de la conservación de todas las existencias; impedir todo desorden; llevar cuenta exacta de todos los ingresos y egresos, y colocar el producto líquido en un establecimiento de crédito autorizado'.

"Y éste y los preceptos sobre mandato y secuestro del Código Sustantivo dan a entender que los productos de un establecimiento minero pueden venderse sin sujeción a las formalidades de la subasta pública, imposible por la naturaleza misma de las cosas, pero ni siquiera a la previa licencia judicial.

"Y es que hay que anotar, como lo anotó acertadamente el apoderado del sindicado en las instancias, que 'a de Freitas no se le dieron esmeraldas para guardar como esmeraldas (cuerpo cierto), sino una mina de esmeraldas para administrar, por lo cual debía, como lo hizo siempre, explotar la mina, sacar gemas, piedras, venderlas en el mercado, pagar los gastos generales de la sindicatura y los específicos de la explotación minera, llevar las cuentas debidamente y acreditar a la masa del concurso la utilidad líquida obtenida de tal balance...' ".

El segundo punto del enunciado, atinente a la "interpretación que en el proceso le han dado los interesados a las facultades del síndico-secuestre", el señor apoderado destaca lo dicho por el acusado de haber vendido el lote de esmeraldas "en calidad de síndico, ejerciendo así un acto de administración"; lo declarado por Manuel Antonio Quintero (fls. 38) y Rafael Antonio Domínguez Angarita, en cuanto a los trámites para el comercio de esmeraldas, y lo expuesto por el comprador Maurer a folios 40 y 129 del cuaderno 1º, sobre el mismo tópico.

Para terminar este aspecto, la demanda expresa:

"Pero la mejor prueba de la interpretación de las facultades del síndico, es el contrato mismo, ya citado, cuando expresa: 'por cuanto las esmeraldas objeto del presente contrato requieren guía del Banco de la República, previo diligenciamiento (de peso y clasificación en el Ministerio de Minas), que ya se cumplió el día 27 de los que cursan, conforme lo disponen las normas contenidas en el Decreto ejecutivo número 1986 del año de 1947 y solamente faltó la expedición de la guía del Banco de la República, Maurer se obliga a no efectuar negociaciones algunas con terceros acerca de las esmeraldas tantas veces indicadas mientras tanto el Banco de la República no expida la guía correspondiente, la cual de Freitas se compromete a obtener y a transpasar a Maurer' (f. 140 y 131 del c. 3º).

"La interpretación que hicieron personas tan destacadas en el proceso como el señor Domínguez Angarita y el contratista de esmeraldas Manuel Antonio Quintero, la interpretación de los contratantes de Maurer y de Freitas, la interpretación que se hizo constar en el contrato mismo, son clave segura para interpretar las facultades del síndico-secuestre. En todo caso, son prueba fehaciente y plena de su buena fe, de la ausencia de dolo en la venta de las esmeraldas que hizo el acusado de Freitas".

El tercer punto dice relación a las pruebas demostrativas de que el acusado no "se apropió de bienes del concurso", y sobre el particular expresa la demanda a manera de compendio:

"1º *El contrato mismo de compraventa,* ya transcrito dos veces en lo esencial, en el cual interviene de Freitas como 'síndico-secuestre de la mina de Chivor de la 'Chivor Esmerald Mine Inc.' que en adelante se llamará el vendedor'; que el lote de esmeraldas fue 'debidamente legalizado por el Ministerio de Minas', o sea pesado y clasificado; que de acuerdo con el Decreto 1986 de 1947, se requiere obtener la guía del

Banco de la República y por ello se estatuye la retroventa.

"¿Cómo puede deducirse la intención de apropiarse de unas piedras que se venden 'como síndico-secuestre' de un concurso contra una compañía explotadora de minas?

"2º *Las declaraciones de de Freitas,* ya transcritas, dejan en meridiana claridad su buena fe al celebrar el contrato:

"...'El dinero lo guardé en efectivo como activo del concurso de Chivor'. Y le muestra al Juez los libros de contabilidad registrados y la partida como perteneciente al concurso. 'Desempeño el cargo de síndico de tales minas' (f. 13 v. del c. 1º).

"Las esmeraldas 'pertenecen a la mina y las vendí en calidad de síndico, ejerciendo así un acto de administración' (las esmeraldas 'están bajo custodia y seguras están *porque no son mías'* (f. 16 y ss. del c. 1º).

"...'Yo podía proceder a negociar... he negociado provisionalmente... las esmeraldas las tengo para vender... pero estoy dispuesto a rendir mis cuentas al Juzgado Civil... He entregado parte de las (esmeraldas) negociadas pero con la condición de que no puede disponer de ellas hasta tanto no tenga la guía del Banco de la República' (fls. 13 y ss. del c. 1º).

"Sus funciones eran 'financiar, atender los gastos, *ventas,* empleados, pago de empleados, alimentación, todas las gestiones con el Gobierno, dinamita...'. Tiene que rendir cuentas 'cuando pide el Juez, según la ley' (f. 133 v. del c. 1º).

"No tiene en su poder esmeraldas, 'dinero sí, que entregaré con mis cuentas cuando me las pidan el Juez Quinto o el Tribunal' (f. 134 de c. 1º).

"...'La suma de doscientos mil pesos... se anotó en los libros de contabilidad del concurso de acreedores de mi sindicatura, registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo la serie número 45373, de fecha de enero de 1955, en el libro mayor y balances, folio 13, *aparece la entrada de los doscientos mil pesos.* En el folio 15 del mismo libro aparece el saldo de mis operaciones de mi manejo como síndico, con fecha de febrero del presente año... *El dinero lo guardé como efectivo del concurso de la mina de Chivor... El saldo actual consta en los respectivos libros de contabilidad, a mi cargo y lo tengo en mi poder'* (f. 163 del c. 3º). (Las surayas son del texto).

"3º *La existencia de las piedras en cajillas de seguridad.*

"Se practicó una diligencia de inspección ocular en una cajilla de seguridad de la Caja Colombiana de Ahorros con todas las formalidades legales, y se verificó que 'las esmeraldas revisadas en esta diligencia correspondían a las mismas clasificadas en el Ministerio y la mitad de las presentadas por el señor Walter de Freitas para su legalización'. La llave de la cajilla la depositó espontáneamente el señor Maurer en manos del Juez del concurso, como se hace constar en la diligencia (f. 50 del c. 1º).

Se practicó otra diligencia de inspección ocular y se verificó que las esmeraldas que estaban en una cajilla de seguridad del Banco de Colombia, Sucursal Mercantil, 'eran las mismas llevadas por el señor Walter de Freitas para su clasificación y peso al Ministerio de Minas y depositadas allí por el señor Walter Maurer' (f. 53 del c. 1º).

"Y 4º *La partida de los libros de contabilidad.* De Freitas lleva los libros de contabilidad del concurso al Juzgado, y el Juez, con sus propios ojos, verifica la existencia de la partida, constatada en su declaración por el contabilista, de las minas de Chivor. Se repite la transcripción.

"...'Caja: Valor un lote de esmeraldas vendidas al señor Walter Maurer según contrato de venta cuya cláusula de retroventa venció el 31 de diciembre de 1957. A ventas $ 200.000. (Lo anterior lo constató el suscrito Juez)' (fls. 164 y v. del c. 2º)".

Como consideraciones jurídicas sobre los elementos probatorios enumerados por el impugnador y, en su opinión, demostrativos de que el acusado no "se apropió de bienes del concurso", hace las siguientes:

"Esta prueba, por sí sola, destruye en forma cabal, plena, absoluta, total, completa, cualquier razonamiento que pudiera hacerse sobre el ánimo de apropiarse, de tomar para sí las piedras vendidas, porque si la partida figura en los libros de contabilidad del concurso, debidamente registrados, de Freitas no vendió para robarse los dineros, no vendió unas esmeraldas como propias, sino como ajenas, no las tomó para sí, no hubo *ánimus rem sibi habendi,* elemento esencial del abuso de confianza.

"Para que la negativa o el retardo de restituír las cosas muebles entregadas a una persona por título no traslaticio de dominio constituyan defraudación, o abuso de confianza, 'es necesario que aparezca acompañada o determinada por el propósito definido, indudable, de apropiación en el agente, propósito este que debe resultar de hechos materiales, objetivos, concretos, que re-

velen *el ánimus rem sibi habendi,* del sujeto activo, que traduzca la finalidad dolosa de convertir la cosa en su provecho o en el de terceros, considerándola como propia y disponiendo de ella como dueño y no como simple tenedor, como lo es el depositario. Y esta intervención del título es el momento característico del delito, que no existirá hasta tanto aquella no se produzca'. (Ernesto J. Ure, temas y casos de derecho penal, página 164)".

6º Bajo el ordinal f) de los hechos expuestos por el demandante para sustentar la causal segunda de casación, se refiere a la concreta afirmación contenida en la sentencia de que el acusado "hizo uso indebido de los bienes del concurso, por haberse negado a entregárselas al síndico sucesor y por haberlas vendido". Según la impugnación este cargo es contradictorio, "porque la apropiación excluye el uso indebido y el uso indebido excluye la apropiación. Es una contradicción u oposición subalterna de los conceptos, porque el mayor envuelve el menor: la apropiación consiste en hacerse dueño de una cosa, en tomarla para sí como dueño, lo que implica que la usará también como dueño; el uso indebido consiste en emplear una cosa ajena, pero no como dueño, sino reconociendo el dominio ajeno dándole un objeto o finalidad a que no está destinada por su dueño".

7º Por último, el demandante examina el hecho de haberse negado de Freitas a rendir cuentas de su administración. El señor apoderado recalca que aquél, "no una sino muchas veces" ha dicho "que está dispuesto a rendir cuentas de su administración". Cita varias de sus afirmaciones al respecto y destaca la explicación dada por el procesado para negarse a rendir cuentas:

"Es cierto que no he rendido cuentas, porque no ha sido definida mi remoción como síndico, cosa que ha estado en debate ante la justicia ordinaria, habiéndose producido el 22 de febrero de este año (1961) el último auto del Tribunal al respecto, en el cual se niega dicha remoción y me ratifican como síndico del concurso. Por lo que tengo conocido, la parte resolutiva del mencionada auto dice así:

"...'Niégase, por improcedente, la solicitud de remoción del señor Walter de Freitas del cargo de síndico del presente concurso de acreedores formulados en el escrito que encabeza este cuaderno, y ordénase restituír las cosas al estado anterior (esta transcripción se toma de un escrito presentado por el sindicado)".

"Por esta razón no he entregado cuentas al Juzgado ni cerrado los libros' (f. 163 del c. 2º)".

El segundo planteamiento del señor apoderado, con fundamento en el error de apreciación de la prueba, se contrae a la demostración de que el sentenciador no estimó debidamente o no tuvo en cuenta aquellos elementos de juicio que establecen "en forma patente y deslumbradora que no existe el delito imputado de abuso de confianza y que el señor de Freitas no es, por tanto, responsable en forma alguna de dicha infracción".

El cargo contra el fallo, por este aspecto, lo resume así:

"No sobra anotar que el Tribunal no tuvo en cuenta ninguno de los indicios favorables a la inexistencia del delito y a la inocencia absoluta del acusado, siendo así que las pruebas han de formar parte del proceso, como se deduce de los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal: a) que el señor de Freitas obró como síndico; b) que no había sido notificado ni sabía de su remoción; c) que se posesionó el síndico sustituto antes de la notificación del auto de remoción; d) que el contrato lo celebró como síndico del concurso de acreedores, como consta en el documento; e) que las esmeraldas están en cajillas de seguridad y que el comprador entregó la llave y el contratista también entregó las llaves a las autoridades; f) que la diligencia de 'legalización' o de peso y clasificación de las esmeraldas ya se había hecho; g) que las piedras se le habían devuelto al señor de Freitas; h) que el señor de Freitas hizo múltiples manifestaciones, que constan en sus indagatorias, de saber que las esmeraldas no son de su propiedad, su voluntad de entregar los dineros del saldo al concurso, rendir cuentas comprobadas; i) que él mismo llevó los libros de contabilidad al Juzgado, debidamente registrados y se los mostró al Juez; j) que en los libros aparece sentada la partida de entrada de dinero para el concurso; k) que el señor de Freitas es ahora síndico del concurso, puesto que en el auto que se transcribe consta que el Tribunal volvió las cosas a su estado anterior, o sea, que el síndico no ha sido nunca legalmente removido, etcétera.

"Es forzoso llegar, pues, a la conclusión de que el Tribunal incurrió en errores de hecho manifiestos en la apreciación de los hechos atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen a los que demuestran el cuerpo del delito y la responsabilidad y no tuvo en cuenta, se repite, los que acreditan la inexistencia del delito y la absoluta inocencia del acusado".

Causal primera. Se invoca como consecuente de la segunda, entendiendo que el Tribunal al

aplicar el artículo 412 del Código Penal, en armonía con el 413 y 414 *ibídem,* quebrantó la ley sustantiva, pues no habiendo prueba de la infracción ni de la responsabilidad tales disposiciones no eran pertinentes.

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, tras un prolijo examen de los hechos que dieron origen al proceso, lo mismo que de los fundamentos de la demanda, se opone a la casación del fallo recurrido, por estimar que las causales propuestas no fueron demostradas por el impugnador.

En concepto del señor Procurador Delegado, Walter de Freitas, en su calidad de síndico-secuestre, enajenó un lote de esmeraldas, negocio por el cual recibió de parte del comprador la suma de $ 200.000. Según expresa el distinguido colaborador "hasta la fecha el procesado no ha rendido cuentas sobre su gestión administrativa, a pesar de haber sido apremiado con multas sucesivas, de $ 10.00 y $ 30.00 por el Juez del concurso. Estos hechos son en el entender de este despacho, las bases principales sobre las cuales el juzgador de segunda instancia construyó la sentencia mediante la cual condenó a Walter de Freitas como responsable del delito de 'abuso de confianza'. Mas es obvio que para llegar a tal decisión, se hace imprescindible hacer un análisis minucioso y preciso de los deberes y obligaciones que competían al síndico-secuestre en el legal ejercicio de su cargo".

Como al decir del señor Representante del Ministerio Público este "punto es neurálgico para dilucidar el acierto y desacierto, el error o la certidumbre con que obró el *ad quem* al apreciar o interpretar las pruebas y los hechos en que estas se fundaron", la respuesta a la demanda se dedica en lo principal al estudio jurídico de los deberes del síndico y a la obligación de éste de rendir cuentas comprobadas de su gestión administrativa, todo ello en orden a demostrar la ilicitud penal de la conducta del acusado.

En relación con estos tópicos se expresa así la Procuraduría Delegada:

"De los deberes del síndico del concurso.

"De conformidad con el numeral 10 del artículo 1085 del Código Judicial el síndico del concurso '...tiene las facultades y deberes de los curadores de bienes'. En tal virtud está sujeto *en la administración* (subrayamos) 'a todas las trabas de los tutores o curadores y además se le prohibe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados' (art. 575 del C. C. Libro I, Título de la Curaduría de Bienes). Entre las trabas previstas por el Código Civil. Libro I, título 24 relativo a la administración de los tutores y curadores con respecto a los bienes, están, además de otras, las estatuídas en los artículos 483 y 484, inciso primero, que a la letra dicen: 'Artículo 483. No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez o prefecto autorizar esos actos sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta'. 'Artículo 484. La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo, enumerados en los artículos anteriores, se hará en pública subasta'.

"Obsérvese el celo puesto por el legislador para preservar el patrimonio de los incapaces de un eventual asalto a sus bienes, pues no basta la simple petición de autorización judicial para proceder a la venta en pública almoneda, sino que es necesario que el funcionario que la autoriza, previamente se imponga de la utilidad o necesidad manifiesta por la cual se solicita. El desobedecimiento a estas formalidades por parte de quien está legalmente constreñido a cumplirlas, bien puede constituír, y en efecto constituyen un grave indicio en su contra. Así justamente lo estimó el *ad quem,* ya que de autos aparece que el procesado, sin que mediara decreto judicial ni pública subasta, enajenó a Walter Maurer muebles preciosos del concurso representados en un lote de esmeraldas en bruto; 'varias piedras canutillos, chispas, moralla especial y moralla de esmeralda', cláusula 1ª del contrato de compraventa. (Fl. 140 vto. c. Nº 3).

"Es apenas natural y obvio que para que la venta realizada por el síndico del concurso pueda ser tomada como prueba indiciaria por el hecho de no haber sido ejecutada con el lleno cabal de las formalidades antes mencionadas, deba partirse de la base de la existencia legal de facultades enajenativas en él, pues de no existir éstas, el elemento apropiación, característico del delito de 'abuso de confianza', estaría plenamente acreditado con el solo hecho de la venta, es decir, resultaría *re ipsu* del acto mismo. Por tanto esta procuraduría considera que de confor-

midad con lo establecido en el artículo 567 del Código Civil, el síndico del concurso estaba autorizado para hacer las ventas del producto de la mina, ya que ellas pertenecen al giro ordinario de los negocios que le competían dirigir y administrar. Para mayor ilustración reproducimos el artículo citado: 'Se le prohibe especialmente alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos y enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles, *a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o que el pago de las deudas lo requiera'*. (El subrayado es nuestro).

"Otra de las obligaciones a que estaba sujeto el procesado, como síndico del concurso, consistía en hacer entrega de los dineros recaudados al Juez de la causa, ya que, conforme lo prevé el numeral 5º del artículo 1086 del Código Judicial, son deberes del curador o síndico... 'Exigir y recibir de los secuestres el dinero que estos recauden por razón de su cargo, y ponerlo a la orden del Juez de la causa'. Y como en su persona se resumían ambas funciones, es apenas elemental y lógico que el producido de las ventas realizadas por él, ya en una o en otra función, que para el caso es lo mismo, debía ser puesto a la orden del Juez del concurso; como esta obligación no la cumplió el acusado en ningún momento, ignorando por completo la orden legal, estima este despacho que tal hecho constituye indicio grave de que hubo deseo o ánimo de apropiación por parte del procesado, con respecto a los bienes muebles de concurso.

"Obligación del síndico-secuestre de rendir cuentas comprobadas de su gestión Administrativa.

"Dice el artículo 1086 del Código Judicial. 'Son deberes del curador o síndico del concurso los siguientes:

" '...7º Rendir las cuentas comprobadas al expirar su cargo y entregar al Juez el saldo que resulte en su contra'. La ley no ha establecido como única causal de expiración del cargo de curador o síndico la terminación del juicio del concurso de acreedores, sino que, prescindiendo de una terminología casuística, dejó al recto criterio del Juez determinar los eventos que, en sana hermenéutica, pueden producir el fenómeno jurídico de la 'expiración del cargo', tal como la remoción del primitivo síndico y la designación de su reemplazo. Mas si esto no fuera suficiente, hay que agregar que, en el caso de autos, son también de forzosa aplicación los artículos 296 del Código Judicial y 505 del Código Civil, los cuales autorizan al Juez del concurso, para solicitar del secuestre o síndico, en ejercicio, de oficio o a petición de parte interesada, cuentas comprobadas de su administración. Y no se diga que en el caso *sub judice* el Juez del concurso no tenía jurisdicción para exigirlas, dado que el negocio se encontraba en el Tribunal en donde se estaba surtiendo la apelación de la sentencia de graduación de créditos, pues como lo dispone el artículo 1092 del Código Judicial '...Durante la apelación y el recurso de casación que contra la de segunda instancia se interponga, *el Juez de la causa conserva su jurisdicción para todo lo referente a la administración de los bienes*, y para seguir las diligencias ejecutivas hasta poner el juicio en estado de hacer el pago a los acreedores'. Facultad que le permite al Juez tomar todas las medidas concernientes a conservar y asegurar la integridad del patrimonio y de las rentas que éste pueda producir; de ahí que se le haya dotado de poderes suficientes para reclamar del síndico o del secuestre, o del síndico-secuestre, la rendición de cuentas de su gestión administrativa en el momento en que lo estime oportuno para los intereses del concurso. Por consiguiente, la sistemática negativa del procesado a rendir cuentas de sus funciones de síndico-secuestre del concurso, a pesar de los apremios económicos que le fueron impuestos, constituyen, en entender de este despacho, un vehemente indicio del deseo de apropiación que animaba al acusado. Esta prueba así concebida y establecida viene a ser, en el caso *sub lite*, el elemento central y vertebral de la demostración del presupuesto penal de la 'apropiación' y de la responsabilidad del procesado".

Hace el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal cita de lo enseñado por el maestro Carrara, tocante a la administración fraudulenta y momento consumativo del abuso de confianza, en ese particular evento; a algunas de las doctrinas de la Corte sobre los elementos estructurales de dicha infracción, para arrimar a la conclusión de que es inobjetable la sentencia del Tribunal.

Sus consideraciones finales son:

"Hay que tener en cuenta las disposiciones específicas que se presentan entre las diferentes figuras jurídicas que en materia civil pueden dar lugar al delito de 'abuso de confianza' y concretamente al elemento apropiación, pues las circunstancias de hecho que para algunas originan la estructuración de un indicio, bien pueden constituír en otras la plena prueba de dicho elemento y del delito mismo, o ser ineptas para producir consecuencia jurídica alguna. Así, en

el depósito de cosa cierta y determinada, no fungible, el solo hecho de la venta manifiesta en forma inmediata y automática el ánimo de apropiación del agente. No sucede lo mismo con la enajenación que el síndico del concurso o el secuestre, en ciertos casos, realizan, pues ellos pueden actuar sobre los bienes que les son confiados a su custodia y administración con libre disponibilidad, que no excluye los formalismos legales que las normas civiles prevén para ser observados por cada uno de ellos; por consiguiente la enajenación de los bienes confiados no constituye, por sí misma, un acto de apropiación, sino que es necesario establecer que se han violado expresas órdenes legales de obligatorio cumplimiento en las ventas, y por sobre todo, que el agente se ha negado o no ha dado exacta cuenta de su administración, a quien por ley corresponda; el Juez de la causa, los acreedores etc. En el caso *sub judice* este elemento que estamos analizando se halla plenamente establecido con las siguientes pruebas indiciarias: 1º El procesado dijo en ampliación de su indagatoria visible a los folios 104 vto. a 105, lo siguiente al ser requerido sobre si había o no rendido cuentas de su administración ante el Juzgado 5º Civil del Circuito: 'Es cierto que no he rendido cuentas, porque no ha sido definido (sic) mi remosión (sic) como síndico, cosa que ha estado en debate ante la justicia ordinaria, habiéndose producido el veintidós de febrero de este año, el último auto del Tribunal al respecto en el cual se niega dicha remosión (sic) y me ratifican como síndico del concurso' ...El Juzgado 5º Civil del Circuito, en auto de 30 de abril de 1960 (fls. 165 a 166) repuso su providencia de fecha 16 de diciembre de 1959, en el sentido de aumentar a $ 30.00 diarios la sanción pecuniaria impuesta al síndico-secuestre señor de Freitas, por su renuencia a rendir 'cuentas comprobadas del manejo de su cargo'. Esta providencia, en lo que al caso comentado se refiere, fue confirmada por el Tribunal de Bogotá por auto de 26 de agosto de 1960 (fls. 166 a 168. C. 3); 2ª La venta realizada por el procesado no se ajustó a los ordenamientos legales previstos por los artículos 483 y 484 del Código Civil. Prueban este indicio: el contrato de compraventa celebrado entre de Freitas y Maurer, de cuyo contenido y forma de realización da cuenta la copia visible a los folios 140 a 141 cuaderno 3. Las diversas indagatorias del procesado (fls. 13 a 15 y 132 a 136 c. 1º). Y la declaración indagatoria de Walter Maurer (fls. 40 y 128 a 130, respectivamente del c. 1), 3º El acusado no puso a disposición del Juez de la causa los dineros recaudados por las diferentes ventas efectuadas: Se estableció este indicio así: Con el contrato de compraventa verificado con Walter Maurer, las ventas hechas al señor Topol reconocidas por el procesado en su indagatoria de los folios 104 vto. a 105, según factura cuya fotoscopia aparece al folio 54 del cuaderno 1, las diversas indagatorias rendidas por el acusado (fls. 13 a 15, 132 a 136 c. 1 y 104 vto. a 105 vto. c. 3), la declaración e indagatoria de Walter Maurer (fls. 40 y 128 a 130 c. 1), el cobrò del cheque visible en fotoscopia al folio 125 cuaderno 3º reconocido por el procesado en su última indagatoria y certificado por el Banco a cuya orden fue girado, en certificación visible al folio 11 cuaderno 3 y por último la certificación del Juzgado 5º Civil del Circuito (fl. 145 vto. a 146 c. 1). La obstinada negativa de entregar las esmeraldas del concurso al nuevo síndico designado, para cuyo efecto hizo uso el procesado, de una farsa grotesca e irrespetuosa para con altos funcionarios del Estado colombiano. Prueba de este indicio son las diferentes declaraciones e indagatorias obrantes en autos.

"La calidad de muebles de las esmeraldas o de los dineros recaudados por su venta, es cosa no susceptible de poner en tela de juicio. Por lo demás hay en el proceso suficiente respaldo probatorio para demostrar cuál fue la clase de bienes entregados al señor Walter de Freitas, para que, en calidad de síndico-secuestre, custodiara y administrara.

"Tercer elemento. Que la cosa mueble se ha confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio. Por título traslaticio de dominio se entiende aquél que por su naturaleza es capaz de trasferir la propiedad, como la venta, la permuta, la donación entre vivos, etc.

"Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 del Decreto 750 de 1949, aplicable al caso controvertido, corresponde al síndico: '...2º Tener y administrar los bienes en calidad de secuestre y depositario...'. Y según el artículo 2273 del Código Civil. 'El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituírla al que obtenga una decisión en su favor'.

'El depositario se llama secuestre'.

"La transcripción de las anteriores normas legales eximen de todo comentario tendiente a acreditar que los bienes entregados al síndico-secuestre señor Walter de Freitas, lo fueron a simple título precario.

"Este último elemento del delito de halla establecido plenamente con la propia confesión del acusado (ver sus diferentes exposiciones), el denuncio y las copias de los autos proferidos por el Juzgado 5º Civil del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (fls. 26 a 30 c. 1, 7 a 13, 74 a 79, 141 a 157 y 165 a 168 del c. 3).

"No hay que olvidar que el estudio de la prueba indiciaria o indirecta requiere, más que la directa, un examen, calificación y valoración conjunto de los diferentes indicios que la coponen, ya que ellos, por sí solos, no tienen la suficiente fuerza probatoria para dar por establecida la existencia de la infracción o de la responsabilidad del procesado; de allí que se imponga tal línea de conducta, la que, por otra parte, está consignada en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal.

"Por todo lo expuesto, esta Procuraduría considera que la causal invocada no debe prosperar".

Respecto a la causal primera, el Ministerio Público expresa idéntica opinión, por haber sido alegada como consecuencia de la segunda.

Consideraciones de la Corte:

1ª De acuerdo con las consideraciones de orden jurídico consignadas en el fallo recurrido, la imputación formulada al acusado es, concretamente, por el delito de abuso de confianza, consistente en haberse apropiado "en provecho suyo o de un tercero" de un lote de esmeraldas, entregado "por un título no traslaticio de dominio", "abusando de las funciones" de síndico-secuestre en el juicio a que los autos hacen referencia. Como el proceso fue sometido a los trámites del Decreto 0014 de 1955, la calificación del ilícito se hizo en la sentencia, teniendo en cuenta las modalidades del hecho denunciado y los elementos de juicio sobre la conducta del síndico-secuestre en el desempeño de su cargo.

2ª Para el *ad quem* es de toda evidencia que el procesado "se apropió de bienes del concurso de acreedores que tenía a su cuidado como síndico-secuestre" y que de ellos, además "hizo uso indebido", por cuanto se negó "a entregar a su sucesor las esmeraldas que le ordenó el señor Juez 5º Civil del Circuito" y las enajenó "a Walter Maurer por la suma de doscientos mil pesos, sin tener autorización judicial y observar las formalidades de la subasta previstas en la ley". Y como no sólo "se apropió en provecho suyo del lote de esmeraldas de propiedad del concurso de acreedores del cual era Síndico-secuestre sino que se ha manifestado renuente a la orden judicial de rendir cuentas sobre la administración de los bienes confiados judicialmente a su guarda, hasta el extremo de que el síndico-secuestre que lo reemplazó tuvo que entrar en funciones, sin que aquél le hubiera hecho entrega de los valores, bienes o intereses de propiedad del concurso. En estas condiciones, no hay lugar a dudar de la responsabilidad penal de Walter de Freitas como autor del delito de abuso de confianza cometido con abuso de las funciones confiadas por autoridad pública".

Estas categóricas pero no apodícticas conclusiones del Tribunal descansan en una errada interpretación de los hechos relacionados con las actuaciones cumplidas por el procesado como síndico-secuestre; en una errada interpretación de los deberes legales de éste, y, por último, en una errada acomodación de la conducta del acusado dentro de las normas que tipifican el delito de abuso de confianza en el Código Penal colombiano.

Si Walter de Freitas, en su condición de síndico-secuestre celebró el contrato de compraventa del lote de esmeraldas, en las condiciones de que da cuenta el documento allegado en copia a los autos y si percibió del comprador el precio, la operación comercial referida tuvo cumplimiento cuando todavía no había sido notificada la providencia del Juez civil que dispuso removerlo o separarlo del cargo. Como lo expresa el demandante, "cuando de Freitas vendió las esmeraldas, antes del 1º de octubre de 1957, era síndico-secuestre pues 'ninguna resolución judicial produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes' ".

De esta suerte, es impropio afirmar que conduce a la comprobación de la objetividad del ilícito el hecho referido, ni de él cabe deducir el ánimo de fraude, el propósito de apropiación, bien de las esmeraldas o de su valor.

3ª *Supuesto por el fallador de segunda instancia que el síndico-secuestre está ceñido en sus facultades y deberes a lo ordenado por los artículos 1085 (ordinal 10), 1086 (ordinal 3º) del Código Judicial y 483 del Código Civil y que por tanto está inhibido para enajenar bienes del concurso sin previa autorización judicial y con las formalidades de la subasta, según lo expresó el Juzgado 5º Civil del Circuito en su providencia de 22 de octubre, eso no demuestra, como lo da por cierto el sentenciador, "la conducta ilegítima" de Walter de Freitas contra los intereses del concurso de acreedores "observada con plena intención dolosa", pues aun-*

que se aceptara que los aludidos textos son los pertinentes en lo tocante a las funciones del síndico-secuestre, la venta no es necesariamente una apropiación, *ni un* uso indebido *de los bienes enajenados, en razón de haberse omitido las formalidades legales de la autorización judicial y la subasta. Precisaría para afirmar la existencia del delito —objetiva y subjetivamente— demostrar que el acusado, excediendo sus atribuciones, con intención dolosa celebró irregularmente el contrato para hacer suyos los bienes a él confiados o incorporar a su patrimonio, ilegítimamente, el precio percibido, defraudando a los acreedores.*

Pero ocurre que hecha la negociación, el dinero fue incorporado a la cuenta del concurso, como depositadas fueron las esmeraldas en establecimientos bancarios, donde se hallan a órdenes de la justicia. Esto indica que no es jurídico hablar de *apropiación* por parte del acusado, ni de la existencia de un ánimo en el mismo sentido, pues tales inferencias serían arbitrarias y sin respaldo probatorio válido en el proceso.

4ª Si judicialmente se ordenó al síndico-secuestre, al ser removido de su cargo, hacer entrega de los bienes del concurso a quien interinamente fue designado, la orden no la comunicó el Juzgado a de Freitas sino que a través del Ministerio se le pidió presentar a esta dependencia las esmeraldas para una diligencia que en fecha anterior había concluído y de la cual se levantó la correspondiente acta. Este procedimiento irregular y sospechoso, precisamente por lo inadecuado y contrario a derecho, no puede dar lugar a un indicio de responsabilidad, consistente en el hecho de la renuencia a presentar al Ministerio el lote de esmeraldas para una nueva diligencia de clasificación y peso.

5ª La no rendición de cuentas de su administración, otro hecho constituído en indicio de responsabilidad podría valer en contra del procesado, no obstante sus explicaciones al respecto, si el informativo, de alguna manera, acreditara que dicha negativa estaba encaminada a la consumación del ilícito o a asegurar la apropiación, pero no es ese el caso. *La controversia civil en el concurso de acreedores indica que todos los incidentes debatidos constituyen una cuestión perjudicial no superada, de suyo normal desenlace depende cualquier hipótesis delictiva atribuíble al síndico-secuestre.*

5ª No puede perderse de vista que los fundamentos principales de la condenación penal se hacen consistir en la afirmación categórica de que el síndico-secuestre no podía vender el lote de esmeraldas, por ser similares sus funciones a la de un curador de bienes y porque tratándose de muebles preciosos toda enajenación se regula por el artículo 483 del Código Civil. Esta interpretación legal le mereció al señor apoderado en las instancias serios reparos, que no podrían calificarse de desacertados o impertinentes. Por su parte, el Juzgado 6º Superior, en su sentencia de primer grado, absolutoria para todos los sindicados, fijó su criterio en términos que es del caso transcribir para mejor ilustración del problema de orden civil, que es básico para la decisión penal. Dice el Juzgado:

"Del secuestro.

"El libro 4º, Título 31 del Código Civil colombiano regula lo relativo al secuestro, siendo éste el capítulo 3º del título cuyo epígrafe general es Del Depósito y del Secuestro.

"El artículo 2273 enseña que 'el secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituírla al que obtenga una decisión en su favor'.

"En cuanto a obligaciones, el artículo 2279 dice: 'El secuestre de un inmueble tiene relativamente a su administración las facultades y deberes de mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario'.

"El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 287, define los deberes del secuestre de fábrica o establecimiento industrial o agrícola, diciendo: 'Si lo secuestrado es una fábrica o un establecimiento industrial o agrícola, el secuestre, además de sus deberes, tiene los del mandatario remunerado, y en especial los siguientes: no interrumpir las labores; cuidar de la conservación de todas las existencias; impedir todo desorden; llevar cuenta exacta de todos los ingresos y egresos, y colocar el producto líquido en un establecimiento de crédito autorizado'.

"El artículo 2880 de la misma obra, determina las formas de cesación del secuestro: 'Mientras no recaiga sentencia de adjudicación, pasada en autoridad de cosa juzgada, no podrá el secuestre exonerarse de su cargo, sino por una necesidad imperiosa, de que dará aviso a los depositantes, si el secuestro fuere convencional, o al Juez en el caso contrario, para que disponga su relevo. Podrá también cesar antes de dicha sentencia por voluntad unánime de las partes, si el secuestro fuere convencional, o por decreto del Juez en caso contrario'.

"Sobre la obligación de rendir cuentas, dispone el artículo 296 del Código de Procedimiento

Civil: 'El secuestre está obligado a rendir cuentas comprobadas durante el desempeño de su cargo, cuando se le pidan por cualquiera de los interesados y el Juez de la causa juzgue conveniente exigírselas. Las cuentas en este caso se aprueban o imprueban mediante una articulación. Lo dispuesto en este artículo se aplica a todo juicio en que haya secuestro' ''.

Al fijar un criterio diferencial entre lo civil y lo penal, expresa el Juzgado:

''...En el caso que nos ocupa la diferenciación de lo civil y lo penal surge claramente: El administrador-secuestre cuya culpa (caso que la hubiere) perjudica los intereses que le han sido confiados, es sancionado por medio de la acción civil que le obliga a la indemnización del daño o perjuicio causado por su conducta, en la doble modalidad de daño emergente y lucro cesante; acción que permite perseguir la totalidad del patrimonio del administrador-secuestre, por vía civil ejecutiva (que a ello da derecho la sentencia, también civil, en su contra), embargándole, aún preventivamente los haberes, yendo 'aún hasta la quinta parte de su actividad personal sobre el sueldo o salario; y en la venta forzosa, sustituyéndole como vendedor, función atribuída al Juez, hasta satisfacer la deuda que originó su culpa sobre todos los bienes presentes y futuros.

''...Para que la acción penal prosperara en este caso, la prueba de la apropiación o uso indebido de las esmeraldas debería haber llenado el presupuesto delictivo, cosa que no aparece, siendo la aseveración infirmada por las inspecciones oculares, en cuyas actas consta la existencia y la seguridad de las esmeraldas al cuidado de entidades más allá de toda duda, cuya tenencia a la orden de Walter de Freitas, y la manifestación de éste, no contradicha, de carecer de ánimo de dominio sobre ellas, eliminan la presencia del delito.

''Al considerar los hechos probados aparentes en los resultandos y al intentar su calificación luego de haber estudiado en la legislación positiva tanto el ilícito de abuso de confianza como el secuestro de bienes y el criterio diferencial de lo civil y lo penal, es preciso concluír que, en este caso, la actuación de Walter de Freitas está ajustada a las normas civiles y no configura ilicitud de carácter penal que pueda ser llamada abuso de confianza.

''En efecto: como dice el señor abogado defensor, doctor Fernando Londoño y Londoño 'a de Freitas no se le dieron esmeraldas para guardar, que debiese guardar como esmeraldas (cuerpo cierto), sino una mina de esmeraldas para administrar, por lo cual debía, como lo hizo siempre, explotar la mina, sacar gemas, piedras, venderlas en el mercado, pagar los gastos generales de la sindicatura y los específicos de la explotación minera, llevar las cuentas debidamente, y acreditar a la masa del concurso la utilidad líquida obtenida de tal balance. Es decir, que el bien guardado se constituye por la masa total del concurso, por las minas de Chivor, que son parte de la masa; la cual, por administración y explotación puede resultar acrecida por las utilidades líquidas obtenidas en la producción y venta de las esmeraldas... Desde luego, cuando al efectuar los balances se pudiera establecer que el síndico-secuestre (como ejemplo en el caso comentado) se ha apropiado de valores que pertenecen al concurso, o no presenta tales valores —en dinero— al requerimiento del Juez, se produciría el ilícito que obligaría al Juez Civil a pasar copia de lo pertinente a la justicia penal, para la investigación de un delito de abuso de confianza...,...''.

Los anteriores razonamientos del Juzgado fundamentaron la absolución en primera instancia y en lo principal coinciden con los cargos hechos en la demanda de casación en lo tocante a las facultades que competen al síndico-secuestre, de acuerdo con la ley, en juicios como el que motivó este proceso penal.

6ª Examinados los hechos tomados en cuenta por el Tribunal para proferir el fallo condenatorio, igual que los cargos que el demandante consignó en su escrito de impugnación, *la Sala estima que el* ad quem *incurrió en fundamental error valorativo de la prueba, tanto en relación con el cuerpo del delito de abuso de confianza, como en lo tocante a los elementos propios de la responsabilidad. El error depende de haber atribuído a algunos de los hechos un significado probatorio que no tienen, y de haber negado a otros el que de cierto tienen en el proceso, lo que jurídicamente da viabilidad a la causal segunda de casación.*

7ª *El delito de abuso de confianza, frente al artículo 412 del Código Penal, comprende dos eventos*: apropiación *de la cosa mueble ajena o* uso indebido, *este último con la condición de que ''no hubiere apropiación''. En el caso de autos, aunque la sentencia con notoria impropiedad confunde ambas conductas penales, se afirma la apropiación, lo que nunca ocurrió, como bien lo demuestra el señor apoderado con respaldo en todas las pruebas del informativo.*

No por el encargo oficial del procesado ni por la renuencia que se le atribuye para presentar

los bienes o rendir cuentas resulta establecida la apropiación. Es verdad que la Corte ha dicho que "cuando se trata de un depositario judicial, basta la renuencia a la orden del Juez que confió la guarda del bien en litigio, para que el renuente a presentarlo o custodiarlo incurra en el delito de abuso de confianza", pero sólo "si por otros medios se comprueba que no se trata nada más que de un desobedecimiento, lo que es una falta aparte del hecho mismo, sino de un abuso de los deberes de guardián en perjuicio de intereses por cuya legitimidad vela el Juez". La misma sentencia agrega: "Por otra parte, la facultad de disponer no envuelve el ejercicio del derecho de propiedad. El mandatario, por ejemplo, puede disponer de la cosa, si está autorizado para ello por los términos del mandato, con tal que esa facultad de disponibilidad sea inherente a la función de administración y no se ejercite en su propio beneficio, es decir, a condición de que entregue el fruto del objeto que vendió o transformó en otro valor" (sentencia, 3 de diciembre de 1945, LIX, 1018).

8ª No comparte la Sala la opinión del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, respecto a la fuerza incriminatoria de los supuestos indicios enunciados por el Tribunal, ni las apreciaciones hechas sobre las facultades del síndico-secuestre por no corresponder en forma alguna a las lógicas previsiones de la ley. *No estima, por tanto, que sea improcedente la invocación de la causal segunda por no estarse frente al caso de notorio y manifiesto error valorativo de la prueba, porque en el caso* sub judice, *precisamente, surge con evidencia que el fallador apreció erradamente los hechos hasta el extremo de dar por estructurados los elementos constitutivos del delito de abuso de confianza, por actos del agente que no entrañaron apropiación de bienes muebles del concurso, ni en momento alguno pusieron de manifiesto el propósito de defraudar intereses bajo su administración.*

9ª Aceptado que hubo violación indirecta de la ley penal (causal segunda de casación) necesariamente hay que admitir que también prospera la causal 1ª, consecuente de la anterior.

Decisión.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— en desacuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* la sentencia a que se ha hecho mérito, en lo que respecta al acusado, señor Walter de Freitas, y en su lugar lo absuelve por el delito de abuso de confianza a que hace referencia el proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA POR RETENCION ILICITA DE FRACCIONES DE LOTERIA PREMIADAS. APRECIACION DE LAS PRUEBAS DEL PROCESO. PRUEBA DE LA CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PELIGROSIDAD A QUE ALUDE EL ORDINAL 2º DEL ARTICULO 37 DEL CODIGO PENAL.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el procesado Omar Díez Ortiz contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el nueve de julio de mil novecientos sesenta y dos, por la cual le fue impuesta la pena principal de un año y tres meses de prisión, como responsable del delito de abuso de confianza.

Hechos:

Las declarantes Emelina y Zoila Rosa Calderón dicen lo siguiente sobre lo ocurrido:

1º Según Emelina, "el día sábado 26 del presente mes (declara el 29 de febrero de 1960), como a las once y media de la mañana, se presentó un señor vendedor de loterías cuyo nombre ignoro pero que lo tengo muy presente y podemos localizarlo, a ofrecernos billetes de la lotería del 'Libertador'; mostrados que fueron los billetes tanto a mi como a mi madre, le compramos siete pedazos marcados con el número 8598, que debía jugar el día 27 de febrero del presente año. Estas fracciones las compramos en compañía de mi señora madre o sea Zoila Rosa Calderón; el número de fracciones fueron siete fracciones, cuyo valor total, ganando cada fracción $ 1.936 moneda corriente, vendría a tener un valor total de $ 13.552 moneda corriente. Por el día domingo, después de haberse bañado mi madre, se trasladó a la tienda de un vecino nuestro llamado Omar Díez, a quien le solicitó si ya tenía prensa que anunciara el resultado de las loterías y sacando 'El País' y poniéndolo encima del mostrador, revisó las fracciones con el número que aparecía en la prensa, y entonces le manifestó que solamente había cogido dos cifras, que eso no era pagable, y cogiendo las fracciones las aventó a una caja de cartón que tenía en una vitrina; mas ocasionalmente, en esos momentos, pasó el lotero que me había vendido el día anterior las citadas fracciones y había pasado por allí con el fin de localizar para anunciarle a mi madre que había ganado dos cifras, entonces el señor Omar Díez confrontando las fracciones con la lista publicada, le manifestó que no eran dos cifras sino el número mayor, o sea el premio de dicha lotería; comparadas que fueron las fracciones con el número que correspondía al mayor, el señor Omar Díez le manifestó que le regalara tres pedacitos, a lo cual mi madre, o sea la señora Zoila, le dijo que no podía porque era compañía de su hija Emelina Calderón, no obstante él dividió las siete fracciones y sacó tres fracciones para él y reservando cuatro fracciones para mi madre, y dijo que él iría personalmente con ella a cobrar dichas fracciones y que en todo caso no le fuera a comunicar a mi hija (sic)..." (a la declarante)..., "ni a ninguna otra persona, que había ganado el premio mayor, ofreciéndole a mi madre que él se encargaría personalmente de comprarle un lote de terreno con el valor de las cuatro fracciones que dizque le correspondían a mi madre, si graciosamente ella aceptaba regalar lo que le correspondía a su hija. Como mi madre es una mujer sana y sin malicia y a la vez analfabeta, aceptó a primera vista no comunicarme la indebida propuesta que le había hecho Díez, pero como yo sabía el número de la lotería y tenía anotado el número comprado, obligué a mi madre a que me dijera la verdad y me dijera quién tenía el billete; entonces ella me dijo que Omar Díez se lo retenía. En atención a esto, me trasladé a donde el señor Omar Díez y le exigí la entrega inmediata de las siete fracciones que

le retenía indebidamente a mi madre, y me contestó Díez que no eran sino cuatro pedazos, porque tres le había dado mi madre; después me dijo que él había negociado tres pedacitos a mi madre. Ante estos ardides, ya que se los había comprado, ya que se los había obsequiado, resolví trasladarme a mi casa y decirle a mi marido lo que estaba sucediendo con las fracciones de lotería que habíamos comprado en compañía de mi madre, tomando como medida precautelativa y rápida ir instantáneamente a la gerencia de dicha lotería, señor Carlos Azuero, a manifestarle lo que había pasado con dichas fracciones; ante la verdad de estos casos, el señor gerente de dicha lotería, o sea el agente exclusivo Carlos Azuero, le aconsejó que debíamos proceder a formular la denuncia criminal; que mientras tanto él no pagaría ninguna de las fracciones, que nosotros reclamamos como legítimas dueñas de ellas. Pido al señor Inspector se sirva oficiar inmediatamente al agente de dicha lotería, Carlos Azuero, para que se abstenga de pagar dichas fracciones, mientras nosotros aclaramos la situación legal de nuestra denuncia. Solicitamos a la vez se sirva oficiar a los agentes del S.I.C. para que procedan a la inmediata captura del señor Omar Díez y del agente vendedor, porque dicho señor también trató de engañar, de acuerdo con Díez, a mi madre, para usurparnos el resultado de un sorteo que nos favorecía con esa cantidad de dinero, que antes hemos expresado. Queremos aclarar que el agente Carlos Azuero nos aconsejó que procedieramos a recibir las cuatro fracciones, que este señor Díez nos estaba ofreciendo y por las restantes, o sea las tres, formuláramos la correspondiente denuncia, y entonces volvimos donde el señor Omar Díez y me manifestó que solo haría entrega de las cuatro fracciones en un Juzgado y que él dizque tenía testigo de haberle comprado a mi madre las tres fracciones de que hemos hablado'' (f. 1 a 2 del Cd. 1º).

2º De acuerdo con Zoila Rosa, ''el sábado 27 de febrero del año en curso, a eso de las once y media de la mañana, dentró (sic) un señor lotero a la casa mía... y le cambié un terminal del Valle por siete fracciones de la lotería del 'Libertador' con el número 8598; estando allí llegó la hija mía, o sea de nombre Emelina y le compró al mismo lotero, que no le se el nombre, un quinto de lotería del Valle, uno del Chocó y otro de la lotería del Tolima, de la que yo le compré o le cambié; mi hija no le compró porque no cargaba más; entonces mi hija Emelina me dijo: que la llevara en esos siete pedazos que ella me daba los tres pesos con cincuenta centavos para que la llevara en compañía; entonces yo le dije: bueno, mijita, y como la hija mía, el mismo lotero le acababa de cambiar dos billetes de cincuenta, sacó los tres cincuenta y me los dió; entonces yo le dije: mija, camine y me los pone detrás del cuadro de la Virgen del Carmen y allí me los dejó mi hija. Por el día domingo me levanté y me bañé y a eso de las siete de la mañana y después de haberme bañado, cogí las siete fracciones de lotería y me fuí para la tienda de propiedad del señor Omar Díez. Llegué y le dije: ¿don Omar, compró la prensa? Entonces él me contestó que sí; entonces le dije que me hiciera el favor de mirar en la prensa haber si yo había cogido y se lo (sic) mostré y él me lo (sic) cogió, diciéndome esas palabras y lo (sic) dobló y lo (sic) echó en una cajita de cartón que tenía encima de una vitrina chiquita que tiene dentro de la tienda y entonces, cuando ya me vendió lo que iba a comprar, entonces le dije: don Omar, deme mi papel, porque me voy; estando en esas llegó el lotero que (sic) yo le había comprado la lotería el día anterior y me dijo: la andaba buscando, porque cogió terminal; entonces don Omar le dijo al lotero: cómo que el terminal; cogió fue el mayor. Y ahí fue donde yo me dí cuenta que me la había ganado; el lotero salió y se fue, pero antes me dijo que le tenía que dar la propina y yo le dije que con mucho gusto; entonces yo quedé allí con don Omar y entonces le dije que me diera mi lotería, porque yo me iba para donde mi hija Emelina. Entonces me dijo: venga, viejita para acá y se puso a sobarme la cabeza diciéndome: nó, viejita; regáleme tres pedacitos, y diciéndome esas palabras, lo (sic) cogió de una vez y partió los tres pedacitos y me fue a dar cuatro a mí; entonces yo le dije que no, porque eso era en compañía con mi hija; entonces él me dijo que se los dejara a él y que se lo cobraba y se lo consignaba a la Caja de Ahorros y que me compraba un lote, pero que no le fuera a decir a mis hijos, porque me los quitaban y que no ponía nada; yo salí y me fui para mi casa. Por el día lunes, a eso de las siete de la mañana, llegó mi hija y me dijo que qué había hecho la lotería, y élla no me quería decir a mi, porque él me dijo que no le contara a mis hijos; entonces mi hija me insistió y se puso brava conmigo yo viéndola brava, le dije: que don Omar me la había quitado y me había dicho que él me compraba un lote y que por eso él la tenía; entonces mi hija me dijo que cómo se me ocurría ir a darle a otro la lotería; entonces me fui a la tienda con mi hija a pedírsela; entonces le dijo a mi hija que le entregaba cuatro pedazos, porque tres eran de

él, porque yo se los había vendido; entonces yo me le fui encima, diciéndole que eso era falso, que me entregara mi lotería; entonces, como el se negó a entregármela toda, entonces yo tenía instrucciones de recibirle los cuatro, para luego meterle el denuncio por los otros tres; entonces, le dije: don Omar, entrégueme, pues, mis cuatro pedazos; él se fue a entrar al interior de la casa a sacar las cuatro fracciones para entregármelas; entonces la mujer que vive con él lo atajó, por cuatro veces, diciéndole estas palabras: vea, Omar, no me entregue esa lotería; entonces él no nos entregó nada. Inmediatamente nos fuimos para la casa y luego pusimos el denuncio...". Agrega que son testigos "el lotero... y los señores Marino N., Gilberto Bonilla y mi hijo, de nombre Arcenio Calderón, y otras personas que por el momento no me acuerdo".

El procesado recurrente afirma en la declaración de inquirir que el día sábado, 27 de febrero de 1960, le compró a la señora Zoila Rosa Calderón las siete fracciones de lotería de que ésta hace referencia. Dice, en efecto:

"El día sábado, veintisiete de febrero último, llegó la señora Zoila Calderón, siendo más o menos las seis y media o siete de la noche, a mi negocio y me dijo: don Omar, hágame el favor de prestarme diez pesos; yo le contesté: lamento mucho, doña Zoila, pero usted lo sabe que plata no presto; si necesita algo de la tienda tengo mucho gusto de fiarle; entonces ella me dijo que era que necesitaba diez pesos y que se había ganado un terminal del Valle, y que le había dicho al lotero que le diera plata; él le dijo que nó; que él cambiaba las fracciones por lotería, pero que él no le podía dar dinero. Entonces, don Omar, por qué no me hace un favor: cómpreme estos quinticos (sic) que me tocó que recibírselos al lotero; entonces yo le dije que sí se los compraba y entonces se los compré por la suma de siete pesos, que le entregué en un billete de cinco y uno de dos pesos; luego élla se despidió y se fue. Al día domingo llegó doña Zoila, más o menos a las siete y media de la mañana, a hacer mercado y le dije: doña Zoila, estoy encantado con su suerte. Me dijo: ¿por qué, don Omar? Le dije: me he ganado la lotería que usted me vendió anoche. Ella se puso muy triste y me dijo: don Omar, por Dios, si mi hija se llega a dar cuenta me van a echar de la casa; por Dios, me van a matar; yo qué hago; me dijo: por favor, no vaya a contar a Emelina, que, repito, me matan. Entonces yo le dije: No se preocupe doña Zoila, como usted me trajo la suerte, yo le voy a regalar unos pesos. Me dijo: Dios se lo pague, don Omar; yo sé que usted es muy bueno, pero le repito que no le vaya a decir a Emelina, y, entonces le dije: como le dije antes, por mi parte esté tranquila y le repito que le hago un obsequio. Transcurrió el día domingo normalmente; al ratico pasó el lotero y le dije a doña Zoila: ahí va el lotero; salí y lo llamé; regresó a mi tienda y entonces él se dirigió a doña Zoila y le dijo: doña Zoila, de buena suerte; usted volvió a ganar terminal; camine se lo cambio por Valle o por cualquier otra; entonces yo le contesté: terminal no, mi amigo; me he ganado el mayor de la lotería. Entonces me dijo: ¿Ah, sí?, y luego el lotero se fue. El día lunes, más o menos a las nueve de la mañana, llegó la señora Emelina y me dijo: don Omar, hágame el favor de entregarme los siete pedazos de la lotería de mi mamá; yo le respondí que no tenía lotería, que yo se la había comprado por el día sábado a la señora Zoila. Se fue y regresó al momentico con el esposo, Gilberto Bonilla y dos hermanos más, a matarmen con peinilla; yo le dije: cálmense; pregúntele a doña Zoila, que élla me la vendió a mi; ellos me insultaron y me dijeron que me mataban; yo me entré hacia adentro, me vestí, cogí un carro y me vine para el centro, a la agencia de la lotería del Libertador; pregunté que cuándo pagaban la lotería y me dijeron que la pagaban por el día lunes, o sea el siete de los corrientes (declara en el mes de marzo de 1960). Estando yo allí llegó un señor a quien no conozco, bajito y comenzamos a conversar y le dije: hombre, me he ganado la lotería, pero no la pagan hasta el siete; se la vendo. Entonces el señor cogió los pedazos y constató con la lista y me dijo que no tenía toda esa plata y que en cuánto se la daba; entonces yo le dije que en trece mil pesos; me dijo el señor que era mucha plata, que él me podía conseguir doce mil pesos, para que hiciéramos el negocio; entonces yo le dije que bueno. Fuimos al café 'Colombia' y él me dijo que lo esperara allí; al ratico volvió con los doce mil pesos, le entregué la lotería y él me dio el dinero. Coincidencialmente entraba en el café don Samuel Restrepo, a quien yo le debía la suma de cinco mil pesos, los cuales se los pagué ahí mismo; me despedí de él y me fui a la oficina del doctor Rodríguez Forero, le conté que me había ganado la lotería y le pagué dos mil pesos que le debía de honorarios por el negocio que tengo en el Juzgado 3º Superior, en esta ciudad (se refiere a proceso penal por el delito de concusión, por el cual estuvo detenido durante cinco meses) y recuerdo que él me dió un recibo por dicha suma. Luego le conté al doctor Rodríguez el bochinche de la señora Zoila... y estando en la oficina del

doctor Rodríguez y contándole yo esto, hicieron una llamada telefónica preguntando por mi; entonces pasé al teléfono y me dijo un señor que era el citador de la Inspección de Guayaquil y que me presentara inmediatamente donde él, y le dije que para qué me necesitaban y la respuesta que me dió fue la de que no sea pendejo, no se haga el tonto, usted es un vivo, un miserable; me amenazó como a él le dió la gana por teléfono; entonces más miedo me entró a mi, que seguramente me esperaban era para matarmen por pura envidia, viendo que yo había sido el que me había ganado la lotería. Entonces me fui para Pereira ese mismo día, y ese señor me preguntó que yo donde me encontraba; entonces le respondí que iba para Cali-Puerto... Hoy que regresé me contó el doctor Rodríguez Forero que había orden de captura para mi, y que a mi señora la habían tenido detenida y quiero dejar constancia que mi señora, en ningún momento, sabía nada de la lotería, pues yo nunca acostumbro contarle ni a mi señora de los negocios que yo hago; élla siempre vive ocupada en sus quehaceres de su casa. Tan solo queda en la tienda cuando yo salgo a hacer algunas diligencias. Es todo". Dentro del interrogatorio que le fuera hecho por el instructor, a la pregunta de si alguien se dió cuenta de la compra de las fracciones de lotería, expresa: "Y ahora recordando, se encontraban presentes dos señores, uno de nombre Lázaro Viveros, no se donde vive; se el teléfono, número 94616. El otro señor iba acompañado de Lázaro Viveros, no recuerdo su nombre, no lo conocía antes; creo que él puede dar noticias de él...". Igualmente, cuando se le averiguó por qué motivo no dió cuenta a la autoridad de las amenazas de los familiares de la señora Zoila Rosa Calderón, manifiesta: "No se me ocurrió por miedo; por el miedo tan terrible que tenía; fui y le comuniqué al doctor Rodríguez Forero y luego me fui para Pereira". A otra pregunta, explica que vendió las fracciones de lotería premiadas, "por una parte, por la emoción de la ganada, por otra debía un dinero, por otra me antojé a viajar; ese fue el motivo".

Trámite del proceso y consideraciones de la sentencia impugnada.

El proceso fue adelantado por los trámites señalados en el Decreto extraordinario número 0014 de 1955. El Juzgado 3º Superior de Cali profirió sentencia de primera instancia el día 29 de febrero de 1960, y en ella condena al sindicado Omar Díez Ortiz a la pena de un año y tres meses de prisión, como responsable del delito de hurto.

El *ad quem*, como se dejó anotado, reformó el fallo en el sentido de calificar los hechos como abuso de confianza. En esta providencia se hace el siguiente examen de las pruebas:

"Ese el acervo probatorio que precisa justipreciar. De un lado el testimonio de la señora Zoila Calderón; de otro, la confesión del inculpado. El primero refleja en su contenido el acaecer natural, trasunta el común proceso de las acciones y relaciones humanas como un equivalente síquico de la personalidad de dicha señora y de su medio social ambiente. Tiene en su forma el sello de lo auténtico, de lo personal, la impronta de su ignorancia, de su ingenuidad y de sus años. Lo que ella refiere aparece exento de artificios, revela lo espontáneo. Nada hay en sus palabras que denuncie lo fabulatorio, o que sea expresión de personas extrañas a la declarante.

"..... .....

"Además, se trata de un relato que corroboran otras pruebas. En primer lugar, el testimonio de Emelina Calderón... Nada indica que estas mujeres pudieran ser capaces de confabularse a idear un ardid para perjudicar a un inocente, en este caso a su vecino y proveedor de víveres, el señor Díez, con quien no tienen ningún motivo de animadversión o distanciamiento.

"Lo mismo, *mutatis mutandi*, puede decirse del testimonio corroborante de Gilberto Bonilla. Lo que este testigo afirma que le refirió a Azuero, lo confirma éste, y lo que manifiesta haber hecho en compañía del agente de seguridad número 1430, lo verifica igualmente éste en el informe que rindió sobre su intervención en el caso. Se trata, pues, de un testimonio exento de animosidad y de carácter muy objetivo, cuya imparcialidad, no obstante sus vinculaciones afectivas con aquellas mujeres, es manifiesta.

"En este orden de ideas, tampocó la Sala advierte tacha fundada alguna contra los testimonios de Ulpiano Herrera y Alfonso Rengifo, demostrativo el primero de que las mencionadas fracciones de la lotería se encontraban en la casa de la señora Zoila, encima de un cuadrito de la Virgen del Carmen, el sábado veintisiete de febrero de 1960, a las nueve y media de la noche, más o menos, en que dice Herrera haberlas visto allí, esto con posterioridad a la hora en que el inculpado manifiesta habérselas comprado a dicha señora y tenerlas en su poder.

"Estos dos testigos aseveran, también, haber visto a doña Zoila cuando al día siguiente, en las primeras horas de la mañana, acude a la tienda de Díez en busca de 'El País', sacando unos pe-

dazos de lotería para verificar en qué había terminado ésta, contra lo que afirma aquél, de que ese día y a tales horas, dicha señora no estuvo en su granero. Testimonios estos de los que pudiera prescindirse, sin que por ello se alterara el criterio que la Sala se ha formado en cuanto a la realidad de lo ocurrido en el caso *sub judice,* ya que la versión de doña Zoila aparece plenamente establecida de todo el conjunto probatorio.

"A los anteriores testimonios se suma el del lotero Luis M. Castro, según el cual en la forma que refiere la señora Zoila, le vendió él las fracciones premiadas, estando con ella su hija Emelina, quien le compró de otras loterías y a quien le cambió un billete de cincuenta pesos. Parco y reticente, su testimonio demuestra lo que doña Zoila dice sobre la escena del día siguiente, cuando fue a la tienda de Díez en busca de 'El País' para ver si habían salido premiadas dichas fracciones y se presentó allí, interviniendo, el lotero.

"Además, Azuero y Sigifredo Parra Ríos, acordes están en afirmar cómo el doctor Mesa Ramírez, tras de haberle dicho al primero que él era el dueño de las fracciones premiadas, terminó por manifestarles, cuando Azuero le retuvo cinco de ellas, que eso no lo afectaba mayormente, porque él solo se estaba ganando una 'chichigua' por cobrarlas, vale decir, que para ello estaba actuando como un simple intermediario y no como dueño de tales fracciones.

"También aparece el testimonio de Gilberto Bonilla, quien poco antes de que Emelina pusiera el denuncio, lo que ocurrió en las horas de la tarde del lunes 29 de febrero de 1960, el doctor Rodríguez Forero, a cuya oficina había acudido el inculpado en las horas de la mañana de ese día, estuvo en la casa de la señora Zoila y le propuso que aceptara la devolución de cuatro fracciones para transar el asunto, lo que quiere decir que no podía tenerlas el doctor Mesa Ramírez a título de dueño y poseedor, de donde no es aventurado afirmar lo que dice el *a quo,* de que fue en la oficina del doctor Rodríguez Forero donde nace la vinculación entre éste y el doctor Mesa Ramírez y se 'inteligencia la furtiva patraña que casi sale bien librada'.

"... ... ...

"Ahora bien, el procesado Díez es un sujeto de antecedentes criminales. Consta que fue condenado por un delito de homicidio y sindicado y detenido por otro de peculado. Ya esto es un factor que incide sobre su moralidad y que hace pensar en su capacidad pos-delictual. Es una circunstancia que realmente no le favorece... Se añade a esto la actitud que asume a raíz de su negativa a devolver las fracciones premiadas. ¿Dónde acude? ¿A la autoridad a poner la dedenuncia correspondiente? ¿A la lotería a cobrarla? Ni lo uno ni lo otro. Esa denuncia brilla por su ausencia, y la señorita Ruth Fernández Camacho, a quien le correspondía entenderse con los ganadores de la lotería en la agencia del señor Azuero, ha manifestado cómo las fracciones que retenía el inculpado no le fueron presentadas el lunes 29 de febrero para su cobro, ni relacionadas por ella en su libreta, como lo hizo respecto de las demás que ese día le fueron presentadas, lo mismo que en los siguientes. No; acude donde el abogado que le había defendido en otro asunto y, solicitándosele por la autoridad, se pierde ante sus ojos. Más aún, en tales circunstancias dice que viajó a Pereira, dejando abandonado su negocio y sola a su mujer embarazada. Regresa, según él, y es el mismo abogado a quien primero visita. Ya ha sido indagada su mujer y se han recepcionado otras pruebas. Es entonces cuando se presenta asesorado de dicho profesional a rendir su indagatoria, esto es, en el preciso momento en que ellos lo consideraron oportuno.

"Es evidente que en esa forma no procede quien inocentemente se ve envuelto en un asunto como este. Que el miedo, que un intempestivo deseo de viajar lo llevaron a hacer todas estas cosas, no es humano y resulta inconsistente frente a sus antecedentes, a la experiencia de la vida y a la dinámica natural de las reacciones anímicas. Sobre ese terreno no nacen tales deseos, ni el miedo es planta que tan fácilmente pueda arraigar en el ánimo de personas como el inculpado, ni emoción que aguce la inteligencia para acudir donde acudió el procesado y hacer lo que él refiere que hizo desde cuando se declaró dueño de las fracciones premiadas, todo lo cual implica un estado de serenidad anímica incompatible con la emoción inhibidora del miedo.

"... ... ...

"Lázaro Viveros, el testigo que citó por su nombre el inculpado como presencial de la compra que de las fracciones premiadas le hizo a él doña Zoila, es persona que, como ya se dijo, estuvo preso con el procesado en el mismo patio de la cárcel de este Distrito. Se trata, pues, de un compañero de prisión. Es este quien cita el nombre del otro testigo, a quien Díez designa como la persona que en esos momentos acompañaba a Viveros. Ambos verifican la referencia de Díez del modo que ya se indicó al aludir a estos declarantes y al ningún valor probatorio que tienen sus deposiciones, cuya falsedad surge

de la confrontación de esos testimonios con el de Otoniel Viveros López, según lo expuesto atrás. Además, la vaguedad del testimonio de Viveros sobre la escena que relata, la precisión de que hace gala su compañero al referirse al mismo punto y la coincidencia muy marcada del relato de éste con lo dicho sobre la misma materia por el inculpado, relieva la falsedad de tales tesimonios.

"Fabulatoria la escena de la compra por parte de Díez de las fracciones premiadas de la lotería, esto solo sería suficiente para no prestarles el menor crédito a esos testimonios. Mas el procesado no se contenta con comprar en esa forma, según su indagatoria, tales fracciones, sino que premiadas con el mayor las vende a un señor bajito. Es un señor que se presenta estando él en la agencia de la lotería, cuando ya le habían dicho que solo ocho días después se las pagarían. Le refiere ésto a dicho señor y éste sin más ni más, le dice que se las compra por doce mil pesos, perdiendo más de mil, y esto por no esperar el breve lapso indicado para cobrarlas. Le manifiesta, también, que lo aguarde por un momento en el café 'Colombia'. Allí regresa, le entrega los doce mil pesos y recibe de Díez las fracciones, quedando dueño y poseedor de ellas. Es un trato verbal que se opera sin ningún comprobante entre ellos dos. Ya con tan gruesa suma de dinero en los bolsillos, allí mismo también, de manera verbal, dice el procesado que le pagó a un señor Restrepo $ 5.000 y luego a su abogado $ 2.000, de modo que según esto no le quedaron sino $ 4.000. Todo esto tiene las trazas de lo artificial. Su sola enunciación revela lo fabulatorio del relato. Esto es lo que suele llamarse un cuento chino. Ya se dijo cómo no es cierto que el procesado acudiera a la agencia de la lotería el 29 de febrero, a ninguna hora del día. Pero es que si se compara lo que él dice sobre la hora en que salió ese día de su casa y la que el señor bajito, que resultó ser el doctor Alfonso Mesa Ramírez, señala como la de su encuentro con aquel, en la agencia de lotería, se llega a la conclusión de que esa entrevista no se efectuó. Díez dice que salió a las nueve de la mañana de ese día de su casa, y Mesa Ramírez, en cambio, dice que vió a aquél y concertó su negocio con él, en ese lugar, a las ocho de la mañana, lo que resulta realmente imposible. Según Mesa, él estaba en dicha agencia antes de que llegara Díez. Según éste, el hecho ocurrió al revés. El diálogo que según Díez tuvo con Mesa, es distinto del que refiere éste.

"Además, ya se dijo cómo el abogado, asesor de Díez, en la tarde del mismo día propuso devolver cuatro de tales fracciones para transar el asunto, y no hay constancia de que este encargo se le encomendara por Mesa Ramírez. De donde se deduce que fue posteriormente cuando tales fracciones pasaron a las manos de éste. Por otra parte, también ya se observó que el mismo Mesa Ramírez, ante el señor Azuero y el señor Sigifredo Parra, manifestó, cuando vio frustradas sus esperanzas para cobrar las fracciones, que él no era el dueño de ellas.

"Agréguese a esto lo inverosímil de que un sujeto de los antecedentes del inculpado y de la experiencia y conocimientos de un abogado como el doctor Mesa Ramírez, en un medio social como el de esta ciudad, vayan a hacer el negocio que ambos a su modo aseveran haber hecho en la forma y circunstancias que ellos refieren.

"Ostensiblemente, se repite, todo ese relato es fabuloso. ¡Negociar así un abogado con un desconocido! El ha tratado de explicar esto a través de una serie de disquisiciones contrarias al sentido común y que convencen a la Sala de la existencia del delito que con esa serie de falacias trató de encubrirse, para burlar a la justicia. Se justifica que en relación con este profesional se hubiera ordenado la investigación por el delito de encubrimiento, que tanto él como Hilda Muñoz hubieran podido cometer, ésta última especialmente por la actitud que asumió en esta investigación al mostrarse en un todo ignorante de lo ocurrido.

"En conclusión, los hechos no ocurrieron como los relata el inculpado, sino como los refieren la señora Zoila y su hija Emelina. Se cometió, en consecuencia, por parte de Omar Díez Ortiz un delito contra la propiedad, cuya plena prueba resulta del proceso establecida según todo lo expuesto".

Más adelante se dice en el mismo fallo que "el delito que cometió Díez fue el de abuso de confianza, lo que quiere decir que obrando en el proceso la prueba de los extremos a que se refiere el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, deberá ser condenado por este reato como infractor del artículo 412 del Código Penal, en relación con el 1º del Decreto 2184 de 1951. Se dosificará la pena principal condigna en un grado mayor al mínimo en vista de la circunstancia de mayor peligrosidad que conspira contra él, consistente en haber sido condenado anteriormente por otro delito, ya que de haberse allegado la copia del respectivo fallo, hubiera sido necesario considerar su reincidencia, como una nueva circunstancia agravante del delito... No se puede negar, por otra parte, frente a toda

la trama de argucias tejidas por el procesado en este asunto, y coreadas *post facto* por el doctor Alfonso Mesa Ramírez, cuya fría capacidad de ficción pasma a la Sala, la no menos sorprendente del inculpado de fabulación y de fraude, y que contrasta con la ya senil de la torpe e ingenua Zoila Rosa Calderón, a quien todas las constancias procesales la muestran como en breve frase la retrató el testigo Ulpiano Herrera: 'es que más analfabeta que esa señora, sí no hay'. Por consiguiente, teniendo de presente todas estas circunstancias, esa pena se individualizará en la misma cantidad en que lo fue por el *a quo*, pero por el delito de abuso de confianza que sanciona la ley con la misma pena mínima que conmina para el hurto".

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público.

El demandante impugna el fallo recurrido con invocación de las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, así:

1º *Causal segunda.*

Luego de un extenso examen de los testimonios traídos al proceso y de la declaración de inquirir del procesado (f. 6 a 37 del cuaderno de la Corte), afirma el señor personero de Díez que el *ad quem* incurrió en error al darle credibilidad a las declaraciones de cargo y al rechazar las explicaciones presentadas por su mandante.

Expresa que "acogido por nuestro Código Procesal Penal el sistema legal moral en la valoración de las pruebas de un proceso, ello indica que no puede el funcionario crear o considerar como constitutivos de prueba hechos que la ley no considera como tales, verbo y gracia la sospecha, ni dar a los hechos que esa misma ley considera como pruebas un valor diferente al que la ley les asigna, verbo y gracia considerar el testimonio único como plena prueba, ya que ello implicaría una violación del principio consagrado en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal. En lo que respecta a la formación de la convicción en la valoración de una prueba es de estimar que a dicha convicción no se puede llegar sino mediante una rigurosa aplicación de reglas lógicas, cuya vigencia es universalmente reconocida y de ineludible cumplimiento en el razonamiento".

Agrega que "dentro del presente proceso sólo la declaración de Zoila Rosa Calderón, como prueba única, fue tenida en cuenta para demostrar la responsabilidad del procesado Omar Díez Ortiz... Ya el suscrito tuvo oportunidad, en anteriores párrafos, de analizar a espacio la declaración de Zoila Rosa Calderón y concluír de dicho análisis la ninguna credibilidad que este testimonio único merece. Pero es que aún aceptando como integralmente creíble la versión de Zoila Rosa Calderón, este testimonio único no demostraría la responsabilidad del procesado Díez Ortiz al tenor de los artículos 203, 204, 205, 206 y 224 del Código de Procedimiento Penal, porque las únicas pruebas, como así lo ha afirmado la Procuraduría en doctrina pertinente, que la ley les ha dado el carácter de completas o plenas, son: la inspección ocular (art. 215 del C. de P. P.), el indicio necesario y la presunción legal no desvirtuada (art. 217), los documentos públicos o auténticos (art. 251) y la confesión del procesado (art. 255)".

Dice, asimismo, que "por errónea apreciación de los hechos y tratándose como se trataba de decidir una cuestión civil...", pues en la sentencia impugnada se considera a Díez Ortiz como mandatario de Zoila Rosa Calderón, al recibir aquél de ésta las fracciones de lotería para verificar si habían resultado premiadas..., "las pruebas no se calificaron de acuerdo con el valor que les atribuía la legislación civil y a lo que siguiendo la calificación dada por el honorable Tribunal a los hechos venía a constituír el uso de un derecho cual era este el haber empleado los dineros del mandante en provecho propio, se le dio a tal hecho un valor probatorio que no tenían al considerarlos como constitutivos del delito de abuso de confianza, violándose con ello las disposiciones contenidas en los artículos 204, 216, 217 y 223 del Código de Procedimiento Penal. Por otra parte, es de estimar que no habiéndose efectuado por el procesado Díez Ortiz el cobro de las fracciones premiadas, al admitirse en la misma sentencia que la negociación que se dice llevada a cabo entre el procesado y el doctor Mesa Ramírez no pasaba de ser un 'cuento chino', todo lleva a concluír que por el procesado no se obtuvo provecho alguno en el acto de apropiación que se le atribuye y así el ilícito que se le imputa no podía tener o haber llegado al grado de consumación, sino que se trataría de un delito de 'abuso de confianza' en grado de tentativa, porque si bien al procesado se le imputó la apropiación de fracciones premiadas de una lotería, estas vendrían a ser títulos al portador o sea un medio apenas para obtener el pago del precio, más propiamente para obtener el provecho que se considera como ilícito en el delito de 'abuso de confianza' y que viene a ser uno de los elementos constitutivos que debe al-

canzar una efectiva realización para considerar el ilícito de 'abuso de confianza' como consumado. De acuerdo con nuestra legislación no basta que se tenga el propósito de aprovechamiento en el momento de llevar a cabo la apropiación, como sí claramente se expresa así con respecto al delito de hurto, según lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943. La admisibilidad de la tentativa en el delito de 'abuso de confianza' es defendida, entre otros autores, por Carrara, Manzini y Maggiore. Así las cosas y por este aspecto, por una errónea apreciación de los hechos, con violación de las normas consagradas en los artículos 204 y 216 y ss. del Código de Procedimiento Penal, se les dió un valor probatorio que no tienen y se les negó el que sí tienen como constitutivos de pruebas de convicción para demostrar una circunstancia que ha influído en la determinación de la sanción, incurriéndose, por tanto, en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal''.

Anota, igualmente, que ''si admitida como se admitió erróneamente la declaración de Zoila Rosa Calderón y con base en ella se ha considerado que se trató de un delito de 'abuso de confianza', ha existido a este respecto una errónea apreciación o valoración de tal testimonio, ya que al manifestar la declarante que ella entregó al procesado las fracciones de lotería para que éste examinara si habían salido favorecidas o premiadas, habiéndose posteriormente el procesado apropiado de ellas, negándose a devolvérselas, se está en presencia de un delito de 'hurto' y no de un delito de 'abuso de confianza', porque Zoila Rosa entregó las fracciones, según su declaración, no a título no traslaticio de dominio sino para que las tuviera en su poder momentáneamente mientras efectuaba o verificaba el procesado si las fracciones habían resultado premiadas. Esta detención momentánea para la cual le eran o le fueran entregadas a Díez Ortiz las fracciones por parte de Zoila Rosa, en momento alguno puede llegar a constituír la posesión, elemento necesario para la estructuración del delito de 'abuso de confianza' ''. Y luego de citar a varios tratadistas a fin de fundamentar sus apreciaciones, el demandante concluye que ''por una errónea apreciación de los hechos se le dió a la declaración de Zoila Rosa Calderón un valor probatorio que no tiene, como demostración de los elementos constitutivos del delito de 'abuso de confianza' y no de 'hurto', que sería en realidad de verdad el delito cometido, de darse crédito, como se le dio, así fuera erróneamente, a la declaración de Zoila Rosa Calderón, violándose por tanto las disposiciones legales contenidas en los artículos 204, 224 del Código de Procedimiento Penal, lo que lleva a considerar estructurada la causal segunda de casación prevista en el artículo 567 de la misma obra''.

Observa, por último, que ''al aceptarse, como se ha aceptado por el honorable Tribunal Superior en la providencia recurrida y para los efectos de agravar la pena impuesta al procesado Omar Díez Ortiz las constancias, que no certificaciones, expedidas por el Jefe de Estadística y Director de la cárcel del Distrito Judicial de Cali, que obran a folios 120 v. y 275 v., constancias de las cuales se informa haber ingresado a dicho establecimiento carcelario el señor Omar Díez Ortiz, por una errónea apreciación de los hechos, porque se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen sobre una circunstancia que ha influído en la determinación de la sanción, se violó el artículo 34 del Código Penal''.

2º *Causal primera:*

Asevera el doctor Julio Romero Soto, apoderado del recurrente, que ''la sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma''.

Considera, al respecto, que ''era apenas lo natural y lógico que habiéndose interpretado o apreciado los hechos erróneamente en la sentencia recurrida atribuyéndoles un valor probatorio que no tenían, negándoseles el que sí tenían, o no tomándoseles en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, siendo como eran elementos constitutivos del delito o eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que han influído en la determinación de la sanción, no podía llegarse a otro resultado diferente a aquel de violar la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma. Al condenarse al señor Omar Díez Ortiz a la pena señalada para el delito de 'abuso de confianza', sin que dicho delito se hubiera cometido, se violó el artículo 412 del Código Penal por aplicación indebida de dicho precepto. El señor Omar Díez Ortiz ha debido ser absuelto, o en el peor de los casos, culpable como se le consideró, haberle aplicado el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943... Se violó en la sentencia de fecha julio nueve de mil novecientos sesenta y dos el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943...'', citado..., ''por no haberlo aplicado al caso como era lo pertinente, y el artículo 412 del Código Penal por haberle dado una aplicación indebida. En consecuencia, la sentencia recurrida debe casarse por errónea interpretación y por indebida aplicación de la ley penal''.

Termina el demandante solicitando que se case la sentencia acusada y "en su lugar se dicte la providencia absolutoria a favor del citado Omar Díez Ortiz, que deba reemplazarla".

A los anteriores cargos replica el señor Agente del Ministerio Público en amplio concepto (f. 47 a 90 del Cd. de la Corte), del cual concluye que no es pertinente casar la sentencia recurrida.

De la respuesta del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal cabe transcribir lo siguiente:

a) "El más importante reparo, del cual, al ser expuesto, se desprenden otras críticas al fallo acusado, estriba en denunciar como error judicial cometido, haberle prestado el honorable Tribunal de instancia crédito a los testimonios de cargo que obran en autos, a la vez que desechado las explicaciones dadas por el acusado al rendir indagatoria y los testimonios de descargo recibidos durante la actuación procesal.

"Al respecto, la Procuraduría se anticipa a afirmar que tal clase de acusación, auncuando haya sido desarrollada con propiedad en la demanda, al fin y al cabo corresponde apenas a la oposición de un criterio, el personal del señor demandante, al criterio adoptado por el *ad quem*, sin que le hubiera sido posible a la defensa demostrar que la apreciación probatoria hecha por el sentenciador, adolezca de yerro grave y manifiesto, que como tal justifique la invalidación del fallo impugnado.

"Se repite que la cuestionada oposición es inútil porque con ella no es posible obtener fruto o beneficio alguno ante un Tribunal de casación, debido a la circunstancia de que en el juicio elaborado no se evidencia una equivocación protuberante, sino más bien un acertado análisis de los elementos probatorios allegados al expediente.

"Ahora bien: el testimonio rendido por la señora Zoila Rosa Calderón no es la única prueba de cargo que obra en el proceso, pues además de lo declarado por ella, en forma que revela —como bien hace en observarlo la sentencia— una absoluta sinceridad y espontaneidad al hacer el relato de lo sucedido con las fracciones de la lotería que resultaron premiadas, obra el testimonio de la hija de doña Zoila Rosa, quien fuera testigo directo de buena parte de lo ocurrido entre su señora madre y el acusado, y obran las declaraciones de los señores Gilberto Bonilla, Ulpiano Herrera, Alfonso Rengifo y Luis M. Castro que corroboran en buena parte lo afirmado por la principal ofendida con el delito, y a las cuales declaraciones el actor les formula una serie de críticas que aún en el supuesto de que tuvieran algún fundamento, no le restarían valor de convicción a la acusación que desde un principio del proceso ha venido pesando sobre el patrocinado del doctor Romero Soto.

"... ... ...

"La versión de estas dos mujeres...", se refiere a Zoila Rosa y Emelina..., "es indudablemente verosímil, como no lo es el modo empleado por el acusado para responder a la imputación que se le hizo. A este respecto, no podrían ser más exactas y justas las reflexiones hechas por el *ad quem* para darle crédito a las aseveraciones de las aludidas madre e hija, y para negarle toda fe a lo expuesto por el reo.

"... ... ...

"De modo y suerte tales que el conjunto de pruebas minuciosamente relacionadas y valoradas por el juzgador, determinó en éste la certeza necesaria para proferir, con sujeción estricta a la ley, un fallo condenatorio de Omar Díez. Dicha certeza, calificable por Framarino de Malatesta como 'estado sicológico, producto de la acción de la realidad percibida y de la conciencia de tales percepciones', es lógico resultado de la confrontación hecha de los pros y los contra, mejor dicho, de una y otra clase de medios probatorios aducidos al proceso, y esa convicción íntima adquirida por el *ad quem*, en manera alguna es posible desconocerla, porque este Juez hizo un buen uso de la libertad de apreciación probatoria que le confiere la ley.

"En tratándose de un enjuiciamiento criminal, el fallador goza de amplias facultades para calificar las pruebas, y, en especial, para apreciar el testimonio. La libre apreciación de las pruebas la consagra el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, porque, conforme a este texto legal se le permite al juez 'apreciar razonadamente' la credibilidad del testigo, teniendo en mientes las condiciones personales y sociales de quien declara, y valorando el testimonio rendido con relación a su forma, es decir, a ciertas exterioridades formales, y con relación también a su contenido, esto es, a la verosimilitud que pueda ser característica de sus términos y al grado o entidad que tengan las contradicciones que pueda encerrar.

"Esta amplísima atribución conferida al juez penal para estimar la prueba actuante, encuentra no sólo respaldo en lo adoctrinado por los tratadistas, sino igualmente en la propia jurisprudencia sentada por la honorable Corte".

Con respecto a la acusación hecha en la demanda en cuanto a la calificación jurídica que

en la sentencia se da a los hechos, anota lo siguiente el señor Agente del Ministerio Público:

"...La conducta atribuída a Omar Díez, para nada se roza con una supuesta sustracción de una cosa mueble ajena... En cambio, esa misma conducta corresponde al hecho de haberse apropiado el acusado de las fracciones de lotería que su propietaria le entregó. Y corresponde a tal acción por la sencilla razón de que si inicialmente, según el dicho de la señora Zoila Rosa Calderón, el acusado se apoderó de las 'fracciones' del billete premiado de la lotería del 'Libertador', a tiempo que la misma señora se las mostraba para que le hiciera el favor de consultar el periódico del día y verificara si las 'fracciones' habían resultado favorecidas en el sorteo, ese hecho de tomar para sí las 'fracciones' que provocó la protesta de doña Zoila, quien acto seguido le pidió que se las devolviera, a la postre no demuestra que el delito cometido sea un hurto, porque la verdad es que la dueña de las 'fracciones', después de afirmar que con la llegada del lotero a la tienda de Díez, pudo enterarse de que había sido premiada con la suerte, cuenta también que el acusado le propuso en forma zalamera que le dejara las 'fracciones' encargándose él de cobrar el premio y de consignarle a ella el dinero correspondiente en la Caja de Ahorros y comprarle un lote, a lo cual tácitamente accedió".

"... ... ...

"...Con el evento de autos, se trata de un delito de abuso de confianza consumado... El acusado, al intentar cobrar a nombre y en beneficio propio el premio correspondiente a las fracciones de la lotería 'El Libertador', se apropió de cosa mueble ajena que le había sido entregada o confiada a título no traslaticio de dominio, y, por consiguiente, el momento de la consumación del delito surge al intentarse ese cobro, porque con éste hizo entrar en su propio dominio la cosa mueble de otro... Una cosa es el aprovechamiento y otra diversa el mayor o menor perjuicio que pueda derivarse de la pérdida definitiva de la cosa de parte de su propietario. Por lo mismo, no está descartado en el caso de autos el provecho porque las 'fracciones' no hubieran podido ser convertidas en dinero al presentarlas el acusado para su cobro en la agencia de la lotería, como que el provecho, en materia de abuso de confianza, se reputa existente desde el instante en que la cosa confiada o entregada al agente, éste la haya hecho ingresar en la esfera de su dominio".

"... ... ...".

Luego de citar algunos conceptos de Sebastián Soler, Giuseppe Maggiore e Irureta Goyena, dice el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "el provecho viene a ser, para el texto legal en estudio...", se refiere al artículo 412 del Código Penal..., "el motivo determinante de la acción única con la cual se consuma la infracción penal, que es la apropiación en sí, y no un coeficiente de la objetividad o materialidad del abuso de confianza".

Y en lo relacionado con la causal primera de casación propuesta por el demandante, el señor Agente del Ministerio Público dice que "cree haber podido demostrar que no erró el sentenciador al calificar los hechos que consideró probados, como constitutivos de un delito de abuso de confianza consumado y no de un delito de hurto. Por consiguiente, es el caso de remitirse a todo lo expuesto en el capítulo anterior de este escrito con relación al indicado particular, y se impone, como cosa elementalmente obvia, solicitar de manera atenta a esa Corporación que rechace también la causal primera de casación, por no tener asidero en la realidad del proceso".

El señor apoderado del recurrente presentó, durante la audiencia pública, un alegato escrito, en el cual insiste en los yerros del *ad quem* al darle credibilidad a los testimonios de cargo y rechazar, en cambio, las explicaciones de su mandante y los testimonios que, dice, las respaldan.

Expresa nuevamente que en la sentencia no se tomó en cuenta la declaración de Esteban Jacob Julio Alvarado (f. 264 del informativo), y que hace hincapié "sobre el grave error en que incurrió el honorable Tribunal en la sentencia recurrida, relacionado con el hecho de haberse dado a la constancia o constancias del Director de la cárcel del Distrito de Cali, el valor de copia de sentencias condenatorias legalmente ejecutoriadas, para con base en ellas, como se hizo por..." el *ad quem*... "haber procedido a aumentar la pena al procesado Díez Ortiz, hecho este sobre el cual, no obstante constituír un error grave y ser por ello causal de casación, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, en su extenso concepto, ni siquiera mencionó".

Consideraciones de la Sala.

Corresponde examinar los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, objeto del recurso, en el mismo orden de las causales de casación invocadas por el demandante, a saber:

A. *Causal segunda*:

Señala el señor personero del reo las siguientes tachas:

1ª Que el *ad quem,* por errada interpretación o apreciación de los hechos, les atribuye en la sentencia un valor probatorio que no tienen, al mismo tiempo que les niega el que otros ofrecen, con lo cual se produjo la decisión condenatoria de Omar Díez Ortiz, siendo pertinente su absolución.

A este respecto, la Sala comparte los razonamientos del fallo impugnado, cuya transcripción se hizo atrás, los cuales tienen apoyo en una sana crítica de los testimonios traídos al proceso.

Las explicaciones que Díez Ortiz presenta en su indagatoria sobre los hechos que se le imputan no son verosímiles; su comportamiento luego de que entró en posesión de las fracciones de lotería, indica a las claras su responsabilidad y lleva, en consecuencia, a que se rechacen los testimonios en que se pretendió respaldar su dicho. No cabe, por tanto, admitir ese supuesto error del Tribunal Superior de Cali en la apreciación de las pruebas.

Los reparos que el impugnante le hace a la declaración de la señora Zoila Rosa Calderón no son suficientes para que pueda concluírse que el ad quem, *al darle credibilidad a esta testigo, incurrió en un error ostensible o manifiesto, único yerro que puede dar lugar a que prospere la causal segunda de casación, como lo ha señalado esta Sala en diversos fallos. Tanto menos, cuanto que el dicho de la citada testigo encuentra respaldo en el testimonio de otras personas y en la circunstancia de resultar inaceptables las explicaciones ofrecidas por el procesado.*

Al oponerse simplemente el demandante al criterio del juzgador respecto de la credibilidad que éste le concede a los testigos de cargo, enfrentando su personal opinión pero sin demostrar que en la sentencia acusada se incurre en un error manifiesto en la apreciación de las pruebas, no demuestra, con ello únicamente, ese presupuesto que hace pertinente la causal segunda de casación.

La Corte ha expresado que su facultad en la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad..." (G. J. t. LXXXI, números 2160, 2161, p. 845 a 846).

También ha expresado esta Sala que "la estimación de las pruebas no está sujeta en lo penal como en lo civil a pautas rigurosas, pues casi todas son de apreciación racional, esto es, su valor queda al análisis y criterio de los jueces, sobre todo el testimonio y la confesión. Sobre el testimonio dice el Código de Procedimiento que el funcionario debe apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica y, especialmente, las condiciones personales y sociales del testigo, las de las cosas a que se refiere el declarante, las circunstancias en que haya sido percibido lo que relata y aquellas en que se haga la exposición" (G. J. Nº 2057-58, p. 861).

Corresponde anotar, de otra parte, que el fallo acusado no deduce la responsabilidad penal de Omar Díez Ortiz del solo testimonio de la señora Zoila Rosa Calderón, como que la imputación que le hace a aquél esta declarante está confirmada con lo que refieren Emelina Calderón, Ulpiano Herrera, Gilberto Bonilla, Alfonso Rengifo y Luis M. Castro.

Esta primera tacha no aparece demostrada.

2ª Que en la sentencia recurrida se dejó de apreciar el hecho de la facultad que Díez Ortiz, en el supuesto de ser cierto lo aseverado por la señora Zoila Rosa Calderón, tenía para disponer de los bienes que ella le había confiado por razón del mandato que le confirió, pues dentro de este convenio quedaba autorizado para usar tales bienes, sin que por ello cometiera la apropiación que exige el delito de abuso de confianza.

Basta para concluír que esta segunda tacha no tiene respaldo alguno en las pruebas del informativo tomar en cuenta lo que el mismo procesado refiere en su declaración de inquirir. En efecto, de las explicaciones que da el señor Díez Ortiz se desprende, de manera evidente, el *animus rem sibi habendi* respecto de la suma de dinero con la cual resultaron favorecidas las fracciones de lotería que recibió de la señora Zoila Rosa Calderón. Ni en parte alguna de su indagatoria, ni en ninguna otra prueba aparece insinuado, siquiera, que el procesado se hubiese propuesto, con la retención de esas fracciones de lotería y el cobro del premio obtenido, cumplir un simple uso del dinero que le fuera pagado, para entregar, posteriormente, esa suma de dinero a su mandante. El reo afirmó ser el dueño de tales fracciones de lotería, por haberlas comprado a doña Zoila Rosa Calderón. Por tanto, no puede aceptarse esa supuesta intención suya de simple uso del dinero que hubiera obtenido con el pago del premio, a fin de entregarlo, luego, a la nombrada señora.

3ª Que el *ad quem* incurrió en error en la apreciación de las pruebas, pues no habiendo cobrado el señor Díez Ortiz las fracciones de lotería que resultaron favorecidas con el premio mayor, no obtuvo provecho alguno y, en consecuencia, el delito de abuso de confianza no alcanzó a consumarse, sino que quedó en la etapa de la tentativa.

En relación con esta tacha, cabe anotar que *las fracciones de lotería premiadas representaban, por sí mismas, el valor económico correspondiente al premio que obtuvieron, pues es sabido que son pagaderas al portador. En consecuencia, la sola retención de las mismas con ánimo de disponer de ellas como dueño, luego de haber sido recibidas por un título no traslaticio de dominio, da lugar a la apropiación en la cuantía de ese premio con que tales fracciones de lotería resultaron favorecidas. El provecho, en este caso, resulta de ese poder de disposición, aunado al* animus rem sibi habendi, *respecto del valor representado por el premio obtenido por tales fracciones de lotería, pues, como se conoce, son pagaderas al portador.*

Se desprende de lo dicho que este tercer cargo no resulta demostrado.

4ª Que el Tribunal Superior de Cali incurrió en error en la estimación de las pruebas, en cuanto calificó los hechos como constitutivos de abuso de confianza, siendo así que ellos configuran el delito de hurto.

A este respecto, la Sala acoge las consideraciones del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, pues el *ad quem*, al estimar como demostrado que la señora Zoila Rosa Calderón aceptó que el procesado cobrara las fracciones de lotería premiadas, para consignar el dinero en una cuenta de ahorros y comprarle, luego, un lote de terreno, no ha incurrido en error manifiesto en la apreciación del testimonio de la señora Zoila Rosa, quien se refiere a esa proposición de Díez Ortiz.

Esta tacha no resulta, por tanto, comprobada.

5ª Que "al aceptarse, como se ha aceptado por el honorable Tribunal Superior en la providencia recurrida y para los efectos de agravar la pena impuesta al procesado Omar Díez Ortiz las constancias, que no certificaciones, expedidas por el Jefe de Estadística y Director de la cárcel del Distrito Judicial de Cali, que obran a folios 120 v. y 275 v., constancias de las cuales se informa haber ingresado a dicho establecimiento carcelario el señor Omar Díez Ortiz, por una errónea apreciación de los hechos, porque se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen sobre una circunstancia que ha influído en la determinación de la sanción, se violó el artículo 34 del Código Penal".

Corresponde observar que *en la sentencia acusada no se tuvo en cuenta el artículo 34 del Código Penal, cuya violación alega el demandante, sino el precepto contenido en el ordinal 2º del artículo 37 de la misma obra.* En efecto, se dice en el fallo acusado que "se dosificará la pena principal condigna en un grado mayor al mínimo en vista de la circunstancia de mayor peligrosidad que conspira contra él, consistente en haber sido condenado anteriormente por otro delito, ya que de haberse allegado la copia del respectivo fallo hubiera sido necesario considerar su reincidencia, como una nueva circunstancia agravante de su delito", esto es, darle aplicación al citado artículo 34 del Código mencionado.

Claro está que el ad quem *sí incurrió en error al darle mérito a los informes que obran a los folios 120 v. y 275 v. del proceso, pues esta Sala, en varias oportunidades, ha expresado que "la prueba adecuada para la circuntancia de mayor peligrosidad de que habla el ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal, no es la de certificados de ingresos a establecimientos carcelarios, sino las copias de las sentencias respectivas. Si esto se predica de las constancias de entradas a las cárceles, menos puede argüirse de simples sindicaciones, las cuales pueden terminar con un sobrescimiento definitivo o con una sentencia absolutoria".* (Cas., 30 septiembre de 1946, G. J. t. LXI, p. 481; de 18 de febrero de 1948, G. J. t. LXIII, p. 874; de 15 de marzo de 1948, G. J. t. LXIV, p. 205; de 27 de mayo de 1949, G. J. t. LXVI, p. 224; de 21 de octubre de 1949, G. J. t. LXVI, p. 727; de 21 de marzo de 1950, G. J. t. LXVII, p. 217; de 11 de septiembre de 1951, G. J. t. LXX, p. 526; de 19 de agosto de 1952, G. J. t. LXXII, p. 107; de 6 de marzo de 1956, G. J. t. LXXXII, p. 347, y de 28 de febrero de 1958, G. J. t. LXXXVII, p. 289).

Este cargo, pues, resulta acreditado y corresponde, por este aspecto, invalidar parcialmente el fallo recurrido, a fin de aplicar la sanción mínima prevista en el artículo 412 del Código Penal, en concordancia con el artículo 1º del Decreto extraordinario número 2184 de 1951, esto es, la de un año de prisión.

B. *Causal primera.*

Habiendo sido propuesto este motivo de casación como consecuencial del indicado en el ordi-

nal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, corresponde aceptar que prospera en cuanto al último cargo examinado inmediatamente antes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, *invalida parcialmente* la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de que se ha hecho referencia, a fin de imponer al procesado Omar Díez Ortiz la pena principal de un año de prisión, como responsable del delito de abuso de confianza, en cambio de la de un año y tres meses de prisión señalada en dicho fallo.

En lo demás rige la sentencia objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Cali.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ESTAFA.

Invocación de las causales cuarta, segunda y primera de casación. Análisis probatorio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 28 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a Antonio José Arango Villegas, como responsable del delito de estafa, a la pena de "treinta y tres (33) meses y diez (10) días de prisión" y accesorias correspondientes.

Hechos y actuación:

Los elementos de juicio que ofrece el proceso establecen que Arango Villegas, tomando como medio de engaño una promesa de contrato que al efecto acordó en Medellín en mayo de 1961, donde aparentemente se comprometía a transferir a los cónyuges Manuel Bernal y Tulia Campuzano, a cambio de una finca de éstos llamada "La Gaviota", en el Municipio de La Estrella, y $ 23.000 adicionales, la casa que, aducida como suya, está ubicada en la carrera "San Martín", número 64-46 de la citada ciudad, se hizo entregar, con el propósito de obtener un provecho ilícito, de los expresados cónyuges, inducidos en error, precisamente en razón de aquella mañosa promesa, $ 10.500 el 12 del predicho mayo, un automóvil el 19 y otros $ 7.500 el 14 de junio, luego de que el día anterior, impulsado por la avidez de más dinero, suscribió un documento en torno a la referida promesa de permuta.

De estos hechos conoció el Juzgado 4º Superior de Medellín, el cual, entendiéndolos como constitutivos del delito de estafa, mediante sentencia del 15 de junio del año pasado, condenó al procesado Arango Villegas, en razón de ellos, a la pena principal de cuatro (4) años de prisión, pena que el Tribunal de la misma ciudad, en su fallo del 28 de agosto, redujo a "treinta y tres (33) meses y diez (10) días de prisión".

Demanda de casación:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente Arango Villegas, por conducto de su apoderado, invoca, en su orden, las causales de casación previstas en los ordinales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimento Penal.

Causal 4ª

Con apoyo en esta causal, el recurrente sostiene que la sentencia acusada es "violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", tesis que trata luego de demostrar con fundamento en que, como en su concepto lo único que aparece demostrado en los autos es el incumplimiento de una promesa de contrato, la justicia penal no era a la que correspondía conocer del asunto sino a la civil, lo que quiere decir que se incurrió en la nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, referida a "incompetencia de jurisdicción".

Respuesta:

El proceso se contrae, desde la denuncia en que se generó, a la imputación por un delito de estafa, del cual tenía que conocer la justicia penal y, en particular, uno de los Juzgados Superiores de Medellín, teniendo en cuenta el lugar de los hechos y la cuantía, superior a cinco mil

pesos, incluso para declarar, si era del caso, que el expresado delito no se configuraba. El cargo, en estos términos, resulta por entero inane y entonces no puede prosperar la causal a cuyo amparo se formula.

Causal 2ª

Con invocación de esta causal se formulan al expresado fallo los cargos que a continuación se reseñan y estudian:

a) En la sentencia "se le dió un valor probatorio que no tiene" al documento suscrito el 13 de junio entre doña Tulia Campuzano y Arango Villegas, el cual se indicó atrás, especificando la materia a que se contrae, al relacionar los hechos del proceso, planteamiento que se procede a fundamentar, en síntesis, así:

"Estando debidamente comprobado que el contrato de promesa de compraventa fue firmado con posterioriad a la fecha de la entrega del dinero, o sea mucho después de que los esposos Bernal le entregaron al señor Arango Villegas la suma de diez mil quinientos pesos ($ 10.500) y siendo que el delito que se juzga es el de estafa, existe una clara equivocación por parte del honorable Tribunal Superior en la valoración de los elementos constitutivos del delito que se juzga, por cuanto que una de las condiciones de su tipificación es la inducción a error por parte del sujeto activo del delito para lograr que la víctima entregue el dinero o la cosa. En el caso de autos, tenemos que si la entrega del dinero se hizo con antelación a la firma de la promesa de compraventa, la infracción por la cual se condenó al señor Arango falla en todos sus elementos constitutivos por cuanto que si la inducción a error fue determinada por el documento que obra en autos, como lo afirma el honorable Tribunal en la sentencia recurrida, los elementos constitutivos del delito de estafa habrían surgido a la vida del derecho con posterioridad a la entrega del dinero hecha al señor Arango Villegas por parte de los esposos Bernal, lo que implicaría recaudo extemporáneo de los elementos tipificadores de la infracción penal memorada.

"... ... ...

"...cuando el sujeto pasivo del delito entrega la cosa por simple torpeza, la modalidad de estafa desaparece. En el caso de autos, afirmo que existe una torpeza de magnitud inconcebible por parte de los esposos Bernal, por cuanto que antes de entrar en negociaciones con el señor Arango Villegas, han debido examinar el certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín, para que se hubieran enterado de los gravámenes que pesaban sobre la propiedad prometida en venta o permuta por el ya tantas veces citado señor Arango Villegas. El examen de este documento es usual en la vida de los negocios y una persona atenta y diligente no entrega suma alguna de dinero a buena cuenta de una transacción como la que motiva el presente recurso, sin antes enterarse de si la propiedad está libre y si ciertamente pertenece al promitente vendedor. Si es ignorante, siempre recurre a los servicios de un abogado que le examine todos los papeles y certificados".

Respuesta:

El procesado Arango Villegas recibió de los cónyuges Bernal-Campuzano, con anterioridad a la firma del documento del 13 de junio, $ 10.500 y un automóvil, dinero y vehículo que le fueron entregados, según lo sostienen aquéllos y lo reconoce el procesado, en razón del contrato de que se vino a recoger memoria escrita en el mencionado documento, el cual, en esta suerte, sólo tuvo como objetivo "disimular el ardid en práctica" y procurar que éste, en sus efectos delictuosos, rindiera mayor provecho, propósito que se logró, ya que Arango, a continuación de la firma y reconocimiento del predicho documento, obtuvo de sus víctimas otros $ 7.500.

En cuanto a la segunda parte de la fundamentación del cargo en estudio, cabe y basta observar que Arango Villegas, en hábil maniobra, perfectamente acorde con sus propósitos de engaño, colocó a los cónyuges Bernal-Campuzano en posesión material de la casa que jugaba en la promesa, hecho que, como es obvio, tenía que llevarlos a la convicción de que era suya.

b) El contrato de Arango Villegas con los Bernal-Campuzano es "perfectamente lícito y no constituye estafa", puesto que aquél "tenía sus derechos definidos sobre la propiedad que había prometido enajenar" y su conducta, "en el peor de los casos", se "acomoda a lo preceptuado en el artículo 1871 del Código Civil que le da validez a la venta de cosa ajena".

"El honorable Tribunal sentenciador —dice el recurrente— invadió la jurisdicción de la justicia civil al condenar al señor Arango Villegas por el delito de estafa, sin esperar a que la justicia civil se pronunciara sobre la validez del contrato que motivó la denuncia penal, llevándose de calle el artículo 1871 del Código Civil,

norma ésta que tiene prevalencia sobre las normas penales aplicadas en el caso subjúdice, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Código Civil.

"... ... ...

"Si el honorable Tribunal Superior incurrió en tamaño error, fue porque le atribuyó un valor probatorio que no tiene al contrato de promesa de compraventa suscrito por las partes, dejando de valorar el valor que sí tiene a la luz de las normas civiles, el contrato de compraventa que determinó la iniciación del proceso penal".

Respuesta:

El señor Bernardo Gómez, mediante la escritura número 2449 del 19 de noviembre de 1960, otorgada en la Notaría 5ª de Medellín, vendió a la señora Mireya Gutiérrez de Ocampo la casa de la carrera "San Martín". En ese instrumento aparecen las siguientes estipulaciones:

"*Tercero.* Que el inmueble descrito tiene los siguientes gravámenes: a) Una hipoteca por la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000) a favor de Elena Jaramillo y otra, de cuyo pago se hace cargo la adquirente; un embargo promovido por Jaime Sanín Mejía ante el Juzgado Sexto Municipal de Medellín, con base en una letra por la suma de dos mil pesos ($ 2.000) que el mismo comprador queda obligado a hacer levantar mediante pago, tan pronto como el vendedor se lo pida y en ningún caso antes de él pedírselo. *Cuarto.* Que el precio de la venta es la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000) moneda legal, que la compradora pagará así: se reserva en su poder, con autorización del vendedor, la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000) para atender al pago de la deuda hipotecaria mencionada y queda a deber al mismo vendedor la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000) para pagárselos como luego se verá. *Quinto.* Que la entrega material del inmueble la hace al comprador desde hoy, con sus mejoras y anexidades, usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas legalmente constituídas, o que consten en títulos anteriores, entrega que hace en poder de inquilinos... Presente la compradora... manifestó: a) Que se hace cargo de la deuda hipotecaria que pesa sobre la propiedad y se obliga a pagarla en los términos de la respectiva escritura y con los intereses tanto pendientes como los que se causen de hoy en adelante. c) (sic). Que tan pronto se lo exija el vendedor y en ningún caso antes de esa exigencia, depositará en el Juzgado Sexto Civil Municipal, la suma de tres mil pesos ($ 3.000) para el pago de la deuda que motivó el embargo del inmueble, sus intereses y demás prestaciones, hasta quedar desembargada la propiedad. d) Que se constituye deudora del vendedor Gómez por la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000), resto del precio de la venta, los que pagará a su acreedor o a su orden, en esta ciudad, dentro del plazo de cuatro (4) años contados de esta fecha en adelante, reservándose el derecho de cancelar antes de su vencimiento o el de hacer abonos no menores de mil pesos ($ 1.000) cada uno. e) Que sobre la suma mencionada reconoce al acreedor un interés del seis por ciento (6%) anual, intereses que el deudor paga por anticipado por todo el término del plazo o sea por los cuatro años, así: tres mil pesos ($ 3.000) que se obliga a depositar en el Juzgado Sexto Civil Municipal de Medellín, tan pronto como se lo solicite el acreedor, para cancelar la deuda que motivó el embargo y sus consiguientes prestaciones, hasta obtener el desembargo; mil pesos ($ 1.000) con los cuales el deudor (sic) cubrirá intereses pendientes de la deuda hipotecaria de primer grado, en la debida oportunidad; y dos mil pesos ($ 2.000) que paga el vendedor en este momento de firmarse la escritura. Es entendido que los sobrantes de lo que invierta la compradora en los pagos dichos, deberán serle reembolsados al vendedor. Es condición del contrato la de que si antes de registrarse esta escritura fuere embargada la propiedad en acción personal, el comprador dará al vendedor un plazo hasta de noventa (90) días para el desembargo mediante arreglo o pago. Es también condición del contrato la de que en caso de pago total o abonos parciales por parte de la deudora al acreedor Gómez Gómez de la suma que causa a deberle, éste está obligado a rebajarle por las sumas abonadas el uno por ciento (1%) mensual computable por el tiempo que falte de plazo en la fecha del pago o abono. La deudora declara, que para seguridad en el pago de la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000) constituye hipoteca de segundo grado en favor del señor Bernardo Gómez Gómez, sobre el mismo inmueble que de él adquiere por este acto, con sus mejoras presentes y futuras, seguridad ésta que respalda también los gastos de la cobranza y las demás obligaciones contraídas en este acto. El acreedor por su parte se compromete para con la deudora a que en caso de que vaya a ceder el crédito que por este acto se constituye en su favor, preferirá a la deudora en iguales condiciones, para lo cual le avisará previamente su propósito

de ceder tal crédito. También han convenido los contratantes en que si la compradora enajenare el inmueble antes del vencimiento del plazo de cuatro años antes anotado, queda desde este momento de la enajenación, vencido el plazo de la deuda total de veinticinco mil pesos ($ 25.000) o de los saldos debidos si ha habido abonos a capital, pero aún en este caso, la deudora tiene derecho a la rebaja del uno por ciento (1%) mensual, sobre lo debido y por el tiempo que falte del plazo". (Fl. 28 v. del cuad. de originales).

No aparece constancia respecto del registro de esta escritura, aunque la verdad es que debe descartarse en atención al embargo de que ella misma habla, "promovido por Jaime Sanín Mejía ante el Juzgado Sexto Municipal de Medellín, con base en una letra por la suma de dos mil pesos ($ 2.000)", que la compradora se comprometió a pagar en la forma "complicada y sugestiva" como allí se indica, y porque sólo hasta el 15 de junio de 1961, después de un año de su otorgamiento, "se efectuó el pago del impuesto de registro correspondiente y los certificados de paz y salvo de Hacienda Nacional respectivos, fueron expedidos, el de la compradora, el 22 de noviembre de 1961, con validez hasta el 31 de diciembre del mismo año, y el del vendedor, el 25 de mayo del mismo año de 1961; porque el certificado de paz y salvo de caminos, 'para hipotecar solamente' referente al vendedor, 'propietario del inmueble situado en este distrito', y 'por concepto de impuesto predial y de parque y arborización', fue expedido el 15 de junio del citado año de 1961, fecha que también lleva el certificado de valorización, válido para 'el solo efecto de venta', todo lo cual aparece en las copias y constancias fijadas a continuación de la escritura referida". (Fl. 30 ibídem).

A más de lo anterior, se encuentra un certificado del Juzgado 6º Civil del Circuito de Medellín, que a la letra dice:

"Que en este despacho cursa el juicio hipotecario de la señora Helena Jaramillo contra el señor Bernardo Gómez.

"En dicho juicio fue comunicado al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados por oficio número 446 de 10 de noviembre del año de 1961 el embargo del siguiente inmueble:...

"En el referido juicio se dictó auto decretando el embargo con fecha *15 de octubre del año de 1960* y el oficio de embargo está registrado con fecha *13 de noviembre del año de 1961,* tomo 2º, fl. 131 y al número 888. También se decretó el secuestro del inmueble, diligencia que se llevó a efecto el día *10 de febrero del año de 1961* por el señor Inspector Segundo Civil Municipal de esta ciudad.

"Por edicto de *13 de abril del año de 1961* fue emplazado el demandado y como no se hizo presente se le nombró un curador *ad litem.* Y con fecha *8 de julio del año de 1961* el apoderado de la parte demandante solicitó la suspensión del juicio por un término de treinta días; a lo cual se accedió por auto de *octubre 19 del año citado. Este es el estado actual del negocio".*

A continuación del certificado transcrito aparece copia de una diligencia que dice:

"Diligencia de secuestro. Inspección Segunda Civil Municipal. Medellín, *febrero diez de mil novecientos sesenta y uno.* En la fecha, a las diez de la mañana hora señalada para la diligencia de secuestro ordenada..., para dar cumplimiento a la comisión conferida se procedió a identificar el inmueble... En la habitación se encontró al señor Antonio Arango Villegas quien manifestó que tiene una promesa de compra del inmueble del señor don Bernardo Gómez, demandado, se le hizo saber que en adelante debe continuar entendiéndose con el secuestre que se nombra en esta diligencia, señor don Darío Vergara a quien se le tomó el juramento legal y prometió cumplir bien y fielmente a su leal saber y entender con los deberes del cargo para que fue nombrado. Así se firma... El secuestrado: Antonio Arango...".

No se sabe si Arango Villegas era el *"inquilino"* a que se refiere la escritura reproducida atrás en sus cláusulas más importantes y, en esa suerte, ocupaba la casa en el momento de secuestrarla, o si ese hecho "provenía de un contrato de promesa de venta de la misma, que no presentó", limitándose a afirmar que lo tenía celebrado con el señor Gómez Gómez, aunque sin indicar fecha.

En las condiciones anotadas, Arango Villegas negoció con los cónyuges Bernal-Campuzano, en el mes de mayo de 1961, la expresada casa, recibiendo, por ese concepto, como ya se dijo, $ 10.500, el 12 de ese mes, un automóvil el 19 y también la finca "La Gaviota", que se le entregó a fines del citado mayo, la cual arrendó a terceros. Arango, por su parte, colocó a los Bernal en posesión de la casa, previniéndolos en torno a lo siguiente de que dan cuenta los cónyuges en la denuncia:

"Arango Villegas manifestó que aún no podía otorgar la correspondiente escritura de formali-

zación del negocio por cuanto que necesitaba una suma de dinero para atender a impuestos o a multa que le había sido impuesta por la Administración de Hacienda Nacional y que entre tanto no podía conseguir un dinero prestado, garantizado con hipoteca sobre la finca 'La Gaviota', por lo que otorgó la escritura número 2742 de 14 de junio de 1961, de la Notaría 2ª de este Circuito, garantizando la suma de quince mil pesos ($ 15.000), de los que recibió Arango Villegas la mitad, o sea la suma de siete mil quinientos pesos ($ 7.500), como le consta a la acreedora Libia Montoya de Guerrero".

Los Bernal-Campuzano, refiriéndose al contrato con el procesado Arango, dicen:

"...procedimos con plena buena fe, confiando en la gran capacidad económica de Arango Villegas, la que nos dio a comprender en varias formas, y que aseveró su hermano Marcos Arango Villegas, quien medió en el negocio de que se habla. Pensamos que aquél tenía propósito sano de cumplir y de proceder con toda corrección, hasta el punto de que se le dio en arrendamiento una casa de la suscrita Campuzano de Bernal ubicada en el Municipio de Itagüí, sin extender documento, por pocos días y sin embargo se ha negado a devolverla y a pagar arrendamiento".

De modo que como Arango Villegas ocupaba la casa de la carrera "San Martín", para entregarla a los Bernal-Campuzano tuvo que trasladarse a otro lugar, hecho que éstos le facilitaron, no obstante lo cual sólo hasta el 13 de junio de 1961, víspera de la citada hipoteca, lograron que se suscribiese "el contrato de promesa de permuta", donde figura lo que sigue:

"El inmueble que se obliga a trasmitir el contratante Arango Villegas lo adquirió por compra a la señora Mireya Gutiérrez de Ocampo, según escritura número 2449 de la Notaría Quinta de esta ciudad, de 19 de noviembre de 1960, debidamente registrada... El bien raíz que se obliga a trasmitir Arango Villegas carga con una hipoteca por la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000), la que cancelará en el día de la formalización o celebración del contrato prometido... El contrato de permuta prometido se celebrara en esta ciudad, en una de las Notarías de la misma, dentro del término de sesenta (60) días y las partes se obligarán a presentar los respectivos certificados. Se aclara que el contrato será celebrado en la Notaría Segunda... Se aclara la cláusula séptima (7ª) en el sentido de que Arango Villegas se obliga es a hacer un abono por veinte mil pesos ($ 20.000) a la hipoteca que grava la casa que se obliga a trasmitir... *Se advierte que los inmuebles serán transmitidos como cuerpo cierto*".

La señora de Bernal concurrió, con la debida exactitud, a la cita de la Notaría Segunda, sin que Arango Villegas hubiera hecho otro tanto, sujeto ante el que se prosiguieron haciendo gestiones para que cumpliese lo prometido, aunque sin éxito porque siempre respondió "*de modo evasivo*".

En estos términos, convencidos los cónyuges Bernal-Campuzano de que habían sido víctimas de una estafa, con fecha 4 de octubre de 1961, formularon la respectiva denuncia contra Arango Villegas, quien en su indagatoria, rendida el 9 de febrero de 1962, entre otras cosas, dijo:

"...le vendí a la señora Tulia Campuzano una casa, situada en la carrera 'San Martín', y ella me vendió a mí una finca en La Estrella, es decir, hicimos una permuta, con una promesa de venta. La finca que me vendió dicha señora se dijo que tenía una cuadra de terreno y yo la hice medir y no tenía sino tres mil seiscientas veintidós varas, entonces por lo tanto no le he hecho la escritura de la casa, hasta que no pague la tierra... Resulta que Mireya Gutiérrez de Ocampo, me hizo a mí la escritura de la casa de San Martín en la Notaría Quinta de esta ciudad, por ahí como en abril o mayo del año pasado, no me acuerdo de la fecha, pero no me dieron copia para el registro por falta de un certificado, mas luego la propiedad sí era mía cuando se la vendí a ella... Yo desembargué en mayo para poder entregarle a ella libre de todos los gravámenes... Yo fui el individuo que le dije al señor Inspector eso (se refiere a la diligencia de secuestro atrás relatada), y yo me seguí entendiendo con el señor Darío Vergara. Agrego que la señora Tulia Campuzano era sabedora, pues ella misma me prestó la plata para desembargar la casa, lo cual yo la desembargué, quedando a nombre de Mireya Gutiérrez que me hizo la escritura para venderle a misiá Tulia... Preguntado: ¿Sabe y quiere decir cuál sería el individuo que por medio de engaños, diciendo que determinado inmueble era de su propiedad sin serlo, y manifestando que estaba libre, estando embargado y secuestrado, consiguió hacerse entregar la suma de diez y ocho mil pesos y el usufructo de una finca? Contestó: —Yo fui, pero advierto que tengo la escritura a mi nombre y que la propiedad está desembargada... No me presenté a la Notaría, porque anteriormente había ido a medir la tierra y no la tenía completa y aguardo a que me la pague para hacer la escritura tal como me comprometí...".

Conviene indicar, antes de seguir adelante, que conforme a recibos agregados a los autos aunque no reconocidos, Arango Villegas aparece entregando, precisamente el 12 de mayo de 1961, día en que los Bernal le dieron la primera cuota del contrato acordado entre ellos, $ 3.875 a la señora Elena Jaramillo para abonar intereses en el crédito hipotecario "contra el señor Bernardo Gómez Gómez", en los meses comprendidos entre julio de 1960 y 3 de junio de 1961, y al señor Fidel Ruiz $ 750.00 "por concepto de honorarios y gastos que él como deudor reconoce buenamente deber en el juicio hipotecario de Elena Jaramillo contra Bernardo Gómez Gómez que se sigue en el Juzgado Sexto Civil del Circuito. El juicio no se ha arreglado, pero el señor Arango quiere ir haciendo abonos parciales".

También importa resaltar que en su indagatoria Arango Villegas se abstuvo de mencionar el documento que por conducto de su apoderado y mediante memorial del 29 de marzo del año pasado adujo al proceso, donde aparece que con fecha 23 de noviembre de 1960 celebró una promesa de compraventa, respecto de la casa de la carrera "San Martín", con la señora Mireya Gutiérrez de Ocampo, documento en el que se hicieron las siguientes declaraciones:

"...Inmueble que adquirió por compra a Bernardo Gómez G., según escritura número 2449 de fecha 19 de noviembre de 1960, de la Notaría Quinta de Medellín, que no ha sido registrada. La promitente vendedora afirma que este inmueble tiene dos hipotecas: una por la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000) a favor de Elena Jaramillo y otra; y otra hipoteca por veinticinco mil pesos ($ 25.000) a favor de Bernardo Gómez. Del pago de estas deudas se hace cargo el promitente adquirente con todos los intereses causados y que se causen. Además tiene la propiedad un embargo por la suma de dos mil pesos ($ 2.000) proveniente de una letra de cambio. El promitente comprador, es obligado a pagar el valor también de esta última deuda para obtener el desembargo, con todas sus prestaciones y gastos. Por otra parte si con el primer crédito hipotecario se embargare la propiedad, será cuenta exclusiva del señor Arango Villegas pagar la deuda con sus intereses y obtener el desembargo... El precio de la venta será la suma de cincuenta y cuatro mil pesos ($ 54.000) que el promitente comprador pagará así: se obliga a cubrir las dos deudas hipotecarias que montan a cincuenta mil pesos ($ 50.000); destinará la suma de tres mil pesos ($ 3.000) para el pago de la deuda que motivó el embargo con la letra y las consiguientes prestaciones e intereses; y pagará a la vendedora la suma de mil pesos ($ 1.000)... La escritura que consolide la venta, la otorgará la promitente vendedora al promitente comprador, tan pronto como éste obtenga el desembargo de la propiedad mediante el pago de los créditos vencidos; de manera que la escritura sea registrada sin obstáculos y pueda también registrarse la de adquisición antes citada. Todo ésto se hará dentro de un término máximo de 180 días contados desde hoy".

Este documento se estampilló el 26 del citado marzo y fue reconocido por doña Mireya al día siguiente, 27, lo que quiere decir que una y otra cosa se hicieron con el expreso objetivo de incorporarlo a los autos para luego hacerlo valer en favor de Arango Villegas.

Doña Mireya, como lo comprueba el contenido de esta promesa de compraventa, cuyo plazo venció el 23 de mayo de 1961, estaba perfectamente enterada de la situación de la casa de la carrera "San Martín", hecho que contrasta con lo que vino a declarar en el simulacro de escritura que otorgó, respecto a venta de aquel inmueble al procesado, en la Notaría 5ª de Medellín, bajo el número 1441, el 15 de junio de 1961, dos días después de suscrita la promesa con la señora Campuzano, puesto que allí dijo:

"*Segundo.* Que adquirió este inmueble por compra a Bernardo Gómez según escritura número dos mil cuatrocientos cuarenta y nueve (2449) de fecha diez y nueve (19) de noviembre de mil novecientos sesenta (1960), de esta Notaría. Que no ha sido registrada. *Tercero.* Que este inmueble está libre de embargos, registro de demanda, pero que tiene algunos gravámenes que la vendedora no conoce, pero que sí son conocidos por el comprador, quien por medio de este acto se obliga a liberar el inmueble de cualquier gravamen existente, todo ello a su costa, sin responsabilidad alguna de la vendedora. *Cuarto.* Que el precio de esta venta es la suma de treinta mil pesos ($ 30.000) que el comprador paga de contado y que la vendedora *da por recibidos* a satisfacción. *Quinto. Que hoy mismo* hace entrega del inmueble al comprador...".

Y por su parte Arango Villegas, como comprador, lo siguiente:

"a) Que acepta esta escritura y *da por recibido* el inmueble; b) Que se hace cargo de cancelar todos los gravámenes que pueda tener la propiedad mediante los pagos o transacciones a que haya lugar, todo ello a su costa, y que en estos sentidos exonera a la vendedora de toda responsabilidad".

Esta escritura, como se anticipó, se redujo a una simple apariencia, muy acorde, por cierto, con la maraña de engaños a que fueron sometidos los Bernal, ya que al pie de ella, comprobando lo que se acaba de consignar, aparece esta anotación:

"La presente escritura se encuentra sin firmar por el señor Notario, por carecer de todos los certificados de paz y salvo correspondientes a la vendedora, y de la boleta sobre el pago de los derechos fiscales y, por lo tanto, no se ha expedido copia de ella".

El 10 de noviembre de 1961, ya en marcha el proceso, el señor Bernardo Gómez, siguiendo el ejemplo de doña Mireya, otorgó, en la misma Notaría 5ª de Medellín, bajo el número 2835, otra apariencia de escritura, donde dijo:

"*Primero.* Que por escritura número dos mil cuatrocientos cuarenta y nueve (2449) de fecha 19 de noviembre de mil novecientos sesenta (1960), de esta Notaría, registrada el 15 de junio de 1961, en el libro 1º Impares, B. Tomo 5º número 2648, y en el libro 2º, impares. Tomo 8º número 3057, el 7 de los mismos, vendió a don Antonio J. Arango Villegas, un lote de terreno con la casa de habitación número 64-46, en el Barrio Majalac de esta ciudad, en la manzana número once (11). *Segundo.* Que como parte del precio de esta venta, el comprador Arango quedó a deberle la suma de veinticinco mil pesos moneda legal ($ 25.000) que le aseguró con hipoteca de segundo grado sobre el mismo inmueble enajenado y adquirido por el deudor y ya descrito. *Tercero.* Que aun cuando la escritura fue registrada en cuanto a la venta, en cambio la hipoteca no fue registrada por haberse vencido el término legal para ello, sin embargo de lo cual quedó el título afectado de condición resolutoria emanante de la forma de pago. *Cuarto.* Que como el deudor le ha cubierto la referida suma y han quedado por ese concepto a paz y salvo, el exponente viene a cancelar como en efecto *cancela* la condición resolutoria tácita o expresa que por motivo de la forma de pago consignada en la citada escritura número 2449 de 19 de noviembre de 1960, de esta Notaría, pueda afectar el dominio del inmueble en tal instrumento especificado, cancelación que hace para que el inmueble en referencia, quede en su dominio libre de esa modalidad".

También al pie de esta escritura aparece la anotación que le da el carácter de simple simulacro, y que dice:

"La presente escritura se encuentra sin firmar por el señor Notario, por carecer del certificado de Hacienda Nacional del señor Bernardo Gómez Gómez y, por lo tanto, no se ha expedido el correspondiente certificado de cancelación".

El contenido de esta llamada escritura es manifiestamente falaz, puesto que el instrumento que invoca, pasado en la Notaría 5ª de Medellín, bajo el número 2449, de fecha 19 de noviembre de 1960, se refiere a la venta de la casa de la carrera "San Martín", por el propio señor Bernardo Gómez, no al procesado Arango Villegas, como se aduce, sino a la señora Mireya Gutiérrez de Ocampo, instrumento que, contra lo que se pretende, tampoco fue registrado ni podía serlo precisamente en razón de los embargos que pesaban sobre el citado inmueble, determinado, uno de ellos, en el juicio de venta de doña Elena Jaramillo contra el señor Gómez, el cual, según se especificó atrás, estaba simplemente suspendido.

Ahora bien: frente a este acervo probatorio, objetivo y robusto, cuya única demostración que ofrece es la de que Arango Villegas, en cada uno de los actos relacionados con el negocio en comentario, estuvo impulsado por la falacia, por el embuste, por el propósito de engañar a los Bernal, empresa en la que colaboraron la señora Mireya Gutiérrez y el señor Bernardo Gómez, quienes inexplicablemente no fueron vinculados al proceso, resulta ingenuo, por decir lo menos, pretender que aquel negocio revistió el carácter de "perfectamente lícito", prescindiendo de la estafa que, convertida en realidad tangible, campea, en todos sus elementos de integración, a lo largo del expediente, donde casi no se encuentra prueba alguna que no tienda a establecerla clara, concreta y específicamente.

c) En la sentencia "se desconoció el valor que conforme al Código Civil tienen las escrituras 1441 del 15 de junio de 1961 y 2835 del 10 de noviembre de 1961, ambas corridas en la Notaría 5ª de la ciudad de Medellín", las cuales acreditan el derecho de Arango Villegas "sobre el inmueble prometido en venta a los esposos Bernal".

Respuesta:

Una y otra de las dos escrituras invocadas, como atrás se sentó, carecen de la firma del Notario, y entonces, como es obvio, en ninguna de ellas podía apoyarse el fallo acusado para reconocer derecho de Arango Villegas en la casa prometida en venta a los Bernal.

d) "En la sentencia recurrida se desconoció el valor que tienen los recibos de abonos de intereses hechos por el señor Arango Villegas al

señor Bernardo Gómez, obrantes a folios 47 del informativo''.

Respuesta:

El señor Procurador, en su denso como detenido y cuidadoso estudio de la demanda, en relación con los cargos formulados, refiriéndose al que se acaba de reseñar, dice:

''Antes se vió que el pago de esas sumas (un año vencido de intereses y una parte de costos de la acción), que fue hecho en forma espontánea ('buenamente' dice el recibo) por Arango Villegas, como se desprende del texto de los recibos respectivos, no tenía otro objeto que evitar la continuación de acciones judiciales que pudieran evidenciar demasiado pronto la negociación efectuada por el acusado con los señores Bernal-Campuzano, y, especialmente, terminar con la entrega que aquél les había hecho de la casa hipotecada, desembargada y secuestrada.

''De ello es prueba la fecha de pago o pagos aludidos (12 de mayo de 1961), que puede aceptarse aunque no tenga el carácter de cierta, y la constancia del apoderado de la señorita Jaramillo, doctor Ruiz, de que 'el juicio no está arreglado', lo cual indica que con el primer dinero recibido por Arango Villegas, éste se apresuró a cerrar esa vía de peligro.

''De manera, pues, que si los recibos a que alude este cargo tienen valor, sería para demostrar por otro aspecto el dolo y la astucia del procesado.

''Por lo mismo, el cargo debe ser desechado''.

e) Este cargo, el último formulado al fallo acusado con apoyo en la causal 2ª, se plantea así:

''Habiendo hecho el procesado la afirmación de que sobre el bien inmueble que prometía en venta a la señora Tulia de Bernal pesaba un gravamen hipotecario por la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000), omitiendo decirle que también estaba gravado con otra hipoteca por igual valor y con un embargo por la suma de dos mil pesos provenientes de una letra de cambio, dicha ocultación conlleva el recaudo de los elementos exigidos por el artículo 409 del Código Penal para tipificar a favor del procesado la modalidad de estafa aminorada allí prevista, por ser esta norma más favorable al sindicado, al tenor de lo preceptuado en el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal y 3º del Código Penal. Esta circunstancia debidamente comprobada en el expediente, fue desconocida por el honorable Tribunal sentenciador en el fallo enjuiciado''.

Respuesta:

En el examen del cargo b) se demostró con creces que Arango Villegas echó mano de la promesa de contrato a que se ha venido aludiendo para hacerla obrar como medio de engaño en su objetivo de estafar a los cónyuges Bernal-Campuzano, rodeándola de toda clase de falacias y de embustes, y entonces, como es lógico, no se puede hablar, sin faltar a los determinantes de la prueba, de ese tipo de estafa, previsto en el artículo 409 del Código Penal.

De todo cuanto se deja expuesto se concluye que, careciendo de eficacia los cargos que se formulan al amparo de la causal 2ª, ella no puede prosperar.

Causal 1ª:

En orden a esta causal se pretende que el fallo acusado es violatorio, ''por indebida aplicación'', del artículo 408 del Código Penal, y del artículo 409 de la misma obra, por falta de aplicación, tesis que se sustenta en la consideración de que, en sentir del recurrente, la prueba recogida en el proceso a lo sumo acredita la ''estafa degradada'' de que trata la norma que se invoca en segundo lugar, hecho que se ''desconoció'' para, en esa suerte, encajar la conducta del procesado, contra el ''principio de favorabilidad'', en la norma citada en primer término.

Respuesta:

En este cargo el recurrente no hace sino insistir en la escala de presupuestos planteados a través de las varias causales de casación que invoca, comenzando por la 4ª, donde aduce una supuesta nulidad, por falta de jurisdicción, alegando como razón para demostrarla, que el proceso se contrae al simple incumplimiento de una promesa de contrato, tema que luego traslada a la esfera de la causal 2ª para insistir allí en sus puntos de vista, aunque sometiéndolos a concesiones tan extrañas y un tanto insólitas que termina por aceptar que siempre se configura un delito de estafa, debiéndose anotar, eso sí, que no del tipo del que se sancionó, con fundamento en el artículo 408 del Código Penal, en las instancias, sino del que contempla el artículo 409 de la misma obra, tesis en la que recaba, sin pro-

curar demostración concreta alguna, en el cargo que formula al amparo de la causal 1ª, y que, evidentemente, no tiene cabida en el proceso, de acuerdo con la prueba que prolija y ampliamente se revisó en la respuesta al cargo b), enderezado contra el fallo a través de la causal 2ª de casación.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto por el procesado Antonio José Arango Villegas contra el fallo de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

REVISION EN MATERIA PENAL. INTERESES Y FINES DEL ESTADO AL PROPICIAR ESTE RECURSO EXTRAORDINARIO. HECHOS NUEVOS Y AUTORIDAD DE COSA JUZGADA. EFICACIA PROBATORIA PARA REMEDIAR UN ERROR JUDICIAL.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, treinta de agosto de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Mediante fallo del veinticuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, el Tribunal Superior de Aduanas condenó al señor Arturo Gómez Urueta a la pena principal de tres años de prisión y a las accesorias de publicación de la sentencia y prohibición para ejercer el comercio por dos años, como responsable del delito de contrabando. Revocaba así el Tribunal, parcialmente, la decisión absolutoria de primer grado, proferida por el Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena.

Con el carácter de apoderado especial del señor Gómez Urueta, el doctor Pedro Pacheco Osorio demanda la revisión del aludido proceso, y esta Sala de la Corte, agotado el trámite propio del recurso, procede a decidirlo.

Antecedentes.

Los hechos fundamentales que originaron el proceso aparecen relatados en los siguientes párrafos de la sentencia de segunda instancia:

"1º Dio base a las presentes diligencias el hecho de que el día 17 de noviembre de 1958, el señor José N. Caviedes, Subadministrador de la Aduana de Cartagena, se trasladó a la bodega número 2 del terminal marítimo, a fin de verificar el reconocimiento de una mercancía que, según el almacenista general, era sospechosa.

"En efecto, el Subadministrador procedió a la apertura de las cajas contentivas de la mencionada mercancía, encontrando dentro de ellas 6 aparatos de aire acondicionado, los cuales según dictamen pericial, eran de prohibida importación, en lugar de seis unidades de máquinas generadoras, motores y convertidores eléctricos, que son los relacionados en el manifiesto número 9723, de noviembre 9 de 1958, documento éste que se presentó para amparar aquellas mercancías.

"2º Mediante oficio número 2.517, el Administrador de la Aduana, doctor Víctor Carrasquilla del Portillo, puso en conocimiento del señor Juez Auxiliar de Instrucción Penal Aduanera de Cartagena la irregularidad de los hechos, a fin de que este funcionario diera comienzo a la correspondiente investigación, lo cual se llevó a cabo mediante el auto de fecha 21 de noviembre de ese año, que, entre otras cosas, dispuso recibir declaración indagatoria al aforador Marino Becerra; al señor Arturo Gómez Urueta, importador de la mercancía a que alude el manifiesto antes anotado, y al agente de Aduana Néstor Henríquez T.

"3º La mercancía en referencia fue avaluada por peritos —fl. 26— en la suma de cuarenta y ocho mil pesos ($ 48.000), quienes, además, dictaminaron que se trataba de mercancía extranjera y de prohibida importación".

El Tribunal sentenciador adujo, para fundar el fallo condenatorio aludido, las siguientes razones:

"a) Los documentos respectivos, para la expedición del referido manifiesto, fueron presentados por el sindicado Gómez Urueta.

"b) Consta en autos que el Agente de Aduana Néstor Henríquez, informó por teléfono a Gómez Urueta de la irregularidad observada en la bodega número 2 sobre cambio de naturaleza de la mercancía, sin embargo de lo cual, éste resolvió asumir una actitud pasiva para ante las autoridades, pues, por su parte no se produjo ninguna protesta o reclamo, a fin de salvar su responsabilidad, que pesaba sobre él.

"c) Ausencia total de pruebas que demostraran la supuesta equivocación sufrida por el despachador en la ciudad de New York.

"d) Substancial diferencia entre la calidad y precio del matute referido en el manifiesto y el decomisado.

"e) La conducta regular de una casa despachadora, cuando se incurre en semejante equivocación, es la de enmendarla en el acto, y esto no ha sucedido en el presente caso.

"f) Por intermedio del Cónsul de Colombia en New York se llevaron a cabo las diligencias tendientes a establecer la veracidad de las afirmaciones dadas por Gómez Urueta en su indagatoria, lográndose comprobar, solamente, que la única persona que tenía conocimiento de tal negocio era un señor de nombre Joseph Figueroa —posiblemente la persona a quien se refiere Gómez Urueta en su indagatoria—, pero sin que fuera posible conseguir alguna información, por haberse negado rotundamente.

"g) En los documentos presentados por Gómez Urueta al Agente de Aduanas, aparece el nombre y la dirección de la casa despachadora; sin embargo, según las diligencias adelantadas por el Consulado, sólo se logró establecer que en tal lugar solamente existían algunas oficinas de comisionistas.

"De acuerdo con lo anteriormente anotado se puede observar que se han infringido los artículos 3º del Decreto 1432 de 1940, y 374 de la Ley 79 de 1931, y como consecuencia la sanción a que se ha hecho acreedor el sindicado Gómez Urueta, es la mínima de tres años de prisión; además de las accesorias de publicación de la sentencia y prohibición para ejercer el comercio por el término de dos años, según lo ordenado por el artículo 18 del Decreto 188 de 1958, dada la cuantía de dicha mercancía".

La demanda.

En ésta se invoca, como causal única de revisión, la prevista en el ordinal 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal: cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o la irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.

Señala el actor, como hechos nuevos, los siguientes:

"*Primero.* En el mes de septiembre u octubre de 1958 el señor Medardo Vergara Corcho le propuso a mi representado, delante de varios caballeros respetables, hacer en compañía un negocio de importación de seis (6) generadores eléctricos, comprometiéndose el proponente a realizar todas las diligencias necesarias para ello, a pagar el precio de la mercancía y demás gastos pertinentes; de modo que lo único que le correspondía a don Arturo Gómez Urueta era firmar el registro o licencia de importación.

"*Segundo.* Después de algunas evasivas, mi mandante accedió a efectuar el negocio y a firmar la licencia de importación, convencido de que se trataba de un asunto completamente lícito, pues Vergara Corcho hablaba de él a menudo y en presencia de numerosas personas.

"*Tercero.* Para hacer los gastos del negocio en cuestión, Vergara Corcho obtuvo, por conducto de don Carlos M. Félix, que don Senén Aguilar Grau le diera en préstamo la suma de trece mil ochocientos cuarenta pesos ($ 13.840), haciéndoles ver a ambos que lo que se proponía importar eran generadores eléctricos.

"*Cuarto.* En el mes de octubre de 1958 el señor Medardo Vergara Corcho viajó de Barranquilla a Nueva York y regresó de esta ciudad a aquélla, mediante pasaje que le dio a crédito la Agencia de Avianca en Cartagena, con la fianza de don Gustavo Martínez Escobar, a quien le manifestó que el objeto de tal viaje era traer al país unos aparatos de aire acondicionado.

"*Quinto.* El señor Medardo Vergara Corcho obtuvo y pagó los servicios del agente de aduanas don Néstor Henríquez Terán, para que le nacionalizara la mercancía importada, haciéndole ver, mediante entrega de los documentos respectivos, que se trataba de seis (6) generadores eléctricos.

"*Sexto.* Las autoridades de Aduana de Cartagena decomisaron la mercancía que Medardo Vergara Corcho trató de introducir al país, porque, en lugar de seis (6) generadores eléctricos que figuran en la licencia y demás documentos de importación, se trataba de seis (6) aparatos de aire acondicionado.

"*Séptimo.* Medardo Vergara Corcho informó a mi mandante sobre el cambio de mercancía, haciéndole ver que se trataba de un error en el despacho y convenciéndolo de que, en todo caso, él arreglaría el asunto satisfactoriamente.

"*Octavo.* Mi poderdante escribió a los vendedores de la mercancía, señores Figueroa International Travel Service, en el sentido de exigirles una explicación de lo ocurrido, creyéndose

víctima de un error fácil de esclarecer, como se lo había informado Vergara Corcho.

"*Noveno.* Llamado a rendir indagatoria, mi cliente se limitó a reconocer que había suscrito el registro o licencia de importación de los generadores eléctricos; dijo no tener conocimiento de quién había hecho el cambio de dichos generadores por aparatos de aire acondicionado, e informó sobre el hecho de haberles escrito a los vendedores en solicitud de una explicación satisfactoria. Y, convencido de su absoluta inocencia, se desentendió del proceso y nada hizo en su defensa.

"*Décimo.* El 19 de enero de 1959 el representante de la casa vendedora, señor J. A. Figueroa, contestó a mi patrocinado la comunicación a que se refiere el hecho octavo de este libelo, diciéndole lo que sigue: 'Nos ha sorprendido su carta del 20 de diciembre sobre despacho de máquinas o motores para usted. Nosotros no hemos renido (sic) nada que ver con ningún despacho y simplemente la firma General Export Co. hizo una venta al señor Medardo Vergara y él a la vez nos pidieo (sic) le ayudáramos a conectar el despacho por conducto de un despachador. El señor Vergara nos escribió diciéndonos le ayudáramos a algún problema que tenía con la entrada al país de una mercancía, y nosotros le contastamos (sic) que le trataríamos de ayudar una vez que nos enviara una carta de usted y debidamente notarizada en la cual nos eximía (sic) de toda culpabilidad o responsabilidad de esos motores. No volvimos a saber nada del señor Vergara y ahora recibimos la carta de usted haciéndonoes (sic) cargos de una cosa que no tenemos nada que ver ni arte ni parte. El Cónsul de Colombia nos ha llamado hoy everiguándonos por la firma Guardia y Cía. a que nosotros no conocemos y nos ha pedido que demos unas declaraciones para un juez de Cartagena con respecto al asunto de su despacho. Nosotros le hemos dicho al Cónsul que no podremos ir al Consulado hasta la semana entrante pues yo estaré ausente posiblemente. Si usted no nos contesta esta carta lo antes posible y nos envía la carta eximiéndonos de cualquier responsabilidad o reclamación, tendremos que ir al Consulado y declarar de acuerdo con lo realmente sucedido, ya que el Consulado está buscando a una firma Guardia que no existe'.

"*Undécimo.* A pesar de los requerimientos del Consulado de Colombia en Nueva York, el señor Joseph Figueroa 'se negó rotundamente a facilitar cualquier información referente a este negocio', como lo dice aquella oficina en documento que se transcribe en la sentencia recurrida.

"*Duodécimo.* Mi mandante ha hecho todo lo posible, valiéndose incluso de los servicios del abogado doctor Raimundo Emiliani Román, para que J. A. Figueroa le informe por escrito lo 'realmente sucedido', sin haberlo logrado, por su negativa a entregar la carta 'debidamente notarizada' que se le exige.

"*Decimotercero.* Por habérsele decomisado la mercancía que trató de importar fraudulentamente y engañando a numerosas personas —entre ellas a don Arturo Gómez Urueta—, Medardo Vergara Corcho no pudo pagarle a don Senén Aguilar Grau el dinero que de él había recibido en préstamo, ni el crédito que le dio la empresa Avianca, que canceló en su casi totalidad el fiador, don Gustavo Martínez Escobar.

"*Decimocuarto.* Mi cliente, fuera de firmar el registro o licencia de importación, no intervino en nada del referido negocio; pues no puso para él un solo centavo, ni hizo solicitud de préstamo a don Senén Aguilar Grau —directamente ni como intermediario de Vergara Corcho—, ni tuvo nada que ver con el viaje de éste a Nueva York, ni realizó gestión alguna ante los vendedores, ni ante el agente de aduanas que intentó, también engañado, hacer nacionalizar la mercancía".

Agrega el actor, resumiendo su criterio, que la condena de su mandante fue posible sólo porque no se conocieron en las instancias, al tiempo de los debates, los hechos nuevos que aduce, los cuales —en su sentir— establecen la absoluta inocencia de su defendido, o al menos constituyen graves indicios de ella y de la responsabilidad del señor Medardo Vergara Corcho, con respecto al delito de contrabando materia del juicio cuya revisión solicita.

Alegato del Ministerio Público.

En juicioso concepto, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide a la Corte que ordene la revisión impetrada por el señor apoderado de Arturo Gómez Urueta.

Un detenido examen de las pruebas aportadas por el actor le permiten a la Procuraduría Delegada establecer la existencia de cinco hechos nuevos, legalmente demostrados, con fuerza indiciaria suficiente para fundar la excepcional medida que aquél y ésta propugnan.

Consideraciones de la Corte:

En la revisión, que la doctrina y los procesalistas modernos definen como una acción en-

derezada a desvirtuar la fuerza de la cosa juzgada formal, se hallan inmanentes dos intereses contrapuestos del Estado: de una parte, mantener la intangibilidad del pronunciamiento jurisdiccional de las sentencias condenatorias que han devenido firmes; de otra, propiciar el imperio de la justicia, como uno de los fines esenciales del Estado mismo.

Se entiende que la sentencia entraña lo justo en un momento dado y en relación con un caso concreto, constituyendo, en tal sentido, la verdad que emana del proceso. Pero cuando, con posterioridad a éste, el órgano estatal, a través de los medios que la ley prevé, llega al conocimiento de datos suficientes y eficaces para deducir que la verdad real y extraprocesal es otra distinta de la declarada en la sentencia, debe prevalecer el supremo interés de la justicia.

Conforme a las normas que en nuestro Código de Procedimiento Penal disciplinan el recurso extraordinario de que se trata, el hecho nuevo o la prueba desconocida en el proceso de primer grado no autorizan, por sí mismos, para que la Corte formule la declaración de irresponsabilidad o inocencia, sino que solo plantean su posibilidad mediante la revisión del proceso por un juez diferente al que tuvo la función de sentenciar. "Y es apenas natural que así sea, —ha dicho esta Sala—, pues bien pudiera suceder que el hecho nuevo o la prueba desconocida, sometidos al ulterior examen judicial, carecieran de eficacia intrínseca contra la condena, por demostrarse verbigracia su falsedad, y entonces quedaría a salvo la autoridad de la cosa juzgada, no sólo por el aspecto jurídico o doctrinal, sino por el del análisis de los hechos nuevos o de las pruebas desconocidas, que son motivo primordial del recurso". (Sentencia de 13 de mayo de 1954, LXXVII, 627, número 2141).

En el presente caso, como atinadamente lo expresa el Procurador, el acervo probatorio aportado al debate ante la Corte determina la existencia de los siguientes hechos nuevos:

a) En presencia de los señores Eduardo Villarreal Arjona, Antonio José de Irisarri y Luis Vélez Domínguez, el señor Medardo Vergara Corcho hizo al señor Arturo Gómez Urueta la propuesta de importar de los Estados Unidos de Norteamérica, suscribiendo este último la solicitud de la respectiva licencia de importación, unos generadores eléctricos, con fines comerciales favorables al proponente.

Comprueban este hecho las declaraciones de los citados testigos, quienes en su orden y en lo pertinente expresan:

"De todo lo anterior sé y recuerdo que el señor Medardo Vergara Corcho propuso al señor Arturo Gómez Urueta importar de los Estados Unidos unos generadores eléctricos para vender a dueños de fincas en el interior del Departamento, y ello me consta por haberlo oído de labios del señor Vergara quien insistía ante Gómez Urueta para hacer esa importación. Si mal no recuerdo Vergara Corcho le propuso a Gómez Urueta la solicitud de firmar la licencia de importación porque Vergara ya había anteriormente pedido estos aparatos y podían negársela. A ruego de Vergara Corcho Gómez Uruera (sic) entró en dicho negocio sin que fuera a ganarse un solo centavo pues lo hacía más bien como un favor para el amigo y paisano Vergara Corcho. El papel de Arturo Gómez llegaba hasta allí y Vergara le dijo en mi presencia que él se encargaría de todo el trámite y venta de dichos aparatos". (Fl. 84 vto. y 85, cuaderno de la Corte).

"Según lo que yo recuerdo el señor Vergara no le propuso exactamente el negocio de importación a Arturo, sino que más bien le prestara una ayuda personal para un negocio de importación que iba a hacer el señor Vergara Corcho. El negocio se refería a unos materiales eléctricos o motores de libre importación al país. Recuerdo también que el señor Vergara le recalcó en varias ocasiones al señor Gómez que se trataba de un negocio lícito sin ningún problema que pudiera afectarle. Recuerdo que el señor Gómez que es un amigo de condiciones amplias, amplio y generoso sin ninguna malicia, accedió con la mira de favorecer a este señor Vergara en sus aspiraciones de realizar el negocio". (Fl. 86 del Cd. cit.).

"Me consta porque oí una conversación de ellos en el Café Moka de Vergara y Urueta donde le proponían el negocio. Oí que se trataba de un negocio de importación de unos aparatos eléctricos, pero las intimidades del negocio no las sé". (Fl. 90, Cd. cit).

b) Mediante gestiones del señor Carlos M. Félix, don Senén Aguilar Grau dio en préstamo a Medardo Vergara Corcho, para la importación de unos generadores eléctricos, la suma de mil y pico de dólares, equivalentes, aproximadamente, a la cantidad de catorce mil y pico de pesos colombianos.

Acreditan el hecho anterior los testimonios de Carlos M. Félix y Senén Aguilar Grau. Dice al respecto el primero de estos deponentes:

"Eso me consta porque me tocó como corredor de comercio conseguir con el señor Senén

Aguilar un préstamo para el señor Medardo Vergara Corcho en la suma de mil y pico de dólares, en ese entoces el cambio estaba si no me equivoco a más de ocho; así que se le entregó equivalente en pesos colombianos la suma de trece mil y pico de pesos. El señor Senén Aguilar Grau puede confirmar mi dicho porque en su poder reposa la letra o el cheque que le dio Medardo Vergara para el préstamo que necesitó para hacer una importación de unos aparatos eléctricos. Dinero que hasta la hora de ahora no ha devuelto el señor Vergara. Entre otras cosas porque el negocio en que invirtió el dinero no fue el que nos había dicho sino vino otra clase de mercancía la que resultó de contrabando...". (Fl. 91, Cd. cit.).

Y el señor Aguilar Grau expresa sobre el particular:

"Yo le presté con un cheque posdatado al señor Vergara, Medardo, la suma de catorce mil y pico de pesos; intervino en dicha comisión el señor Carlos M. Félix. El señor Félix me dijo que dicha plata era para unos generadores, eso me lo dijo en el Café Moka" ..."El señor Vergara no me ha pagado la plata y me dijo que no presentara los cheques al SIC, pues mi plata no estaba perdida ya que el negocio había sido una equivocación. Que para el efecto ya estaba haciendo las gestiones del caso para arreglar el asunto...". "El señor Vergara me dio para garantizar la plata prestada, tres cheques contra bancos distintos. Estos cheques fueron presentados al expediente donde consta la numeración y las cantidades respectivas. Yo tengo en mi poder tales cheques". (Fl. 92, Cd. cit).

c) Antes de llegar al país la mercancía de que da cuenta el proceso, el señor Vergara realizó un viaje a Nueva York, utilizando pasajes a crédito de la empresa Avianca. Actuó, en calidad de fiador, el señor Gustavo Martínez Escobar.

Demuestran este hecho los instrumentos negociables constitutivos de los fólios 38 y 39 del cuaderno de la Corte, y el testimonio del citado señor Martínez Escobar, quien sobre tal extremo afirma:

"Me consta que viajó (refiriéndose a Vergara), ya que recibí tarjeta de Nueva York, le serví de fiador en el pasaje de Avianca. El me dijo que iba a traer era unos motores eléctricos...". "El sólo pagó tres cuotas del pasaje y el resto pagué yo que serví de fiador. Yo fui a cobrarle a Barranquilla y me dijo que la situación estaba embromada porque le habían decomisado una mercancía y que apenas arreglara el asunto él me pagaría. Nunca me pagó porque él después se fue del país". (Fl. 89, Cd. cit.).

d) El señor Arturo Gómez Urueta, en presencia de los señores Eduardo Villarreal Arjona y Antonio José de Irisarri, reclamó a Medardo Vergara Corcho por la importación al país de artículos que no coincidían con los señalados en la licencia.

En lo pertinente, dice el primero de los declarantes nombrados:

"El señor Vergara Corcho, en el café Moka me informó (sic) en mi presencia a Arturo Gómez que se había presentado un problema en la Aduana, pues, en vez de generadores eléctricos había llegado otra mercancía, consistente en unos aires acondicionados. Arturo Gómez reaccionó contra Vergara Corcho por este hecho pidiéndole que resolviera esa situación ya que, podría venir un problema, y él no tenía nada que ver con eso. Vergara Corcho le pidió que se calmara y que tuviera la seguridad de que él arreglaba eso en la Aduana. Gómez Urueta le pidió mayores explicaciones de por qué ese error pero Vergara Corcho le respondía vagamente, con evasivas diciendo que no sabía los motivos". (F. 85, Cd. cit.).

Y el señor Antonio José de Irisarri declara, sobre el mismo punto, lo siguiente:

"Después ocurrió que la importación se realizó y no correspondía a la clasificación de los artículos a lo que se había solicitado en la licencia de importación. El señor Gómez le reclamó varias veces al señor Vergara Corcho de que había sido víctima de engaño por parte de él y a su vez el señor Vergara Corcho le aseguró de que no había engañado, que tal vez pudo haber sido equivocación de los agentes despachadores de Estados Unidos, que él se comprometía de inmediato a realizar las diligencias ante los despachadores de Nueva York a fin de que el asunto quedara aclarado y de ese modo no sufriera en nada el buen nombre del señor Gómez". (Fl. 86 a 87, Cd. cit.).

e) A solicitud de Gómez Urueta, el abogado Raimundo Emiliani Román se dirigió, por escrito, a "Figueroa International Service" o "General Export Co.", solicitándoles que relataran la verdad de lo ocurrido en relación con los aparatos de aire acondicionado y se ofrecieran a declarar bajo juramento ante el Consulado de Colombia en Nueva York.

En efecto, el doctor Emiliani Román, quien en su calidad de Senador de la República declaró por medio de certificación jurada (Art. 232 del C. de P. P.), expresa sobre el particular:

"Es cierto que el señor Arturo Gómez Urueta me solicitó que como abogado no sólo le escribie-

ra a Figueroa International Travel Service o General Export Co., sino que llegara incluso a amenazarlas legalmente a fin de que dijeran la verdad de lo ocurrido con el despacho de aires acondicionados comprados por el señor Medardo Vergara Corcho y fraudulentamente despachados como generadores eléctricos a nombre de Arturo Gómez Urueta a la ciudad de Cartagena. Convencido como estaba y estoy de la absoluta inocencia de este último, procedí a exigirles a aquellas firmas, que al parecer es una sola, a que relatasen la verdad de lo ocurrido y ofrecieran declarar bajo juramento ante el Consulado de Colombia en Nueva York, obteniendo solamente una respuesta evasiva del actual Gerente, Figueroa hijo, quien con el pretexto de que no está su padre en aquella ciudad, elude relatar lo acontecido".

Conviene anotar que tampoco durante el trámite de revisión ante la Corte el Consulado General de Colombia en Nueva York pudo obtener que los señores Figueroa rindieran declaración juramentada, conforme a prueba oportunamente pedida por el actor. (Fs. 69 a 74, Cd. cit.).

En otra oportunidad expresaba esta Sala lo que a continuación se reproduce, ya que tales ideas se acomodan en el fondo, a las circunstancias y modalidades del caso que ahora ha ocupado la atención de la Corte:

"Los procesalistas atribuyen importancia especial a que los nova, como designan a los hechos nuevos que pueden determinar la revisión de un proceso, son susceptibles de ser establecidos con cualquier medio de prueba, sin excluír a ninguno, siempre que sea apto para tal fin y tenga, como dice Miguel Fenech, la entidad y relevancia adecuada para producir los efectos que con el mismo hecho probatorio se pretende, cuya trascendencia debe valorarse con el criterio de que ese hecho nuevo 'no haya podido, cualquiera que sea su causa, hacerse valer o utilizarse eficazmente', ya que, como se ha dicho acertadamente, sería absurdo creer que la ley quiera mantener un error judicial evidente, cuando se ofrece un medio de prueba para evidenciarlo, del que no se pudo disponer antes de la sentencia' y agrega aquel distinguido catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona: 'Aunque la falta de aportación de la prueba sea imputable a negligencia del interesado en la revisión, puede servir para proponerla, puesto que la revisión no es una institución puesta al servicio de los particulares, sino que tiende en primer término a evitar la permanencia de los efectos de una injusticia de carácter material, cuyo remedio interesa más aún al Estado que al particular mismo, y que mediante la revisión el Estado reconduce la justicia procesal a la justicia material' ".

Estima la Sala que los hechos nuevos examinados contienen la eficacia probatoria suficiente para contraindicar los elementos de juicio que determinaron la condena y que, en consecuencia, es este uno de los casos excepcionales en que se hace necesario propiciar, a través de los medios que brinda la ley, la oportunidad de remediar un error judicial.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, previa audiencia del señor Agente del Ministerio Público y acorde con él,

RESUELVE:

1º *Ordénase* la revisión del proceso adelantado contra Arturo Gómez Urueta (entre otros), por el delito de contrabando, ante el Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena y el Tribunal Superior de Aduanas, que culminó con el fallo ejecutoriado de 24 de noviembre de 1961, mediante el cual se le condenó a la pena principal de tres (3) años de prisión y a las accesorias de publicación de la sentencia y prohibición de ejercer el comercio por dos años.

2º La revisión se efectuará ante el Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá, al que, para tal fin y por conducto del Tribunal de segunda instancia, se enviará el proceso original y las diligencias de la Corte correspondientes al recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

FACULTAD LEGAL DE LOS JUZGADORES PARA APRECIAR LA CONDUCENCIA DE PRUEBAS TESTIMONIALES. NULIDAD EN EL PROCESO PENAL POR REEMPLAZO ILEGAL DE MIEMBROS DEL JURADO. INTERROGATORIOS AL PROCESADO.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, septiembre siete de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Agotados los trámites correspondientes, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, fechada el 10 de octubre de 1962, por la cual impone al procesado Luis José Rangel Durán la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Juan de Dios Páez Angarita.

Hechos y trámite del proceso.

El *ad quem* hace la siguiente relación de lo ocurrido:

"En los autos existen dos versiones antagónicas de los hechos: la primera, que es la que ofrece credibilidad para el Juzgado, dada por el ofendido Carmen Jesús Páez Angarita, y la otra, sostenida por el sindicado Luis José Rangel Durán, quien también es corroborado por otros declarantes.

"De acuerdo con la primera versión, entre los hermanos Juan de Dios y Carmen Jesús Páez Angarita y Luis José Rangel Durán existían ciertas diferencias por cuestiones de carácter laboral, pues aquellos eran aparceros de la finca 'San Antonio', de propiedad de Rangel Durán. En las horas de la mañana del viernes veintidós de julio de mil novecientos sesenta salió Rangel Durán de su casa, situada a corta distancia de la casa que habitaban los Páez Angarita, y al regresar, por ahí entre diez y media y once, cerca ya de la casa, sacó su revólver e hizo unos disparos. Luego se dirigió hasta la casa de los Páez Angarita, quienes se encontraban en el patio: Carmen Jesús sentado en una carretilla y Juan de Dios acurrucado cerca de ella. Rangel Durán llegó con una machetilla en la mano izquierda y la mano derecha entre el bolsillo del pantalón y parándose frente a ellos, le dijo a Carmen Jesús 'que si era cierto que él había dicho que tenía que pagarles la rompida de los cuadros' (se refiere a los cuadros de las sementeras de cebolla), respondiéndole Carmen Jesús que sí, que él mismo se lo había dicho y contestándole de la misma manera Juan de Dios. Entonces Rangel Durán les dijo 'que si les pagaba con lo que cargaba ahí' y sacando su revólver disparó contra ambos, hiriendo mortalmente a Juan de Dios, quien alcanzó a caminar un corto trayecto y cayó sobre una era de cebolla. Dice Carmen Jesús que al ver a su hermano lesionado, se le metió a Durán Rangel para que lo matara, pero éste le disparó sin hacerle nada, interviniendo, entonces, la concubina de Rangel Durán, Ofelia Rangel, con el fin de desarmarlo. Por último Ofelia se llevó a Rangel Durán para su casa y desde el camino éste le gritaba a Carmen Jesús que saliera para matarlo, que con mucho gusto pagaba a los dos.

De acuerdo con la versión dada por el sindicado Rangel Durán, él se fue para una huerta a traer caña para picarle a una bestia y llegó hasta la casa de los hermanos Páez Angarita, a quienes saludó pero solamente uno de ellos le contestó el saludo. Luego Carmen Jesús le dijo que les pagara el trabajo, y contestándole que no tenía lugar, que para eso había tiempo, que después arreglaban, a lo cual manifestó Carmen Jesús que si quería comerles el trabajo, respondiéndole que él era un hombre honrado. Entonces Carmen Jesús le dijo que quería arreglar ese día, le mentó la madre y junto con Juan de Dios lo atacó a cuchilla, viéndose en la necesidad de hacer uso de su revólver, hiriendo a Juan de Dios y errando en cuanto a los disparos que le

hizo a Carmen Jesús, quien desistió del ataque ante la intervención de Ofelia Rangel".

Llamado a responder en juicio el procesado Luis José Rangel Durán por el delito de homicidio cometido en la persona de Juan de Dios Páez Angarita, se llevó a cabo la diligencia de sorteo de jurados, durante la cual fue reemplazado el señor Ramos Andrés Caicedo Avelino, pues, según informe del Secretario del Juzgado 1º Superior de Cúcuta, aquél se encontraba fuera de la ciudad y "en otra causa fue reemplazado por este motivo".

Posteriormente, el defensor del enjuiciado solicitó que se hicieran comparecer a la audiencia pública las testigos Nieves María Parra Quintero y Carmelita Ovalle Rojas, "a fin de que declararan sobre los hechos materia del proceso y sean conocidas personalmente por los señores jueces de conciencia y el de la causa". Esta petición fue negada por el *a quo,* con fundamento en que no se trata "de una nueva prueba, ni de alguna ya decretada y no practicada".

Celebrada la audiencia, el Juzgado 1º Superior de Cúcuta, de acuerdo con el veredicto del Jurado, condenó a Luis José Rangel Durán a la pena de ocho años de presidio, sanción mínima prevista en el artículo 362 del Código Penal, fallo que fue confirmado por el *ad quem* mediante la sentencia recurrida.

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público.

El señor personero de Rangel Durán invoca en la demanda las causales cuarta y primera de casación, así:

a) *Causal cuarta:* Dice el actor que el fallo impugnado fue proferido en un juicio viciado de nulidad, pues se violaron los preceptos que regulan el trámite del proceso y se desconoció el derecho de defensa del reo.

Al respecto, señala los siguientes cargos:

1º Que al ser rechazado el pedimento del señor defensor de Rangel Durán para que las testigos Nieves María Parra Quintero y Carmelita Ovalle Rojas, declararan en la audiencia pública, se desconoció "una garantía constitucional que le permite a todo procesado ejercitar el derecho de defensa hasta el último momento".

Anota que el señor personero del sindicado "tenía interés en que los señores jueces de hecho conocieran personalmente a las declarantes, ya que estaba en completo desacuerdo con la calificación dada por los juzgadores de instancia a los mencionados testimonios, y deseaba ahincadamente que ellos fueran conocidos por el Jurado... Precisamente, el artículo 1º de nuestro Código de Procedimiento Penal ordena al juzgador que se abstenga de dictar sentencia en materia penal, cuando no se han observado todas las disposiciones de procedimiento. Una de ellas consiste en facilitarle a la defensa todos los medios adecuados para desvirtuar las imputaciones formuladas en el pliego de cargos..., siendo una última oportunidad las pruebas producidas en el acto de la audiencia pública. Lógicamente, si a la defensa no se le permite ejercitar ese derecho, si las pruebas tan ahincadamente solicitadas en su debida oportunidad, se le niegan sistemáticamente, no se puede hablar de plenitud de formas dentro del juicio, generando dicho desconocimiento una nulidad de orden constitucional".

A lo anterior, responde el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal que "dos normas del Código de Procedimiento Penal permitieron al juzgado negarse a que las testimoniantes referidas concurrieran a la vista pública: el artículo 472... que otorga al juez amplias facultades para suscitar los careos que crea oportunos, o para exigir la presencia de los testigos o peritos durante la audiencia; y el artículo 208... que admoniza que no se admitirán pruebas que no conduzcan a establecer directa o indirectamente los hechos que son materia de proceso. La solvencia jurídica en la determinación del *a quo*... no tiene reparo alguno que formulársele. Las peregrinas y muy subjetivas razones esgrimidas por la defensa para solicitar la comparecencia de las declarantes en la audiencia, debían ser respondidas como lo fueron; con ello, no se irrogaba ningún cercenamiento o mutilación a la defensa, ni se le prohibían o negaban recursos que pudieran favorecer el interés de su cliente. Entendido esto así, y dado el caso que debe relievársе, que era inconducente el que el Jurado popular juzgara en persona de las declarantes la bondad de su dicho, es apenas lógico que mal puede entenderse que el derecho de defensa consagrado en toda su plenitud por la norma constitucional del artículo 26, haya sido violado en el presente caso...", pues... "Rangel Durán tuvo a su alcance todos los medios de defensa posibles y concedidos por la ley...".

2º Que "la diligencia de sorteo de jurados no reúne los presupuestos exigidos por el artículo 517 del Código de Procedimiento Penal para el reemplazo del Jurado Ramos Andrés Caicedo Avelino, ya que ha debido hacerse todo lo posible para lograr su notificación, y si no se le

hubiera encontrado, proceder a dictar un auto ordenando su reemplazo, en forma legal...".

Expresa el demandante, sin embargo, que "ciertamente que el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, en su ordinal 3º, prescribe que la nulidad por esta causa desaparece si no se la alega dentro de los cinco días siguientes, pero siempre ésto no deja de ser una inobservancia de las normas de procedimiento penal a que tiene derecho el procesado durante la tramitación del proceso, lo que determina menoscabo y desconocimiento de las garantías estatuídas por la Carta Fundamental en su artículo 26".

Al cargo antes reseñado, observa el Ministerio Público que "en puridad, no hubo aquí sorteo parcial de jurados, ni cabe entender por lo tal el acto previsivo del Juzgado, al evitar la demora de la vista de la causa en audiencia pública —lógicamente suponible—, por la imposibilidad de notificar al sorteado lo que entonces sí ocasionaría la necesidad de un sorteo parcial. No cree este Despacho que esta conducta del juez... engendre, siquiera, una irregularidad procesal. Mucho menos puede argüirse que conlleve una nulidad, como pudiera ser la prevista en el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 3º En el supuesto —muy remoto y drástico— de que esa nulidad se hubiera producido, debe recordarse que ya fue subsanada por cuanto que la parte que la alega no formuló el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes".

3º Que "la sentencia recurrida es claramente violatoria de las previsiones contenidas en los artículos 452 y 548 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto que no se hizo...", en la segunda instancia... "el estudio de la personalidad del procesado por los interrogatorios...", ni se trajo al informativo "la prueba de cuáles fueron los medios que sirvieron de fundamento al juzgador para obtener la información sobre la personalidad del infractor, o, por lo menos, citarlos".

En cuanto a este tercer cargo, el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal expresa que "es sensible que el criterio de rutina de nuestros funcionarios judiciales haya despojado de su implícito e importante contenido a...", los preceptos señalados en los artículos 452 y 548 del Código de Procedimiento Penal:... "hasta el extremo de que estos exámenes o percepciones del funcionario al sindicado se limitan, en la mayoría de los casos, a escuetas preguntas sin verdadera significación para dibujar un esquema de la personalidad sicológica del reo. En otras oportunidades, en grave omisión de su actividad, los jueces prescinden de estas pesquisas o averiguaciones. Los interrogatorios que impone el Código de Procedimiento Penal deben realizarse, pero en el supuesto censurable de que así no se obre, ello no da lugar a generar una nulidad ni de tipo legal, ni mucho menos de tipo constitucional o supralegal. Basta la anotación hecha por la honorable Corte, en circunstancias parecidas de acusaciones a sentencias en casación, de que este sistema que proporciona la ley para el conocimiento del procesado no es único y que el juez tiene a su alcance otros medios diferentes que le permiten cumplir con la misma meta, para dar por desueto el cargo".

4º Que "la declarante Elisa Barraza de Angarita se negó a concurrir a la diligencia de careo decretada entre el sindicado y dicha señora. Igualmente se negó a concurrir a la diligencia de inspección ocular. El señor Juez no hizo nada por hacer cumplir dicha orden judicial. Si un declarante hace graves cargos contra el sindicado y luego se niega a concurrir a las diligencias de careo, es porque sus afirmaciones no tienen consistencia y por ende, son mentirosas. Tal es el caso de autos. La señora Elisa Barraza se negó a concurrir a las mentadas diligencias y cuando se enteró de que iba a ser puesta en presencia de su acusado, se ocultó en forma deliberada".

Agrega que en esa forma "se violó el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, que constituye una preciosa garantía para todo sindicado, cuyo desconocimiento genera quebrantamiento del derecho de defensa, siendo completamente nulo todo juicio que se adelante sin el lleno de los requisitos establecidos por el legislador en la ya citada norma procesal...".

El señor Agente del Ministerio Público consigna su réplica en los siguientes términos:

"No puede culparse al juez de la ausencia de la declarante Barraza para concurrir a la diligencia de careo ordenada por el mismo funcionario a petición del apoderado del sindicado. Y no hubo negativa por parte del juzgado, en ningún momento, a lo largo de la sumaria, ni tampoco del plenario, para acceder a las peticiones defensivas propuestas por Rangel Durán. Circunstancias de fuerza mayor hicieron que la declarante Barraza imposibilitara la práctica del careo con Rangel; fue ella quien se negó a concurrir y quien deliberadamente se ocultó para tampoco asistir a la diligencia de inspección ocular. No incumbe a este Despacho entrar a remover o presuponer las razones que tuviera la dicha señora para desobedecer la orden del juzgado; pero, es innegable, no puede achacár-

sele al funcionario su ausencia ni menos considerar que con eso se coartó la posibilidad defensiva de Rangel. Las afirmaciones que hace el señor apoderado de que por parte del juez hubiera un ánimo rencoroso o vengativo que le restó imparcialidad a su cometido, como tal, no las comparte este Despacho y las desecha categóricamente por no hallarlas objetivadas en el expediente. Todo el negocio, a la inversa, da una plena impresión de serenidad e imparcialidad de ánimo por parte de quien conoció el expediente. El cargo es inexistente, permaneció indemostrado, y debe ser rechazado".

b) *Causal primera*: Afirma el impugnante que "si en un proceso penal no se cumplen las normas procedimentales penales que gobiernan esta clase de juicios, lógicamente que la aplicación de la ley sustantiva se efectúa indebidamente. En el caso de autos, si la nulidad alegada dentro del marco de la causal cuarta de casación, prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, llegare a prosperar, lógicamente que tendría incidencia sobre la causal primera, por cuanto que la ley penal sustantiva habría tenido indebida aplicación, ya que los soportes del fallo acusado se desmoronarían por las consecuencias de la nulidad alegada".

Dice el señor Agente del Ministerio Público que "la causal primera alegada también por el opositor no merece ser respondida de manera especial. Siendo impetrada como consecuencial, y dado el caso de que la causal cuarta no ha obtenido justificación ninguna, debe correr la misma suerte".

Para resolver la Sala considera.

Las tachas formuladas por el demandante a través de la causal cuarta de casación no resultan demostradas y, por tanto, no procede invalidar la sentencia objeto del recurso. Tampoco resulta pertinente el motivo de impugnación señalado en el ordinal 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto fue invocado como consecuencia de la causal cuarta de casación, correspondiéndole la misma suerte de ésta.

Se tiene, en efecto:

Primer cargo.

El rechazo del *a quo* a la solicitud del señor personero del procesado, para que las testigos Nieves María Parra Quintero y Carmelita Ovalle Rojas declararan nuevamente en la audiencia pública, encuentra apoyo en el precepto contenido en el artículo 208 del estatuto de procedimiento, según el cual "no se admitirán pruebas que no conduzcan a establecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso". Tanto más, cuanto que tales declaraciones habían sido rendidas ya en la etapa del sumario.

Refiriéndose la Sala al artículo citado, en sentencia de 9 de mayo de 1957 (G. J. t. LXXXV, p. 174), expresa que de dicha norma "claramente se infiere que los jueces tienen la facultad legal de apreciar...", la procedencia de las pruebas... "para aceptarlas o para rechazarlas según que incidan o no en las resultas del juicio".

Igualmente señala la Corte, en relación con el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, lo que pasa a transcribirse:

"Si bien es cierto que el derecho del defensor a solicitar la comparecencia de un testigo lo respalda el texto del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, esta facultad de la defensa está condicionada a la apreciación del juez, fundada en el principio general consagrado en el artículo 208, en virtud del cual el juez goza de libre arbitrio para determinar si las pruebas son conducentes y rechazarlas cuando encuentre que ellas no conducen a establecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso" (G. J. t. LXVII, p. 34, auto de 27 de enero de 1950).

Cabe tomar en cuenta, asimismo, que el pedimento del defensor de Rangel Durán solamente buscaba que los jueces de hecho vieran y escucharan a las testigos Parra Quintero y Ovalle Rojas, a fin de que el Jurado calificara su credibilidad, mas no que depusieran sobre hechos nuevos o diferentes a los ya afirmados por ellas en las dos oportunidades en que declararon ante el funcionario de instrucción, y por cuanto el juez de derecho les había negado credibilidad a sus informaciones. *Como el Jurado tiene plena soberanía para estimar los elementos de juicio, es obvio que la razón aducida por el señor defensor no fundaba su pedimento y bien podía, entonces, el* a quo, *como lo hizo, negar lo solicitado, en virtud de su arbitrio para apreciar la conducencia de tales testimonios ante los jueces de hecho.*

Segundo cargo.

No constituye el evento de nulidad previsto en el ordinal 3º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal el reemplazo de uno o más miembros del Jurado, cuando ello se debe a su ausencia del lugar donde tiene su sede el juz-

gado, pues es evidente que ese motivo representa un obstáculo procesal que debe ser removido. Así lo ha señalado la Corte en sentencia de 28 de enero de 1953 (G. J. t. LXXIV, p. 172).

Y, aún cuando no es necesario para concluír en la improcedencia de este segundo cargo, no sobra anotar, como lo admite el mismo demandante, que *el caso de nulidad a que alude el ordinal 3º del artículo 199, citado, requiere que quien lo alega "haya hecho el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes"*, reclamación que no fue hecha.

Tercer cargo.

Es cierto que en la segunda instancia no se dio cumplimiento al mandato contenido en el artículo 548 del Código de Procedimiento Penal, sobre el interrogatorio que personalmente debe hacerse al enjuiciado "acerca del hecho, antecedentes personales, sus condiciones de vida, y en general, de todo lo que tienda a revelar su personalidad".

Pero la omisión de esta diligencia, también lo ha dicho la Corte, no conlleva una nulidad del proceso, pues no es el único medio que permita ese conocimiento de la personalidad del encausado, (Sent. de 4 de agosto de 1948, G. J. t. LXIV, p. 538; de 8 de junio de 1948, G. J. t. LXIV, p. 851; de 21 de octubre de 1949, G. J. t. LXVI, p. 725; del 11 de mayo de 1951, G. J. t. LXIX, p. 713, y de 27 de mayo de 1952, G. J. t. LXXII, p. 287).

Este examen de la personalidad del agente se hace necesario para aplicar la sanción, dentro de los límites señalados por la ley, tomando en cuenta, asimismo, "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañan" (Art. 36 del Código Penal).

En este proceso le fue señalada al reo la pena mínima prevista en el artículo 362 del Código Penal, tanto por el *a quo* como por el *ad quem*. En consecuencia, la omisión en que incurrió el juzgador de segunda instancia con respecto a la averiguación de la personalidad de Luis José Rangel Durán en nada lesiona su derecho de defensa, pues, se repite, le fue aplicada la sanción mínima prevista para el delito.

Cuarto cargo.

Como anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, no es atribuíble al funcionario de instrucción el hecho de que la señora Elisa Barraza de Angarita hubiera eludido la diligencia de careo con el procesado, pues en el informativo aparece que se ordenó su cumplimiento y se hicieron las gestiones del caso para citar a dicha testigo.

No se incurrió, por tanto, en violación alguna del derecho de defensa del sindicado, como afirma el impugnante.

No prosperan, como se dejó dicho, las causales de casación invocadas por el señor personero del recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la setencia del Tribunal Superior de Pamplona, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

TRANSITO DE PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA PARA JUZGAR A MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL POR LA VIGENCIA DEL DECRETO-LEY NUMERO 1705 DE 1960. LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO, RELATIVAS A COMPETENCIA, SON DE APLICACION INMEDIATA. FUERO PENAL MILITAR. CAUSAL CUARTA DE CASACION. NULIDAD DE CARACTER SUPRALEGAL.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre diez de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

Por sentencia de 14 de diciembre de 1962, el Tribunal Superior Militar condenó a Roberto Pérez Mahecha a nueve (9) años de presidio y sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en Misael Antonio Martínez. Confirmó así la proferida por el Consejo de Guerra Verbal, el 13 de noviembre del mismo año.

Contra aquel fallo recurrió en casación el defensor del procesado.

Se han cumplido los trámites legales de rigor y es el momento de decidir. Se sustentó el recurso y se obtuvo el concepto del señor Procurador Delegado de las Fuerzas Militares y de la Policía.

Hechos:

Los hechos de que da cuenta este expediente, sucedieron en Guayatá, en el Departamento de Boyacá, y fueron así:

Israel Pedraza González, agente de policía, fue lesionado el 10 de septiembre de 1958. De tal delito se sindicó a Misael Antonio Martínez. Para capturar a éste, fue despachada una comisión compuesta por el dragoneante Roberto Pérez Mahecha y los agentes Jorge Angel Carrillo y Emeterio de Jesús Báez R., la que salió el día once (11).

Martínez fue encontrado en el puente sobre el río Súnuba, en la carretera que conduce de Guayatá a Guateque. Pérez Mahecha se dirigió a él y le pidió se identificara. Así lo hizo. No obstante, el agente de policía dio al capturado, con la culata del fusil que portaba, un golpe en la cabeza. Luego, le ordenó seguir hacia adelante, lo que cumplió el preso. Y cuando éste iba a unos cinco metros de distancia, recibió un disparo de fusil. El proyectil penetró por la espalda y salió por el pecho, a nivel del sexto espacio intercostal del lado izquierdo. Misael Antonio Martínez murió a consecuencia de esta lesión, según el dictámen médico de fl. 12.

Adelantada la investigación del caso, se demostró la materialidad del delito de homicidio, con el acta del levantamiento del cadáver de Martínez —fl. 2—, la diligencia de necropsia del mismo —fl. 12— y la partida de defunción expedida por el Notario de Guateque —fl. 106—.

Con relación a la responsabilidad de Pérez Mahecha, como autor de dicho delito, se tienen las declaraciones de los testigos presenciales, Roberto Rubiano, Aquilino Ortega, Cecilia Amaya, Rafael Morales y Víctor Hernán Barreto (fls. 7, 9, 10, 17 y 24).

Los mismos agentes de policía, compañeros de Pérez Mahecha, señalan a éste como autor de la lesión que dio al traste con la vida de Martínez, si bien tratan de colocar al sindicado en una situación de defensa ante el occiso. Pero ambos están acordes en afirmar que Martínez recibió el disparo cuando, a su parecer, quiso emprender la fuga.

El mismo sindicado, en indagatoria, anota que Martínez, al advertir "la presencia de los agentes dejó de perseguirme y emprendió la fuga, inmediatamente se me vino el pensamiento que el individuo se fugaba y en forma rápida y con ánimo únicamente de intimidarlo hice un disparo con el fusil en esa posición de guardia con tal mala suerte que lo cogió el disparo...".

El proceso fue iniciado por el señor Juez Municipal de Guayatá y enviado luego al Comando

de la Policía Nacional —División de Boyacá— por ser el competente para conocer, de acuerdo con el artículo 347 del Código Penal Militar.

Por auto de 14 de octubre de 1961, se declaró cerrada la investigación y se ordenó correr traslado al señor Agente del Ministerio Público. El señor Auditor Auxiliar 30 de Guerra pidió que se convocara un Consejo Verbal para juzgar a Roberto Pérez Mahecha, por el delito de homicidio, previsto en el artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar, y dijo además: "El procedimiento a seguir para el juzgamiento es el de los Consejos Verbales ya que el país se encuentra en estado de sitio".

Por Resolución número 0044, el Comandante del Departamento de Policía "Boyacá", el 7 de noviembre de 1961, convocó, en la Guarnición de Tunja, un Consejo de Guerra Verbal para juzgar a Pérez Mahecha, como autor del homicidio en Misael Antonio Martínez, y se señaló el 9 de noviembre del mismo año para su celebración.

La audiencia se cumplió en la fecha señalada, y en ella se sometió al Consejo la pregunta que aparece al fl. 135. Por mayoría se afirmó la responsabilidad de Roberto Pérez Mahecha, en la muerte de Misael Antonio Martínez.

Por sentencia de 13 de noviembre de 1961, se condenó a Pérez Mahecha a nueve (9) años de presidio y sanciones accesorias de rigor. Este fallo fue confirmado el 14 de diciembre de 1962, por el Tribunal Superior Militar.

Demanda de casación.

En su demanda, el señor apoderado del procesado, hace un resumen de los hechos e invoca luego tres causales de casación, así: la cuarta, la segunda y la tercera.

Concepto del señor Procurador.

El señor Procurador Delegado examina, a espacio, los cargos que se hacen contra la sentencia del Tribunal Militar en la demanda de casación, no sin antes presentar un relato de los hechos, mejor acomodado a la realidad. Oportunamente se referirá la Corte a este concepto.

Consideraciones de la Corte:

Se indicó atrás, que en la demanda de casación se invocaban estas causales: la cuarta, la segunda y la tercera de las señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Se examinará, en primer término, la causal cuarta, advirtiendo que, aceptada, no será necesario hacer el estudio de las otras, ya que la prosperidad de aquélla, dejará sin piso la sentencia recurrida.

Causal cuarta. "Hay lugar a casación: 4º Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Las razones del apoderado aparecen expuestas así, en síntesis:

"Impugno, pues el fallo, porque a mi juicio recayó sobre un proceso viciado de nulidad, doblemente: en primer término, al haberse escogido un procedimiento extra-rápido, en el que no media auto de calificación, y se suprimen ciertas prerrogativas inherentes al derecho de defensa, se incurrió en nulidad supralegal o constitucional, que tiene la virtud de dejar sin valor todo lo actuado. Y en segundo, porque si tanto el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, como el 198 del Código de Procedimiento Penal, establecen como causal de nulidad 'no tener competencia o jurisdicción', para el primero, y para el segundo, 'la incompetencia de jurisdicción', con mayor razón habrá tales nulidades, si de un lado se ignora cuál es el Juez competente para fallar, y del otro tampoco se saben cuáles habrán de ser los trámites, para el debido lleno '...de la plenitud de las formas de cada juicio'.

"Si la acción se adelantó dentro de las congruencias anotadas, es natural que daba mayores garantías de defensa el consejo de guerra y no el consejo verbal de guerra. En el primero se habría cerrado la investigación, corrido traslado al señor Fiscal para efectos del artículo 537 del Código de la materia, para luego el Juez acometer sus funciones en desarrollo de los artículos 539, 540 y 543 del mismo Código".

Se responde:

Roberto Pérez Mahecha, a la época de la comisión del delito, formaba parte de las Fuerzas de Policía, las que, a su vez, estaban incorporadas a las Fuerzas Armadas de la Nación. Por consiguiente, estaba sometido a la jurisdicción penal militar, de acuerdo con los artículos 307 y 308 del Código de Justicia Penal Militar. Era Juez competente, según el artículo 347 de la misma obra el Comandante de la División de Policía a la cual estaba adscrito, como Suboficial, el dragoneante Roberto Pérez Mahecha. En una palabra, el sindicado, al momento de delinquir, tenía el fuero penal militar. Lo había

perdido, en cambio, al ser convocado el Consejo de Guerra Verbal, como se verá enseguida.

El fuero penal castrense desapareció para la Policía Nacional, a partir de la vigencia del Decreto 1705 de 18 de julio de 1960, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte.

En sentencia de 17 de mayo de 1962, por ejemplo, se dijo:

"Desde que el mentado Decreto (1705) entró en vigencia y una vez perdido el fuero militar, los procesos en trámite deben ser conocidos por los jueces ordinarios, en atención a que el fuero de que gozaban ya no existe, y principalmente, porque aunque dicho fuero se considere erróneamente como un privilegio, ello no puede conducir hasta el extremo de que no existiendo por voluntad del legislador, se quiera someter a quienes no los ampara a un tratamiento de excepción procesal notoriamente más gravoso y desfavorable del que les otorga el régimen de ritualidad ordinaria para el juzgamiento y el goce de los derechos de defensa inherentes al procedimiento ordinario, como con fundamentos sólidos y jurídicos lo sustenta la demanda.

"El fuero militar respecto de los miembros de la Policía, fue, sin duda, la consecuencia lógica de la incorporación de ese cuerpo a las Fuerzas Armadas. De esta suerte, desincorporada la Policía de las citadas Fuerzas, por medio del Decreto 1705, y recobrado su carácter de institución civil, necesariamente tenía que desaparecer aquel fuero en relación con sus miembros, tesis que es la misma que ha venido sosteniendo la Corte y que aparece consignada en varios fallos, de manera especial, en el de fecha 27 de julio de 1961, donde se dijo sobre la base de un estudio cuidadoso y a fondo de la materia, lo que sigue, que se trascribe con el epígrafe contenido en el numeral 4º de las consideraciones del fallo:

" 'El Decreto-ley desincorporó a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares y, de consiguiente, como institución de carácter civil, dejaron sus miembros de estar vinculados al fuero penal castrense.

" 'Siendo evidente que el artículo 40 del Decreto-ley 1705 de 18 de julio de 1960, hace de la Policía Nacional una institución de carácter civil, es lógico que sus miembros, salvo que se trate de militares que presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional, son civiles y no militares, así por su disciplina u organización especiales se les clasifique entre agentes, suboficiales y oficiales.

" 'No puede suponerse que la institución sea la que únicamente tenga el carácter de civil, y que sus miembros sean militares, porque se trataría, entonces, de una fuerza militar, denominada Policía Nacional, que no podría estar por fuera de la organización militar; ni excluída del Comando General de las Fuerzas Militares; ni sometida a un régimen y disciplina especiales, distinto del militar; ni tener el carácter de civil.

" 'Y como el fuero penal castrense, como se dejó examinado, no puede ser extendido por la ley a los civiles, esto es, a las personas no militares y sin vinculación alguna con las fuerzas militares, *es incuestionable que el Decreto 1705 de 1960, al darle a la Policía Nacional el carácter de institución civil, y desincorporarla, en consecuencia, de las Fuerzas Militares, derogó tácitamente las disposiciones que le daban a la justicia penal castrense la facultad de juzgar a sus miembros.*

" 'Esa incorporación de las Fuerzas de la Policía Nacional a las Fuerzas Militares, ya se anotó, fue lo que hizo que sus miembros quedaran cobijados con el fuero penal castrense, de acuerdo con lo previsto en el artículo 170 de la Constitución Nacional, pues sus agentes, suboficiales y oficiales dejaron de pertenecer a una institución civil para adquirir el carácter de militares, como que quedaron sometidos al régimen militar, bajo el Comando General de las Fuerzas Militares y haciendo parte, al lado del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, como cuarto componente de las Fuerzas Militares.

" 'De igual manera, la desincorporación de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, llevada a cabo mediante el Decreto 1705 de 1960, que hizo de la 'Policía Nacional una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección del Ministerio de Guerra...', (art. 40), pero sin que forme parte ya, como cuarto componente, de las Fuerzas Militares, las que ahora sólo constituyen el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (Arts. 36 a 39 del mismo Decreto 1705 de 1960), ni se encuentra sujeta al Comando General de las Fuerzas Militares, le ha quitado a sus miembros el carácter de militares (salvo los que lo sean y presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional) y, por tanto, los ha desvinculado del fuero penal castrense.

" 'En fin: si la Policía Nacional estuvo sometida, en cuanto al juzgamiento de sus miembros, al fuero penal castrense, porque se la incorporó a las Fuerzas Militares y éstos dejaron de ser funcionarios civiles armados (componentes de una fuerza armada), para tomar el carácter de militares, es lógico que al ser desin-

corporada de las Fuerzas Militares para hacer una institución de carácter civil, sus miembros dejaron de estar sometidos al fuero penal castrense, así continúen siendo funcionarios civiles armados (componentes de una fuerza armada)'. (Auto de 13 de abril de 1962 y sentencia de 27 de julio de 1961).

"Es también doctrina de esta Sala de la Corte que las normas de procedimiento, entre las cuales se cuentan las relativas a competencia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, son de aplicación inmediata, salvo en aquellos eventos en que 'visiblemente resulten perjudiciales para el acusado' ".

Ha sido, igualmente, doctrina de la Corte la de que "en relación con las leyes procesales para entrar en vigencia de inmediato, ello tiene que operarse con la salvedad en materia criminal, de que sean permisivas o favorables, desde luego que rige la norma de que se aplicarán de preferencia a las restrictivas o desfavorables. Esta salvedad indica que es a este concepto y no al de la retroactividad al que es necesario atender en estos casos. Siendo esto así, no cabe duda de que resulta al procesado más favorable que se le juzgue por el procedimiento ordinario y no por el riguroso y excepcional del Consejo de Guerra Verbal...".

"Si, pues, al tiempo de dictar la resolución para convocar al Consejo de Guerra Verbal, ya regía el Decreto-ley 1705, era del caso suspender el procedimiento hasta allí concluído y pasar a la justicia ordinaria el proceso, porque suprimido el fuero por virtud de la desvinculación operada de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, no gozando de él por tal motivo el procesado, su causa debía tramitarse de conformidad con las normas que rigen en el Código Procesal Penal vigente y con sujeción a ellas conducir todo el procedimiento hasta ponerlo en condiciones de que la justicia ordinaria dictase la correspondiente sentencia, no sin antes calificar el mérito de la investigación con el auto de proceder respectivo y la audiencia pública con la intervención del jurado, si no había óbice legal alguno que dispusiera lo contrario...".

"Recuérdese que esta Sala ha dicho que el auto que más se asemeja en el procedimiento castrense a la providencia por la cual se llama a juicio, es la resolución que convoca al procesado a Consejo de Guerra Verbal. Proferida ésta cuando el sindicado no gozaba de fuero, no existía juicio propiamente tal y consecuencialmente no había precluído la adopción de una competencia distinta, por lo cual al señalar otra el procedimiento seguido contra el procesado, se incurrió en nulidad supralegal...".

"Por lo demás, del alcance de la sentencia del 27 de julio de 1961, y de lo expuesto en la providencia de 13 de abril del corriente año, antes citada, y de lo que se dice en este fallo, *se desprende, como norma general relacionada con el tránsito de procedimiento y competencia para juzgar a los miembros de la Policía Nacional, lo siguiente: si el hecho incriminado tuvo ocurrencia luego de entrar en vigencia el Decreto legislativo 1705 de 1960, su juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria, puesto que no hay conflicto de competencias. Pero si fue cometido antes de la fecha de este Decreto, cabe distinguir estas dos situaciones: si ya se había, por lo menos, proferido el auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, dado que el juez competente ya estaba determinado, precluye la exclusión del fuero castrense y, por tanto, el juzgamiento corresponde a la justicia penal militar. Pero si en el negocio no se había dictado, por lo menos, dicho auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal (que como se dijo, es el más análogo al auto de proceder), el negocio debe ser conocido por la justicia ordinaria".*

Es cierto, como lo indica el señor Procurador, que el Gobierno Nacional, por Decreto 0010 de 11 de octubre de 1961, declaró turbado el orden público en todo el territorio nacional, y que, posteriormente, por Decreto 2828 de 10 de noviembre del mismo año, dispuso que "todos los delitos de competencia de la justicia penal militar", con algunas excepciones, se juzgarían y fallarían por medio de Consejos de Guerra Verbales. Pero, a la época de estos Decretos, el dragoneante Roberto Pérez Mahecha, ya carecía del fuero penal militar, pues la institución a que pertenecía había quedado desincorporada de las Fuerzas Militares y había adquirido el carácter de civil desde el 18 de julio de 1960. No era, pues, el delito de que se trata del conocimiento de la justicia castrense en tal momento.

Es más: el artículo 588 del Código de Justicia Penal Militar enseña que "los delitos de competencia de la Justicia Penal Militar, se juzgarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, cuando así lo determine el Gobierno Nacional", en caso de turbación del orden público.

La determinación del Gobierno Nacional se cumplió el 10 de noviembre de 1961. No obstante, el Consejo de Guerra Verbal fue convocado el 7 de noviembre de 1961 esto es, con anterioridad al Decreto 2828 de 1961, con lo cual se dio a éste un carácter de retroactivo.

No se juzgó a Roberto Pérez Mahecha con la plenitud de las formas propias del juicio y por juez competente, pues cuando se convocó el Consejo de Guerra Verbal, que señaló el juez y el procedimiento, no existía para el sindicado el fuero penal castrense. Ello implica una nulidad de carácter supralegal o constitucional, la que procede a declarar la Corte.

Al prosperar este motivo de impugnación de la sentencia, no es el caso de entrar al estudio de las demás.

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 concepto del señor Agente del Ministerio Público, *invalida* el fallo recurrido y *dispone* devolver el proceso, por conducto del Tribunal Superior Militar al Juez Superior (reparto) del Distrito Judicial de Tunja, para que se *reponga el procedimiento* a partir del auto de 14 de octubre de 1962 (fl. 18 del cuaderno principal) y se siga el ordinario para el caso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario

TENTATIVA DEL DELITO DE FALSIFICACION DE MONEDA. CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.

Naturaleza de las normas de carácter especial y general que reprimen la tentativa. Elementos constitutivos de la tentativa y la consumación. Criterios material y formal de la doctrina moderna en relación con la preparación y ejecución del delito. La "falsificación de monedas," en la modalidad de circulación dolosa, no admite la figura de la imperfección.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, doce de septiembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 6 de septiembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja condenó a Domingo Galvis Velandia, *"como responsable del delito imperfecto de falsificación de moneda"*, a la pena de dos (2) años de presidio y accesorias correspondientes.

Hechos y actuación:

En torno a las once y media de la mañana del 23 de mayo de 1959, Domingo Galvis Velandia entró al almacén del señor Eurípides Laverde, ubicado en la ciudad de Tunja, y allí, luego de negociar un vestido, con el fin de cubrir parte de su precio, entregó un billete de cien pesos ($ 100.00) que, al ser identificado como falso, le fue devuelto; un poco después, en la Plaza de Bolívar de la misma ciudad, procedió a comprar al señor Luis Alberto Cárdenas un billete de lotería y para pagarlo entregó también un billete de cien pesos ($ 100.00), el que, a su turno, apreciada su falsedad, se le devolvió; por último, entró al almacén de la señora Bernarda Montoya, donde solicitó se le vendiese un colchón y enseguida, en el momento de cancelar su precio, cambiando de opinión, unos zapatos para cuyo pago entregó un billete de cien pesos ($ 100.00), el que, como en los dos eventos anteriores, resultó falso. En estas condiciones Galvis Velandia fue capturado a la una de la tarde del día en cuestión, momento en el cual se le decomisaron los tres billetes de cien pesos ($ 100.00) que, en el carácter de falsos, aparecen agregados al expediente.

En razón de estos hechos, el Juzgado 2º Superior de Tunja, mediante auto del 12 de septiembre de 1959, llamó a juicio al procesado Galvis Velandia, especificando, dentro de la parte motiva de esa determinación, que se trataba del delito de falsificación de moneda en la modalidad del ordinal 4º del artículo 214 del Código Penal, enjuiciamiento que el Tribunal confirmó en sus providencias del 27 de noviembre y 1º de febrero de 1960, aunque sobre la base de que el delito imputado sólo alcanzaba el grado de frustración.

El Juzgado, decidiendo la primera instancia del juicio, en sentencia del 3 de agosto del citado 1960, condenó al procesado Galvis Velandia, como responsable del delito de circulación de moneda falsa, en el grado de frustración, aunque dentro de la modalidad prevista en el artículo 217 del Código Penal, a la pena de catorce (14) meses de arresto y al pago de los perjuicios, fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 6 de septiembre del año pasado en el sentido de condenar al expresado sujeto por el delito en cuestión, también en el grado de frustración pero en la particular especie prevista en el ordinal 4º del artículo 214 del Código Penal, a la pena de "dos (2) años de presidio" y accesorias del caso.

Demanda de casación:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el señor Fiscal recurrente invoca, en primer término, la causal de casación

prevista en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo formula al fallo acusado los siguientes cargos:

a) En la sentencia acusada, por errada apreciación de los hechos, se les dio "un valor que no les corresponde", y de este modo vino a condenarse a Galvis Velandia sin la "plena prueba de la responsabilidad", tesis que se procede luego a fundamentar en la consideración de que, en sentir del recurrente, no se dispone de nada que establezca que aquél "haya recibido de mala fe los billetes", ni se cuenta con su confesión, ni con documento que lo vincule a "falsificadores" y entonces, como es lógico, se han debido acoger sus asertos al respecto, los cuales, al acreditar, en forma no desvirtuada, que aquellos billetes los adquirió de buena fe, en pago de unos bultos de alverja que vendió en Bogotá, tenían que llevar a su absolución.

Respuesta:

En el expediente aparece comprobado, incluso por medio de la confesión de Galvis Velandia, que éste entregó en el almacén del señor Eurípides Laverde, con el fin de cubrir parte del precio de un vestido que allí trató de adquirir un billete falso, el cual le fue devuelto en ese carácter; que minutos después entregó al señor Luis Alberto Cárdenas, en pago de un billete de lotería, un billete también falso, el que, como en el evento anterior, se le devolvió en virtud de esa calidad espúrea; y, por último, que en el almacén de la señora Bernarda Montoya, en pago de unos zapatos, entregó, a su turno, un billete falso.

Dentro de estas condiciones, apenas es obvio entender que Galvis Velandia, al menos con respecto a Cárdenas y a la señora Montoya, puso en circulación moneda falsa, a sabiendas de que tenía esa calidad, hecho que de suyo impedía su absolución aún en la hipótesis de que los billetes, como se pretende en la demanda, los hubiera adquirido de buena fe, ya que el artículo 217 del Código Penal sanciona como delito poner en circulación moneda espúrea, recibida de buena fe, "después de haberse enterado de su falsedad".

En la sentencia acusada se rechazó la tesis, propuesta en las instancias y acogida en el fallo de la primera, en el sentido de que Galvis Velandia, como lo afirmaba en su indagatoria, había adquirido los billetes que le fueron decomisados en el momento de su captura, de buena fe, al recibir el dinero correspondiente al pago de unos bultos de alverja, vendidos en Bogotá. En este particular, ciertamente, no hubo error alguno, como pasa a demostrarse.

Galvis Velandia fue capturado, por un miembro de la Policía Secreta, prácticamente a continuación de que salió del almacén de la señora Bernarda Montoya, momento en el cual le fueron decomisados los tres billetes, que en la condición de falsos, aparecen agregados al expediente. En el informe de la captura el detective dice:

"Al preguntarle cómo había adquirido esos billetes, manifestó que *se los había encontrado en una calle de Bogotá*".

En la demanda se pretende que como el informe a que pertenece la transcripción "no fue hecho bajo juramento", carece de valor. Ocurre, sin embargo, que en el proceso penal, donde se busca la verdad material, ningún dato, en ese expreso objetivo, es de por sí rechazable. De otro lado, la verdad es que Galvis, dentro de su indagatoria, confirma el contenido del informe, puesto que al ser preguntado al respecto aceptó haber dado, en el momento de su captura, como explicación en torno al origen de los billetes, la que allí aparece consignada.

En su declaración, Luis Alberto Cárdenas refiere que Galvis Velandia le indicó que el billete falso con que quiso pagarle la lotería se lo habían dado por concepto de jornal, señalándole en esa forma un origen distinto al que le fijó, algunos minutos después, cuando fue capturado, y también diferente al que consignó al rendir indagatoria, pieza en la que sostuvo que los billetes los había adquirido en el pago de unos bultos de alverja, vendidos en Bogotá.

Esa versión de la indagatoria, desacreditada, como es obvio, en razón de las otras dos con que concurre, se ofrece al examen crítico como un tanto inverosímil.

En efecto, Galvis Velandia, conforme a sus propios asertos, manejaba, en el carácter de asalariado, un camión ajeno, dedicado al transporte de papa del Norte de Boyacá a los centros de consumo, vehículo en el cual algunas veces echaba, a espaldas de su dueño, bultos de alverja que adquiría en aquella región para vender en Bogotá. Previa esta explicación, dice:

"Compré un poco de alverja en el Espino, la llevé a Bogotá, la vendí, y entre esa plata de la alverja, me dieron esos billetes".

El procesado, como puede apreciarse, no señala la cantidad de alverja de que habla, vacío que vino a llenar, en ese expreso particular, al invocar, dentro del término de prueba del juicio, el testimonio de su ayudante Antonio Camacho, quien informa que las compras de alverja en el Norte para vender en la capital se reducían a *"tres o cuatro bultos"*.

En los mercados de Bogotá, el precio actual del bulto de alverja, vendido directamente al consumidor, es de cerca de $ 100.00, precio que para el intermediario, que fue el tipo de comerciante con quien, al decir suyo, negoció el procesado, se rebaja, cuando menos, en una tercera parte, y entonces Galvis, sobre la base de estos precios de hoy, infinitamente superiores a los de 1959, habría recibido el valor de los "tres o cuatro bultos" de alverja en los tres billetes falsos que se le decomisaron, teniendo que devolver, incluso, apreciables trueques.

Conforme con estos datos, bien fácil se echa de ver que la versión de la indagatoria resulta no solo artificiosa e inverosímil sino, además, como intrínsecamente mentirosa, ya que si el precio de la alverja ni siquiera podía alcanzar a $ 300.00, no era posible que Galvis recibiera, junto con otros, los expresados billetes, hecho que es el que afirma por medio de la frase: "y entre esa plata de la alverja me dieron esos billetes".

De manera que, de acuerdo con las razones expuestas, cabe concluír en que el Tribunal, dentro del fallo acusado, no incurrió en error alguno al rechazar la tesis según la cual Galvis adquirió los billetes de buena fe para imputarle, en esa suerte, el delito previsto en el ordinal 4º del artículo 214 del Código Penal.

b) En el fallo el Tribunal "tampoco apreció en toda su trascendencia el dato procesal evidente y que consiste en la burda falsedad de los billetes".

Respuesta:

Este otro cargo, aducido también con apoyo en la causal 2ª, no aparece fundamentado, dentro de la esfera de la misma y, porque es peor, tampoco a lo largo de la demanda, en forma alguna, circunstancia que lo sustrae a cualquier intento de examen.

En segundo lugar, el recurrente invoca la causal 1ª de casación, a cuyo amparo hace al fallo acusado los cargos que a continuación se reseñan y estudian:

1º En la sentencia se violó, "por indebida aplicación", el ordinal 4º del artículo 214 del Código Penal, extremo al que se llegó precisamente como consecuencia lógica de aquel error, en torno a la valoración de los hechos, que planteado a través de la causal 2ª, en sentir del recurrente, fue la causa para que Galvis resultara condenado sin la "plena prueba de la responsabilidad".

Respuesta:

Como quedó demostrado en el examen de los cargos formulados al fallo acusado al amparo de la causal 2ª, el Tribunal no incurrió en ningún error al apreciar la prueba y hechos del proceso, y entonces, como es lógico, tampoco pudo violar, por indebida aplicación, el predicho ordinal 4º del artículo 214 del Código Penal, el cual, sin duda, es el que comprende, describe y sanciona esos hechos.

2º "El Tribunal violó el artículo 18 del Código Penal por no aplicarlo, siendo así que la técnica jurídica a ello lo llevaba".

Respuesta:

El artículo 18 del Código Penal se contrae al delito imposible, del cual trató de ocuparse el recurrente, mediante una simple referencia al hecho de que, en su concepto, el Tribunal no había apreciado "la burda falsedad de los billetes", cuestión sobre la que se abstuvo de hacer fundamentación, tanto en la órbita de la causal 2ª, que era lo propio, como en la de la 1ª. En estas condiciones, apenas es obvio que la Sala carece de apoyo alguno que le permita recoger el planteamiento del recurrente, de simple alusión, primero a una situación de hecho, y luego a la figura del delito imposible, aunque conviene observar, eso sí, que esa "burda falsedad de los billetes" responde, sólo y exclusivamente, a una opinión estrictamente personal del recurrente.

3º En el fallo se violó el artículo 16 del Código Penal, "por no haberlo aplicado", y el artículo 17 de la misma obra, "por haberlo aplicado".

Respuesta:

El estudio de este cargo, presentado prácticamente sin fundamentación, ha de comenzarse con la reproducción de la siguiente doctrina de la Corte:

"Para determinar si un hecho punible admite o no tentativa y frustración resultan ineficaces las viejas distinciones entre delitos materiales, formales e instantáneos, porque la realidad palpitante de la vida, demuestra que aún en los dos últimos pueden existir tales manifestaciones recortadas de la acción criminosa. La pauta decisiva hay que buscarla en el iter criminis: si el delito es susceptible de un proceso ejecutivo, de un fraccionamiento de varios actos que no alcanzan a lesionar el bien jurídico amparado por la norma penal, entonces caben las formas imperfectas o degradadas del ilícito, presupuesto

naturalmente el dolo que guía la actividad del malhechor. En consecuencia, las infracciones que se perfeccionan con un acto único (*qui unico actu perficiuntur*), excluye la tentativa, porque se consuman tan pronto como se inician, en virtud de carecer de un iter criminis... etc." (Sent. mayo 21 de 1956, LXXXII, pág. 654).

Importa, además observar que el problema relativo a la tentativa debe ser resuelto caso por caso y en atención, principalmente, a la definición de la conducta delictiva en la parte especial del Código, tomando en cuenta el verbo que, al señalarla, la tipifica.

No obstante aquéllo, conviene recordar algunas nociones y principios en torno a la citada figura.

En el Código la tentativa o, mejor, la conducta que describe la tentativa, se encuentra consagrada en el artículo 16 de la parte general. Sobre la naturaleza de esta norma y de las demás que integran esa parte del expresado estatuto, hay unidad de pensamiento entre los autores, en cuanto se les atribuye el carácter de extensivas, o integrativas, o de integración de las normas de la parte especial, puesto que, sin duda, una norma como la indicada, no puede tener operancia, vigencia o actuación alguna sino en relación con otra de la parte especial, lo que quiere decir que es de naturaleza secundaria o accesoria, en el sentido de que siempre ha de estar vinculada a otra de la parte especial. Las normas de la parte especial del Código definen conductas de consumación, sancionando, en consecuencia, sólo las que, en su realización, conjuguen la totalidad de los presupuestos descritos en cada una de ellas, y entonces, si no existiera el precepto del artículo 16, no sería posible, con base apenas en normas de la parte especial, reprimir la conducta del que "diere principio a la ejecución de un delito" y no lo consumare, precisamente por falta, en este género de conductas, de tipicidad. El artículo 16 corresponde, por tanto, a una norma compleja, en cuanto está integrada con las de la parte especial, de suerte que de la combinación de las dos normas, la del predicho texto y la de la parte especial a que hubiere lugar, se obtiene el título del delito, así: "tentativa de homicidio", "tentativa de estafa", "tentativa de hurto", etc. De ahí que se afirme que el problema de la tentativa se debe resolver con fundamento en las normas de la parte especial más que con el de aquellas que hacen relación a la teoría general del delito. Entre la tentativa y la consumación existen varios elementos en común: hay un mismo interés jurídico tutelado en ambas manifestaciones del actuar delictuoso; hay un mismo elemento subjetivo (un mismo dolo); y, por último, es igual el fundamento de la punibilidad en la tentativa y en la consumación. La única diferencia que se advierte es la relativa al elemento objetivo del delito. En la tentativa, ese elemento objetivo está representado por una acción peligrosa, por una acción que pone en peligro el interés jurídicamente tutelado; en el delito consumado existe, en cambio, un daño, un perjuicio, se ha producido la destrucción por la lesión completa del interés penalmente amparado. El Código, en la definición de la tentativa, dice que ella se da cuando un sujeto, con el fin de cometer un delito, "diere principio a su ejecución", marcando, de este modo, el límite entre la preparación, por una parte, y la consumación, por la otra. De suerte que la cuestión está en saber qué se entiende por principio de ejecución, por actos ejecutivos, en contraposición a los llamados actos preparatorios y actos de consumación. Sobre esta sustancial distinción la moderna doctrina se apoya en dos criterios: 1º Criterio material, que es el que se refiere al ataque al interés penalmente tutelado; y, 2º Criterio formal, que es el que atiende a la realización parcial del modelo legal o tipo de delito.

En cuanto al aspecto material, ya se dijo que lo que caracteriza la tentativa es el hecho de la realización de una conducta peligrosa frente al interés tutelado penalmente; y entonces todas las veces que exista un ataque directo al objeto de la protección penal que se traduzca en esa situación de peligro, tendrá que decirse que existe un proceso de ejecución del delito.

La existencia de esa situación de peligro, que caracteriza los actos de tentativa, se basa en la noción sustancial o material del delito, que es aquella que lo define como una lesión o amenaza de un bien jurídico tutelado penalmente. De manera que todo acto que, penetrando en la esfera de la ilicitud, crea esa situación de peligro para el interés tutelado, representa una conducta de tentativa, puesto que con ella se da principio a la ejecución del delito.

En el orden formal, se dice que la conducta entra en la etapa de ejecución cuando con ella se ha iniciado la realización del tipo de delito. Los actos de tentativa, de consiguiente, no pueden ser considerados —se repite— sino en relación con un tipo de delito determinado y así para establecer cuándo se ha comenzado la realización de la conducta típica de consumación, habrá que examinar la definición de dicha conducta en el verbo del respectivo modelo legal.

Un principio de ejecución se debe admitir todas las veces en que una actividad, por pertenecer a la conducta típica, según la concepción material o sustancial del delito, es parte integrante de ella, lo que quiere decir que "tentativa de delito es todo acto realizado con la intención de cometer aquel delito y que hace parte de una serie de actos que, si no fuera interrumpida, constituiría su consumación actual".

Actos de tentativa son, por consiguiente, solamente aquellos que hacen parte de la acción propia del delito que se quiere cometer o, más claramente, actos constitutivos de la conducta típica, cuestión que emerge, por cierto con la debida claridad, del propio texto de la ley, conforme a su frase: "diere principio a su ejecución".

Ahora bien, el artículo 214 del Código Penal describe, en cada uno de sus cinco ordinales, diversas hipótesis delictivas, vale decir, cinco eventos de delitos autónomos. Y es claro que la ley debió sancionar, en ese carácter, todas las conductas precedentes a la circulación, porque si así no lo hubiera hecho, como dice Hungría, quedarían en la esfera correspondiente a simples actos preparatorios de esa misma circulación.

Hay circulación de moneda falsa cuando ella es puesta por el tenedor en condiciones que no excluyan la posibilidad de que cumpla aquel objetivo y entre, por consiguiente, a confundirse con los valores genuinos.

Son infinitos los modos como se puede poner en circulación la moneda. A título de ejemplo, indican los autores que los casos más corrientes son éstos: abandono en lugar público, venta, cambio, depósito, descuento, donación, propina, limosna (sea a persona o en alcancías especiales, como en el caso de "El Minuto de Dios", o a las iglesias), consignación a otro, como en el evento de la doméstica a quien se le entrega el dinero para "el diario"; también puede usarse como medio para poner a funcionar aparatos eléctricos, como los llamados "traganíqueles", o los teléfonos públicos, etc., etc.

Todas estas conductas, que además deben estar inspiradas por el dolo característico del delito reforzado por el "a sabiendas", integran el delito de "falsificación de monedas" en la modalidad de la circulación dolosa, y es evidente que de su enumeración, hecha sólo en vía de ejemplo y para destacar las formas más comunes de comisión del delito, se desprende claramente que para que ésto ocurra no se hace necesario que se produzca ningún resultado externo independiente de la conducta, revelada en acto único y simple, con lo cual se concluye en que se trata de un delito cuyo "iter criminis" no es fraccionable y en que, por lo tanto, no admite la figura de la imperfección.

Por lo demás, cabe observar, en apoyo vigoroso de la anterior conclusión, que si para que surja el delito de falsificación de moneda, en la modalidad que se estudia, es indispensable que la moneda falsificada presente características semejantes a la genuina, es decir, que tenga la capacidad suficiente para engañar al hombre de atención común, ello está indicando que para la integración de la conducta consumativa del delito no es necesario realizar ninguna maniobra, ni ninguna operación diferente a la de la simple entrega, depósito, venta, etc.

De manera, pues, que el delito de falsificación de moneda, en la modalidad de circulación, prevista en el ordinal 4º del artículo 214 del Código Penal, no da cabida ni a la tentativa ni a la frustración, en virtud, precisamente, de carecer de iter criminis fraccionable, lo que tanto significa que, en el caso de autos, se trata, en consecuencia, de un delito consumado, meta que alcanzó tan pronto como Galvis entregó los billetes, para ponerlos en circulación, a los comerciantes de que informa el proceso.

En estos términos se comprende, de una parte, que el cargo en examen es infundado y, de la otra, que el fallo debatido, en cuanto para condenar al procesado Galvis por el delito de circulación de moneda falsa acoge la modalidad de frustración, es equivocado, error que, sin embargo, no es dable reparar, adecuando las sanciones a la forma perfecta del delito, puesto que se agravaría la situación del reo, lo que no es posible en atención a que el recurso tendió a mejorársela, circunstancia que excluye, por lo mismo, la *reformatio in pejus.*

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, *desecha* el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja contra el fallo de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

LA ERRADA APLICACION DE LA LEY PENAL EN CUANTO A LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCESO, NO FUNDA EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS SOBRE INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, septiembre trece de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de revisión del proceso seguido contra Juan Rivera Torres por el delito de homicidio, según la demanda presentada por el doctor Néstor Aya, en su condición de apoderado de aquél.

De este negocio conocieron, en primera instancia, el señor Juez 190 de Instrucción Criminal, de acuerdo con lo señalado en el Decreto número 0012 de 1959, y en segunda, el Tribunal Superior de Ibagué. En uno y otro fallo se dispuso imponer al procesado la pena principal de diez y nueve (19) años de presidio.

Trámite del proceso.

Los hechos ocurrieron en la ciudad de Armero, el 22 de agosto de 1958 y su averiguación fue adelantada, primero, por la Inspección Central de Policía de dicha localidad, y, luego, por el Juzgado 190 de Instrucción Criminal. El día 14 de enero de 1960 fue clausurado el sumario y el 26 de los mismos mes y año fue proferida la sentencia de primer grado.

El *ad quem* resolvió mediante la sentencia de 13 de abril de 1961, proveído este que fue objeto del recurso de casación, sobre el cual se pronunció esta Sala, el día 6 de febrero de 1962, en el sentido de no invalidar el fallo impugnado.

Demanda de revisión y respuesta del Ministerio Público.

Dice el demandante que "después de los fallos a que me he venido refiriendo han ocurrido hechos nuevos que inciden sobre la responsabilidad penal que pueda caber a Juan Rivera Torres, como son la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 0012 de 4 de junio de 1959", en lo que respecta a las supuestas facultades de juzgadores atribuídas a los señores Jueces de Instrucción, y la demostración de la grave enemistad existente entre el señor Olarte Quiroga y el señor Juan Rivera Torres, que no se pudo establecer sino hasta ahora, que se hicieron presentes los referidos declarantes.

"Si el señor Juez 190 de Instrucción Criminal no tenía facultad legal para el juzgamiento..., porque la norma que decía atribuírsela se oponía a la Constitución Nacional y, por lo tanto, no podía aplicarse, considero que el acto jurídico jurisdiccional por él proferido en primera instancia no tiene validez de ninguna naturaleza. Está viciado de nulidad, porque a él falta uno de los requisitos esenciales, cual es la facultad de funcionario del cual dimana. Ese acto no puede producir efecto jurídico alguno, es decir, que esa sentencia no puede cumplirse. Y como con posterioridad a su pronunciamiento ocurrió el hecho nuevo que fue la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 0012 de 4 de junio de 1959, que naturalmente incide sobre la responsabilidad de Juan Rivera Torres, porque deja sin fundamento *ab initio* la sentencia condenatoria, es lógico que la revisión de este proceso sea procedente, para que el señor Juan Rivera Torres se le juzgue debidamente, por los jueces competentes y previo el cumplimiento de las formas propias del juicio. Así podrá poner en claro la verdad como ocurrieron los hechos que se investigan".

Posteriormente y aludiendo al concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, adverso a la solicitud del demandante, éste anota lo que pasa a transcribirse:

"'Sólo después de proferida esa sentencia vino la declaratoria de inconstitucionalidad del..." Decreto 0012 de 1959... "Si el señor Juez de

Instrucción creía tener facultades para servir de juzgador y por ello profirió el fallo, debo argumentar entonces que la decisión de la Corte, al declarar inconstitucional el Decreto, vino a constituír un hecho nuevo que incide sobre la responsabilidad penal de Juan Rivera Torres y que lo coloca dentro de las causales de revisión contempladas en la ley procesal.

"Hecho nuevo que incide sobre la responsabilidad penal porque es muy distinto ser juzgado por jueces de conciencia que por jueces de derecho, porque es muy distinto el criterio del Juez de Instrucción al del Juez Superior, porque son distintas las condiciones del procedimiento y la oportunidad de defensa. Y el hecho es nuevo, porque la declaratoria que cambió la situación procesal y que es la de inconstitucionalidad del Decreto 0012, fue posterior al juzgamiento.

"Estos razonamientos son carentes de toda técnica, no obedecen a los postulados de una demanda de revisión, según el señor Agente del Ministerio Público. Grave error, porque ellos encierran principios jurídicos de suma importancia, que no pueden ser desconocidos con ese simplista argumento, ya que su desconocimiento viene a constituír la negación de la justicia. Si un procesado fue juzgado indebidamente, con violación de la Constitución Nacional, es de rigor, es de forzosa aceptación que se revise su proceso, que se cumplan las formas propias del juicio. Si en algunos casos la revisión se impone es en estos, para darle a quien lo solicita la oportunidad de defenderse. Es lo menos que puede pedir un sindicado.

"Con ello ¿quién se perjudica? ¿Acaso no se va a seguir un proceso con el debido sometimiento a la ley?

"¿Cómo cumplir, honorables Magistrados, una sentencia dictada por quien no podía dictarla? ¿Cómo darle valor jurídico a un acto jurisdiccional que no lo tiene? ¿Cómo va a ejecutarse ese fallo si el juez que lo dictó no podía hacerlo?... Actos opuestos a la Constitución Nacional no pueden ser ejecutados, no confieren facultades, no cercenan derechos. Es necesario que se cumplan las formas del juicio y la primera de ellas es la capacidad del funcionario.

"Los otros aspectos contemplados en la demanda de revisión no pudieron establecerse en forma definitiva en este proceso, por cuanto los numerosos declarantes que se iban a citar han desaparecido de Armero (Tolima), lugar de su residencia y algunos de ellos han muerto...".

El señor Agente del Ministerio Público, como se dejó dicho, se opone a la petición del demandante, por cuanto "la demanda no se atiene en nada a las disciplinas técnicas y jurídicas que dan razón de ser al recurso".

La Sala considera:

El recurso de revisión, establecido en asuntos criminales contra toda sentencia ejecutoriada, no puede fundarse, como pretende el demandante, en una supuesta errada aplicación de la ley en cuanto a la competencia para conocer del proceso, pues él se inspira en una legal certidumbre de que el reo debió ser absuelto, por cualquiera de los motivos taxativamente señalados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

En sentencia de 16 de noviembre de 1943, dice esta Sala que "la errada aplicación de la ley penal, en cuanto a la calificación del delito y a la competencia, no funda el recurso de revisión. El hecho nuevo o la prueba nueva, no conocidos al tiempo de los debates, que fundan la revisión de sentencias ejecutoriadas, no son aquellos que atenúan la responsabilidad, sino los que establecen la inocencia o la irresponsabilidad o son indicios graves de estas" (G. J. t. LVI, p. 466).

No sobra, con respecto a las consideraciones señaladas por el señor Personero de Rivera Torres, anotar que *la Corte, en distintas oportunidades, ha dicho que las sentencias sobre inexequibilidad de las leyes sólo pueden obrar para el futuro, pues de otra manera, ningún derecho habría firme y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día: Gaceta Judicial tomo XXIII, página 432; tomo XXXIV página 150; tomo LXXX, página 266.*

Corresponde, por tanto, negar la solicitud del demandante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, *declara* que no hay lugar a la revisión impetrada.

Dese cumplimiento al tercer inciso del artículo 574 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese y notifíquese.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

VIOLENCIA CARNAL. CAUSALES 4ª, 2ª Y 1ª DEL ARTICULO 567 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

Para admitir la nulidad constitucional por violación del derecho de defensa del procesado, se requiere que éste no cuente en ningún momento con la ayuda jurídica de un profesional de la abogacía. Límites de la facultad de la Corte, en casación, en la estimación de las pruebas. Para la consumación del delito de violencia carnal, no se requiere la perfección fisiológica del acto sexual. Correcta aplicación de la pena impuesta al procesado.

*Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bo*gotá, septiembre veinte de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de 20 de septiembre de 1962, por la cual le fue impuesta al procesado Rafael Sanguino Carrascal la pena principal de cinco años de prisión, como responsable del delito de violencia carnal.

Hechos:

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Hacia las cuatro de la tarde del domingo 15 de octubre de 1961, mientras la mayoría de los habitantes del caserío de Tibú tomaban parte en una fiesta o bazar organizado con fines cívicos, la señora Alicia Gélvez se encontraba en su casa acompañada no más que de su pequeña hija de 17 meses de edad y de nombre Elva. La citada señora, en algún momento dejó a su niña en la pieza que de sala-dormitorio servía a la familia, pieza que a su vez tenía una puerta hacia la calle y otra hacia el interior, ambas abiertas, entretenida tomándose un tetero. Se dirigió a la cocina de la casa para realizar los oficios domésticos en ese lugar. Repentinamente sintió el llanto agudo de su niña, por lo cual regresó a donde la había dejado, pudiendo entonces comprobar que su hijita se hallaba en el suelo desangrándose por sus partes genitales. Al propio tiempo vio, cercano a la niña, al sujeto Rafael Sanguino Carrascal, quien en estado de ebriedad había penetrado en la habitación y quien tenía la bragueta desabrochada, cosa ésta que también constataron las personas de las vecindades que atendieron al llamado de la infortunada madre, y el mismo Corregidor, que prontamente llegó al lugar de los acontecimientos.

"Desafortunadamente, Sanguino Carrascal no fue examinado en esos momentos, como tampoco lo fue, posteriormente, la pequeña víctima, para constatar los efectos de las graves lesiones recibidas y para los fines del artículo 318 del Código Penal, en cuanto a las secuelas dejadas por esas lesiones, descritas éstas en los dictámenes médicos que obran en el proceso.

"El procesado, quien afirma tener 55 años a la época del suceso, negó rotundamente los cargos".

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público.

El doctor Carlos E. Camacho E., apoderado del recurrente, invoca en la demanda las siguientes causales de casación:

Cuarta: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Dice que fundamenta el cargo en "que el procesado careció de medios adecuados de defensa, en razón de que los apoderados y defensores no cumplieron en 'forma alguna efectiva el deber profesional de ejercitar la defensa que les fue encomendada'. Ni un solo alegato fue presentado por el señor apoderado y defensor del procesado para que se pueda afirmar que la defensa técnica prescrita por la ley y que 'se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal', haya tenido cumplimiento en el caso de Rafael Sanguino Carrascal. La intervención del señor defensor se redujo a pronunciar unas pocas palabras en el acto de la audiencia pública, sin el calor y el vigor indispensable que requiere todo acto defensivo en materia penal, y a interponer el recurso de apelación contra el fallo condenatorio, olvidando sustentarlo en debida forma como era su deber profesional. Por lo anterior, afirmo que al procesado se le juzgó y condenó sin que el apoderado o defensor hubiera presentado alegato alguno para sustentar el recurso de alzada, que había interpuesto. En tal estado, considero que como lo dice la honorable Corte, surge una nulidad de carácter constitucional, 'porque el abogado designado como defensor no cumplió en forma alguna y efectiva el deber profesional de ejercitar la defensa que le fue encomendada' ".

Segunda: "Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen...".

Expresa el actor que en el fallo impugnado se le dio un valor de convicción "que no tienen los siguientes hechos: a) El testimonio de la madre de la ofendida, Alicia Gélvez; b) El dictamen de los señores médicos legistas, y, c) El que el sindicado tuviese desabotonada la bragueta".

Apoya el cargo aseverando que la declaración de la madre de la ofendida no es credible, pues ella tiene interés en el juicio; que del dictamen de los médicos legistas no se desprende que el procesado realizara el acceso carnal en la niña Elva Gélvez, condición indispensable para que exista el delito de violencia carnal, y que Sanguino Carrascal bien pudo haber tenido desabrochada la bragueta por "insuficiencia de ojales para contener los botones, o porque en el estado de embriaguez en que se encontraba, sin voluntad y sin conciencia, ha podido desabotonárselos", de lo cual se desprende que ese hecho, de estar desabrochada la bragueta de sus pantalones, no representa un indicio grave de su responsabilidad penal.

Anota, asimismo, que "la edad del procesado, que tiene cincuenta y cinco años, la corta edad de la presunta víctima, el estado de embriaguez del sujeto activo del delito, son circunstancias que excluyen completamente la posibilidad de que el delito haya podido realizarse".

Considera, por último, que "si el desgarro del himen de la niña, en el peor de los casos, fue realizado por el procesado con el dedo, como lo da a entender el médico legista, estaríamos ante un delito distinto a la violencia carnal, por cuanto que la ley exige que se realice la introducción del órgano viril en la cavidad vaginal de modo que sea posible el coito. Este hecho exonerativo (sic) de la responsabilidad del procesado, no fue tenido en cuenta por el honorable Tribunal Superior en la sentencia recurrida, a pesar de estar debidamente acreditado dentro del proceso, para resolverlo en su favor con aplicación del principio *in dubio pro reo*, que nuestro Código consagra en su artículo 204, del Estatuto Procesal Penal".

Primera: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Afirma el señor apoderado del recurrente que el *ad quem*, para fijar la pena, no partió de "la base de dos años de prisión, que es la sanción mínima señalada en el artículo 316 del Código Penal...", y dejó de aplicar "el artículo 38 de la misma obra, sin embargo de 'existir circunstancias de menor peligrosidad, como la buena conducta anterior, la embriaguez voluntaria, la indigencia y falta de ilustración del procesado y las condiciones de inferioridad síquica, determinadas por la edad' ".

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal estima que no debe casarse la sentencia impugnada, pues ninguno de los cargos presentados por el demandante resulta acreditado, ya que:

a) No existe el motivo de nulidad alegado por el actor, pues sólo la carencia absoluta de defensa permite invalidar el proceso, con apoyo en infracción del artículo 26 de la Carta;

b) Los reparos formulados a las pruebas tomadas en cuenta en el fallo recurrido, no tienen respaldo en la realidad procesal, y,

c) La sanción impuesta al procesado está acorde con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal, en concordancia con el artículo 316 de la misma obra.

La Sala habrá de referirse a las consideraciones del señor Agente del Ministerio Público, al ocuparse del examen de las causales de casación propuestas en la demanda.

Para resolver la Sala considera:

Ciertamente, como concluye el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, el demandante no demuestra los cargos que formula a la sentencia recurrida, con invocación de los motivos de casación previstos en los ordinales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto:

A. *Causal cuarta.*

Si bien es verdad que durante el sumario, el procesado Sanguino Carrascal únicamente fue asistido por su apoderado en la diligencia de indagatoria, en cambio, en la etapa del juicio, su defensor, doctor Enrique Flórez Faillace, alegó en favor de su mandante durante la audiencia pública. No se puede, por tanto, afirmar que el sindicado careció en absoluto de la asistencia jurídica de un profesional de la abogacía.

Es sabido que durante el juicio existe la oportunidad para solicitar pruebas, y es en esta etapa del proceso cuando tienen la condición de fundamentales los alegatos orales o escritos, pues ya conoce el procesado los cargos de que debe defenderse. Por consiguiente, si el enjuiciado fue asistido por un defensor y éste, como ocurrió en el presente negocio, cumplió con su deber, no cabe estimar violado el artículo 26 de la Constitución Nacional. Para que se estime denegado el derecho de defensa que le asiste al sindicado es menester que no cuente, en ningún momento, con la ayuda jurídica de un profesional de la abogacía. Sólo en este supuesto cabe admitir la nulidad constitucional por violación al derecho de defensa.

No prospera, como se dijo, este cargo.

B. *Causal segunda.*

En ningún error manifiesto incurre el *ad quem* en la estimación del testimonio rendido por la señora Alicia Gélvez, madre de la ofendida, ni en la apreciación del dictamen pericial de los señores médicos legistas. Aquél está respaldado por los declarantes Flor Rangel y Jesús Antonio Rangel, y ésta —en cuanto en el fallo acusado se afirma la existencia del acceso carnal— en el hecho de haber sido visto Sanguino Carrascal con la bragueta desabrochada, sentado muy cerca del sitio donde la niña acababa de ser desflorada, pues de ello se induce que la desfloración la llevó a cabo con el miembro viril y no con los dedos, como, sin respaldo alguno en el informativo, supone el demandante.

La Corte ha expresado que su facultad en la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad..." (G. J. t. LXXXI, Nos. 2160-2161, p. 845 a 846).

Cabe anotar que en el delito de violencia carnal basta que la intromisión viril, total o parcial, sea momentánea, pues no se requiere que el agente llegue a la delitia carnis. *El interés tutelado resulta ofendido apenas ocurra la introducción del miembro viril por cualquiera de los esfínteres del sujeto pasivo. No se exige, pues, la perfección fisiológica del acto sexual.*

Como se observó, este cargo no está probado.

C. *Causal primera.*

Dice el señor Agente del Ministerio Público: "Con solo conocer el razonamiento hecho por el honorable Tribunal al dosificar la pena imponible al procesado, se entiende claramente que carece de fundamento la argumentación hecha en la demanda al ser invocada la causal primera. El fallador, al aumentar la pena al procesado, hizo uso de la libérrima facultad que la ley le concede para que, de acuerdo con su conciencia, regule la sanción imponible dentro del mínimo y el máximo señalados en la respectiva disposición violada, teniendo en cuenta los aumentos o disminuciones a que den lugar una y otra clase de circunstancias modificadoras de la responsabilidad o de mayor o menor peligrosidad que concurran al caso. Estas últimas circunstancias no son única y exclusivamente las enumeradas en los artículos 37 y 38 del Código Penal, sino todas aquellas que el fallador, según su buen criterio, encuentre conforme a lo prescrito en el artículo 36 del mismo Código.

"Como lo dice la sentencia acusada, teniendo en cuenta el compás de duración de la pena en el artículo 316 del Código Penal, que es de 2 a 8 años de prisión, se optó por una pena de cuatro años, no como básica, sino como resultado de la apreciación hecha en torno a la gravedad y modalidades del delito, a las irreparables consecuencias producidas por el mismo, a los motivos determinantes, etc., con la concurrencia de dos circunstancias de menor peligrosidad que consistieron en la embriaguez voluntaria no preordenada al delito y la buena conducta anterior.

"Entendida así la cuestión, tenía forzosamente que ser aumentada la pena, según lo prescrito en el ordinal 1º del artículo 317 ibídem, hasta en una cuarta parte del mismo (cuota esta completa que adoptó el fallador en su libre y soberana determinación), ya que las dos condiciones allí previstas concurrían a favor de la inocente víctima.

"En cuanto a las dos restantes supuestas circunstancias de menor peligrosidad que denuncia el demandante, obsérvese que 'la indigencia y falta de ilustración del procesado', aunque sean ciertas, no fueron elementos que concurrieran o colaboraran a la ejecución del delito, pues al alcance del sujeto más estúpido (a no ser que se trate de un tarado y el reo no lo es), está la gravedad que implica la ejecución de actos de la naturaleza del imputado en este proceso; y, en cuanto a 'las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad', ya se dijo atrás que el examen médico señala al procesado como normal".

La Sala comparte las anteriores razones del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal y encuentra, por tanto, que este cargo tampoco aparece demostrado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ESTUPRO. CAUSALES 2ª Y 1ª DE CASACION.

Alcance del dicho de la persona perjudicada por la infracción penal. La promesa matrimonial como elemento constitutivo del estupro por seducción. Facultad de los falladores de instancia en la estimación del recaudo probatorio. La preparación ponderada es elemento estructural del delito de estupro.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre primero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

Vistos:

Surtidos los trámites de rigor procede la Corte a decidir del recurso extraordinario de casación, interpuesto por el procesado Manuel Enrique Quiroga Muñoz, contra la sentencia de 27 de noviembre de 1962, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, condenó al recurrente, como responsable del delito de estupro, a la pena principal de 2 años de prisión y a las correspondientes accesorias, proveído confirmatorio del de primer grado, original del Juzgado Promiscuo del Circuito de Caicedonia, de fecha 21 de julio del mismo año.

Antecedentes.

Desde el mes de agosto de 1956, en la población de Caicedonia (Valle), la señorita Rosa Deyanira Giraldo entabló "relaciones amorosas y como novios" con el acusado Quiroga Muñoz. Corrido casi un año del noviazgo, durante el cual el pretendiente frecuentó el trato corriente de la Giraldo y le hizo manifestaciones indicativas de su propósito de contraer matrimonio con ella, obtuvo el acceso carnal, reiterado en posteriores ocasiones. Como natural consecuencia la Giraldo quedó embarazada.

Como el matrimonio no se llevó a efecto, no obstante la promesa hecha por Quiroga, mucho antes del primer ayuntamiento carnal con la ofendida, el padre de ésta procedió a elevar denuncia criminal por el delito de estupro, infracción resultante de haber logrado Quiroga sus propósitos sexuales, seduciendo a la ofendida mediante promesa formal de matrimonio.

Cumplida la etapa sumarial, el Juzgado del conocimiento (auto de 9 de noviembre de 1961) calificó su mérito con un sobreseimiento definitivo en favor del sindicado por no estar acreditada la promesa formal de matrimonio.

Esta providencia, de acuerdo con la opinión del Ministerio Público, la revocó el Tribunal el 18 de enero de 1962, para en su lugar abrir causa criminal al procesado "como responsable del delito de estupro, en perjuicio de Rosa Deyanira Giraldo Giraldo, hecho sucedido en la población de Caicedonia (Valle), en el mes de julio de 1957...".

Rituado el juicio, sin que se aportaran nuevas pruebas al plenario, el negocio recibió fallo condenatorio en la forma ya indicada.

Demanda de casación.

La sentencia del *ad quem* ha sido impugnada ante la Corte por el doctor Julio Romero Soto, apoderado para el efecto por el recurrente. Los cargos que la demanda contiene y las causales que en ella se invocan entra la Sala a estudiarlos, por ceñirse el libelo a los requisitos de la ley.

Conjuntamente el señor apoderado señala como motivos legales de casación los que se indican en los numerales 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal "ya que en la sentencia recurrida, por errada interpretación de los hechos se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen, se les ha negado el que sí tienen, o no se les tomó en cuenta a pesar de

estar acreditados en el proceso y resultar manifiesta contradicción entre ellos, considerándoseles como prueba de los elementos constitutivos del delito de 'estupro', sin tener dicho carácter, ni haberse cometido delito alguno, o como pruebas de los motivos determinantes o modificadores de la responsabilidad de Quiroga Muñoz o de circunstancias que influyeron en la determinación de la sanción, todo lo cual trajo como consecuencia una necesaria violación de la ley penal por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma".

Causal segunda. En su fondo el señor apoderado concreta el cargo a que no hubo promesa formal de matrimonio del sindicado para la ofendida; hace, como es apenas obvio las críticas a las pruebas que el sentenciador tuvo en cuenta para dar por cierta la existencia de esa promesa, que de ser inadmisible destruirían la infracción imputada.

Pero esas críticas se reducen al mérito discutible de la atestación de la ofendida y a no haberle otorgado el fallador valor de plena prueba a la indagatoria del sindicado, no a su confesión.

Por otro aspecto sostiene el señor apoderado que la individualización de la pena no fue fundamentada.

Causal primera. Alcanza en su contenido dos aspectos. La real existencia de la infracción, de una parte, y la manera de tarifar la pena. Como descansa la alegación en motivos que son de la causal segunda a ellos se referirá esta sentencia.

Opinión de la Procuraduría.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se ocupa en extenso de la sentencia recurrida. Hace certeramente el análisis del caudal probatorio que el *ad quem* hizo para fundamentar su fallo condenatorio, y con sobradas razones combate la tesis del señor apoderado. Por lo que interesa, la Corte trascribe del concepto del señor Procurador Delegado lo siguiente:

"Bien claro se distingue que para el demandante no se configura el delito de estupro porque Rosa Deyanira Giraldo, para tener en múltiples ocasiones acceso carnal con el acusado, prestó su consentimiento, el cual fue obtenido por Quiroga Muñoz sin fraude de naturaleza alguna.

"La Procuraduría no comparte tal tesis, porque considera que en el caso de autos se evidencia la seducción extraordinaria a que alude el artículo 319 del Código Penal; porque estima que el acusado para conseguir que su antigua novia se le entregara carnalmente, apeló al mayor de los medios fraudulentos que la ley contempla y que es la promesa formal de matrimonio.

"En este orden de cosas y antes de que este Despacho dé a conocer las razones que le asisten para afirmar que el estupro imputado es un delito cuya existencia está plenamente demostrada en autos, resulta conveniente trascribir a continuación las muy juiciosas y pragmáticas reflexiones que el *ad quem* consigna en su sentencia recurrida y las cuales sirven para admitir que la promesa formal de matrimonio hecha por Quiroga Muñoz a la ofendida, fue precisamente el motivo que determinó a ésta a tener acceso carnal con el seductor.

"Dice así el honorable Tribunal:

" "Bien es cierto que el señor Fiscal en su concepto visible a folios 55 dijo: 'Que haya habido de parte de Quiroga para la Giraldo promesa formal de matrimonio, dentro de lo que los autos denuncian, no lo cree ésta Fiscalía. A la verdad, entre ofendida y seductor no se dio en momento alguno un acto de la seriedad necesaria para que esa promesa formal de matrimonio se cumpliera'. Pero estimó el señor Fiscal que toda esa serie de actos ejecutados por Quiroga mientras tenía relaciones amorosas con Deyanira Giraldo, constituyen precisamente las maniobras engañosas de que habla el artículo 319 del Código Penal y que por tanto el delito de estupro se configuraba en este caso.

" "Esta entidad en el auto calificatorio, teniendo de presente la clase social a que pertenecía la ofendida, estimó que todos esos actos ejecutados por Manuel Quiroga M., constituían la promesa formal de matrimonio y por ello se configuraba el delito de estupro.

" "No es lo mismo para el juzgador entrar a analizar, si existe la promesa formal de matrimonio en un caso ocurrido entre gentes que ocupan una posición social destacada en un municipio, a cuando ese caso ocurre entre gentes de familias cuyas relaciones sociales no se revisten de las solemnidades, ni de publicidad, ya porque su capacidad económica no lo permite, ya porque su grado de cultura les impide conocer la forma de cómo deben revestirse actos como éste de la promesa formal de matrimonio.

" "El hogar constituído por Rudesindo Giraldo y su esposa Ana de Jesús Giraldo en el Municipio de Caicedonia era tenido como honesto y los integrantes de esa familia, entre ellos la ofendida, habían observado buena conducta, ocupando dentro del ambiente en que vivían una

posición entre la clase media de esa sociedad. Por eso no podrá exigirse en estos casos, para la configuración de la promesa formal de matrimonio, las fiestas elegantes para hacer el anuncio de que se habían comprometido en matrimonio Manuel y Deyanira, ni la bendición de argollas en este caso constituiría un acto social que se recogiera en las páginas de los periódicos, ni que las argollas cambiadas pudieran llevar las piedras preciosas o las inscripciones usadas por quienes económicamente pueden hacer tales gastos. Y porque todo esto no podía esperarse entre Rosa Deyanira Giraldo Giraldo y Manuel Enrique Quiroga Muñoz, entonces hay que observar los actos que entre ellos ejecutaron, dándoles una significación acorde a la posición social por ellos ocupada.

" "Nadie se atrevería a negar que existieron entre la Giraldo y Quiroga unas relaciones que constituyeron un noviazgo que se prolongó por más de un año. Y que pudo ser observado por los vecinos como un acto serio, pues no eran las simples entrevistas callejeras, sino que Quiroga al hablar con los familiares de Deyanira consiguió se le permitiera las visitas constantes a la casa de la novia, es más, con frecuencia concurrían juntos al acto de la misa.

" "En estas condiciones, entre los enamorados se operó el cambio de prendas, lo cual no podía tener otro significado distinto a la corroboración de las promesas verbales de matrimonio. Así lo dice Deyanira Giraldo 'trascurridos unos dos meses, o algo más, el citado Manuel Quiroga, mandó a hacer las prendas para ambos y me las trajo a mí para que las guardara acompañadas de un anillo de monte con una piedra roja en forma de corazón, y naturalmente que yo creía que las promesas que Manuel me hacía de que se casaría muy pronto conmigo, le recibí las mencionadas prendas y el anillo dicho'. Y todo esto se dio cuenta la familia Giraldo, estos no eran actos ocultos eran exteriorizaciones que estaba haciendo Quiroga y que las creía complemento adecuado de la promesa de matrimonio que verbalmente le había hecho a la novia.

" "La familia Giraldo Giraldo tuvo noticia de cómo Manuel Quiroga tenía una concubina y por eso se opusieron a que continuaran las relaciones amorosas de él con Deyanira, pero éste hizo saber a los familiares de la novia, de cómo sus relaciones eran un noviazgo serio y cómo su intención era la de casarse pronto con Deyanira.

" "La muerte de la abuelita de Deyanira sirvió de pretexto para que Quiroga lograra el aplazamiento de la fecha del matrimonio por unos meses más, de allí, que sean inoficiosas las objeciones que hace el defensor, en relación al hecho de que el cambio de prendas ocurrió mucho tiempo antes del acceso carnal, queriendo así demostrar que lo uno no podía ejercer influencia para que lo otro se produjera. Pero el sumario está diciendo que ese lapso trascurrió, no porque hubiera dejado de persistir Quiroga en su promesa de matrimonio, sino en virtud de un aplazamiento acordado entre ellos.

" "Esta forma de comportarse Manuel Enrique Quiroga Muñoz durante el noviazgo, las continuas promesas verbales de casarse, hechas no solo a la novia sino también a los familiares de ella, el cambio de prendas, los acompañamientos a las misas, las visitas continuas a la casa de la pretendida, se puede tener, en un hogar de la clase media, como actos suficientes para estructurar la promesa formal de matrimonio de que habla el artículo 319 del Código Penal, para que el delito de estupro se configura. De tal manera que no fueron las peticiones hechas por Quiroga a Deyanira momentos antes del acceso carnal, lo que la llevaron a entregársele para demostrar así su virginidad, sino precisamente todas esas promesas anteriores, todos esos compromisos adquiridos con ella y con sus familiares, ese cambio de argollas, etc. etc., lo que la impulsó a acceder a lo pedido, sin duda estimando ella que así se complementaría el compromiso entre ellos contraído para casarse.

" "Si todos esos actos ejecutados por Manuel Quiroga durante el noviazgo fueron suficientes para que la familia Giraldo Giraldo creyera en la seriedad de la promesa de matrimonio, cómo no se podría predicar que esos actos estaban revestidos de la capacidad suficiente para inclinar la voluntad de Deyanira a entregarse creyendo ella que Quiroga se casaría en cumplimiento de lo prometido, cuando en el ánimo de la ofendida estaba influyendo el estado amoroso, campo propicio para la interpretación de las cosas, de acuerdo con la ilusión de la mujer, de llegar a convertirse en la esposa del ser que le es querido". (Fls. 95 a 98 cuad. 1º).

"La prueba que el acceso carnal que Manuel Enrique Quiroga tuvo con Rosa Deyanira Giraldo, fue consecuencia del mañoso engaño que aquel urdió al prometerle a su novia, en forma seria y constante, esto es, en condiciones normales y no *aestuante libidine*, que contraería matrimonio con ella, ciertamente no consiste en evidenciar que entre aquel seductor y aquella seducida, antes de la verificación del primer ayuntamiento carnal, se celebraron esponsales o

desposorios, o sea que se prometieron matrimonio, según lo previsto en el artículo 110 del Código Civil, y que esa promesa fue mutuamente aceptada.

"En tal sentido, de por sí riguroso, no es posible entender la expresión 'promesa formal de matrimonio', empleada en el artículo 319 del Código Penal, porque muy distinto es probar, de una parte y en materia civil, que una pareja de novios contrajo esponsales, y demostrar, de otro lado y en asunto penal, que una mujer como novia le hizo a su amado un 'anticipo de sus deberes conyugales', entregándosele carnalmente, luego de creer en la buena fe de ese hombre, quien, por tener relaciones con ella, le prometió llegar a ser, en un futuro cercano, su marido, según los ritos religiosos o conforme a la ley civil colombiana.

"Lo formal, para la ley penal tiene aquí simplemente significado o equivalencia a seriedad y constancia en lo prometido. No supone, por tanto, solemnidad ninguna o cumplimiento de ciertos y determinados requisitos estrictamente impuestos por otra clase de ley, la civil por ejemplo.

"Promesa formal de matrimonio, no es de acuerdo con lo expuesto, un hecho que equivalga siempre a la celebración de esponsales por una pareja de novios. Aunque no se haya convenido entre la mujer, que ante los estrados judiciales acude, llamándose burlada sexualmente, y el hombre que seduciéndola se ayunta carnalmente con ella, un desposorio, ello no es óbice para que el Juez Penal, luego de sujetarse a los principios que determinan la convicción legal en materia de procedimiento criminal (principios muy diversos, por cierto, a los propios de la llamada 'tarifa legal de pruebas'), pueda dar por demostrado que los propósitos manifestados por el novio a la novia en el sentido de contraer matrimonio, fueron seria y reiteradamente expresados, y tuvieron, por consiguiente, la virtud de cautivar y de mover el ánimo de la apetecida mujer, hacia la entrega carnal, por fundarse ella en semejante halago o perspectiva matrimonial.

"Tal lo que por el Tribunal de instancia se consideró ocurrido entre Rosa Deyanira Giraldo y Manuel Quiroga. Porque el expediente prueba con suficiencia que éste individuo y que aquella mujer mantuvieron durante algún tiempo relaciones amorosas, de las cuales supieron las gentes de la población de Caicedonia, y prueba también que dichas relaciones fueron consentidas por los padres de la novia, quienes le permitieron a Quiroga la entrada al hogar de Rosa Deyanira, a fin de que frecuentemente la visitara como el enamorado que había prometido casarse y que había regalado, a modo de significativa demostración de la seriedad de su promesa, el anillo de que habla la ofendida de autos.

"La esperanza, muy fundada en sentir de la novia, de que pronto habría de convertirse en mujer de quién la galanteaba formalmente, y la ilusión o creencia abrigada por la misma Rosa Deyanira de ser seria la promesa de matrimonio recibida y aceptada, indudablemente sirvieron para que el seductor de que trata el proceso, lograra realizar su criminal propósito venéreo.

"Así las cosas, se impone concluír que son irrebatibles los motivos de hecho y de derecho que el sentenciador de segunda instancia tuvo en mientes para dar por demostrado que la Giraldo, como novia del acusado, fue efectivamente seducida, habiendo tenido tal seducción como única causa la promesa formal de matrimonio hecha por el citado Quiroga Muñoz.

"Por lo mismo, viene a ser totalmente infundado el primer cargo formulado por el demandante a la sentencia recurrida.

"Constituye un verdadero despropósito acusar la sentencia porque en ella el *ad quem* le presta toda fe a Rosa Deyanira Giraldo cuando ésta señala a Quiroga Muñoz como el individuo que mediante fraude logró someterla al acceso carnal y repitió con ella por varias veces la cópula, para abandonarla finalmente a su triste suerte al quedar embarazada.

"Y es un despropósito tal clase de acusación al fallo, por la simple pero definitiva razón de que los autos no ofrecen prueba alguna que pudiera servir para desdecir del testimonio de cargo de la ofendida. Antes, por el contrario, son muchas las circunstancias procesales que ponen de presente la sinceridad y veracidad de la imputación criminosa hecha por la referida muchacha, como que se sabe de ella que siempre observó en la población donde residía con sus padres, una magnífica conducta social y familiar, que, por lo mismo, la hizo merecedora al calificativo de mujer honesta, es decir de mujer absolutamente ajena a tratos indecorosos con los hombres, que nunca abandonó su hogar, ni pernoctó o frecuentó lugares de dudosa moralidad.

"Si tales eran sus condiciones sociales y familiares, y así, además, su novio anterior, esto es, el señor Ernesto Garzón Arias, con su testimonio pone de presente —contra el querer del acusado— que la ofendida de autos era una

ingenua e inexperta muchacha 'muy digna y muy buena', ningún obstáculo existe para creer sin vacilación que si Rosa Deyanira accedió a tener relaciones carnales con su último novio, el acusado, fue porque éste, como ella lo dijo en un principio y lo sostuvo después durante el careo del folio 12 vuelto del cuaderno primero, la halagó y sedujo mediante la seria promesa de casarse con ella.

"Lo anterior es suficiente para considerar que carece de fundamento el segundo cargo hecho a la sentencia.

"Preparación ponderada del delito, es cierto que como circunstancia de mayor peligrosidad fue deducida para agravar la pena de prisión por imponer al acusado. Esta preparación ponderada o premeditación de la consumación del delito sexual, ajena como es, según reiterada doctrina de la honorable Corte, al cuerpo mismo de la infracción penal cometida, nada tiene que ver con la promesa formal de matrimonio que constituye elemento configurativo del estupro, y en el caso del proceso se evidencia al saber que el reo dispuso o aparejó los medios y las circunstancias para llevar a efecto el acceso carnal con su novia en las mejores condiciones de seguridad y eficacia, llevando a la incauta y desprevenida víctima de sus designios venéreos con manifiesto menosprecio al local de una zapatería vecina a la casa de Rosa Deyanira Giraldo, donde seguramente él conjeturaba que no podría ser fácilmente descubierto o sorprendido. (Véase de Jorge Ortega Torres la séptima edición del Código Penal en donde se citan doctrinas relacionadas con el ordinal 5º del artículo 37 del mismo Código).

"Lo contra-arguído hace ver que no es cierta la violación denunciada del principio *non bis in idem,* y que bien hizo el *ad quem* en considerar como cosa muy diversa, la promesa formal de matrimonio de la preparación ponderada del delito por el cual fue condenado el acusado Quiroga.

"En consecuencia, éste último cargo, formulado con base en la causal segunda de casación, tampoco puede prosperar".

Considera la Corte:

1º El aspecto principal de la impugnación contra el fallo del *ad quem* aparece referido al problema de la *promesa formal de matrimonio,* es decir, si esta existió y determinó la conducta sexual de la ofendida. Pero a través del mismo asunto, el actor enfoca en su concepción jurídica y doctrinaria el delito de estupro, a efecto de distinguir, en sus diversos elementos, el que se comete por medios comunes de engaño, y la seducción con promesa formal de matrimonio.

Al negar el recurrente que Quiroga se hubiera valido, para obtener el acceso carnal, de una promesa de matrimonio a la perjudicada, critica los elementos probatorios ameritados en la sentencia en contra del procesado y hace alusión a la instructiva de la Giraldo e indagatoria de Quiroga.

Es aceptado, dentro de las normas de la crítica del testimonio, que el dicho de la persona ofendida o perjudicada con una infracción penal, es digno de crédito en lo que se refiere al señalamiento del ofensor, pero no del todo aceptable en cuanto a las circunstancias mismas del ilícito, por ser humanamente explicable su tendencia a agravar la situación jurídica del sindicado, como natural su interés en que se sancione al verdadero responsable. Pero este planteamiento del señor apoderado sería de recibo para fincar la causal segunda de casación, si en la sola declaración de la ofendida descansara el fallo recurrido, lo que no es así porque otros elementos de prueba dan base jurídica a la condenación.

La confesión del procesado no es indivisible en un sentido absoluto, ni en el caso de autos el Tribunal aceptó lo desfavorable y rechazó lo favorable al acusado. De los términos de la indagatoria se colige que Quiroga obtuvo el acceso carnal, habiendo mediado largas relaciones como novios. No niega que estas fueron formales y con miras al matrimonio, el que dice no llevó a término "porque Rosa me prometió una cosa que resultó ficticia, pues que ella me venía diciendo que estaba señorita y lo cual no estaba señorita, habiendo confesado Rosa delante de Belarmina cuando yo hice esa manifestación, que en realidad de verdad el que la había perjudicado a ella, había sido Ernesto Garzón, manifestándole yo nuevamente a Belarmina, que por esa causa no llevaríamos a cabo el matrimonio...". (Fls. 6 vto.).

2º Agréguese a lo anterior, de por sí muy diciente, que la retractación de que da cuenta el procesado en cuanto a sus propósitos de contraer matrimonio, tuvo fundamento en el hecho de que su novia había tenido antes relaciones sexuales con otros hombres, en particular con el señor Ernesto Garzón, afirmación que aparece enfáticamente desmentida por éste, quien reconoce la ejemplar conducta de la ofendida.

3º Es un hecho acreditado en los autos —el mismo acusado lo acepta— el de que antes del

acceso carnal y en el curso del noviazgo, Quiroga hizo entrega a su pretendida de anillos o argollas, marcadas o no, acto indicativo, para el común de las gentes sencillas, de la formalización de un compromiso matrimonial.

4º Es claro que la promesa matrimonial, como elemento constitutivo del estupro por seducción, es asunto amplia y contradictoriamente examinado por los doctrinantes del derecho penal, muy en especial para definir lo que debe entenderse por "formal" en la promesa. Pero no obstante las divergencias al respecto, es criterio racional y aceptable en derecho que el mérito inductivo de la promesa matrimonial hay que apreciarlo teniendo en cuenta diversos factores, atinentes unos al medio social, a las costumbres, otros. Y en lo individual o subjetivo, la credulidad de la mujer o su ingenuidad, y la misma seguridad que dimana de un prolongado período de relaciones propias al noviazgo.

Ocurre en este delito lo que acontece con el de estafa. No puede el fallador ceñirse a un rígido criterio objetivo y descuidar las condiciones subjetivas. La promesa formal de matrimonio puede objetivamente ser así en muchos casos, mas en otros se torna "formal" a causa o por razón de la personalidad de la víctima, propicia al engaño en circunstancias diferentes a las de otras mujeres.

5º El sentenciador tuvo, en consecuencia, elementos de juicio aptos para su decisión. Desconocer ésta en casación, a través de la causal segunda, no sería jurídico, puesto que para que dicha causal prospere, así lo ha dicho repetidamente la Sala, es necesario que se evidencie el error de hecho o que sea ostensible la equivocada apreciación de la prueba. Lo contrario entrañaría desconocer a los falladores el prudente arbitrio que la ley les ha dado para estimar el reçaudo probatorio.

No prospera, por tanto el recurso de casación por los cargos que han sido materia de examen.

6º En lo que sí tiene razón el señor apoderado es en la concreta impugnación al fallo, a través de la causal primera, por motivo de haber sido agravada la sanción al acusado, tomando en cuenta la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 5º del artículo 37 del Código Penal, vale decir, la preparación ponderada del delito. Dada la naturaleza misma de la infracción juzgada, es obvio que el seductor para el logro de sus propósitos necesita no sólo de un tiempo prudencial para ganar la confianza y el afecto de la mujer, sino del empleo de maniobras aptas para la seducción. En este sentido lo que el fallo considera como preparación ponderada del delito no entraña cosa distinta a la de uno de los elementos constitutivos del reato.

Como la sentencia no dedujo en contra del acusado ninguna otra circunstancia de mayor peligrosidad, la sanción imponible es la mínima de acuerdo con lo señalado en los artículos 319 y 320 del Código Penal, o sea, un año y tres meses de prisión.

Parcialmente, por tanto, hay lugar a casar la sentencia recurrida.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo en parte con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* parcialmente el fallo a que se contrae la demanda examinada, en el sentido de reducir la pena principal de prisión a quince (15) meses de prisión. Las sanciones accesorias que entrañen duración quedan reducidas al mismo término. En lo demás rige la sentencia del Tribunal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Bárrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO. CAUSALES 1ª, 2ª, 4ª Y 5ª DE CASACION.

Cuantía del delito y funcionario competente para conocer de la infracción penal. No es pertinente, dentro del procedimiento especial del Decreto número 0014 de 1955, el caso de nulidad señalado en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Es suficiente que el empleo de la llave resulte ilegítimo, para que la sustracción de cosa mueble ajena, sin el consentimiento del dueño y con el propósito de apoderarse de ella, configure el delito de robo. Error en la dosimetría de la pena impuesta. Estimación de la prueba dentro del recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre tres de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Cumplidos los trámites correspondientes, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el 8 de septiembre de 1962, por la cual le fue impuesta al sindicado Miguel Barrera Marín la pena principal de tres años de presidio, como responsable del delito de robo.

Hechos y trámite del negocio.

El doctor Alejandro Hoyos Sierra, Director General de la Carretera Troncal de Occidente, Sector Medellín-Caucasia, presentó denuncio el día 30 de marzo de 1962, ante el Jefe de Instrucción Criminal del Ministerio de Justicia —Seccional de Antioquia—, según la cual, previo convenio con las autoridades del Departamento Administrativo de Seguridad, se pudo sorprender a Miguel Barrera Marín dentro de las oficinas de la dependencia a cargo del denunciante, en momentos en que se apoderaba de la suma de dos mil ochocientos pesos ($ 2.800) moneda legal, que previamente se habían colocado dentro de la caja de caudales. Explica el doctor Hoyos Sierra que así se había dispuesto, porque se tenía conocimiento de que algunos antisociales se proponían, por esos días, realizar un asalto en dichas oficinas.

El proceso se adelantó por el trámite previsto en el Decreto extraordinario número 0014 de 1955, así:

Recibido el negocio en el Juzgado 5º Penal del Circuito de Medellín, este Despacho ordenó correr traslado a las partes, para alegar de conclusión, mediante auto de 5 de julio de 1962 (f. 135 del Cd. Princip.), providencia que no fue notificada al doctor Julio de Castro Herrera, apoderado de Barrera Marín.

Posteriormente y por renuncia del doctor De Castro Herrera, el *a quo* designó, como defensor de oficio de Barrera Marín, al doctor Teódulo E. Ramírez Duque, quien, luego de tomar posesión del cargo, fue noticiado de la providencia de 5 de julio de 1962, de que se hizo referencia.

Si bien es cierto que para esta designación oficiosa no se contó con la manifestación directa del sindicado Barrera Marín de que así se procediera, sino con lo expresado por un pariente de éste en tal sentido, según afirma el Secretario del Juzgado, también resulta que ninguna reclamación llevó a cabo el procesado recurrente sobre la intervención del doctor Ramírez Duque, como defensor de oficio, quien presentó un alegato escrito antes del fallo de primera instancia, pero dejó de intervenir ante el *ad quem*.

En la sentencia recurrida se confirma la absolución proferida en favor de Jesús Iván García Duque y se modifica la pena señalada a Barrera Marín, en el sentido de rebajarla a tres años de presidio.

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público.

En su amplio escrito de demanda (f. 9 a 52), el doctor José Domingo Vélez invoca las causales 1ª, 2ª, 4ª y 5ª de casación, así:

a) *Causal primera*: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Expresa, al respecto, que en el fallo impugnado se infringieron los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, normas que, dice, son de carácter sustantivo, pues aluden a la prueba necesaria para proferir sentencia condenatoria, y que se violaron, asimismo, los artículos 402, 403, 404, 18, 36, 37 y 38 del Código Penal.

Observa que en la providencia recurrida (f. 179 a 183 del Cd. Princip.) "solo se cita un artículo —uno solo— y es el 18 del Código Penal, a folio 182... Pero aún el artículo 18 (que configura la imposibilidad del delito) está mal aplicado, porque, aunque dicha disposición confiere al juzgador discrecionalmente la graduación de la pena, disminuyéndola, el Tribunal, para establecerla en tres años de presidio, lo hace 'teniendo en cuenta su alta peligrosidad y los antecedentes', alta peligrosidad que no aparece comprobada por ninguna parte y 'antecedentes' que tampoco aparecen comprobados. De allí que también haya motivo en esta causal con base en los artículos 36, 37 y 38 del Código Penal".

De otra parte, anota que "del robo tratan los artículos 402, 403, 404 y 405 del Código Penal. El Tribunal no se atrevió a mencionar ninguno de ellos, porque a no ser en el 405, no encaja la sentencia recurrida. Es claro que si Barrera Marín 'ejecutó violencia' por el hecho de portar empretinado un cuchillo, o 'amenazó' de muerte a Jaime Botero si se echaba atrás, y eso 'con el propósito de cometer cualquier delito contra la propiedad', la sanción sería de 16 *meses de prisión* como mínimo de acuerdo con el artículo 405 citado y con el Decreto de la dictadura que duplicó los mínimos... Como para formular el pliego de cargos contra el acusado y como para dictar sentencia condenatoria es indispensable que esté plenamente probado el cuerpo del delito, la sentencia recurrida violó los artículos 402, 403, 404 y 405 (únicos que tratan sobre el robo), porque los elementos señalados en esas disposiciones no le fueron comprobados plenamente a Barrera Marín". Agrega que "no es el caso del artículo 402 (art. 2º de la Ley 4ª de 1943) porque no hubo violencia a las personas o a las cosas, a no ser los 'disparos' del DAS. Barrera entró a donde lo había mandado Jaime Botero, sin tener que forzar una chapa, sin tener que hacer escalamiento, sin efracción, casi se diría que sin hacer ruido. Los agentes del 'DAS' dicen que desde 'el lugar oculto' en que estaban, oyeron unos ruidos. Pero en la diligencia de inspección ocular... no se constató absolutamente nada, fuera de que las llaves que allí se midieron abrían las puertas, porque eran legítimas, sin necesidad de violencia alguna... Barrera Marín empleó unas llaves que le dio Botero para entrar a lo que Botero le dijo que era su apartamento. Ni siquiera, por el asunto de las llaves, hay en Barrera Marín la menor muestra de cometer un delito. Si 'al ladrón' se le entregan las llaves, el delito que puede tipificarse es el de 'hurto', no el de robo... Hubo errónea interpretación e indebida aplicación de la ley, y por ello se violó la ley penal en materia sustantiva, tanto a lo que respecta a los artículos 18, 36, 37, 38, 402, 403, 404 y 405 del Código Penal, al calificar de delito de robo lo que no lo fue, y al hacer la graduación discrecional de la pena impuesta a Barrera Marín, como en lo que se refiere a los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, en materia sustantiva, porque la ley prohibe dictar sentencia condenatoria sin que se hallen los requisitos allí estipulados, que no son otros que la plena prueba legalmente producida, ausente por completo en el caso de autos".

b) *Causal segunda*: "Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre éllos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Arguye el demandante que en la sentencia del *ad quem* se incurre en error en la estimación de las pruebas, ya que rechaza lo que sostiene el procesado y, en cambio, le da crédito a lo expuesto por Jaime Botero Perdomo.

Manifiesta que la cuantía del delito de robo imputado a Barrera Marín no fue plenamente probada, pues únicamente se tomó en consideración lo declarado por el citado Botero Perdomo, quedando así, dice, sin determinar la competencia para conocer del proceso. Estima que no existe robo agravado, pues no está probado el uso de

llaves sustraídas o falsas, "pues del hecho de que Botero hubiera mandado hacer unos duplicados y los hubiera entregado a Barrera Marín, no quiere decir, en manera alguna, que Barrera hubiera cometido delito de robo calificado..., ni hay la menor constancia de que el sitio donde se cometió hubiera sido un lugar habitado". Pone de presente que el testigo Botero Perdomo incurre en numerosas contradicciones y que, por sus condiciones personales, como que está sindicado de falsedad en documentos y peculado, no merece credibilidad. Insiste, por último, en que debe aceptarse la explicación de su mandante, cuando declara que se le detuvo por este negocio, "porque me encontraba en un edificio, porque un señor Jaime me mandó a que le sacara una plata de un apartamento donde él vivía...; el jueves a las doce y cinco minutos me dijo que podía subir por la plata; él hacía días que me había dado las llaves...; claro que yo no creía que se trataba de un robo...".

c) *Causal cuarta*: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Con respecto a este motivo de casación, dice el impugnante que, al no haberse establecido la cuantía del supuesto delito de robo, mal podía conocer de esta infracción penal el Juzgado del Circuito, por lo cual se incurrió en el caso de nulidad previsto en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

Asimismo afirma que se tiene el evento de nulidad señalado en el ordinal 8º del artículo 198 inmediatamente antes aludido, por cuanto no habiéndose comprobado el cuerpo del delito, "mal puede hablarse del de robo", ya que éste requiere el propósito de aprovechamiento económico ilícito, negado por Barrera Marín, cuando afirma que "yo no creí que se trataba de un robo".

Anota, por último, que se lesionó el derecho de defensa del sindicado Barrera Marín, pues el *a quo*, sin "el consentimiento del sindicado, aceptó la renuncia del apoderado, sin requerirlo, ni multarlo", y se le designó un defensor de oficio, luego de una constancia "mentirosa del Secretario del Juzgado, porque Barrera no es mudo...", sin que previamente se le notificara "la renuncia del poder del doctor De Castro y antes de requerir a este abogado como lo manda también el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal".

d) *Causal quinta*: "Cuando en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

Observa el actor que "nadie que se haya leído las cinco páginas de la sentencia recurrida encuentra que se haya dado cumplimiento a la norma consagrada en el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal". Transcribe, con este particular, el siguiente párrafo de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal: "Mucho cuidado puso la Comisión al formular las reglas a que debe someterse el juez en la redacción de la sentencia. La exigencia de resultandos y considerandos numerados y concretos no es caprichosa, ni mucho menos; ella obedece a la necesidad ineludible de evitar las divagaciones y encauzar las actividades del juez hacia los puntos precisos que impone el ejercicio de su delicada misión. En armonía con esa exigencia se ha formulado la causal 5ª de casación".

Dice el demandante que "son hechos plenamente probados en el proceso, los siguientes:

"1º Que de tiempo atrás, con mucha antelación al 29 de marzo de 1962, se venían cometiendo por algunos empleados de la carretera Medellín-Tarazá muchas irregularidades graves, en virtud de lo cual se inició una visita de investigación de la Contraloría General de la República;

"2º Que uno de los comprometidos en los delitos que se descubrieron durante esa visita de la Contraloría, delitos de peculado y falsedad, entre otros, es Jaime Botero Perdomo;

"3º Que el testimonio de Jaime Botero, en este expediente, no merece credibilidad, porque de un lado está sindicado de falsedad en otro sumario, y de otro, son muchas las contradicciones en que incurre consigo mismo, con los testigos que cita para corroborar sus dichos, con los dos sindicados, en los careos que con ellos sostuvo, y con otros testigos que en el sumario comparecen a desmentirlo plenamente;

"4º Que las diligencias sumarias contra Barrera Marín e Iván García adolecen de serias irregularidades de procedimiento, algunas de ellas viciadas de nulidad, y en manera alguna hay en el sumario la demostración plena del cuerpo del delito;

"5º Que el sindicado Barrera manifestó, desde un comienzo, y en esa versión se sostuvo en su indagatoria y en los careos posteriores, que cuando a medio día del 29 de marzo de 1962 siguió al pie de la letra las indicaciones que previamente le había señalado Jaime Botero, él, Barrera, no sabía que se tratara de un ilícito ni de un delito de robo. Que procedió en la forma como lo hizo, para prestarle a Botero un ser-

vicio que éste había ofrecido pagarle espléndidamente, y,

"6º Que la conducta anterior de Barrera Marín, según lo declaran bajo juramento Salustiano Mesa y Evelio Osorno, ha sido siempre buena; que su instrucción es escasa por no decir ninguna; que cuando declara en su indagatoria señala hechos que no son desvirtudados, a no ser por el testigo Botero.

"Y ninguno de estos hechos fue tenido en cuenta en la sentencia recurrida, a pesar de estar plenamente acreditados en el proceso".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, en su respuesta, prescinde del examen de los cargos señalados por el demandante a través de las causales primera, segunda y quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pues considera que las tachas formuladas por el actor, con invocación de la causal cuarta, están demostradas.

Dice, en efecto, el señor Agente del Ministerio Público lo que pasa a transcribirse:

"Este Despacho llega a la conclusión de que no se comprobó la cuantía como elemento esencial del delito de robo. A lo dicho, debe agregarse que la diligencia de depósito es irregular, pues diciéndose en ella que recibía el dinero en su carácter de Director de la Carretera, el doctor Hoyos Sierra, se hizo real la entrega del mismo a persona diferente, fuera o no ella vinculada a dicha carretera. No estando suficientemente establecida la cuantía, tampoco podía saberse a qué funcionario correspondía conocer del ilícito por el cual se pretendía juzgar a Barrera Marín. Si en forma arbitraria y caprichosa se estableció que esa cuantía era de $ 2.800 y se dio el negocio al Juez del Circuito Penal, debe decirse que se ha incurrido en la nulidad prevista en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, numeral 1º

"En el terreno de la nulidad supra-legal, se hace obvio lo siguiente: Barrera Marín confirió poder al doctor Julio De Castro H., para que le asistiera en el curso de las diligencias sumariales. Este acto se efectuó en el momento de efectuarse la diligencia de careo entre Marín (sic) y Botero. Ante el mismo funcionario (Juez 230 de Instrucción Criminal) confirió poder visible al folio 73. A este profesional se le dio la correspondiente posesión (f. 74). En su carácter de tal pidió la práctica de varias pruebas, como puede evidenciarse al folio 122. Al ser enviado el negocio al Juzgado 5º Penal del Circuito, y en el momento de que las partes tuvieran oportunidad para la presentación de alegatos, no le fue notificado el auto correspondiente al defensor de Barrera (f. 133). Al folio 139 obra un memorial del abogado De Castro, mediante el cual desiste del cargo que le confirió el sindicado 'Marín' (sic) por razones que no manifiesta, viniendo a continuación una constancia del Secretario, en el sentido de informar al Juzgado de que enterado Barrera Marín de la renuncia del poder hecha por el doctor De Castro, manifestó 'por intermedio de uno de sus parientes que se le designara de oficio'. En actuación que viola los legítimos derechos de defensa del procesado, el Juzgado le designó uno de oficio (f. 139 v.) y con este al frente se adelantó la actuación.

"Es justa y jurídica la alegación del impugnador en el sentido de que a Barrera Marín se le dejó huérfano de defensa adecuada y se le coartó su derecho a ejercitarla. Este Ministerio Público es de opinión de que con ello se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Demostrada como está la existencia de la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, se abstiene el Despacho de entrar a estudiar las otras causales propuestas dentro de la demanda.

"En virtud de lo dicho, esta Procuraduría pide atentamente a la honorable Corte *casar* la sentencia materia de impugnación y proceder de acuerdo con lo establecido en el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, en su ordinal B".

Fundamentos de los fallos de primera y de segunda instancia.

En la sentencia del Juzgado 5º Penal del Circuito de Medellín, de 6 de agosto de 1962, se dice lo siguiente: "Jaime Botero Perdomo, pagador de la carretera... declaró bajo la gravedad del juramento..." sobre una propuesta del sindicado Iván García Duque, para que se apoderaran del dinero destinado al pago de los trabajadores de la dependencia donde aquél prestaba sus servicios. Fue entonces, dice, "cuando aceptó el negocio propuesto, mas no con el ánimo de lucro y sí con el propósito de colaborar con las autoridades en la captura de una banda de atracadores. Por intermedio de García Duque conoció a José Miguel Barrera Marín, en un establecimiento de propiedad de éste. Allí empezaron los preparativos del golpe... y en cierta ocasión el declarante llevó hasta sus oficinas a Barrera Marín, a fin de que conociese el ambiente. Vieron la manera de hacerse a las llaves, tanto de

las oficinas correspondientes en donde se hallaba la caja de caudales, como a otras, también necesarias para el fin propuesto, y una vez con ellas en su poder, hicieron fabricar los duplicados requeridos para el efecto. Dijo el declarante que ante el miedo o temor que sintiese, optó por poner en conocimiento de su amigo Juan Restrepo Restrepo lo que se estaba tramando, y que éste, a su vez, comunicó tal hecho al 'DAS', en donde se hicieron, con la colaboración de altos empleados de la carretera, los preparativos a fin de capturar a los atracadores...".

Anota el *a quo* que "José Miguel Barrera Marín, sujeto sorprendido dentro de las oficinas de la entidad ofendida, con un maletín dentro del cual portaba la suma de dos mil ochocientos pesos, al rendir declaración indagatoria confesó su participación en los hechos, mas afirmó que no sabía que se trataba de la comisión de un delito. Narró la forma en que conoció al pagador Jaime Botero Perdomo, quien le pidió fuese a aquellas oficinas y de allí se sacara el dinero existente dentro de una caja de caudales, para lo cual le instruyó en forma conveniente y le entregó las llaves correspondientes y un maletín en el cual introduciría el dinero. El, recibiría como gratificación una buena suma. Ante tan magnífica oferta, aceptó, y así se trasladó a las oficinas, abrió las puertas, llegó hasta la caja de caudales y que había dejado abierta el pagador Botero Perdomo y de allí se sustrajo el dinero que colocó dentro del maletín. Al salir fue aprehendido por los agentes, a quienes explicó que se había limitado a cumplir órdenes del citado pagador. Lanza graves cargos a éste, y afirma que en realidad participó en el asalto, pero que lo hizo de buena fe, pues creyó que el dinero era de propiedad del pagador y que ningún delito cometía".

Más adelante, se dice en el fallo de primera instancia que "Juan Restrepo Restrepo... afirmó que su amigo Jaime Botero Perdomo, pagador de la entidad ofendida, le comunicó en alguna oportunidad que se encontraba altamente preocupado, pues venía siendo objeto de amenazas por parte de una banda de atracadores, que con su colaboración, pretendían dar un golpe a la firma a la cual prestaba sus servicios. En vista de ello, él puso esa circunstancia en conocimiento de las autoridades y personalmente colaboró, pues visitaba los establecimientos en donde Botero Perdomo se entrevistaba con los presuntos antisociales. Así tuvo oportunidad de escuchar varias conversaciones entre ellos y constató la realidad de las afirmaciones de su amigo Botero Perdomo. Narró el declarante la forma en que se proyectaba el asalto, todo lo cual lo supo por las manifestaciones de su amigo, el pagador. Por su parte, Eduardo Cárdenas Botero, un menor que trabajaba al servicio del procesado Barrera Marín en un establecimiento de propiedad de éste, manifestó cómo en diferentes oportunidades vio a su patrón en compañía de Iván García Duque y del pagador Botero Perdomo, quienes llegaban hasta su establecimiento a tomar cerveza y a conversar con su patrón. No supo lo que tramaban, pero observaba que cuando él se acercaba a servirles, aquéllos variaban la conversación... Se verificaron diligencias de inspección ocular, tanto en las oficianas de la 'Carretera Troncal de Occidente', como en el granero de propiedad de Carlos García Duque, hermano del procesado Iván García Duque. En la primera, se estableció que para la comisión del delito fue necesario el empleo de llaves falsas. En la segunda se constató que, en realidad, en el granero del hermano de García Duque, en el piso y debajo de uno de los anaqueles convenientemente cubierto con un cajón, existía un hueco, cuyas dimensiones se dejaron allí consignadas y el cual se presume fue abierto para guardar allí el dinero producto del robo, tal como lo afirma el pagador Botero Perdomo".

Por último, se anota: "el delito tipificado en los autos es el de robo y la pena a imponer se tomará de los artículos 404, numeral 3º —empleo de llaves falsas— y 1º del Decreto 2184 de 1951".

En esta providencia le fue señalada a Barrera Marín la pena de seis (6) años de presidio; se absolvió a Iván García Duque, y se dispuso que se "investigara la responsabilidad en que pudo haber incurrido el señor Jaime Botero Perdomo".

En el fallo del *ad quem* se expresa:

"La situación de Marín o de Barrera Marín también está perfectamente delineada. Convino un plan y lo ejecutó. Y que era un plan criminal hay que aceptarlo, pues ello se deduce de la declaración del compañero de aventuras, Botero, de la declaración de Juan Restrepo, que le tocó presenciar varias reuniones y aún oír parte del plan criminal; de Eduardo Cuartas, joven dependiente de Marín, que habla de las muchas reuniones que se celebraron en su cantina, etc. Por manera que la explicación que da en indagatoria es de todos modos inaceptable, peca por infantil. Dijo que Botero le había ofrecido la suma de diez mil pesos por prestarle un pequeño servicio, sacarle de su oficina o apartamiento un dinero. Es tan ingenua esta explicación que no merece ningún comentario.

"Prestó Barrera todo su entusiasmo al plan fraguado y lo llevó hasta su consumación. Cometió un delito perfecto de robo; no puede hablarse de tentativa o de robo frustrado, porque el plan convenido tuvo plena terminación. Se logró entrar al edificio, a las oficinas y aprehender el dinero. Y como para llevar a cabo el ilícito se hizo uso de llaves fraudulentas o falsas, se trata de robo calificado, como muy bien lo entendió el señor Juez *a quo*.

"Pero no tuvo el señor Juez de primera instancia en cuenta que la entidad ofendida, desde un principio tuvo conocimiento del atentado que se le preparaba; que siempre estuvo al tanto de la manera como se adelantaban los planes criminales y que se prestó a ellos con el fin único de sorprender a los detentadores; que se trataba de una verdadera trampa que tuvo resultados positivos, puesto que se logró la captura de Barrera en el momento de culminar su trabajo. Pero si se medita que en ningún momento la empresa estuvo en peligro de perder los dineros; que, por el contrario, el día de autos los tuvo en más seguridad que en tiempo común, puesto que tenía dos detectives suficientemente armados y listos para defender los haberes, puede decirse que se trata, en el caso de autos, de un delito imposible de que trata el artículo 18 del Código Penal. Con base en esta conclusión se gradúa la pena para Marín Barrera o Barrera, teniendo en cuenta su alta peligrosidad y los antecedentes, en tres años de presidio.

"Altamente comprometido aparece el sindicado García... Si la investigación se hubiera seguido, de conformidad con el plan elaborado y conocido por las autoridades; si se hubiera dado captura a García en el lugar previamente convenido, otra sería su situación, pero con este sindicado obró la autoridad policiva con sumo descuido".

Para resolver la Sala considera:

Corresponde examinar los cargos propuestos por el demandante contra la sentencia recurrida, en el mismo orden de los motivos de casación señalados por el actor, a saber:

A. *Causal cuarta.*

No comparte la Sala, a este respecto, las conclusiones a que llega el señor Agente del Ministerio Público, ni las razones traídas por el impugnante.

En efecto:

1º *La cuantía del delito.*

De las constancias del informativo (declaración de Botero Perdomo y diligencia de entrega al señor Hernán Lema T.) se desprende que el dinero encontrado en poder de Barrera Marín excede de dos mil pesos, sin llegar a más de cinco mil, por lo cual no correspondía conocer del negocio ni al Juez Municipal, ni al Juzgado Superior, sino al Juzgado Penal del Circuito (Decreto número 3347 de 1950).

Pero, aún en el supuesto de que en el proceso no se hubiera determinado, de manera exacta, el total de la suma de dinero materia de la infracción penal, es obvio que la facultad para conocer de este asunto la tiene el Juez Penal del Circuito, pues el ordinal 1º del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal, señala que estos funcionarios "conocen: 1º De la primera instancia de las causas por infracciones penales cuyo conocimiento no esté atribuído a otras autoridades".

Este primer cargo no resulta demostrado y no se está, por tanto, en el caso de nulidad señalado en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, citado por el impugnante.

2º *Cuerpo del delito de robo.*

Pretende acreditar el actor que en las instancias se incurrió "en error relativo a la denominación jurídica de la infracción...", pues, dice, "no se probó en Barrera Marín la intención de robar".

Observa la Sala que a más de resultar demostrado el ánimo de aprovechamiento ilícito en el recurrente, pues no puede aceptarse su explicación de que entró al lugar del delito para tomar una suma de dinero (que resultó muy inferior a diez mil pesos), sólo por hacerle un favor al señor Botero Perdomo y porque éste le había ofrecido, en pago de tal servicio, la cantidad de diez mil pesos, *en el trámite señalado en el Decreto extraordinario número 0014 de 1955, pertinente en este negocio, no se profiere auto de vocación a juicio. La calificación jurídica de la infracción, que se hace en la providencia que ordena la detención preventiva, no requiere que cuente con plena prueba y por tanto, es provisional. No es pertinente, dentro del procedimiento especial señalado en el referido Decreto, el caso de nulidad señalado en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.*

La Corte, en sentencia de 14 de marzo de 1957 (G. J. t. LXXXIV), dice que "la causal de nulidad 'por error en la denominación jurídica del delito', prevista en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, solo tiene operancia jurídica después de dictado el auto de proceder, toda vez que dentro del sumario únicamente tiene cabida la de incompetencia de jurisdicción".

Este segundo cargo no está probado.

3º *Desconocimiento del derecho de defensa.*

Es cierto que se incurrió en irregularidades en la designación que hizo el *a quo* del defensor de oficio del sindicado Barrera Marín, pero de ello no se desprende que careciera, en absoluto, de la asistencia jurídica de un profesional de la abogacía durante su juzgamiento. El defensor que le fue designado alegó de conclusión ante el juez de primera instancia.

De otra parte, cumplida la designación del apoderado de oficio de Barrera Marín, éste no presentó objeción alguna contra esta determinación del juzgado, lo cual indica que ratificó lo hecho por el *a quo*.

No se llevó a cabo, pues, violación alguna de las garantías previstas en el artículo 26 de la Constitución Nacional y, por consiguiente, no aparece comprobado este tercer cargo.

B. *Causal primera.*

En cuanto a los cargos propuestos por el actor, con invocación de esta causal, se tiene lo siguiente:

1. Por no prosperar, como se anotará más adelante, la causal segunda de casación, es obvio que no tiene fundamento la aseveración del demandante sobre supuesta violación de los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal.

2. Tampoco resultan infringidos los artículos 402, 403, 404 y 18 del Código Penal, pues, *contra lo que asevera el demandante, de que los hechos configuran, a lo sumo, un delito imposible de hurto, por ausencia de fuerza contra las cosas, se tiene que el Código Penal, en el ordinal 3º del artículo 404, equipara a robo la sustracción de cosa mueble ajena, sin consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella (hurto), si para el apoderamiento el agente hace uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, señalándose, en este caso, una represión penal mayor que la prevista para el delito ordinario de robo (art. 402).*

No es menester, en esta hipótesis, que se lleve a cabo fuerza contra las cosas destinadas a la defensa material de los bienes. Es suficiente que el empleo de la llave resulte ilegítimo. A este respecto, dice Carrara que "la cualidad de falso del instrumento que sirvió para abrir la cerradura se deduce de la falta de destino por parte del propietario" (Programa... Edit. "Depalma", Buenos Aires, 1944, t. IV, p. 208 a 209).

Y si el mismo procesado declara que Jaime Botero Perdomo le ofreció una cuantiosa recompensa solamente por penetrar a las oficinas donde éste trabajaba para que tomara de la caja de caudales el dinero que allí estuviese guardado, ¿cómo suponer que Barrera Marín no tomó cuenta de que el empleo que iba a hacer de las llaves que le entregó Botero Perdomo, para tal fin, era ilegítimo?

No tiene, pues, razón el demandante cuando afirma que "no es el caso del artículo 402, porque no hubo violencia a las personas o a las cosas..., y, ni siquiera por el asunto de las llaves... porque si al ladrón se le entregan, el delito que puede tipificarse es el de 'hurto', no el de robo".

3. El artículo 405 de la obra citada, por referirse a quien "ejecute violencia sobre las personas o las amenace con un peligro inminente...", no es aplicable en los hechos investigados, contra lo que dice el señor apoderado de Barrera Marín, pues éste llevó a cabo el apoderamiento del dinero materia de la infracción penal sólo mediante el uso de llave falsa.

4. Como acertadamente se indicó en las instancias, se trata de un delito imposible de robo, pues las previsiones tomadas por la supuesta víctima hacían que no fuera factible la lesión del interés jurídico tutelado.

5. *Tiene razón el demandante, en cambio, cuando acusa el fallo recurrido por error en la dosimetría de la pena impuesta a Barrera Marín, pues evidentemente contra este procesado no obran circunstancias de mayor peligrosidad, y, de acuerdo con el artículo 18 del Código Penal, "si el delito fuere imposible, podrá disminuírse discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado, y hasta prescindirse de ella, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 36".* Es obvio admitir la gran influencia de Botero Perdomo en la determinación delictuosa de Barrera Marín, lo cual disminuye el índice de peligrosidad que ofrece este sindicado.

Estima la Sala que la sanción imponible al recurrente es la de los dos años de presidio.

C. *Causal segunda.*

En ningún error manifiesto incurre el *ad quem* en la apreciación de las pruebas tomadas en cuenta en la sentencia impugnada. El procesado Barrera Marín fue descubierto cuando acababa de tomar el dinero objeto del delito y sus explicaciones, por inverosímiles, resultan inaceptables.

En numerosas oportunidades ha dicho la Corte, en cuanto a la estimación de la prueba dentro del recurso de casación, "que su función se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad...", (G. J. t. LXXXI, Nos. 2150-2161, p. 845 a 846).

El demandante asevera que "nadie puede desmentir a Barrera cuando manifiesta 'yo no creí que se trataba de un robo'. Y hay que creerle". Pero los hechos plenamente acreditados llevan necesariamente al rechazo de esta afirmación del sindicado.

No prospera, por tanto, la causal segunda de casación.

D. *Causal quinta.*

La parte transcrita de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín permite concluír que el actor no demuestra la acusación que formula con invocación de esta causal.

En efecto, el *ad quem* señala "clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados", de acuerdo con los elementos de juicio traídos al proceso.

No prospera, pues, este motivo de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *invalida parcialmente* la setencia del Tribunal Superior de Medellín, de que se ha hecho mérito, a fin de imponer al procesado José Miguel Barrera Marín o Miguel Marín Barrera la pena principal de dos (2) años de presidio, en lugar de la de tres (3) años que se le señala en dicho fallo.

En lo demás, rige la sentencia objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

POSESION Y TRAFICO ILEGITIMO DE ARMAS Y MUNICIONES.

Sentido y alcance de las normas que sancionan estos ilícitos. Violación de la ley por errada interpretación de disposición penal. Retroactividad de la ley penal permisiva o favorable al reo. Causal primera de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre cinco de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

Por sentencia del 20 de diciembre de 1961, proferida por el Consejo Verbal de Guerra convocado por medio de la Resolución número 0041 de 16 de diciembre del mismo año, originaria del Comando de la Brigada de Institutos Militares, fueron condenadas las siguientes personas en la forma que a continuación se indica: al Teniente Alberto Cendales Campuzano, a la pena principal de cuarenta y ocho meses de prisión y multa de $ 1.000, como responsable del delito de "rebelión"; al soldado Alberto Ariza, a la pena principal de doce meses de prisión como responsable del delito de "abuso de confianza"; al soldado Humberto Ruiz Palacios, a la pena principal de treinta y siete meses de prisión como responsable del "tráfico ilegítimo de armas y municiones"; a los soldados William de Jesús Arcila Muñoz o Zuluaga, Jaime Zuleta Benítez y León Rodrigo Barrientos Villa, a la pena principal de treinta y siete meses de prisión como responsables de los delitos de "abuso de confianza" y "tráfico ilegítimo de armas"; y a los particulares Luis Emilio Olaya Novoa y José Amadeo Guzmán Puentes, a la pena principal de treinta y seis meses de prisión, como responsables del delito de "tráfico ilegítimo de armas y municiones". Al menor Arnoldo Alfonso López Velásquez le fue aplicada la medida de seguridad denominada libertad vigilada, por el término de tres años, como responsable del delito de "tráfico ilegítimo de armas".

La expresada sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior Militar por medio del fallo proferido el 9 de abril de 1962, con la única reforma de las penas impuestas al Teniente Cendales Campuzano, a quien se le disminuyó la pena principal a treinta y seis meses de prisión y se le aumentó la multa de mil a dos mil pesos.

Contra el fallo de segunda instancia interpusieron recurso extraordinario de casación el Teniente Cendales Campuzano, el soldado Alberto Ariza y los particulares Luis Emilio Olaya Novoa y José Amadeo Guzmán Puentes, pero solamente estos dos últimos sustentaron dicho recurso por conducto de sus respectivos apoderados.

Cumplidos los trámites de rigor y oído el concepto de la Procuraduría General de las Fuerzas Militares, la que se opone a que se case la sentencia acusada, se procede a resolver dicho recurso por medio de esta providencia.

Hechos:

Los que dieron origen a este proceso se relatan en la sentencia acusada, en los términos siguientes:

"En el Grupo Mecanizado de Reconocimiento número 1 de la Brigada de Institutos Militares, de guarnición de este Distrito Especial, se encontraba prestando sus servicios el Subteniente Enrique Ernesto Escobar Gutiérrez y allí mismo se hallaba, en calidad de detenido, el Teniente Alberto Cendales Campuzano. Para la época de los hechos once (11) de octubre de 1961 el Subteniente Escobar Gutiérrez desempeñaba las funciones de Oficial de Semana, Oficial Ejecutivo y Oficial de Servicio, pero fue el último cargo el que le facilitó la preparación inmediata y la ejecución de los hechos a que se contrae este expediente, donde consta que en

las primeras horas del miércoles once del mes ya citado los dos Oficiales, al frente de ciento treinta y cinco (135) soldados del Escuadrón 'B', abandonaron furtivamente los cuarteles del Grupo y, en varios vehículos de la dotación de la misma Unidad, tomaron la carretera de Guavio, haciendo creer a los soldados que iban a un 'servicio de guarnición', siendo que realmente sus propósitos eran alcanzar las regiones de los Llanos Orientales, unirse a las guerrillas del doctor Bayer y procurar el derrocamiento del Gobierno Nacional legalmente constituído. Cendales, Escobar y parte de los soldados llegaron hasta las inmediaciones de la población de Gachetá, pero al accidentarse el vehículo semi-oruga en que viajaba Cendales, éste quedó gravemente herido, siendo conducido al Hospital de dicha población donde, por efectos de la anestesia que los médicos le aplicaron quedó en imposibilidad física de impartir instrucciones y órdenes, colocando al Subteniente Escobar en situación bastante crítica en relación con el desarrollo inmediatamente posterior de los planes acordados y empezados a ejecutar, pues por las propias manifestaciones del Subteniente y las actitudes asumidas por él, se evidenció que el Teniente Cendales era el alma y el cerebro del movimiento.

"Cuando en el Grupo se advirtió la maniobra de Cendales y Escobar se pusieron los hechos en conocimiento de los respectivos mandos superiores y del Comando de la Brigada de Institutos Militares salió la orden, para el Comandante del Grupo Mecanizado de Reconocimiento número 1, de 'organizar una agrupación con el personal que estime conveniente, y saldrá en persecusión de los fugitivos, reduciéndolos y recuperando el material y armamento robado, empleando para ello cualquier medio, incluso el aniquilamiento total de los rebeldes'.

"El Comandante del Grupo, Teniente Coronel Héctor Sabogal Rodríguez, en cumplimiento de esa orden tomó las medidas del caso y dispuso el aislamiento y salida de tropa en persecusión de los sublevados. Dentro de la oficialidad que comandaba dicha tropa se encontraba el Subteniente Agustín Suárez Afanador quien recibió orden de marchar al frente de una Escuadra por vía de Sesquilé-Guatavita, llegando posteriormente a Guasca donde se unió al resto de tropa. En esta población recibió otras instrucciones y ya en Gachetá se le encomendó la misión de prestar protección al Comandante del Grupo. Esa misión específica lo situó, ya en las horas de la tarde del día miércoles en cuestión, en las inmediaciones del Hospital de Gachetá y la suerte lo llevó a encontrarse frente a frente con el Subteniente Escobar Gutiérrez. El Subteniente Suárez, aprovechando un momento que consideró propicio, exigió rendición al Subteniente Escobar; éste no solo se negó a rendirse, sino que procedió a agredir al Subteniente Suárez y éste disparó su pistola contra aquél, dándole muerte.

"Después del accidente en que resultó herido el Teniente Cendales y aprovechando que el Subteniente Escobar tenía mucho a qué atender, varios soldados procedieron a negociar con algunos vecinos de Gachetá las pistolas que antes se les habían entregado, armas que posteriormente fueron recuperadas, como también lo fueron las que el soldado Alberto Ariza Páez había dejado en casa de sus parientes en esta ciudad.

"El accidente en que resultó herido el Teniente Cendales, la muerte del Subteniente Escobar y la actuación de la oficialidad y tropa que salió en persecusión de los rebeldes pusieron punto final al movimiento que se inició dentro de los cuarteles del Grupo Mecanizado de Reconocimiento número 1, pues el Teniente Cendales fue conducido al Hospital Militar, los soldados desarmados y conducidos a sus cuarteles y el cadáver del Subteniente Escobar recibió cristiana sepultura".

Perfeccionadas las investigaciones adelantadas seperadamente por los jueces 11 y 12 de Instrucción Penal Militar, por los hechos ocurridos en la Guarnición de Bogotá como en Gachetá, el 11 de octubre de 1961, y reunidas en un solo proceso dichas investigaciones, el Comandante de la Brigada de Institutos Militares, en ejercicio de las atribuciones que le habían sido conferidas por el Comando General de las Fuerzas Militares, por medio de la Resolución número 041 del 16 de noviembre de 1961, convocó y constituyó un Consejo de Guerra Verbal para que juzgara al Teniente del Ejército Alberto Cendales Campuzano y algunos soldados que participaron en los sucesos a que dio origen el proceso. También se dispuso en la misma resolución someter a juicio del Consejo de Guerra Verbal a los particulares Jaime Briceño Escobar, José Amadeo Guzmán Puentes, Luis Emilio Olaya Novoa, Jacinto Méndez Rojas, Arnoldo Alfonso López Velásquez y Jorge Enrique Martín Hidalgo, "por el delito de tráfico ilegítimo de armas de fuego, municiones y explosivos, de que trata el Libro II, Título XI, Capítulo VII del Código de Justicia Penal Militar".

Celebrado el Consejo de Guerra Verbal, éste profirió los respectivos veredictos, dando respuesta a los cuestionarios que le fueron propuestos separadamente para cada uno de los

sindicados, condenando a algunos de éstos y absolviendo a otros.

Concluído el Consejo de Guerra, su Presidente dictó el fallo de primera instancia en desarrollo de los veredictos proferidos por dicho Consejo.

A virtud del recurso de apelación el Tribunal Militar confirmó el fallo de primera instancia con la modificación indicada al principio, por medio de la sentencia que ha sido recurrida en casación.

Demanda de casación:

No obstante que los dos sindicados recurrentes que han sustentado el recurso de casación, presentaron, por medio de sus respectivos apoderados, separadamente las correspondientes demandas, con el fin de evitar innecesarias repeticiones, habrá de estudiarse ante todo y en conjunto lo relacionado con la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que se invoca en ambas demandas, por cuanto la situación que se contempla para cada uno de estos individuos es igual y los planteamientos hechos para sustentar esta causal son en el fondo los mismos.

Causal primera: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Para fundamentar esta causal el apoderado de José Amadeo Guzmán Puentes argumenta de la siguiente manera:

"En efecto el artículo 256 del Código Penal Militar, por cuya aplicación se impuso a mi poderdante la pena de tres años de prisión, exige como elementos configurativos la infracción denominada 'tráfico ilegítimo de armas y municiones', que el sujeto activo del reato 'comercie', 'negocie' o 'traspase' armas, municiones o explosivos de 'uso privativo de las Fuerzas Armadas'.

En primer término, no aparece en forma alguna demostrado dentro del expediente que José Amadeo Guzmán Puentes hubiera comerciado, negociado o traspasado la pistola Browing porque fue condenado por el Consejo Verbal de Guerra, pues simplemente la adquirió del soldado Humberto Ruiz Palacios a instancias de éste y por fuerza del estado de necesidad porque atravesaba, comoquiera que 'famélicamente' se la dio en venta".

Por su parte el apoderado de Luis Emilio Olaya Novoa expresa al respecto lo siguiente:

"Es incuestionable que el negocio celebrado sobre una sola pistola entre el soldado como vendedor y el civil como comprador, dentro de las circunstancias de anormalidad, de perturbación, y de caos como el que se vivía en la población de Gachetá el 11 de octubre de 1961 no se puede en buena lógica denominar 'tráfico' porque esa expresión supone habitualidad en un negocio determinado y en manera alguna compra ocasional de un objeto o artefacto".

Como se ve, los argumentos expuestos para sustentar esta causal, se reducen a sostener, en síntesis, que los particulares Guzmán Puentes y Olaya Novoa no incurrieron en el delito de "tráfico ilegítimo de armas y municiones", por el cual fueron condenados, por cuanto los hechos por los cuales se los juzgó y condenó y que consistieron en haber adquirido cada uno, por compra, ocasionalmente un arma de fuego (pistola y municiones para la misma), no constituyen lo que se debe entender por tráfico o comercio de armas.

Se considera:

A los sindicados Guzmán Puentes y Olaya Novoa se les condenó en el fallo recurrido, imponiéndoles a cada uno la sanción mínima establecida en el último inciso del artículo 256 del Código de Justicia Penal Militar, por haberse considerado por los falladores de instancia que los hechos por éllos cometidos y por los cuales se los juzgó quedan comprendidos dentro de esta norma legal.

De los términos "comercie", "negocie", seguidos de la expresión "o traspase a cualquier título", empleados por el artículo 256, que se aplicó en el fallo recurrido, sin mayor dificultad se deduce que esta disposición no se refiere al que de manera ocasional y aislada adquiera, para mantenerla en su poder, arma de fuego o municiones para la misma, ya que estricta y literalmente los verbos "comerciar" y "negociar" expresan la actividad de quien ordinaria y profesionalmente se dedica a comprar y vender o cambiar géneros, mercaderías o valores para aumentar su caudal.

La acción de quien se limita a adquirir ocasionalmente un arma de fuego o municiones para la misma, con el solo fin de mantenerla en su poder, sin ánimo de lucro y sin estar debidamente autorizado para ello implícitamente está comprendida dentro de los términos del artículo siguiente, o sea del 257 del mismo código, que sancionaba como un hecho ilícito la posesión y tenencia, sin autorización, de arma de fuego o municiones. Esta interpretación resulta perfectamente lógica si se tiene en cuenta que nadie

puede mantener en su poder arma de fuego o cosa alguna si previamente no la ha adquirido de algún modo.

Es un hecho indudable, aceptado, en el mismo fallo, acusado y aun reconocido en los mismos cuestionarios propuestos al Consejo de Guerra Verbal, que a los sindicados José Amadeo Guzmán Puentes y Luis Emilio Olaya Novoa se los juzgó y condenó exclusivamente por haber adquirido, por compra, cada uno, al soldado Humberto Ruiz Palacios una pistola marca Browing y algunos pocos cartuchos para la misma.

Los cuestionarios formulados con respecto a estos sindicados quedaron redactados de la siguiente manera:

"¿El acusado particular Luis Emilio Olaya Novoa, de condiciones personales conocidas, es responsable, *si* o *no*, de negociar en forma ilícita la pistola marca Browning, calibre 9 mmts., número 0069 y nueve (9) cartuchos para la misma, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, comprándoselos al soldado Humberto Ruiz Palacios por la suma de trescientos pesos ($ 300) moneda corriente; hecho cometido en Gachetá (Cundinamarca) en las primeras horas de la tarde del día once (11) de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1961)? Sí".

"¿El acusado particular José Amadeo Guzmán Puentes, de condiciones personales conocidas, es responsable, *si* o *no*, de negociar en forma ilícita la pistola marca Browning, calibre 9 mmts., número 0096 y ocho (8) cartuchos para la misma, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, comprándoselos al soldado Humberto Ruiz Palacios por la suma de trescientos pesos ($ 300) moneda corriente; hecho cometido en Gachetá (Cundinamarca) en las primeras horas de la tarde del día once (11) de octubre de mil noviecientos sesenta y uno (1961)? Sí".

En el fallo recurrido y en relación con estos mismos sindicados se expresa lo siguiente:

"Fue el señor Luis Emilio Olaya Novoa quien compró dicha pistola y por tal razón se le llamó a rendir indagatoria (fl. 178). Después de suministrar sus datos personales informó que evidentemente ante la insistencia de un soldado, había adquirido una pistola por la cantidad de trescientos pesos, arma que después entregó. Se trata de una 'Browning' número 0069 con nueve cartuchos".

"

"Esta segunda pistola fue comprada por el particular José Amadeo Guzmán Puentes quien, al rendir indagatoria informó que era comerciante de profesión y que 'siendo por ahí las dos de la tarde del día 11... iba por la calle y entraba a almorzar a una asistencia de un señor Olaya, entonces llegaron allí unos soldados y me ofrecieron un arma, me dijeron que tenían esa arma para venderla porque ellos tenían hambre y querían comer y me pidieron que valía trescientos pesos, que les tocaba a cada uno de a cincuenta pesos y como a uno se le hace barato y uno ingenuamente que no sabe de eso, entonces la compré...".

Más adelante en el mismo fallo y en relación con estos sujetos se hace la siguiente breve consideración: "Bien poco es lo que hay que decir en lo referente a los veredictos condenatorios para los particulares Luis Emilio Olaya Novoa, José Amadeo Guzmán Puentes y Arnoldo Alfonso López Velásquez, todos ellos acusados y juzgados por el delito de 'tráfico ilegítimo de armas y municiones', de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Ya se anotó que los soldados vendedores aceptaron el hecho y lo propio hicieron los particulares compradores. Las indagatorias de los señores Olaya, Guzmán y López quedaron relacionadas en el 'resultado B' y por éllas se sabe que dichos señores no niegan haber comprado las armas a los soldados, aun cuando algunos se escudan en la insistencia de los militares vendedores y no falta quien alegue haber procedido con ingenuidad en el negocio".

Las dos pistolas compradas por Guzmán Puentes y por Olaya Novoa fueron restituídas por éstos al ejército, habiéndolas mantenido en su poder por pocos días, sin haberlas enajenado ni transferido a terceros.

Teniendo en cuenta lo anterior y la adecuada interpretación que debe dársele a los artículos 256 y 257 del Código de Justicia Penal Militar, no cabe duda que al imponérseles a los reos recurrentes la pena establecida en el último inciso del primer artículo citado, se incurrió en una violación de la ley por errada interpretación de esta disposición penal, pues dados los hechos cometidos por éllos y por los cuales se los juzgó y condenó, la norma penal que debió aplicarse es el artículo 257 del citado Código.

Pero ocurre que el hecho contemplado en esta disposición perdió legalmente el carácter de delito, por cuanto élla fue expresamente derogada por el artículo 14 de la Ley 56 de 1962. En estas condiciones ya no puede sancionárselos con aplicación de aquélla disposición derogada, por cuanto con ello se infringiría el artículo 1º del Código Penal que consagra los cánones funda-

mentales de derecho penal: "Nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege".

Auncuando la ley que derogó el artículo 256 fue posterior a los hechos por los cuales se juzgó a los sindicados Guzmán Puentes y Olaya Novoa, esta ley derogatoria tiene efecto retroactivo en virtud de la garantía establecida por el artículo 26 de la Carta que consagra en materia penal la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable al reo.

Además, se cumple en este caso lo previsto en el artículo 45 de la Ley 153 de 1887 en cuanto establece que: "La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación".

Síguese de lo expuesto, que prospera la causal primera invocada en ambas demandas de casación, y como consecuencia de ello, habrá de casarse parcialmente la sentencia para absolver a los reos recurrentes Luis Emilio Olaya Novoa y José Amadeo Guzmán Puentes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría Delegada de las Fuerzas Militares,

Resuelve:

1º Invalidar parcialmente la sentencia a que se ha hecho mérito, proferida por el Tribunal Superior Militar el 21 de febrero de 1962, para absolver a los sindicados Luis Emilio Olaya Novoa y José Amadeo Guzmán Puentes, de los cargos por los cuales fueron juzgados en este proceso.

2º Ordenar la inmediata libertad de estos sindicados, siempre que no se encuentren detenidos por otra causa.

3º Declarar desiertos los recursos de casación interpuestos por el Teniente Alberto Cendales Campuzano y por el soldado Alberto Ariza Páez, a quienes se condena en costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL NO ES INCOMPATIBLE CON LA CIRCUNSTANCIA AMINORANTE DE LA PROVOCACION A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 28 DEL CODIGO PENAL. VEREDICTO. CALIFICACION GENERICA DEL DELITO.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de octubre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, contra la sentencia de esa Corporación de fecha 21 de noviembre del año próximo pasado, por medio de la cual condenó a Misael González García, como responsable del delito de homicidio en Francisco Rivera Páez, a la pena de "diez y seis (16) meses de presidio" y accesorias consiguientes.

Hechos y actuación:

La tarde del 29 de enero de 1960, Francisco Rivera se presentó a la casa de Esteban Jiménez, ubicada en el punto de "Tierra Negra", jurisdicción del Municipio de Ventaquemada, con el fin de cancelarle el precio del acarreo de unas cargas de papa y en el momento en que arreglaba la cuenta, refiriéndose a Misael González, que se encontraba allí y había sido el que como chofer de Jiménez había realizado el transporte, expresó a éste que para qué había utilizado en la indicada misión a "ese h. de p.", agravio que al ser repetido determinó a aquél a tomar a Rivera por el cuello, a golpearlo de un bofetón sobre la boca y de dos puntapiés, los cuales, al hacer blanco en el estómago, produjeron su muerte, seis días después, el 4 de febrero, en el Hospital de San Rafael, de Tunja, a donde fue conducido y sometido a intervención quirúrgica.

El Juzgado 2º Superior de la citada ciudad, en razón de estos hechos, comprendidos bajo la denominación genérica de homicidio, mediante auto del 26 de mayo de 1960, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, llamó a juicio a González García, reconociendo, en la motivación de esa providencia, como lo solicitó el Fiscal, que el delito revestía la modalidad de preterintencional y lo había consumado su autor en estado de ira, causado por grave e injusta provocación del occiso Rivera.

Con fundamento en este enjuiciamiento se interrogó al Jurado y como su respuesta se produjera acorde con las condiciones planteadas, el Juzgado en sentencia del 30 de noviembre del citado año, previa conversión de la pena de presidio en prisión, condenó a González García a "veinticuatro (24) meses de prisión", le impuso las penas accesorias del caso, dejando en suspenso, por un término de prueba de dos (2) años, la ejecución de estas sanciones, fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 21 de noviembre del año pasado, en el sentido de condenar al procesado a la pena de "diez y seis (16) meses de presidio", adecuando las penas accesorias a este tipo de sanción, y de revocarle la condena condicional que le había sido otorgada en la primera instancia.

Demanda de casación:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca, en el orden en que se anuncian, las causales de casación previstas en los ordinales 1º, 7º y 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 1ª:

Con apoyo en esta causal, el demandante sostiene "que la sentencia es violatoria de la ley penal sustantiva, porque, interpretándola en forma errónea, la aplicó indebidamente", violación que racayó, en particular, sobre "los artículos 365 y 28 del Código Penal en concordancia con el 362 de la misma obra", tesis que

fundamenta en la consideración de que "hay radical exclusión jurídica" entre la modalidad preterintencional del homicidio y el estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

"Encontramos —dice— una diferencia entre el dolo que se exige en el artículo 365, en forma franca, positiva, y la forma negativa con que se encabeza el artículo 371 del Código Penal, sobre lesiones. Entonces, en este último caso, basta que no haya intención de matar para que se presuma que, causado el daño, hubo intención de herir. En cambio, en el artículo 365 se requiere que esté claramente acreditado que el actor tuvo intención o propósito de herir. Una mente que no gobierna no tiene intención de herir ni de matar, diferenciadamente. La voluntad que ejecuta el hecho tiende a dañar. Y solamente el daño producido autoriza al juzgador para encuadrar el caso en homicidio o en lesiones".

Respuesta:

En el caso de autos, aparece comprobado, sin ninguna reserva ni reticencia, que Rivera Páez injurió, procazmente y sin explicación, a González García, hecho que, como es obvio y como se reconoció en el enjuiciamiento, tenía que hacerlo entrar en ese estado de ira, "causado por grave e injusta provocación", a que se refiere el artículo 28 del Código Penal, estado de ira en el que estuvieron de acuerdo, en sus intervenciones de la audiencia pública, el Fiscal del Juzgado, el apoderado de la parte civil y el defensor y que el Jurado, dentro de su soberanía, afirmó.

González García, en presencia de las graves e injustas ofensas de Rivera Páez, lo tomó por el cuello, le proporcionó un bofetón en la boca y dos puntapiés. Esto fue todo lo que hizo contra su ofensor y entonces, real y positivamente, no quiso matarlo, ya que nadie, en un propósito letal, echa mano de medios tan impropios y tan inadecuados para consumarlo. De ahí que en el auto de proceder se hubiera reconocido que el homicidio revestía el carácter de preterintencional y que luego las partes, en la audiencia pública, hubieran estado de acuerdo en ello y, por último, que el Jurado hubiera expedido su veredicto de conformidad.

Desde luego, el homicidio preterintencional, específicamente previsto en el artículo 365 del Código Penal con pena inferior al homicidio común, precisamente por razón del dolo menor que concurre en su integración, limitado al propósito de perpetrar una lesión personal, no es incompatible con la circunstancia aminorante de la provocación, referida en el artículo 28 de la expresada obra, puesto que ésta actúa sobre la responsabilidad y se refleja en la disminución de la pena en consideración exclusiva del motivo determinante del delito, el cual toca en el derecho penal con el concepto de la peligrosidad del delincuente. La Corte, respecto de este problema, se ha pronunciado a través de diversos fallos, reiterando sus doctrinas, de los cuales cabe citar los siguientes:

"Es posible que una persona, sin intención de matar, hiera a otra produciéndose la muerte como consecuencia obligada de la lesión y que este atentado se haya producido en un estado de súbita exaltación del ánimo causado por grave e injusta provocación" (Sent. 12 septiembre, 1946, LXI, 188).

"La Corte, en diversas ocasiones, ha sostenido que el artículo 28 del Código Penal dice relación a toda clase de homicidios y a toda clase de lesiones personales, siempre que no se trate de hechos por culpa" (Sent. julio 13, 1953, LXXV, 674).

Por lo demás, responsabilizado González García, en el veredicto del Jurado, por razón de un homicidio preterintencional y consumado en estado de ira, causado por grave e injusta provocación, la sentencia tenía que acomodarse, de acuerdo con el artículo 480 del Código Penal, a esa calificación de los hechos, aplicando los artículos 365 y 28 del Código Penal, en concordancia con el 362 de la misma obra.

Causal 7ª:

Al amparo de esta causal el actor sostiene que "el veredicto es contradictorio", en fuerza de que, no obstante excluírse las dos situaciones, reconoce, de un lado, el carácter preterintencional del delito y, del otro, que González García lo llevó a cabo en estado de ira, causado por grave e injusta provocación.

Respuesta:

En el examen de la causal 1ª quedó advertido que el homicidio preterintencional en modo alguno rechaza el hecho de que se realice en las condiciones previstas por el artículo 28 del Código Penal y entonces, como es obvio, no cabe hablar de veredicto contradictorio, solo porque el Jurado, en el caso de autos, hubiera acogido la concurrencia de las dos modalidades especificadas.

Causal 4ª:

Este motivo de impugnación se invoca y fundamenta conforme a lo siguiente:

"Hubo un error en la calificación (numeral 4, art. 567 del C. P. P.) desde el auto de proceder (art. 198, numeral 8 del C. P. P.). Porque, aunque no se salió el Juez del título homicidio, en lo cual acertó, desde entonces se incurrió en una contradicción. Desde luego, como el legislador (art. 198, numeral 8) apenas contempla la nulidad cuando se incurre en la 'denominación jurídica' (general, el título), y en el numeral 4 del artículo 431 ibídem, manda que en la parte resolutiva del auto de proceder apenas se refiera el Juez al título correspondiente en el Código Penal, resulta difícil encontrar una verdadera nulidad.

"Porque, si nos fijamos en el numeral 3 del artículo 431 citado, la ley manda que el juez contemple las circunstancias conocidas, pero no que aúne las que se oponen o excluyen.

"Efectivamente, el jurado de conciencia, en este caso particular, hubiera podido corregir el yerro desechando una de las dos modalidades, la ira o la preterintencionalidad. No lo hizo, luego incurrió en contradicción también".

Respuesta:

En el auto de proceder el delito se determinó en orden a su denominación genérica, y como no hubo error al reconocer, en la motivación de esa medida, que revestía el carácter de preterintencional y que, además, se había consumado en estado de ira, causado por grave e injusta provocación, ni tampoco en la inclusión, dentro del respectivo cuestionario, de esas dos modalidades, lo que era necesario y absolutamente ineludible, lógicamente tampoco pudo haberlo en la respuesta del Jurado.

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, *no casa* el fallo de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS.

Ineficacia probatoria del concepto grafológico llevado a cabo sobre la fotocopia del documento tachado de falso. Causal segunda de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre catorce de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el 21 de noviembre de 1962, por la cual le fue impuesta a la procesada Gilma Cardona Echeverri de Osorio la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable del delito de falsedad en documentos.

El doctor Luis Carlos Pérez, como apoderado de la recurrente, invoca la causal segunda de casación, pues considera que el *ad quem* incurrió en error en la apreciación de las pruebas, pues no está establecido el cuerpo del delito (arts. 233 y 231, numerales 1º y 2º, Código Penal); ni existe prueba de la responsabilidad de la recurrente; ni resulta determinada su participación, en las condiciones del artículo 19 del mismo código, tomado en cuenta en el fallo impugnado.

Hechos:

Acoge la Sala la síntesis de lo ocurrido, traída en la demanda de casación, así:

"*Primero.* El 19 de septiembre de 1958 fue demandada la sucesión ilíquida de Gustavo Vélez Marulanda ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Cali, a fin de que pagara una letra de cambio que el causante había girado en favor de Gilma Cardona de Osorio; letra que está fechada el 8 de febrero de 1957 y que venció el 8 de septiembre del mismo año, habiendo sido endosada por la beneficiaria al abogado Alfredo Cadena Copete, quien inició la acción ejecutiva mediante los trámites prescritos en los artículos 982 y siguientes del Código Judicial. El endoso, 'por igual valor recibido', esto es, por la suma de treinta mil pesos moneda colombiana ($ 30.000), se hizo el 20 de agosto de 1957.

"*Segundo.* La referida letra fue objetada como falsa por los herederos de Vélez Marulanda, quienes dispusieron la denuncia para que se investigara la falsedad. Y efectivamente, comisionaron a su abogado para que siguiera la acción penal teniendo como elemento objetivo del delito una copia fotográfica del instrumento, ya que el original siguió en el expediente del juicio ejecutivo. Una diligencia de inspección ocular acreditó la existencia del instrumento en el Juzgado Quinto del Circuito.

"*Tercero.* En la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año gravable de 1956, presentada en la Administración de Hacienda Nacional de Cali, el 28 de febrero de 1957, su autor, Gustavo Vélez Marulanda, relacionó tres créditos ficticios a fin de aminorar los impuestos, así: uno de $ 30.000 en favor de Gilma Cardona de Osorio; otro de cuarenta mil pesos ($ 40.000) en favor de una hermana de ésta, Leticia Cardona Echeverri, que hacía vida marital extraconyugal con el declarante Vélez, y otro, igual a la suma últimamente mencionada, en favor del mayordomo de una de sus fincas. Doña Gilma de Osorio dice que el crédito no fue fingido sino real, ya que ella le mutuó esa suma al finado, quien garantizó su pago con la letra de cambio presentada como título del recaudo ejecutivo. Sin embargo, entre los papeles allegados al expediente figura una atestación de ella en la cual hace constar que los $ 30.000 fueron cancelados por el deudor, lo que hace suponer con mayores veras el fingimiento de la obligación para efectos fiscales.

"*Cuarto.* La letra fue presentada a los herederos de Vélez Marulanda antes de la exigencia judicial del pago, pero fue rechazada fundándose en que la firma del girador había sido contrahecha. Tales signos, dijeron luego en la denuncia, no son los del puño y la letra del causante, ni eran los que acostumbraba en sus actos públicos y privados. Esta versión prosperó en el proceso y dio base a la sentencia ahora recurrida".

Demanda de casación.

A través de la causal segunda la casación, única que invoca el demandante, formula los siguientes cargos:

"*Primero.* La sentencia dio al dictamen pericial el valor de plena prueba del delito de falsedad en instrumento negociable, es decir, dio a esta prueba un valor de que carece, violando así los artículos 268 del Código de Procedimiento Penal, en relación con las disposiciones previstas en los artículos 203, 204 y 205 de la misma obra.

"*Segundo.* Aún reconociendo plenamente válido el contenido del informe pericial, tendría mérito respecto de la contrafacción de la firma de Vélez Marulanda, pero en ningún caso respecto de las imputaciones delictivas hechas a la procesada. Sin embargo, el fallo no se limita a aquella consideración, sino que parte de dicho concepto para deducir la prueba de responsabilidad, violando el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

"*Tercero.* También apreció erróneamente el fallo la declaración de José Antonio Mondragón, al vincularla con la falsificación de la firma de Vélez Marulanda y con la responsabilidad de la procesada, pues dicho testigo depone sobre una actividad simulada para efectos fiscales, sin referirse para nada a la contrafacción de la firma del simulador y sin culpar a la procesada como autora de la falsedad, juicio viciado que condujo a violar los artículos 224 y 203 a 205 del mismo estatuto procesal citado.

"*Cuarto.* Las equivocaciones en la apreciación del concepto pericial y del testimonio de José Antonio Mondragón, al cual da el fallo un sentido y un valor que no tiene realmente, engendraron el error sobre la existencia del cuerpo del delito de falsedad, violando los artículos 231 y 233 del Código Penal".

Respuesta del Ministerio Público.

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal encuentra probados los dos primeros cargos propuestos por el demandante, por lo cual se abstiene de examinar las tachas restantes.

En consecuencia, solicita el señor Agente del Ministerio Público que se invalide la sentencia recurrida, a fin de absolver a la procesada Gilma Cardona de Osorio del delito que motivó su juzgamiento.

Dice, en efecto, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

"En realidad, es cosa aceptada por la doctrina de los autores y por la jurisprudencia nacional, que un dictamen pericial cuyas conclusiones se finquen en los principios todavía deleznables y quebradizos de la grafología, es de por sí deficiente y de él 'no pueden derivarse conclusiones científicas rigurosamente ciertas' (V. de Antonio Rocha, su obra 'De la prueba en derecho', 3ª Edic. de 1951, publicada por la U. Nacional, p. 190).

"Pues bien: si para dictar tan autorizada y acatable enseñanza, se parte del supuesto de que un concepto de la indicada naturaleza haya sido emitido como consecuencia de haber tenido los peritos a la vista el documento original que debe ser objeto de cotejo o comparación, con otras firmas o con otra letra o escritos cuya autenticidad no se discuta, qué podrá decirse entonces de un experticio grafológico que, como el rendido en este proceso, no se base en el examen detenido, concienzudo y directo del documento original tachado de falso, sino en una simple fotocopia, de la cual se afirma que corresponde a la letra que judicialmente y como endosatorio pretendió cobrar el doctor Cadena Copete.

"Que no constituye prueba plena del cuerpo del delito de falsedad documentaria denunciado, y mucho, pero muchísimo menos, prueba que, a su vez, demuestre la culpabilidad de quien fuera acusada en autos como falsaria. Terminantemente, así responde la Procuraduría, expresando, además, que se encuentra en un todo de acuerdo con el señor demandante cuando éste, de manera tan certera y contundente, ataca la sentencia al formularle los dos cargos de que se viene tratando.

"Porque, si para nuestro más alto Tribunal de Justicia, el dictamen grafológico emitido como resultado de examinar con escrupulosa atención el documento tachado de falso, en ningún caso constituye plena prueba, mayor razón está de por medio para sostener aquí que ninguna entidad probatoria es propia del profano examen que se hizo de una firma fotocopiada pero jamás tenida a la vista en su genuina representación.

"... ... ...

"En consonancia con lo hasta aquí sostenido por el Ministerio Público, bien puede agregarse que el documento que dio lugar al proceso seguido a la señora Gilma Cardona de Osorio, no fue entregado en los debates de instancia como lo exigen las más elementales normas de procedimiento penal vigente, entre otras cosas, a modo de garantía del derecho de defensa. Y no fue entregado para que pudiera ser tomado en consideración por los jueces y peritos y pudiera a la vez servir de base al fallo, pues lo cierto es que durante la etapa investigativa se incurrió en el error insólito de no reclamar al Juez Civil el original de la letra de cambio calificada por los herederos de Vélez Marulanda como apócrifa, sino que apenas se obtuvo una fotocopia, lo que significa, sin lugar a dudas, que sobre el documento genuino hasta el momento presente, no se ha verificado pericia alguna.

"Ajena, pues, está del proceso la prueba del cuerpo del delito. Por lo mismo, la violación del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal es manifiesta, como protuberante es también el error cometido por el Tribunal de instancia al proferir sentencia condenatoria".

Para resolver la Sala considera.

La Corte está de acuerdo con las razones presentadas por el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal para concluír en la pertinencia de la causal segunda de casación en este caso.

En efecto, el ad quem *incurre en manifiesto error en la apreciación de la prueba pericial llevada a cabo en la fotocopia del instrumento negociable tachado de falso, bien llamada por el demandante "simple aporte grafológico". Y tanto más protuberante es tal yerro, cuando de dicho dictamen desprende el juzgador de segunda instancia la responsabilidad penal de la señora Cardona de Osorio.*

En la obra de Luis Sandoval Smart ("Manual de criminalística", Santiago de Chile, 1948, p. 473), se lee:

"2. *Metodo objetivo.* Como en todo lo que ya hemos visto en criminalística, la investigación de documentos exige del especialista una demostración objetiva, no siempre posible, por lo demás.

"Se recurre a los mismos medios de fijación ya tantas veces citados: informe escrito, dibujo, calco, fotografía, semicrofotografía, microfotografía, espectrografía.

"Una vez fijado el documento, conservando un recuerdo gráfico completo de su estado original, se utilizarán además, copias para hacer las demostraciones señaléticas, que se crean necesarias, sin alterar el documento original, dentro de lo posible. Como una regla esencial de investigación de documentos, no debe hacerse pericias, sino con el documento original a la vista, pero éste debe respetarse hasta donde sea compatible con las necesidades de la pericia misma.

"La no observación de estas reglas, trae como consecuencia grandes errores o decepciones al perito que se olvida de ellas...".

Y los doctores Manuel Constaín Medina y Alberto Constaín Chaves dicen en su "Investigación Criminal" (Edit. "Temis", Bogotá, 1963, p. 253) que "veces hay en que el perito no puede dar su dictamen sobre documentos originales sino sobre fotografías de estos, lo cual es un procedimiento equivocado, pues las fotografías que no han sido tomadas por el perito no dan prueba alguna de las alteraciones del documento que se estudia; y como de ordinario no están hechas al tamaño original, dan indicaciones falsas acerca de los tamaños, espaciamientos, etc. No pudiendo ser enviado el documento al perito, este debe trasladarse a buscarlo y si tiene que operar con fotografías debe hacer constar su reseña en el informe y hacer saber que no conoce los originales".

Es obvio, entonces, que los peritos que examinaron el documento tachado de falso mediante fotocopia de éste, acudieron a un procedimiento claramente equivocado, pues lleva a conclusiones erradas, lo cual, de otra parte, pone de manifiesto la poca idoneidad de tales expertos.

Tiene razón el demandante cuando anota:

"Lo que interesa al Juez es, tratándose de la pericia documentaria, la forma como se adoptaron las conclusiones, y no las conclusiones mismas. El valor de la prueba radica allí; y es de allí de donde proviene la apreciación sobre la individualidad del escrito o de la firma. Para describir la peculiaridad de la escritura y sus variantes, ya que un mismo autor no repite dos veces su firma con identidad perfecta, es indispensable observar y experimentar por lo menos diez veces con el propio autor y otras diez veces mínimas con el presunto falsificador. A falta del primero se requieren por lo menos diez firmas autógrafas, originales, como punto de arranque hacia el establecimiento tanto de los caracteres generales de los signos como de los caracteres específicos.

"Tan responsable es esta actividad que Ernesto Seelig la coloca como remate y cifra de una formación científica especial en la técnica fo-

rense caligrafiada o caligráfica y de una práctica de varios años: 'Los profesores de caligrafía, grafólogos o funcionarios de policía, en general, no la poseen'. Inclusive Bertillon que, como es bien sabido, fue un criminalista muy destacado y hasta hoy erigido en maestro ejemplar, aportó al proceso Dreifus un dictamen erróneo que fue motivo de escándalo en la opinión mundial, ya que con él fue la justicia francesa a uno de los peores extremos de irresponsabilidad y desprestigio. No en vano los países europeos encomiendan la investigación sobre el escrito presumiblemente falso a sus bien dotados departamentos de criminología (Tratado de Criminología, Madrid, 1958, p. 399)''.

Ahora bien:

Si, como en este caso, los peritos grafólogos emplearon un procedimiento que lleva fácilmente a conclusiones equivocadas, pues según los expertos en ''Criminalística'', así sucede cuando el examen del documento se lleva a cabo mediante fotocopia del mismo, es obvio que el juez no puede darle a ese dictamen el alcance de plena prueba, cuando esa peritación es el único elemento de juicio para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad penal del sindicado.

El dictamen pericial es un juicio técnico. De consiguiente, si uno de sus presupuestos es equivocado o lleva a error, la conclusión resulta contraria a la verdad.

Están demostrados, como se dijo, los dos primeros cargos que el demandante formula contra la sentencia objeto del recurso, y prospera, por tanto, la causal segunda de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, *invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de que se ha hecho mérito, a fin de *absolver* a la señora Gilma Cardona Echeverri de Osorio, en cuanto al delito de falsedad en documentos por el cual le fue impuesta la pena de cuatro años de presidio.

Telegráficamente ordénese la libertad inmediata de la señora Cardona Echeverri de Osorio, quien se encuentra detenida en la cárcel de mujeres de ''El Buen Pastor'' de Cali.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

IMPEDIMENTOS.

Génesis de los impedimentos. Motivos de impedimentos previstos en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Impedimento generado en el interés. Características de los establecimientos bancarios como sociedades de capitales y sociedades comerciales. Constitución como sociedad anónima de los bancos de Bogotá y de Colombia por haber sido fundados antes de la Ley 45 de 1923. Alcance y contenido de los ordinales 2º y 10º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, ocho de noviembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, al rechazar, mediante auto del 29 de agosto pasado, el impedimento aducido por el Magistrado de esa Corporación, doctor Rodrigo Linero Noguera, para conocer de este proceso en que aparece como agente pasivo del delito de robo a que se contrae el Banco de Colombia, el cual, en esa suerte, actúa como parte civil, dispuso remitirlo a la Corte para que ella, con arreglo a lo ordenado en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, decidiera al respecto.

El doctor Linero Noguera, en providencia del 16 del predicho agosto, invocando el ordinal 2º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, manifestó estar impedido para intervenir en el conocimiento de este proceso, "por ser deudor" de la expresada institución bancaria.

Para resolver se considera:

a) *Los impedimentos, erigidos por la ley, con criterio taxativo, para asegurar la imparcialidad de las decisiones judiciales y mantener, en ese orden, el prestigio de la justicia, tienen su génesis, de acuerdo con la clasificación de Mattirolo, acogida por la Corte, en el afecto, la animadversión, el orgullo y el interés;*

b) *De los varios motivos de impedimento previstos en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, los referidos en los ordinales 1º, 3º, 5º, en cuanto indica la amistad íntima, 6º y 8º, tienen origen en el afecto. En la animadversión se genera el impedimento fundado en la grave enemistad, señalada, al lado de la amistad íntima, en el ordinal 5º, ya citado. En el orgullo se originan los impedimentos de los ordinales 4º y 7º En el interés tienen su causa, por último, los impedimentos de los ordinales 2º, 9º, 10º y 11º del invocado texto legal;*

c) *El predicho ordinal 10º establece como impedimento, generado en el interés, según se deja advertido, ser el Juez "socio de alguna de las partes en* compañía colectiva, de responsabilidad limitada o en comandita simple", *sociedades que, como es sabido, se crean mediante contrato "Intuitu Personae", que es aquel que se concierta teniendo en cuenta, en especial y en el carácter de requisito esencial del mismo, la persona de los contratantes;*

d) *El impedimento en examen no comprende el hecho de ser el Juez socio de alguna de las partes en sociedades de simple capital, lo que apenas es obvio y se explica en razón de que allí, evidentemente, no existe vinculación de personas, sino entrelazamiento de dinero, el cual procede de la suscripción de acciones, circunstancia que le proporciona en cierto modo y en no escasa intensidad, la condición de innominado;*

e) *Los establecimientos bancarios, de acuerdo con las prescripciones de la Ley 45 de 1923, orgánica al respecto, son sociedades de capitales que, en su naturaleza* sui generis, *difieren de las sociedades anónimas, aunque sin arrebatarles*

aquel expreso carácter, el cual se evidencia en el hecho de que sus fondos se integran con aportes distribuídos en acciones, lo que tanto significa que se trata en ellos de socios accionistas, quienes solo son responsables hasta el monto de esos aportes, con los que se forma el capital social, sin responder personalmente de las obligaciones sociales, ni tener derecho, de suyo, a la administración de la sociedad, ni tampoco a asumir su personería, que está a cargo de un gerente y sus respectivos suplentes. Estas notas son características, en sentir de Brunetti, de las sociedades de capitales, notas a las que cabe agregar, en el mismo sentido peculiar, que los bancos son, además, por su objeto, sociedades comerciales, cuya actuación jurídica se desarrolla en esfera distinta de la de sus accionistas, individualmente considerados, y disponen de autonomía absoluta con relación a su patrimonio social;

f) *De otro lado, acaece que algunos bancos, entre ellos los de Bogotá y* de Colombia, *en razón de haber sido fundados con anterioridad a la Ley 45 de 1923, se constituyeron como sociedades anónimas, sujetándose a las disposiciones de los artículos 551 y ss. del Código de Comercio, lo mismo que al 2º de la Ley 42 de 1898, bancos que el artículo 4º de esta Ley calificó expresamente de sociedades anónimas;*

g) *El hecho, pues de que el Juez sea socio de sociedades de simple capital, con arreglo a lo dispuesto en el ordinal 10º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, no constituye impedimento que lo inhabilite para conocer de los procesos en que ellas puedan actuar como parte, y entonces, de acuerdo con una elemental lógica, tampoco puede haberlo en los eventos de deudas o acreencias respecto de esas entidades, precisamente porque en ambos casos, según es de suyo comprensible, se plantea idéntica situación, la cual, en uno y otro de sus dos aspectos, siguiendo el principio "eadem ratio, eadem lex", debe recibir la misma solución;*

h) *El ordinal 2º del expresado artículo 73, al señalar como impedimento el hecho de ser "el Juez o Magistrado acreedor o deudor de alguna de las partes", se refiere, en consecuencia, teniendo en cuenta el contenido y alcances del ordinal 10º del predicho texto, con el cual es necesario armonizarlo, a deudas o acreencias con respecto a personas naturales y sociales, estas últimas, no de simple capital, sino de las que se forman y funcionan "intuitu personae"; e,*

i) El impedimento manifestado por el Magistrado doctor Linero Noguera, de conformidad con las razones expuestas, carece de fundamento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *declara infundado* el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, doctor Rodrigo Linero Noguera, para conocer de este proceso en que actúa como parte civil el Banco de Colombia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

CONCURSO MATERIAL DE LOS DELITOS DE FALSEDAD Y ESTAFA.

Uso de un cheque. Diferenciación entre documento público y documento privado. Efectos de la equiparación que hace nuestra ley penal entre instrumentos negociables y los instrumentos públicos. Sanciones por falsedad en instrumentos negociables y por el delito de estafa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

Cumplidos los trámites de rigor, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Bogotá contra la sentencia dictada por dicho Tribunal el 17 de octubre de 1962, por medio de la cual, al reformar la de primera instancia, condenó al procesado Bernardo Gómez Zuleta, por los delitos de falsedad documentaria y estafa, a la pena principal de cinco años y diez meses de presidio y a las accesorias correspondientes, en lugar de cincuenta y nueve meses de la misma pena impuesta por el Juez de primera instancia.

Antecedentes.

Los hechos que dieron origen a este proceso, los resume el *ad quem* en forma que se ajusta a la realidad procesal, en los siguientes términos:

"...El primero de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, Bernardo Gómez Zuleta empezó a prestar sus servicios al Banco de Colombia, como celador nocturno en la Sucursal que dicha entidad tiene en Santuario; en razón de su "meritoria, abnegada y leal actuación", le fue otorgada por la Junta Directiva del Banco en mención una bonificación por la suma de cinco mil pesos, se le aumentó el valor del sueldo y se le trasladó a esta ciudad primero como archivero de la sección de contabilidad y luego como inspector de caja de la agencia local número 19, situada en la Avenida Caracas número 8-07 de esta ciudad.

"En desempeño de este último cargo, por el mes de enero del presente año (1960), dicho individuo se dio a la tarea de traicionar la institución bancaria que de modo tan señalado lo había distinguido; fue así como, mediante asientos contables ficticios en el libro de ahorros de dicha agencia local, realizó traslados de sumas de dinero que correspondían a intereses abonados en las cuentas de ahorros de algunos clientes a la cuenta también de ahorros que abrió a su nombre; en esta forma le hizo creer al Banco que los clientes de la sección de ahorros señores Hernando Laverde, Armando Sombrerero, María Luisa C. de Rangel, José Ruperto Sánchez y Luis Alberto Perdomo habían retirado de sus cuentas las cantidades de $ 61.14, $ 34.20, $ 110.00, $ 20.00 y $ 22.50, respectivamente; posteriormente, el señor Luis Francisco Martín Alfonso consignó en su cuenta un cheque girado contra el Banco del Comercio por la suma de $ 2.200 importe éste que no fue acreditado por el sindicado Bernardo Gómez en la cuenta corriente del cliente sino en su cuenta personal de ahorros, y el cinco de febrero siguiente efectuó un retiro por la cantidad de $ 2.200; a idéntico procedimiento sometió el cheque girado por $ 2.000 contra el Banco del Comercio y consignado en la agencia a cargo de Bernardo Gómez, por su titular Jesús A. Ochoa. Aquí no paró la carrera delictiva de Bernardo Gómez, pues por aquel tiempo el señor José A. Díaz ordenó que de su cuenta corriente se retirara la suma de $ 11.600 para ser abonada en una cuenta especial de "cheques visados" a nombre del mismo y con el objeto de atender al pago de cheques que tal clien-

te girara contra esta cuenta; ocurrió que Bernardo Gómez, mediante orden escrita con firma falsa del señor José A. Díaz, adquirió dos chequeras de cincuenta esqueletos cada una, utilizando uno de ellos en trece de noviembre del año pasado (1959), para girar un cheque al portador por la suma de $ 11.600.63, con firma falsa del mencionado José A. Díaz y lo consignó en su cuenta corriente en el Banco Comercial Antioqueño; para proveer de fondos la cuenta del señor Díaz, produjo entonces, sin autorización de éste, una nota débito en la cuenta especial de dicho señor, registrando en esta nota un motivo falso, y produciendo además, la correspondiente nota de crédito a la cuenta ordinaria del mismo Díaz; en el mes de enero siguiente giró al portador otro cheque por la suma de $ 8.650, con firma falsa del señor José A. Díaz, el cual fue hecho efectivo por Manuel Moreno; en esta ocasión a fin de proveer de fondos a la cuenta girada, produjo sin autorización, notas de débito por las sumas de $ 3.800 y $ 1.900, registrando en tales notas, falsos motivos; además consignó en dicha cuenta girada, un cheque por $ 2.950. A fin de que el señor Díaz no se diera cuenta de estas maniobras criminales, destruyó los originales de los extractos bancarios correspondientes a los meses de noviembre, diciembre y enero, y los sustituyó por extractos ficticios que remitía al cliente, en los que hacia figurar el saldo correcto de $ 12.40...".

Tramitado el negocio de acuerdo con el procedimiento ordinario y sin intervención del jurado, el Juez Primero Superior de Bogotá, a quien le correspondió conocer del negocio, llamó a responder en juicio al sindicado Bernardo Gómez Zuleta, como autor responsable del delito de falsedad agravada en la modalidad prevista en el artículo 242 del Código Penal, y además por el delito de falsedad en instrumentos negociables cometido en concurso material con uno de estafa y en forma continuada.

El Tribunal, al revisar, en virtud del recurso de apelación, el auto de proceder, en providencia de 9 de marzo de 1961 resolvió reformarlo, en el sentido de llamar a responder al mismo sindicado por los delitos de falsedad en documentos y estafa, cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que dan cuenta los autos.

Surtida la tramitación legal correspondiente, el juez del conocimiento, en sentencia de 19 de julio de 1961, condenó a Bernardo Gómez Zuleta, a la pena principal de cincuenta y nueve meses de presidio, por el delito de falsedad en documento privado, cometido en su calidad de empleado del Banco de Colombia, imponiéndole las penas accesorias de rigor y condenándolo asimismo al pago de perjuicios, y absolviéndolo por el delito de estafa, por el cual había también sido llamado a juicio.

La sentencia de primer grado fue reformada por el Tribunal, por medio del fallo que ha sido objeto del recurso de casación.

Demanda de casación.

El señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, sustentó el recurso de casación por él interpuesto, en escrito que obra en el cuaderno de la Corte (fls. 5 a 30), y que formalmente reúne los requisitos exigidos por la ley en relación con la demanda de casación.

En la demanda el señor Fiscal hace una relación de los hechos, que en términos generales se ajusta a la realidad procesal. En dicha demanda, después de hacer referencia a algunos considerandos de los fallos de primera y segunda instancia, procede a fundamentar en su orden las causales segunda y primera de las designadas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, con la expresa advertencia de que la causal primera, "es obligada consecuencia de la expuesta", o sea de la segunda que invoca en primer término.

Causal segunda.

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Con fundamento en esta causal segunda, el actor formula dos cargos, el segundo con el carácter de subsidiario, cargos que se estudiarán separadamente en el orden propuesto en la demanda.

Primer cargo. Este motivo de impugnación lo plantea y pretende demostrar en los términos siguientes:

"Incurrió el Tribunal sentenciador en inadecuada, impropia apreciación de los hechos porque consideró, en términos demasiado amplios, que Gómez Zuleta, después de falsificar los dos instrumentos negociables, los usó para, mediante su empleo o uso, inducir en error al Banco girado y obtener ilícito provecho. Ello es así, porque

no tuvo en cuenta que los cheques que figuran a folios 37 y 39 del cuaderno principal fueron girados al 'portador' —lo que quiere decir cobrables por cualquiera persona que como tal lo presentara al Banco—, sin que exista elemento de convicción —porque el peritaje de página 103 nada dice sobre el particular— acerca de si fue Gómez quien lo presentó en ventanilla o un tercero en calidad de portador.

"Hay plena oscuridad sobre el asunto. ¿Podría, con base en ella, suponerse que después de la falsedad de los dos cheques, Gómez usó los mismos como portador y los hizo efectivos? Si así pudiérase, habrían estos hechos incontestables: que el uno reza como tal 'portador' uno persona cuya firma no se puede leer; el otro, muestra un sujeto que se firmó 'Manuel Moreno', asumiendo el carácter aquél. Además, esto que es decisivo: el perito Posada Angel se limitó a conceptuar:

" "...Hecho el estudio técnico..., resulta: Las firmas 'José Díaz' en los cheques de folios 37 y 39 son falsas, por cuanto no reproducen ni contienen ninguno de los valores kinéticos, de expresión y de signo propios de la autografía del señor Díaz, bien conocida al folio 49 vuelto del informativo, por su espontaneidad, énfasis y soltura. Imitan ellas sí, aunque mediocremente, la morfología externa del modelo genuino, pero sin tomar de este los atributos intrínsecos de flexión, nexo y acabado que las distinguen...".

"Náda dijo, empero, sobre si las firmas puestas al *reverso* correspondían a los signos caligráficos de Gómez Zuleta.

"Ahora bien: dando de barato que falsedad en instrumentos privados (y si, en calidad de por ahora, se exige también que en instrumentos negociables) pueda concurrir con estafa, para considerar a Gómez consumando ésta, que requiere, con el coetáneo uso del instrumento, el empleo de artificios o engaños capaces de inducir en error, habría sido indispensable que comprobado estuviera que él como *portador* canceló el cheque y lo presentó para su pago. Pero esto no está establecido *como hecho* llevado a cabo por Gómez. El experto Posada —se insiste en esto— se pronuncia sobre la falsedad recaída en el anverso del cheque o de los cheques, en el lugar que habría correspondido —al ser genuinos— a la firma del girador. Pero calla lo referente a quién lo usó con su presentación en el Banco, de modo que fuera aceptable el raciocinio que la sentencia contiene.

"Podría redargüirse que la duda se enfrenta a la omisión. Ello es verdad. Mas, también lo es que no puede resolverse en contra del procesado. Pero muy mucho menos, si se sopesan la explicaciones dadas por el sindicado en su declaración indagatoria, no solo en lo que hace referencia a los dos cheques que vienen siendo motivo de los comentarios de la Fiscalía, que también de lo relativo a los cheques de Jesús A. Ochoa y Luis Francisco Martín Alfonso.

"Se expresó así (fs. 27 v. y 28), debiéndose tener en cuenta que es *lo único* que, como medio de conocimiento, tiene la investigación:

" "...posteriormente al retiro que hice de esos intereses (se había referido al que hizo de los beneficios de las ya conocidas cuentas de ahorro, que los hizo figurar en la suya número 45) *hice uso de dos cheques* (se está subrayando) por las sumas de dos mil pesos y doscientos pesos cada uno, o sea ambos por cuatro mil doscientos pesos y que correspondían a dos clientes de este Banco *que los habían consignado allí para que les fuesen abonados en sus respectivas cuentas corrientes*, uno de esos señores se llama Jesús A. Ochoa y el otro un señor Luis Francisco Martín Alfonso...".

"Un poco adelante agregó: "...También cometí algunas irregularidades en relación con otros dos cheques correspondientes a la cuenta de un señor José A. Díaz; estos cheques del señor José A. Díaz, suman la cantidad de diez y nueve mil seiscientos pesos ($ 19.600) más o menos...".

"Remató Gómez las explicaciones de toda su conducta con la especificación de esto, que tiene la merced de poner en presencia del juzgador su designio, la finalidad de su delito, así como también el móvil que determinó su comisión, a saber:

" "...Todas estas irregularidades ocurrieron en el mes de enero del presente año, y fueron *motivadas* con el *ánimo* de completar la casita que el Instituto de Crédito le adjudicó (sic) a mi señora madre aquí en Bogotá en el barrio del Sociego (sic), y con *el ánimo* de servirle a ella a fin de que pudiera cubrir un crédito en su contra contraído con el mismo Banco de Colombia en Santuario por la suma de unos tres mil pesos aproximadamente...".

"En derredor de estas capitales cuestiones —punto neurálgico de la sentencia acusada, como que, so capa de interpretación de hechos constitutivos, el fallador dedujo dos delitos— el funcionario de aquella época interrogó así:

" "¿Díganos, en qué forma pasó usted a su cuenta personal ya no de ahorros, sino corriente,

de los cheques (sic) consignados por el señor Martín Alfonso y Ochoa Forero?, y el indagado respondió:

" "Ambos señores *consignaron cada uno un cheque* contra el Banco del Comercio principal y sucursal avenida caracas (sic); los cheques fueron devueltos al Banco girado para presentarlos después del canje; *cuando esos cheques ya fueron corrientes entonces los pasé a mi cuenta corriente*".

"El instructor violó luégo con estas no menos importantes cuestiones: si las demás operaciones habían sido realizadas de la misma manera; y se le repuso que sí, que en la misma forma. Que cómo había operado en lo relativo a la cuenta de José A. Díaz y, particularmente, cómo para obtener los cheques, y se le contestó:

" "Yo obtuve dos chequeras a nombre de José A. Díaz... Claro que como yo manejaba todo, chequeras y todo, *yo la noté en libro de registro y entrega de chequeras,* y pagué el valor de contado, en efectivo...".

"El instructor omitió averiguar —del único que idóneamente habría podido pronunciarse sobre eso, o sea Gómez— si él —y no otra persona— había hecho las veces de portador-cobrador de los cheques redargüídos de falsos. Por forma que esto, lamentablemente, quedó en ciernes. O dicho en otros términos: quedó en la incertidumbre si fue Gómez o un tercero el que, como usador, presentó los cheques y recibió las sumas producto del presunto timo.

"Si lo que precede es como queda expuesto, no resta otro recurso que atenerse a lo que los dos instrumentos de folios 37 y 39 indican: que un portador no identificado fue quien, haciendo un uso indebido del un documento mercantil; y otro portador llamado 'Manuel Moreno', procediendo en igual sentido con el otro, obtuvieron el provecho delictuoso".

Se contesta:

El planteamiento que el señor Fiscal formula y pretende demostrar para establecer que el Tribunal incurrió en error al afirmar que después de falsificar los instrumentos negociables, el procesado Gómez Zuleta los usó para obtener un provecho ilícito en perjuicio del Banco del que era empleado; uso que según afirma el actor no está suficientemente demostrado, no solamente es contrario a la numerosa prueba que se analiza en la sentencia, sino a la propia manifestación del sindicado y aun a lo reconocido expresamente por el propio Fiscal, en su vista de fecha 25 de junio de 1962 rendida ante el Tribunal, en la que afirma lo siguiente: "En armonía con lo anteriormente conocido, pues, esta Fiscalía es de la siguiente respetuosa opinión:... c) Como Gómez, además de falsear los documentos los usó, debe tener aplicación en su detrimento la agravación señalada por el artículo 242 de la obra citada".

Como puede verse por la forma como el señor Fiscal pretende demostrar este cargo, parece que erradamente entiende que el falsificador de un cheque al portador, solamente lo usa cuando se presenta él mismo a cobrar el cheque falsificado directamente a la ventanilla del Banco. *El uso de un cheque no solamente se puede efectuar presentándole personalmente para su cobro al Banco contra el cual se gira, sino que puede consistir además en la cesión a un tercero para su cobro o en el cambio que de dicho cheque haga otra persona, o también consignándolo a su favor en una cuenta corriente en otro Banco.* Precisamente eso ocurrió, según aparece del proceso, con los cheques en los que el procesado Gómez Zuleta falsificó la firma del señor José A. Díaz, girando un primer cheque al portador por $ 11.600.63, cuya cantidad la consignó aquél en una cuenta corriente que había abierto a su nombre en el Banco Comercial Antioqueño.

El otro cheque en que también falsificó la firma del mismo Díaz, por la suma de $ 8.650, fue cambiado por Manuel Moreno y cobrado por éste en las oficinas de caja de la agencia local.

El hecho de que el sindicado Gómez Zuleta utilizó en provecho propio los cheques, en los cuales había falsificado previamente la firma de Díaz, aparece confesado por el mismo sindicado, cuando en la diligencia de audiencia pública expone lo siguiente: "Me encuentro detenido porque hice uso de una plata del Banco, pero siempre con la intención de reintegrarla; esta suma asciende a unos $ 26.000 más o menos; yo hice uso de esa plata después de llevar como inspector de caja aquí en Bogotá cerca de un año y llevaba cuatro años de servicio en el Banco; yo empecé a hacer uso de esa plata, porque a mi mamá le habían dado una casa en el Instituto de Crédito Territorial incompleta, en los barrios del Sur, al principio solicité unos préstamos al Banco para efectos de los arreglos de esa casa y no me los concedieron; yo quería arreglar mi casita más o menos y tener en qué sentarme, puesto que no contaba con mobiliario alguno; aclaro que cuando le dieron la casa a mi mamá fue cuando yo me casé con la señora Amparo Amorocho; para sacar esa plata al principio, resulta que un señor José Antonio Díaz

tenía un cheque visado por la suma de once mil seiscientos pesos, tenía ese cheque como unos ocho meses sin ser retirado de la caja del Banco y ese señor tampoco decía nada sobre el retiro del cheque, en vista de la situación que atravesaba yo resolví sacar esa plata de ahí, haciendo efectivo el cheque, pero siempre con la intención de volver a reintegrar esa plata".

Más adelante en la misma diligencia explica: "sí es cierto que yo adquirí dos chequeras del mismo Banco, a nombre de José A. Díaz, yo destruí esas chequeras, solamente giré un cheque por la suma de once mil seiscientos pesos y yo hice la firma de José Antonio Díaz, ese cheque me lo cambió el señor Manuel Moreno por dinero efectivo, quien era cliente del Banco".

De acuerdo con los extractos de consignaciones efectuadas por el señor Bernardo Gómez Zuleta en el Banco Comercial Antioqueño —Sucursal de la Avenida Caracas—, extractos que el mismo procesado reconoce, aparece que él consignó en su cuenta corriente en dicho Banco, el cheque contra el Banco de Colombia por la cantidad de $ 11.600.63.

El hecho de que el procesado Gómez Zuleta falsificó la firma de José A. Díaz por las expresadas sumas, en los cheques que obran a folios 37 y 39 del cuaderno principal, es algo que no pone en duda, ni podía ponerlo, el señor recurrente, pues esto está suficientemente comprobado con la numerosa prueba testimonial y documental que obra en autos, especialmente el dictamen grafológico en el cual se concluye lo siguiente: "Hecho el estudio técnico por usted en el presente sumario, resulta: las firmas 'José Díaz' en los cheques de los folios 37 y 39 son falsas. Imitan éllas sí, aunque mediocremente, la morfología externa del modelo genuino, pero sin tomar de éste los atributos intrínsecos de flexión, nexo y acabado que las distingue".

"De otra parte en el folio 95 y en el dictado escrito por el sindicado Bernardo Gómez Zuleta se observan signos de concurrencia expresiva y estructural... con la letra de las firmas halladas falsas y los cuales, por su fuerza y vigor, son suficientes para encartar la acción de Gómez en su trazado o autoría".

Establecido en forma indudable, que fue el procesado Bernardo Gómez Zuleta quien falsificó la firma de José A. Díaz en los cheques girados contra el Banco en que aquél era empleado, y demostrado, aun con la misma confesión del propio sindicado Gómez Zuleta, que él fue quien utilizó el dinero pagado por cuenta de dichos cheques, forzosamente se concluye que este mismo fue quien usó los cheques, después de falsificarlos, aunque para su cobro en el Banco los hubiera endosado o cedido a terceras personas, cuya identificación era innecesaria para establecer el hecho aceptado por el Tribunal, de que el mismo falsificador fue quien usó los cheques falsificados.

En consecuencia, no era necesario, dadas las mismas explicaciones suministradas por el sindicado y las demás pruebas que obran en el proceso, establecer si las firmas puestas al reverso de los cheques falsificados correspondían a los signos caligráficos de Gómez Zuleta, pues una de estas firmas es la de Manuel Moreno, persona que el mismo sindicado explica que fue quien le campió el cheque por la cantidad de $ 8.650; la otra firma ininteligible puesta al reverso del cheque por $ 11.600.63 pudo corresponder a una persona real o imaginaria, pero como este último cheque aparece consignado en la cuenta corriente que el procesado tenía en el Banco Comercial Antioqueño, es indudable, y esto es lo importante, que él fue quien se aprovechó y utilizó del valor de dicho cheque, bien fuera estampando una firma imaginaria o valiéndose de un tercero para hacer la consignación a su favor.

Por lo tanto, para dar por establecido que el procesado Gómez Zuleta usó o utilizó en su favor el valor de los cheques en los que falsificó la firma de José A. Díaz, no era necesario establecer, dadas las demás pruebas del proceso y lo confesado por el propio procesado, que éste se hubiera presentado personalmente a las ventanillas del Banco para cobrar y cancelar los cheques falsificados, cosa que al parecer entiende el Fiscal recurrente, al tratar de demostrar que el Tribunal incurrió en error al dar por establecido que fue el mismo Gómez Zuleta el falsificador de los cheques, quien los usó en su provecho.

No aparece, por lo tanto, probado en forma alguna, que el Tribunal en la sentencia acusada, hubiera incurrido en error, y menos en un error notorio de hecho al dar por establecido que fue el sindicado Gómez Zuleta quien usó los cheques que él mismo había falsificado, imitando la firma del señor José A. Díaz.

En consecuencia, no puede prosperar este primer cargo formulado por el señor Fiscal recurrente con base en la causal segunda.

Segundo cargo. Este cargo que el señor Fiscal recurrente propone con fundamento en la causal segunda primeramente invocada, lo formula en una forma subsidiaria con relación al primer cargo, planteándolo en la forma siguiente:

"Pero vamos a suponer, mediante el método del absurdo, que está demostrado no solamente que Gómez mixtificó la verdad de los cheques

todos sino que, también, una vez adulterados, los usó y que obtuvo personalmente el valor representado por ellos. Si esto asumiera los caracteres de certidumbre procesal, también, en el humilde concepto de este Despacho, se equivocaría el Tribunal al considerar —como consideró en su sentencia— que hubo los dos delitos de falsedad y estafa en concurso, toda vez que los instrumentos negociables —según se dijo— están asimilados por el legislador en su esencia documental a los instrumentos públicos y, por tanto, son capaces de recibir la falsedad 'per se'. Y también estaría errado —como el suscrito lo sostiene— porque tales dos figuras, según se procurará demostrar, no pueden darse, a la luz de nuestra legislación y de las enseñanzas de los buenos maestros, en la forma en que la sentencia lo plantea.

"En efecto: cuando en nuestros estrados judiciales ha sobrevenido la oportunidad de considerar, analizar y tipificar a la lumbre de nuestro estatuto penal sustantivo, la conducta de un sujeto que, por merced de falsedad en un instrumento negociable, consigue beneficio ilícito con perjuicio de otro, se ha solicitado llegar a una de las siguientes conclusiones:

"a) Que hay *estafa* en concurso *formal* con el delito de *falsedad*. O sea: que no hubo sino un solo hecho violador de dos disposiciones penales;

"b) Que no hay un concurso formal sino *real*, por cuanto, al realizar, primero, los actos indispensables para llevar a cabo hasta su perfección la mutación de la verdad documentaria en el instrumento, se realiza el delito correspondiente; y al, después, ejecutar con ese documento falso todo lo que es necesario para inducir en error a los empleados del Banco o a la persona que haya de recibir por intercambio comercial el instrumento negociable y obtener el beneficio correlativo al perjuicio de otro, se cumple a cabalidad otra infracción penal autónoma: *la estafa*.

"En consecuencia, con base en doctrina de la Corte, sentada cuando regía el Código Penal de 1890, se ha sostenido que 'cuando el artificio empleado para consumar la estafa constituye al autor como responsable de falsedad u otro delito, este delito medio se castiga independientemente de la estafa, que es delito fin'. La diferencia la han hecho estribar los que esta tesis sostienen o patrocinan, en que en la legislación penal vigente no se castigan los delitos con acumulación material de penas, sino sola, únicamente mediante el sistema de acumulación intensiva, tal y como lo estipula el artículo 33 del estatuto correspondiente, y

"c) Otros, finalmente, opinan que no hay *sino una sola infracción*: *la falsedad*.

"Este Despacho ha venido sosteniendo —y ahora lo repite, con el respeto que la Corte se merece— lo siguiente:

"Toda conducta humana requiere para su realización, además del motivo que la impulsa o determina, los instrumentos que tornen expedita la concreción de su resolución, de su finalidad. Los unos serán *medios*, los otros, fines de esa conducta. De esto se han valido ciertos penalistas insignes para su construcción doctrinaria del delito medio y del delito fin. Lo que ocurre, amén de la revaluación sufrida en ese campo, en tratándose de la actividad criminosa, es que hay unas infracciones que muestran nítidamente en su 'iter criminis' las dos modalidades, en tanto que otras no las señalan de igual modo.

"Para desarrollar la conducta, ejempligracia, que conduzca al homicidio que tipifica y sanciona el numeral 3º del artículo 390 Código Penal, se requiere, indispensablemente, que dos personas se encuentren y estructuren la figura criminal llamada *duelo*. Para que pueda juzgarse concretada la figura que define y pena el aparte segundo del artículo 387, menester es, incuestionablemente, el *aborto* y que éste haga posible el nacimiento del fenómeno 'muerte de la mujer'. Para cumplir, en fin, la conducta que conduce al robo, se requiere en ocasiones, por parte del delincuente, romper las cosas o introducirse clandestinamente hasta el sitio en que se encuentran los bienes que se quieren detentar.

"En los primeros casos existe un medio que facilita el fin propuesto. Pero porque el reo actúe dando muerte por duelo o por aborto, o violando el domicilio o dañando las cosas ajenas, no se podrá colegir jamás (sancionando las infracciones separadamente y por el concurso) que hubo, en el un caso, homicidio y duelo; en el otro, homicidio y aborto o, en el último, violación de domicilio y robo. Y no, pues, que tal procedimiento quebrantaría el principio universalmente aceptado *non-bis in ídem*.

"Para consumar el robo se necesita, en ciertos casos, precisamente eso: ejercer violencia sobre las cosas o introducirse subrepticiamente hasta el sitio en que las cosas pensadas robas, (sic) se encuentren. Para agotar el homicidio en duelo: entrar en él y, finalmente, para recorrer el camino completo del otro homicidio, maniobrar para que el aborto se produzca.

"Hay, como es necesario concederlo, en cada uno de los casos dados, o puede haberlas, circunstancias de agravación. Nunca, sin embargo,

podrá concluírse que ocurre la agravante, los dos delitos y el concurso, porque tal procedimiento pugnaría abiertamente contra la razón jurídica y el derecho positivo en lo penal".

Con el objeto de darle respaldo a los argumentos con los cuales pretende establecer este segundo cargo, el señor Fiscal recurrente continúa haciendo una exposición en relación con el concurso de normas, o teoría de la concurrencia, cuando se presenta el fenómeno por el carácter especial que una norma penal tiene frente a otra que regula las transgresiones de tipo genérico y cuyo planteamiento formula así: "En caso de que una conducta antijurídica y punible sea enfocada por dos normas de la ley penal: una que regula la materia de modo general y otra que la hace de manera especial, ésta debe preferirse a aquélla". Con el propósito de darle respaldo y autoridad a su tesis, hace a continuación una cita del profesor Soler en relación con la especialidad que consagra el principio *lex specialie derogat generali.*

Como consecuencia de lo expuesto, y después de hacer referencia a la reglamentación que hace nuestro Código Penal en el título comprendido "delitos contra la fe pública", según se trate de documentos públicos o auténtico o de documento privado, concluye de la siguiente manera:

"De lo dicho se desprende con claridad meridiana que son elementos integrantes del delito de falsedad en documento privado:

"1º Que se produzca una mutación o alteración o variación de la verdad que un documento contiene;

"2º Que ese documento no sea público o auténtico, sino de carácter privado;

"3º Que haya habido en el autor de la mixtificación o mutación de la verdad un ánimo doloso, y

"4º Que el móvil o la finalidad del agente haya sido el de causar un perjuicio a tercero para, mediante él, *lucrarse* injustamente.

"Establecida la diferenciación entre lo que es un documento público [que, ya se insinuó, 'es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario' y que 'otorgado ante el Notario o el que haga sus veces, e incorporado en el respectivo protocolo' se llama escritura pública (art. 1758 C. C.)] y lo que comporta otro de carácter privado, que no ofrece las particularidades del público, fácil es aceptar que los instrumentos negociables, como cheques, letras de cambio o cualquiera otra clase de instrumentos trasmisibles por endoso, no reúnen las características indicadas por el artículo 1758, citado. Por tanto, *no son instrumentos públicos, únicos capaces de recibir la falsedad 'per se'.*

"Ahora bien: nuestro artículo 233 de la obra primeramente citada *no plantea un caso de asimilación 'quoad substantiam', sino de equiparación 'quoad poenam'.* En otros términos: no por estar equiparados los instrumentos negociables a los públicos dejan de ser lo que son en sustancia: privados, para trocarse en lo otro. ¡No! Cada categoría documental sigue conservándose en su propio ser. Lo que sucede es que, por asimilación *para la pena,* mientras la falsedad en simple instrumento privado acarrea una *sanción de prisión,* cuando se muestra en instrumento negociable conlleva *pena de presidio.* Pero, en uno u otro caso, es indispensable comprobar el perjuicio.

"Habilitadas las nociones anteriores en forma de aplicarlas al caso de este negocio, difícil no sería colegir:

"a) Cuando una falsedad recae en instrumento público, por ser de carácter específico tal mutación de la verdad documental: sin que haya intención de lucrarse, sin perjuicio real o presunto y sin lucro, *hay delito;*

"b) Si por el autor de la falsedad se usa el documento o el uso lo concreta un tercero, y con él se induce en error y se obtiene provecho ilícito, se comete otra infracción: *la estafa.*

"Pero no sucede lo mismo en tratándose de la falsedad recaída en instrumento privado:

"1º Porque esta falsedad *sin uso* nada significa, por no ser *per se.* Requiere que vaya siempre subseguida del perjuicio o de la intención de lucrarse;

"2º Porque el uso del instrumento falso es requisito indispensable para obtener el provecho, mediante, precisamente, la maniobra engañosa que lleva ínsita la falsificación. Porque, en fin, *el momento consumativo de la falsedad en instrumento privado se marca en el instante mismo, en el momento preciso en que el documento falso se usa,* porque si no se usa, no se causa el perjuicio y si éste no se causa, no se obtiene —obvio es— el provecho ilícito.

"Es el caso del que, por fas o nefas, bastardea la firma de un cheque, una letra de cambio, etc., ya en el sitio en que debe firmar el dueño de la cuenta, o en el correspondiente a cualquier endosatorio, y lo guarda, no hace uso de él. ¿Habrá falsedad? La respuesta se cae de su peso: ¡No! Ella emerge en el instante en que el falsificador se convierte en usuario; o en el que, a sa-

biendas de la falsedad, un tercero presenta el instrumento adulterado para obtener el valor representado por el documento falso.

"3º Porque *no hay dos patrimonios diferentemente tutelados,* que la conducta antijurídica pueda lesionar por razón del recorrido delictuoso completo y diverso, según lo exigieran, diversamente, las normas tuteladoras. El *perjuicio* es uno; una sola la persona o entidad perjudicada llámese Banco o cuentacorrentista, según sean las estipulaciones de aquél. En fin, uno solo el provecho, que es, en lo que podríase llamar vértice del dolo, elemento común de la falsedad y la estafa.

"En fin, porque, como ya se ha visto, se trata de un concurso de normas y no de un concurso de delitos, en el que priva el principio de especialidad. O, dicho de otro modo, en el que uno de los tipos está contenido íntegramente en el otro, sin que legalmente pueda ser posible la predicación simultánea de las dos figuras y, por ende, la agravación de la penalidad. Como también se ha dicho, una conclusión en contrario sentido significaría el desconocimiento del principio *non bis in ídem*".

Se considera:

El planteamiento que èl señor recurrente hace aquí con el propósito de sustentar el cargo formulado subsidiariamente con base en la causal segunda, no deja de ser interesante y de sustentarse en argumentos que aparentemente tienen cierta fuerza de convicción, pero que carecen de respaldo suficiente en las disposiciones legales con que se reglamenta en *nuestro Código Penal lo relativo a la falsedad en documentos, sobre todo en lo atinente a lo dispuesto en el artículo 233 del mismo Código, cuyo texto es del tenor siguiente: "El particular, o el funcionario o empleado público que no se encuentre en el caso previsto en el inciso 1º del artículo 231, que cometa en escrituras, documentos públicos u oficiales o en instrumentos negociables, alguna de las falsedades enumeradas en dicho artículo, incurrirá en presidio de dos a ocho años".*

Así, esta disposición le concede, por el aspecto penal y en relación con la falsedad, a ciertos documentos privados como los instrumentos negociables, aunque por su naturaleza tengan el carácter de documento privado, la misma protección legal de los documentos públicos equiparándolos a éstos para los efectos penales cuando se trate de la falsedad de ellos.

La redacción del artículo transcrito no da lugar a suponer que la asimilación que nuestra ley hace para los efectos penales, entre los documentos públicos u oficiales y los instrumentos negociables, sea únicamente para los efectos de la pena como lo sostiene el señor recurrente, sino también para todos los efectos.

Así lo reconoce, con razones de peso el autor doctor Luis E. Romero Soto en su tratado "La falsedad documental", quien a pesar de ser adverso a la equiparación que se hace en nuestra ley entre los documentos públicos u oficiales y los instrumentos negociables, expresa lo siguiente:

"En nuestro concepto, debiera reformarse el artículo 233 del Código Penal, para expresar de una manera clara que no hay equiparación *quoad substantiam;* pero mientras esa reforma no se haga, nos parece indudable que nuestro legislador ha hecho una equiparación que no es simplemente *quoad poenam* sino *quoad delictum.*

"Dos razones primordiales y varias secundarias nos mueven a hacer esa afirmación. En primer término, el artículo 233 del Código Penal habla de que quien cometa en instrumentos negociables alguna de las falsedades enumeradas en el artículo 231, incurrirá en presidio de dos a ocho años. Ahora bien, si se examinan las falsedades consignadas en la disposición últimamente citada, se verá que no sólo comprenden falsedades materiales, sino también falsedades ideológicas, y se tiene entonces que no solo comete falsedad en instrumentos negociables quien altere las fechas verdaderas o quien haga cualquier intercalación que varíe el sentido del documento, o quien contrahaga o finja letra, firma o rúbrica, sino también el que haga aparecer que intervino en el documento una persona que no ha tenido parte en el mismo, o quien falte a la verdad en la narración de los hechos. Y como es bien sabido que las escrituras privadas no son susceptibles de falsedad ideológica, la que es propia de los documentos públicos, se tiene que el legislador colombiano (lo mismo que el español y el francés) al hacer posible en aquella clase de escrituras la falsedad últimamente citada, está equiparando en forma sustancial los instrumentos negociables a los documentos públicos.

"En segundo lugar, en el artículo que se viene comentando, el legislador no exige, como sí lo hace en el artículo 240 del Código Penal, que se proceda con perjuicio de terceros o con intención de causarlo. Y aun cuando la expresión del legislador no es la más feliz, se ve claramente que exige un propósito definido, de causar un daño, propósito sin el cual no existe la falsedad en documento privado. En cambio nada especial exige, en materia de propósito, al referirse a la

falsedad cometida en instrumentos negociables, lo que quiere decir que el elemento subjetivo de este delito es el mismo que el de la falsedad en documentos públicos, o sea, según unos autores, el mero conocimiento de la alteración de la verdad, el propósito de mudarla, según otros, o bien, como no pocos creen, la intención de causar un daño o de obtener un provecho ilícito de cualquier clase. Esta fundamental diferencia en el campo subjetivo entre la falsedad en documento privado y la de los instrumentos negociables, está diciendo muy claramente que el legislador ha seguido, respecto a estos últimos, el mismo régimen que para los documentos públicos.

"Entre las razones secundarias que hemos anunciado, se encuentra, en primer lugar, una de legislación comparada, ya que como se ha visto, muchas naciones no han establecido diferencia alguna entre la falsedad en documentos públicos y la de instrumentos negociables (y aun efectos de comercio de toda clase). Entre estas naciones se ha citado a España, a Francia, a Suiza, a Alemania, etc., que no han considerado un absurdo esa equiparación y en donde no se han presentado graves problemas respecto a ella.

"En segundo término hay que decir que no se trata, como parecen pensarlo algunos autores que dirigen a este punto sus más violentas críticas, de que el legislador haya considerado que documento público e instrumento negociable son una misma cosa, es decir, que haya establecido una absoluta identidad entre ambas especies. Desde todo punto de vista, esta identificación es imposible, porque lo fundamental en la primera clase de documentos es la intervención de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, esto es, el carácter oficial del escrito. Este carácter no lo tiene, en ningún caso, el instrumento negociable, ni la ley se lo puede dar, porque no podría convertir a los particulares en depositarios y dispensadores de la fe pública y dotarlos del mismo poder certificante, de la misma función de registro, de la misma facultad de autorización de que gozan los funcionarios públicos y que son como el sello que la calidad de funcionario imprime en el documento para convertirlo en público. Esto, se repite, es imposible.

"Pero sí puede el legislador, sin llegar a esos extremos, establecer una protección sobre los instrumentos negociables, tan vasta y efectiva como la que ha deparado a los públicos, sin que por ello se pueda decir que confunde y unifica la naturaleza de ambos. La función que el instrumento negociable desempeña en la vida moderna y que llega, en muchos casos, a ser la misma de la moneda y aun a superar a ésta como garantía de seguridad en los tratos comerciales, y sobre todo, como elemento de crédito, justifica con creces ese tratamiento privilegiado".

Se tiene por lo tanto, que la equiparación que nuestra ley penal hace (art. 233), entre documentos públicos u oficiales y los instrumentos negociables, no es simplemente para los efectos de la sanción que ha de imponerse en el caso en que se cometa falsedad en uno u otro de estos documentos, sino que dicha asimilación se hace quoad delictum, *como ocurría por ejemplo en el anterior Código Penal italiano.*

La equiparación que nuestra ley hace en relación con la falsedad entre las escrituras públicas o documentos oficiales, y los instrumentos negociables, es en cierto modo una ficción jurídica, que por lo mismo que contraría la naturaleza intrínseca de ciertos documentos privados, como son los instrumentos negociables, crea dificultades y problemas delicados en relación con su aplicación y, en consecuencia, produce efectos que al parecer resultan demasiado rigurosos cuando se trata de resolver problemas como el aquí planteado.

Pero lo cierto es que uno de los efectos de la equiparación que hace nuestra ley penal entre instrumentos negociables y los instrumentos públicos, es el de que, cuando se trata de la falsedad de aquéllos, basta para que se consume el delito, la sola formación o editio falsis *de un instrumento negociable, en el que se verifica la mutación de la verdad con intención criminal, sin que sea necesario para que el delito se consume, como ocurre en los demás documentos privados, que se produzca un perjuicio a terceros o que se haga con intención de causarlo, como expresamente se exige para los otros documentos privados en el artículo 240 del Código Penal.*

Por esto, cuando quien falsifica un instrumento negociable, entre los que figura el cheque, y el autor de la falsificación lo usa posteriormente en perjuicio de terceros, obteniendo un provecho ilícito, la jurisprudencia ha considerado que el autor de estos hechos incurre en un concurso material de los delitos de falsedad y estafa, pues con estos dos hechos, o sea la mutación de la verdad en el instrumento negociable y el uso posterior de él, por parte del falsificador, se violan las normas contenidas en los artículos 233, que sanciona, al igual que los documentos públicos, la falsedad en los instrumentos negociables y el 408 del Código Penal que prevé y sanciona el delito de estafa.

El doctor Humberto Barrera Domínguez en su reciente obra denominada "Delitos contra el patrimonio económico", después de citar la reiterada jurisprudencia de la Corte, sobre todo a partir de la providencia del 5 de agosto de 1949, en que se sostiene la concurrencia material de los delitos de falsedad y estafa en quien, además de falsificar un instrumento negociable lo usa en perjuicio de terceros y en provecho propio, expone lo siguiente:

"Ahora bien: en la falsificación de un documento público o de un instrumento negociable, sin que todavía el agente lo haya usado para inducir en error a alguien, solo se tiene como cometido el delito de falsedad en documentos. Unicamente cuando este medio es puesto en juego para llevar a engaño a otro, a fin de obtener el agente un provecho económico ilícito con perjuicio de tercero, se inicia la etapa ejecutiva del delito de estafa. La obtención o elaboración de los elementos conducentes a inducir en error al sujeto pasivo en el delito de estafa, como la consecución del arma en el delito de homicidio, constituyen, apenas, actos preparatorios en uno y otro caso. Si se tiene la intención de estafar y al efecto el agente falsifica un cheque, por ejemplo, para utilizarlo como medio de engaño, hasta ese momento se tienen solo actos preparatorios con respecto al fraude, los cuales, es cierto, son reprimibles, pero a título de falsificación de documentos (art. 233 del Código Penal). Mas si el delincuente obtiene que la entidad bancaria cubra el cheque, o que un tercero lo pague en virtud de endoso, el delito de estafa resulta consumado y el agente es reprimible por esta infracción penal y por la de falsedad en documentos, conforme a las reglas del concurso material de delitos. Si el instrumento negociable no es pagado, por haber sido descubierta su falsedad, el fraude resulta imperfecto, siendo pertinente, entonces, calificar la conducta del agente como constitutiva del concurso material de falsedad y tentativa de estafa".

Conviene reproducir aquí el fallo de casación de 5 de agosto de 1949, en lo que hace relación a la falsedad en instrumentos negociables, en la que se expresa lo siguiente:

"¿Los instrumentos negociables —en este caso los cheques—, para efecto de la sanción penal, los asimila la ley a documentos públicos o a documentos privados?

"El artículo 233 del Código Penal al hablar de los instrumentos negociables dice que el particular o funcionario, o empleado público que no encontrándose en los casos previstos en el inciso 1º del artículo 231 'que cometa en escritura, documentos públicos u oficiales o en instrumentos negociables, alguna de las falsedades enumeradas en dicho artículo, incurre en presidio de dos a ocho años'.

"La Ley 46 de 1923 sobre 'instrumentos negociables' en su artículo 1º trae una enumeración de los principales documentos de esta naturaleza y entre otros, les da este carácter a la letra de cambio, al pagaré, al cheque, giros, libranzas, cupones y cualquier otro instrumento que reúna las condiciones exigidas en esta ley para ser negociable. Y en el artículo 186 define el cheque diciendo que: 'un cheque es una letra de cambio girada sobre un banco y pagadera a su presentación'.

"Es evidente que el cheque es un documento esencialmente privado, sujeto a las condiciones establecidas en la ley de instrumentos negociables en cuanto a su contenido y validez, y en estas obligaciones las firmas de las personas que en ellas intervienen se presumen auténticas (artículo 4º de la Ley citada), con el fin de dar una mayor rapidez a las transacciones comerciales y a las obligaciones que de ellas se derivan, por esto, es por lo que el reconocimiento de las firmas no es necesario porque se presumen auténticas.

"En orden a tutelar esas garantías provenientes de las obligaciones contraídas por medio de instrumentos negociables y para proteger en forma más eficaz la autenticidad de las firmas de las personas que en ellos intervienen; la ley penal, para efectos de lá represión coloca en un mismo plano de igualdad los documentos públicos y los instrumentos negociables cuando se trata de sancionar un delito de falsedad en ellos cometido.

"Se asimila las falsificaciones de letras de cambio (cheques, aclara la Corte), conocimientos, pólizas, factura, libros u otros instrumentos de comercio a la de los documentos auténticos y escrituras públicas. La razón para no colocar estos documentos entre los privados, al tratar de la falsedad, aparece en la exposición de motivos del código francés, así: la seguridad y la confianza son las bases del comercio; y por ello sus actos y documentos tienen gran semejanza en su importancia y en sus resultados con los actos y documentos públicos; la seguridad de la circulación de esos documentos, que debe ser necesariamente rápida, pide especial protección de parte del gobierno. Estos motivos, y la facilidad de cometer falsedades en los actos y documentos

de comercio, determina la gravedad de la pena que se aplica por su alteración".

" "Justifican los expositores el castigo más severo de la falsificación de la letra de cambio que ha venido a ser una especie de papel moneda del comercio, a la que se debe especial protección, porque la fe pública misma tiene interés en que se respete un documento que facilita las transacciones y que acelera la circulación, con ventajas para el comercio universal. No se aplica el mismo rigor a otros documentos de comercio que sin entrar en la circulación permanecen en poder del comerciante a quien aprovechan exclusivamente, los que quedan sujetos al régimen de los documentos privados". (José Vicente Concha. Tratado de Derecho Penal, página 198).

"La ley penal colombiana, en esta forma, consagró una excepción especial para el delito de falsedad cometido en documentos privados cuando se trata de instrumentos negociables. Su represión no se hace por las normas de los artículos 240 y 242 sino por las disposiciones del artículo 233 referentes a los documentos públicos o a los instrumentos negociables.

" "El artículo 234 —dice la Procuraduría— contempla el uso, con propósito de lucrarse o perjudicar a terceros, de un documento falso, de los enumerados en el 233, o sean los públicos y los instrumentos negociables.

" "Pero el precepto, como es obvio, sólo se refiere al extraño que usa esos escritos sin haber intervenido en su falsedad, puesto que la norma exige el elemento a sabiendas y señala una sanción inferior a la que corresponde al autor de la falsedad.

" "Y así las cosas, el Código dejó por fuera, dentro del capítulo de la falsedad, el uso del documento falso, de la clase de los públicos y de los negociables, por parte de quien los ha falsificado, en lo cual se apartó del criterio seguido para la falsedad en documentos privados. Mas esta omisión justifica, cabalmente la tesis de que el falsificador de aquella categoría de escritos los usa en perjuicio del patrimonio ajeno, consuma otro delito distinto, y debe responder del concurso de infracciones como ya queda visto" ".

Por lo tanto, no anduvo desacertado el Tribunal de Bogotá, al sostener en la parte motiva del fallo acusado lo siguiente:

"*Tesis general*: En principio, la falsedad en documentos públicos y el uso de los mismos da lugar al concurso material con la estafa. Y la falsedad en documentos privados y su uso da lugar a la falsedad agravada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 242 del Código Penal.

"*Excepción:* Pero la falsedad *en instrumentos negociables,* que se recalca, es un documento privado, da lugar también a la estafa en concurso, cuando quien lo usa es el mismo falsario. En efecto: la solución la suministra el mismo Código Penal, sin duda alguna. Por una parte, porque según el artículo 233 los *instrumentos negociables* quedaron parangonados a las escrituras, documentos públicos u oficiales, en lo que respecta a su represión por falsedad de los mismos. Y esto es claro y conveniente porque los instrumentos negociables, particularmente los cheques, reemplazan a la moneda, y además son susceptibles de negociarse, endosarse, etc. Por otra parte, el uso de cheque falso da lugar a dos casos: a) si quien lo usa es un *tercero* la pena se disminuye según el artículo 234, y no hay duda de que este artículo se refiere a terceros porque la pena es menor, ni hay tampoco duda de que este artículo se refiere al 233, que habla de instrumentos negociables, y b) si quien usa el cheque falso es la misma persona que lo ha falsificado, surge el concurso con la estafa, pues de lo contrario este caso quedaría sin sanción. No puede aplicarse, en efecto, el artículo 242, porque éste se refiere únicamente a los documentos privados determinados en los artículos 240 y 241, excepción hecha de los instrumentos negociables, como ya se dijo, es decir que si el que usare tales documentos fuere el mismo que los ha falsificado, la pena se *agrava* (falsedad agravada). En consecuencia, el mismo Código difiere al concurso el *uso* del instrumento negociable falso, cuando se trata de la misma persona que lo falsifica.

"Lo anterior es suficiente para concluír que el procesado Bernardo Gómez Zuleta infringió las normas penales contenidas en los artículos 233 y 408 del Código Penal; y que dichas infracciones se llevaron a cabo en concurso y en forma repetida. Debe, pues, declararse a Bernardo Gómez incurso en los delitos de falsedad en instrumentos negociables y estafa, ambos en forma continuada y en concurso material.

"De conformidad con las premisas anteriores, la pena imponible al procesado no puede ser otra que la señalada en el artículo 233 del Código Penal aumentada en la forma proporcional señalada en los artículos 32 y 33 ibídem".

Síguese de lo expuesto, que no prospera tampoco el segundo cargo formulado subsidiariamente con invocación de la causal segunda.

Causal primera.

Esta causal, que como se ha visto, la invoca expresamente el Fiscal recurrente, como consecuencial de la primera, la sustenta en los términos siguientes:

"El fallo que está siendo materia del presente recurso, desde el momento mismo en que consideró que Gómez Zuleta, no solamente había consumado falsedad documentaria, sino, también, el delito de estafa, se situó en condiciones propincuas a la violación de la ley penal sustantiva. La consumó a plenitud cuando, al tratar de aplicarla al caso 'sub judice', consecuente el Tribunal con sus propias premisas, sancionó —o trató de sancionar— la conducta del reo al través de los artículos 233 y 408 del Código Penal, armonizados con las normas que regulan el concurso real y la continuidad de los delitos.

"Tal como ha procurado demostrarse, Bernardo Gómez cometió el delito de falsedad que tipifica y sanciona el artículo 240, por una parte, y 233 del Código Penal, por la otra: Violó la norma primeramente enunciada, al operar sobre los libros de contabilidad que en el Banco manejaba, e introducir en ellos mentiras dolosas. Transgredió la segunda, al haber mixtificado la verdad en los cheques de José A. Díaz.

"Los dos artículos mentados, al ser infringidos por el procesado, tienen apenas la virtud de hacer a Gómez pasible, no de una sanción de *prisión* —ocurrible sólo en el evento de que su conducta antijurídica se hubiera delimitado por la sola y única falsedad documental privada—, sino de *presidio,* por haber también adulterado la verdad en cheques.

"Las dos disposiciones que vienen en cita no admiten el concurso material, pues lo inhibe o lo modifica una agravación, singularmente considerada por el legislador, de la pena: al convertirla éste, por ese hecho (falsedad en instrumentos negociables), de *prisión* en *presidio.*

"Gómez repitió su delito. Tiene, entoces, cabida el artículo sobre continuidad, aplicado rectamente por el honorable Tribunal sentenciador.

"Esta corporación computó, como pena principal, la de cinco (5) años y diez (10) meses de presidio; y, como fácil es comprenderlo, este total de pena, lisa y llanamente, es el resultado correspondiente a los dos delitos de falsedad y estafa, en concurso y continuidad.

"Según el modesto y muy respetuoso juicio de este despacho, la pena correspondiente al reo es la siguiente, no actuando, como ciertamente no actúan, sino únicamente circunstancias de menor peligrosidad: el mínimo señalado en el artículo 233, vale decir, dos años de presidio, equivalentes a veinticuatro (24) meses.

"Rectifica ahora esta Fiscalía —en honor de la verdad procesal— el error en que anteriormente incurrió, pues no está demostrado que Gómez hubiera usado los cheques de los folios 37 y 39. De modo que sólo resta la agravación de la pena antedicha por razón de la operancia del artículo 32 del Código Penal, que entrañaría un aumento de la penalidad equivalente a seis (6) meses, que es lo que, según esa norma, corresponde a la sexta parte. O sea, en fin de fines, *treinta (30) meses de presidio*".

Como la causal primera no es sino consecuencia de los motivos sustentados con invocación en la causal segunda, los que como se ha dejado expuesto, no pueden prosperar, lógicamente tampoco puede tener viabilidad esta causal últimamente invocada.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al corrérsele el traslado de la demanda propuesta por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento al Decreto extraordinario 1154 de 1954, se abstuvo de ampliar la demanda, auncuando encuentra que no tiene objeción que hacerle a los cargos formulados por aquél funcionario en dicha demanda, manifestando que coadyuva, "los puntos de vista de derecho expuestos por el representante de la sociedad ante el Tribunal".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no invalida* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 10 de octubre de 1962, por la cual se condenó al reo Bernardo Gómez Zuleta, a la pena principal de cinco años y diez meses de presidio como responsable de los delitos de falsedad documental y estafa.

Cópiese, notifíquese, devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS, BIGAMIA Y ESTUPRO. NULIDADES LEGALES Y SUPRALEGALES. COMPETENCIA.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, tres de diciembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 1º de abril del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a Ramiro Sarria Navarro, "como responsable de los delitos de falsedad en documentos, bigamia y estupro", a la pena de "cinco años y seis meses de presidio", lo mismo que a las accesorias del caso.

Hechos y actuación:

El 12 de enero de 1960 Ramiro Sarria, vinculado a legítimo matrimonio anterior con Blanca Gilma Malagón, previa falsificación de su partida de bautismo, lo que hizo en Yumbo, Distrito Judicial de Cali, para hacer aparecer que era soltero, se casó de nuevo, en la Parroquia de San Antonio de Pitalito, con Beatriz Bermeo, mujer con la que convivió, practicando el acceso carnal, hasta cuando ella misma, el 6 de mayo del expresado año, formuló la denuncia, ante la Inspección Primera Permanente de Cali, en que se generó el proceso.

En razón de estos hechos el Juzgado 3º Superior de la predicha ciudad, entendiéndolos como constitutivos de los delitos de falsedad en documentos, bigamia y estupro, llamó a juicio, mediante auto del 31 de enero de 1961, al procesado Sarria Navarro, determinación que el Tribunal confirmó en su providencia del 2 de mayo de ese mismo año.

Surtidos los trámites del citado juicio el Juzgado, conforme a sentencia del 11 de julio del año pasado, condenó al acusado Sarria Navarro, como reponsable del delito de "falsedad en documento público en concurso con el de bigamia", a la pena de "cinco (5) años de presidio" y accesorias del caso, absolviéndolo, en cambio, por el delito de estupro, fallo que el Tribunal, en cuanto a la absolución, revocó en el suyo del 1º de abril del año en curso, para en su lugar condenar al procesado, como responsable de los tres delitos del enjuiciamiento, a la pena de "cinco años y seis meses de presidio" y accesorias correspondientes.

Demanda de casación:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente Ramiro Sarria, por conducto de su apoderado, invoca, en el orden que se enuncian, las causales de impugnación previstas en los ordinales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 4ª:

Con apoyo en esta causal el recurrente sostiene que la sentencia acusada "se pronunció en un juicio viciado de nulidad constitucional y legal absoluta por incompetencia de jurisdicción", tesis en cuya fundamentación, después de algunas consideraciones críticas, encaminadas a demostrar que la prueba que señala al procesado Sarria Navarro como autor del delito de falsedad, consumado con respecto a su partida de bautismo, carece de eficacia y que, por ende, no logra ese objetivo, sienta lo siguiente en que condensa sus ideas:

"Como la causa solo ofrece la prueba de la infracción mas no la de que el procesado es responsable de ella, se cae el proceso, no puede dictarse sentencia condenatoria por falsedad y se aclara la tesis tantas veces indicada por el Fiscal del Juzgado y el suscrito de que hay un vicio de nulidad constitucional y absoluta por incompetencia de jurisdicción, ya que no se puede dic-

tar sentencia por falsedad y como este delito tipo otorgaba competencia al Juez Superior, se demuestra que no la tenía; y, como los delitos de bigamia y uso de documentos falsos se realizaron en el Departamento del Huila a estos funcionarios correspondería investigar, juzgar y condenar o no a Ramiro Sarria''.

Respuesta:

a) *Las nulidades, como lo ha recabado la Corte en forma reiterada, son taxativas, lo que tanto significa que solo puede hablarse de aquellas que expresamente aparecen consagradas en la ley;*

b) No obstante lo indicado, la doctrina y con ella la jurisprudencia, en casos extremos, admite otras, de carácter supralegal, siempre que se trate de ''irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial'' o impliquen ''la flagrante violación del derecho de defensa'';

c) *La nulidad planteada en el motivo de impugnación que se considera no requiere examen alguno supralegal, puesto que la ''incompetencia de jurisdicción'' en que se pretende fundar está erigida en aquel carácter por el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal;*

d) El delito de falsedad, respecto a la partida de bautismo del procesado Sarria Navarro, plenamente comprobado ''en cuanto a su existencia y objetividad material'', como se reconoce y dice en la demanda, se consumó en el Municipio de Yumbo, mediante el procedimiento de estampar, a máquina, en la respectiva hoja de papel, con base en los datos de la partida de bautismo de Adolfo León Duque, el contenido espurio del documento para luego, en acto subrepticio, hacerlo firmar del Párroco del citado lugar, logrando, además, que se le colocaran los signos de autenticación acostumbrados en estos casos, todo lo cual se acredita, en forma clara y precisa, con el testimonio del titular de la Parroquia, Presbítero doctor Diego de Jesús Zuluaga, quien al serle mostrado el expresado falso documento, manifestó:

''La firma que aparece en el certificado que se me pone de presente es la mía;... también es de aquí de la Parroquia el sello que aparece en el certificado; pero buscando en el libro de bautismos número XIII —folio 220— partida número 495, aparece que esa partida no es de Ramiro Sarria sino la de Adolfo León Duque... El tipo de letra de la máquina con la cual se hizo el certificado que se me pone de presente no es el que se usa en este Despacho''.

e) *Consumada la falsedad en Yumbo, como resulta demostrado, la competencia, de acuerdo con el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, tenía que ser de uno de los Juzgados Superiores del Distrito Judicial de Cali y, en particular, del 3º Superior, al que le correspondió, por repartimiento, el negocio, el cual, además, estaba obligado a conocer, en obedecimiento a lo prescrito en el artículo 54 de la misma obra, de los otros dos delitos, vale decir, de los de bigamia y estupro, en fuerza de obrar en conexidad con aquélla;*

f) *Esa competencia no podía desaparecer solo porque en el momento de fallar el juicio se encontrase, como lo sostiene el recurrente, que la prueba de la responsabilidad, en torno al delito de falsedad, imputado al procesado a título, no de uso, sino de autoría, era insuficiente, puesto que ella, conforme a su significado y alcances jurídicos, comprendía, en indisoluble unidad consustancial, tanto la facultad para condenar como la para absolver, que era lo indicado, de acuerdo con la apreciación probatoria de la demanda; y*

g) En estos términos, no apareciendo demostrada la nulidad propuesta la causal a cuyo amparo se aduce, como es obvio, no puede prosperar.

Causal 2ª:

Al amparo de este motivo de impugnación el recurrente sostiene que en la sentencia acusada, ''por errada interpretación y apreciación'', se atribuyó a la denuncia de Beatriz Bermeo y a los testimonios ''de los parientes de la misma'' un valor ''probatorio que no tienen'' y, en cambio, se negó a ''la confesión del procesado'' el que sí tiene, tesis en cuya fundamentación, textualmente dice:

''En efecto, como bien lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia el testimonio denuncia de la presunta ofendida nada prueba en cuanto a los hechos y particularidades de la investigación y solo sirve para señalar la persona ofensora, por el interés que se presume. Así la denuncia nada prueba y no hay que olvidar que el Tribunal la sentencia de 2ª instancia la acepta como prueba en relación a la falsedad, bigamia y estupro.

''Los testimonios de los familiares de Beatriz Bermeo nada prueban porque no ofrecen serios motivos de credibilidad dado el interés en los hechos investigados por los vínculos de sangre

que los une a la presunta ofendida; más particularmente no dicen nada concreto sobre la autoría de la responsabilidad y de la falsedad ni de las maniobras y engaños para realizar el estupro. Son en general testimonios tachados de parcialidad por el mismo legislador, como se dejó constancia en la crítica de la sentencia.

"... ... ...

"La confesión del procesado en la indagatoria es prueba de innegable valor rechazada sin fundamento por el Tribunal; porque ello de conformidad con el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal debe aceptarse, tanto en lo favorable como en lo desfavorable, de manera indivisible e integral cuando no hay prueba que la infirme y otras comprobaciones la hacen verosímil.

"De la confesión surge la inimputabilidad del procesado conforme al artículo 23 y la justificación del hecho conforme al artículo 25, eximentes de responsabilidad y exenciones de imputabilidad no tomados en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso cometiendo el Tribunal infracción directa de la ley y errores de hecho y de derecho.

"La confesión del procesado hace relación a que tuvo que cometer la bigamia por imposible coacción ajena y necesidad de salvarse a sí mismo del grave e inminente peligro contra su persona no evitable de otra manera.

"El procesado tuvo que contraer matrimonio para evitar se cumplieran las amenazas de los Bermeos y este hecho de ordinaria ocurrencia en el país y de todos conocido, consta ciertamente contra numerosos e irresponsables tenorios".

Respuesta:

El delito de falsedad, consumado sobre la partida de bautismo del procesado Sarria Navarro, en cuanto a su existencia material, no se discute en la demanda, sino que se acepta como probado plenamente y, evidentemente, aquéllo se acreditó, no por medio de los asertos de la denunciante, ni de los testimonios de los parientes sino, en particular, con la diligencia de inspección ocular que obra al folio 113 del cuaderno principal y con la declaración del Presbítero doctor Diego de Jesús Zuluaga, Párroco del Municipio de Yumbo, cuyo texto aparece al folio 111, debiéndose advertir, además, que esa partida falsificada se incorporó a los autos y se encuentra al folio 109.

Las aserciones de la denunciante Beatriz Bermeo se acogieron en el fallo acusado, el lado de las de sus parientes, para señalar, con otras pruebas que las robustecen y despejan cualquier duda, que el autor del delito de falsedad era Sarria Navarro, pruebas entre las que cuentan, en primer término, con el carácter de fundamentales y suficientes al respecto, el informe, sobrio y descarnado, del Párroco de Pitalito, a quien el expresado sujeto presentó, para casarse con la Bermeo, la falsa partida de bautismo, y el oficio del Provisor del Tribunal Eclesiástico —Diócesis de Garzón—, donde se tramita el juicio de nulidad "del matrimonio Sarria-Bermeo".

El delito de bigamia aparece comprobado, en su materialidad, con las dos partidas de matrimonio que se incorporaron al proceso y el hecho de que una y otra de las dos cónyuges, Blanca Gilma Malagón y Beatriz Bermeo, existen y declararon en la investigación.

Sarria Navarro, al preguntársele en su primera indagatoria si sabía quién era el autor o partícipe del delito de bigamia que se investigaba, manifestó:

"Yo soy esa persona, pero lo hice por salvar mi vida, pues los Bermeo me habían amenazado a matarme si eludía el matrimonio" (Fls. 28 v. y ss.).

En las ampliaciones de esa diligencia, el procesado insistió en esos mismos asertos, explicativos del delito de bigamia en que incurrió, aunque sin procurar prueba alguna que lo confirmase, ni señalar, en concreto, en qué consistieron las amenazas ni cuál de los Bermeo fue el que se las hizo, dejándolo todo a la precaria suerte de un vago y brumoso enunciado, en contraste, por cierto, con su conducta, hecho que aparece ostensible en el proceso.

En efecto, Beatriz Bermeo vivía con sus padres en Cali, ciudad donde, a su vez, residía Sarria Navarro. Esos progenitores, según lo declara toda la familia Bermeo, al darse cuenta de los amores de aquélla con el procesado, dispusieron su traslado a Pitalito, precisamente para conjurar cualquier enlace con aquel sujeto, quien fue a buscarla a ese lugar, emprendiendo viaje hacia allí cuatro días después de que ella partió, viaje que, sin duda, tuvo por finalidad precipitar el matrimonio que los padres de la novia trataban de evitar.

En Pitalito, Sarria Navarro, dispuesto a lograr la citada unión, presentó la falsa partida de bautismo, atrás comentada, la cual lo hacía aparecer como soltero y, en esa suerte, en condiciones para casarse.

De acuerdo con todos estos datos, de suyo eficaces y suficientes para rectificar el vago enunciado del procesado, bien se comprende que en manera alguna cabe aceptar la tesis de la demanda, en el sentido de que el matrimonio con Beatriz Bermeo, base del delito de bigamia, lo hubiera contraído determinado por esa insuperable coacción ajena a que se refiere el ordinal 1º del artículo 23 del Código Penal.

En torno al delito de estupro, la demanda se limita a hacer una simple alusión, circunstancia que exonera a la Corte de ocuparse de ese ilícito.

De manera que, en suma, los cargos formulados al amparo de la causal 2ª, carecen de demostración y, por lo tanto, tampoco esta otra causal puede prosperar.

Causal 1ª:

Con apoyo en esta causal, el demandante sostiene que la sentencia acusada es "violatoria de la ley penal, por errada interpretación o por indebida aplicación de la misma", violación que, en su sentir, se produjo como lógica consecuencia de los graves errores en que se incurrió al apreciar la prueba, particularmente de responsabilidad, contra el procesado, los cuales se adujeron en la esfera de la causal 2ª de casación.

Respuesta:

El fallo impugnado, según se demostró, no incurrió en ningún error de apreciación probatoria y, de otro lado, el procesado fue sancionado, en orden a los tres delitos que se le imputaron, precisamente con arreglo a los preceptos legales donde aparecen consagrados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoriad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de que se trata en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

CONTRABANDO.

Eventos en los cuales hay lugar a casación de conformidad con el artículo 20 del Decreto 188 en 1958. Invocación de nulidad supralegal atañedera al derecho de defensa. Acusación de la sentencia por error de hecho y error de derecho. El examen trunco o parcial del recaudo probatorio no da lugar a aceptar en casación el error propuesto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre tres de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

Vistos:

Por sentencia de 6 de mayo de 1960 el Juzgado Superior de Aduanas de Medellín finalizó la instancia en este proceso por el delito de contrabando con la absolución de Ildefonso Castaño Tirado y otros. Ordenó el mismo proveído la entrega al señor Colon Harris del valor del remate de la mercancía ($ 597.886.49), por no ser ésta de contrabando.

El Tribunal Superior de Aduanas, al conocer por apelación del Ministerio Público de la resolución de primer grado, dispuso en fallo de 29 de agosto de 1962, revocar la absolución impartida a José Ildefonso Castaño Tirado, para en su lugar condenarlo a la pena principal de tres (3) años de prisión y a las correspondientes sanciones accesorias. Además, declaró de contrabando la mercancía y ordenó al Juzgado del conocimiento copias de lo pertinente para la investigación de una posible tentativa de robo por parte de Norbey Lotero y otros. Entre los pronunciamientos del *ad quem* aparecen los reconocimientos, como denunciante y aprehensores, para efecto de las participaciones previstas por la ley, de algunas personas, como lógica consecuencia del fallo condenatorio.

Como de modo expreso el procesado Ildefenso Castaño T., de acuerdo con el artículo 112 del Código Penal, renunció a la prescripción que pudiera ampararlo antes de la ejecutoria de la sentencia del Tribunal, esta Corporación le concedió al defensor el recurso de casación contra la sentencia aludida, sobre cuyo mérito, surtidos los trámites de rigor, procede la Corte a decidir.

Hechos.

La sentencia de primer grado hace la siguiente relación:

"La cadena de hechos, que constan en el expediente y que dieron origen a esta voluminosa investigación, comienzan el día 2 de septiembre de 1957, cuando un señor de nombre Francisco Luis Vélez Montoya, encontrándose en el hotel 'Nutibara' de esta ciudad, observó al señor José Ildefonso Castaño Tirado, el cual 'estaba leyendo un cablegrama, dirigido a él por un señor quien firmaba *Ajoly* y desde Colón, Panamá'. 'Dicho telegrama solicitaba una intervención... pues que a última hora se le estaban presentando dificultades para el transporte'. A su vez el señor Castaño, firmando con el seudónimo de 'Sanremo', le contestó de esta manera: 'Visitadores dependencias definitivamente arregle viaje *Medina* para el domingo'.

"El señor Vélez, según el texto de su declaración (folios 20) apreció que en los hechos anteriores existía algo 'anormal' y para que se tomasen con antelación las medidas del caso, acudió a las diversas autoridades del departamento enterándolas debidamente de lo sucedido.

"Ya el 8 de septiembre, del mismo año, el señor Vélez acude al Aeropuerto Internacional de Medellín y ante la llegada de una nave de 'Avianca', distinguida con el número HK-112 y procedente de Panamá, se pone en contacto con dos oficiales de la Policía Nacional, a los cuales

narra los hechos descritos. Inmediatamente estos oficiales, llaman en su auxilio a unos agentes de servicio para que colaboren en la captura del presunto contrabando. En realidad la aeronave mencionada traía una gran cantidad de mercancía, y según el denunciante iba a ser cargada en dos camiones, marcados con las placas A-71396 y A-71398.

"Todas las maniobras desarrolladas en el Aeropuerto por denunciante y agentes de policía, fueron fallidas, ya que las citadas mercancías fueron descargadas directamente de la aeronave a las bodegas de la aduana interna.

"Ahincadamente el denunciante siguió el curso de los acontecimientos y el destino de las mercancías depositadas en la bodega. Con tal fin solicitó la colaboración del en ese entonces, encargado de la guardia del Comando de la Policía, Teniente Abel Martínez Tovar, el cual envió al Aeropuerto a algunos gendarmes vestidos de civil para que vigilasen 'las bodegas en el Aeropuerto' 'lo mismo que requisar todo vehículo o camión' que de allí saliere.

"Joel de J. Barrera (a folio 294) fue uno de los agentes de policía encargado de prestar el servicio encomendado por Martínez Tovar. Dice: a las cinco y treinta de la tarde nos estacionamos en la manga al pie de los cartelones de propaganda del hotel 'Normandie' y del hotel 'Veracruz', narra posteriormente como observó los diversos recorridos de un automóvil con placas número 11274, en el cual viajaban cuatro personas. A las nueve y cuarenta y cinco de la noche se presentó el mismo vehículo en compañía de dos camiones situándose al frente de la bodega internacional. Ante tal anomalía Barrera y sus compañeros se comunicaron con Martínez, el cual a su vez envió un contigente de hombres armados al mando del Teniente Ceferino López Blanco, procediéndose a la inmediata captura de los choferes y personas que encontraban al frente de la bodega internacional; así: Jorge Borray Garzón, Virgilio Riofrío Dorado, William Gómez León, Samuel Restrepo Diosa, Norbey Lotero Ordóñez, Angel Restrepo Lotero, Raúl Gallego Ocampo y Néstor Gallego Orozco.

"Más tarde se pudo constatar que de los dos candados que custodian la aduana, uno de ellos estaba abierto y reposaba sobre la acera de la bodega internacional.

"El día 9 de septiembre a las nueve y quince de la mañana, los agentes de policía bajo el comando del Teniente Ramírez Merchán, violentaron el candado que aún custodiaba las bodegas del Aeropuerto, encontrando allí dentro, los 114 bultos transportados por el avión HK-112 y consistentes en licores, cigarrillos y sedas extranjeras.

"Ya el 10 de septiembre del mismo año, Hernando Mallarino Silva, administrador de la aduana interna, puso a disposición del señor Juez de Instrucción Penal Aduanera, el acta de visita, que la Capitanía del Aeropuerto había practicado sobre el avión HK-112, lo mismo que los documentos, que Alfredo Voelkl, piloto de la misma nave, entregó a dichos funcionarios al llegar a Medellín, de los cuales se cuentan: el manifiesto de carga y sus respectivas copias; la guía aérea número 026-15-886142 y sus copias; una declaración general de salidas y entradas y por último una nota de embarque marítimo con sus copias.

"Anótase que en algunos de tales documentos se dice que la mercancía va en vía Medellín tránsito Tulcán, Ecuador. En algunos de ellos se omitió tal declaración y en cambio se afirma: 'Wester Hemisphere Consolidation Corp. Colombia, Agency Medellín, Colombia'. Según el acta de inventario y avalúo, los bultos están marcados 'ACM-Medellín' y en otros 'Tránsito a Tulcán'.

"A folios 90 y siguientes nos encontramos una diligencia de inspección ocular, practicada sobre dos libros, que se llevan por funcionario de la aduana y en el cual se registra el movimiento de los aviones internacionales, lo mismo que el movimiento que de carga hacen los mismos, 'para que en ellos constaten si hay constancia de haber registrado la llegada del avión HK-112 de Avianca' lo mismo que 'la carga que trajo la mencionada nave'. Los peritos afirman que tal registro no se llevó a cabo, y esto no sólo con respecto del avión HK-112 sino a todos los que llegaron al Aeropuerto de Medellín el día 8 de septiembre de 1957.

"Como las mercancías, resultaron en su total de prohibida importación, y como existía el antecedente de la denuncia presentada por Vélez Montoya, el 10 de septiembre del mismo año el señor Juez de Instrucción Penal dictó auto cabeza de proceso y ordenó la comparecencia de los testigos y sindicados para que atestasen sobre los hechos cuestionados; pronunciándose al mismo tiempo sobre la evacuación de algunas pruebas de interés procesal".

Demanda de casación.

En el escrito que obra de folios 14 a 41 del cuaderno número 10 formula el señor apoderado de Ildefonso Castaño Tirado la demanda contra

el fallo recurrido de casación, escrito que en un todo se ajusta a las exigencias que le son propias, conforme a derecho.

Luego de una amplia reseña de los antecedentes y del fallo de primera instancia, así como del proferido por el Tribunal Superior de Aduanas, invoca como causales de casación la prevista en el ordinal 1º del artículo 20 del Decreto número 188 de 1958, y la que el recurrente denomina "cargo único por violación del artículo veintiséis de la Constitución Nacional", no referida al ordinal 2º de la disposición citada.

En primer término impugna la sentencia por la supuesta violación del precepto constitucional, es decir por nulidad supralegal. Esa violación de la Carta se refiere a no haberse dado aplicación debida por el Tribunal a los artículos 374 del Código Judicial, 161, 168 y 172 del Código de Procedimiento Penal, en relación con lo previsto en los artículos 16 del Decreto 188 de 1958 y 6º del Decreto 2187 de 1953.

El planteamiento del señor apoderado en este particular, encaminado a demostrar que el sentenciador "agravió las garantías procesales contenidas en el artículo 26 de la Constitución Nacional" lo desenvuelve por estos tres aspectos:

"1. Impidió una defensa adecuada al no conceder la prórroga contemplada en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, el cual rige plenamente dentro de un proceso penal. Forzó a los defensores a presentar sus alegatos dentro del término restringido de quince (15) días, suprimiendo discrecionalmente un lapso de cuarenta y dos (42) días, si se tiene en cuenta que los dos mil doscientos veinte (2.200) folios que conformaban el expediente hasta ese momento, autorizaban un traslado para alegar por un total de cincuenta y siete (57) días adicionales. Esta actuación determinó la presentación de alegatos precipitados que colocaron a la defensa en notoria condición de inferioridad ante la realidad física del expediente. Este solo hecho constituye inaceptable deformación de las reglas propias del juicio, si se toma en consideración la importancia que el término de traslado tiene para un cuidadoso estudio del informativo. El mismo derecho de defensa se hace nugatorio cuando se obliga a la presentación de los argumentos de descargo dentro de un lapso que hace imposible el estudio de las pruebas;

"2. El Tribunal realizó la fijación en lista dando cumplimiento al auto visible al folio 243 del cuaderno 4º, sin que éste se hubiera notificado conforme lo exigen las disposiciones sobre la materia, y en esta forma, hizo más precario el término de traslado tan arbitriariamente recortado; y

"3. Negó el otorgamiento de los términos previstos por la ley para las alegaciones de fondo en autos firmados por el Magistrado ponente, cuando éstos pronunciamientos son de competencia de la Sala de Decisión de acuerdo con lo mandado por el artículo 161 del Código de Procedimiento Penal".

Conclusión. Resulta evidente que el Tribunal Superior de Aduanas no cumplió con el procedimiento señalado en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil. Está plenamente demostrado que el auto de fijación en lista no cumplió con los requisitos de notificación ordenados por los artículos 168, 169 y 172 del Código de Procedimiento Penal, y por el artículo 6º del Decreto 2187 de 1953. Es evidente que los autos que limitaron ilegalmente el lapso destinado al estudio de los defensores para presentar sus alegaciones de fondo, no fueron pronunciados de acuerdo con lo ordenado por el artículo 161 del Código de Procedimiento Penal.

"En estas condiciones queda plenamente demostrado el hecho de que en éste proceso no se siguieron las normas propias del procedimiento, y por lo tanto, resulta evidente la inobservancia de las garantías consagradas en la Constitución Nacional.

"Como la violación de las garantías contenidas en el artículo veintiséis de la Constitución Nacional impone la anulación de la sentencia acusada, pido a la honorable Corte que se pronuncie en ese sentido, y que ordene el acatamiento a las disposiciones procesales vigentes".

Ya sobre los motivos expresos de casación señalados en el artículo 20 del acotado Decreto 188 el recurrente invoca, por dos conceptos, la causal primera: *"Violación indirecta de la ley sustantiva originada en evidente error de hecho" y, "violación indirecta de la ley sustantiva a través de evidente error de derecho".*

Primer cargo. Considera el demandante que el Tribunal "ha lesionado el artículo 3º del Decreto 1432 de 1940 por haberlo aplicado indebidamente a través de notorio error de hecho" al dar por "establecido el cuerpo del delito en relación con la introducción de mercancías del exterior con burla de las disposiciones sobre la materia", llegar "a esta conclusión, en razón de que no apreció las pruebas que demuestran exactamente lo contrario".

El planteamiento lo desarrolla la demanda teniendo en cuenta los elementos que tipifican la infracción de contrabando y lo que en el particu-

lar norma el artículo 3º del Decreto 1432 de 1940.

Para el recurrente, de acuerdo con lo preceptuado en el literal a) de esa disposición, no cabe hablar de contrabando porque "no existe factura, manifiesto, documento o afirmación falsa. La mercancía llegó acompañada de unas guías, manifiestos de carga, cartas de porte, o conocimientos de embarque, para usar la terminología propia de la Ley 79 de 1931, que en ningún momento se ha demostrado que sean falsos. Antes por el contrario, la investigación determinó plenamente la total autenticidad de los mismos".

En la comprobación del cargo que se reseña, el señor apoderado hace expresa referencia a algunas de las pruebas —documentos y testimonios—, para concluír que la mercancía sí estaba en tránsito y que como tal fue declarada, en los siguientes documentos:

"1. En la carta de porte o guía aérea;

"2. En el sobordo especial de carga en tránsito a que se refiere el Reglamento General de Aduanas número 177 en su artículo 44 [folio 125 al 129 del cuaderno uno (1)]; y

"3. Que no fue declarada como carga en tránsito en el sobordo general [folio 105 a 133 del cuaderno uno (1)]".

Con relación a los literales b), c) y d), el impugnador insiste en demostrar la no existencia del delito y, muy en particular, en dejar sentado que la mercancía sí fue declarada en tránsito por existir la documentación demandada por las disposiciones aduaneras.

Como parte final respecto al cargo de que se trata, el señor apoderado expresa:

"De la demostración de este cargo se concluye en forma meridianamente clara, el hecho indiscutible de que la mercancía llegó al Aeropuerto de Medellín como mercancía en tránsito hacia la República del Ecuador, y que como tal, fueron observados todos los requisitos exigidos por las leyes y reglamentos sobre la materia. Las pruebas que este hecho acreditan, tienen todas el carácter de plenas, por tratarse de documentos públicos, o de documentos auténticos, o por estar constituídas por testimonios rendidos por funcionarios públicos en asunto materia de sus atribuciones legales.

"No obstante, tales pruebas no fueron apreciadas por el Tribunal en la sentencia impugnada, de ahí que hubiera incurrido no solamente en el error de no reconocer el hecho de la introducción legal de las mercancías, sino en dar por establecido el contrario, o sea, el de la introducción ilegal de las mismas. La evidencia del error de hecho resulta de la falta siquiera de referencia al tránsito plenamente, y de la absoluta omisión de análisis de la prueba que lo acredita indubitablemente.

"Las pruebas dejadas de estimar demuestran no solamente la ausencia de uno de los elementos del delito, sino que afectan la integridad misma del delito de contrabando que le fue imputado a José Ildefonso Castaño Tirado. En estas condiciones resulta indebida la aplicación que el Tribunal dio al artículo 3º del Decreto 1432 de 1940, pues dictó sentencia condenatoria, cuando si hubiera estimado las pruebas en cuestión, habría tenido que reconocer la legitimidad de la introducción de mercancía en tránsito, y como consecuencia, dictar una sentencia absolutoria".

Segundo cargo. Lo refiere el demandante a una *"violación indirecta de la ley sustantiva a través de evidente error de derecho"*.

Se concreta la impugnación a que el Tribunal violó el artículo 19 del Código Penal, "por error en la valoración de la prueba de la cual deduce la responsabilidad" del acusado, lo que condujo, por la misma razón, a la indebida aplicación de la norma penal aduanera.

Critica el examen desordenado que el fallo hace y "relaciona como indicios determinantes de la penalidad impuestas" hechos que son para el recurrente, "sin las condiciones y requisitos exigidos por los artículos contenidos en el Capítulo III del título V del libro primero del Código de Procedimiento Penal". Estima desacertado en derecho que el Tribunal hubiera ubicado la responsabilidad de Castaño Tirado en una complicidad necesaria, no obstante de que la prueba de cargo es ninguna contra el procesado y muy claras las explicaciones de éste en su injurada, como claras fueron las de otros individuos llamados a rendir declaración en el proceso.

Se ocupa, por último, del indicio en su concepción doctrinaria y probatoria, para sentar la siguiente conclusión:

"La sentencia acepta como indicios hechos que no se encuentran plenamente demostrados según lo ordenado por el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal. Acepta como indicios diferentes a una serie de telegramas que conformarían un solo indicio siguiendo lo ordenado por el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal. Convierte este indicio único en plena prueba de responsabilidad en abierta contradicción con el artículo 217 de la misma obra. Y como si esto fuera poco, conforma de una simple sospecha el indicio único que determina la condenación de José Ildefonso Castaño Tirado.

"A través de tan equivocada interpretación de las normas que regulan la prueba indiciaria, llega a la conclusión de que el sindicado es por lo menos cómplice necesario en la comisión del delito de contrabando, y a través de tan equivocada interpretación de las normas que regulan la prueba indiciaria, impone las sanciones previstas por el artículo 69 del Decreto 0700 de 1954.

"Sin el manifiesto error de derecho que he puntualizado, se hace imposible la condenación de mi patrocinado por no existir la prueba exigida por la ley para dictar sentencia condenatoria en su contra.

"Como el Tribunal estimó como indicios hechos que no reúnen los requisitos exigidos por la ley para configurar esta clase de prueba, ha violentado las normas relativas a la apreciación de esta probanza, y a través de este error, ha dado indebida aplicación a las sanciones previstas para los responsables del delito de contrabando...".

Consideraciones de la Corte:

Como en esta clase de procesos el Ministerio Público se abstiene de conceptuar, la Sala sólo tiene para su examen y estudio la demanda, tareas para desarrollar en las consideraciones que siguen:

1ª *De conformidad con el artículo 20 del Decreto 188 de 1958, en materia penal aduanera sólo hay lugar a casación en estos eventos:*

1º Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea.

"Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que la demanda puntualice y demuestre que el sentenciador incurrió en error de derecho, o en error manifiesto de hecho, siempre que alguna de esas dos clases de error incida en elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad y de los autores o partícipes, o en circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

"2º Cuando el proceso esté afectado de nulidad por incompetencia de jurisdicción improrrogable, o por no haberse notificado en debida forma el auto que señala término para pedir pruebas, a menos que en este caso el procesado se haya hecho presente en el juicio sin hacer reclamación a este respecto dentro de los cinco días siguientes a su apersonamiento. La falta de notificación no puede invocarse sino por quien haya debido recibirla".

Se han transcrito los textos legales en lo atinente a los motivos de casación en juicios penales aduaneros para un mejor estudio y comprensión de los fundamentos de la demanda que aquí se resuelve.

En ese cometido de desatar el recurso de casación y siguiendo el orden de causales alegadas, se tiene:

a) "Cargo único por violación del artículo veintiséis de la Constitución Nacional".

Como el artículo 2º del Decreto 188 constriñe las nulidades que dan viabilidad al recurso extraordinario de casación y en las que señala el ordinal 2º de la acotada disposición no encajaría el vicio planteado por el impugnador, éste, con habilidad lo deriva al artículo 26 de la Carta, tratando de demostrar que se quebrantaron las formas propias del juicio al no permitírsele a las partes el completo ejercicio del derecho de defensa.

Admitido que puede invocarse la nulidad supralegal en toda suerte de juicios, en el caso sub judice *en manera alguna surge que el derecho de defensa hubiera sufrido mengua o que a las partes se las privara, arbitraria o deslealmente, de cualquier medio legítimo para sincerar su conducta. Muy por el contrario: el debate cumplido en este proceso ha sido el más amplio que pueda concebirse.*

Ahora bien: la nulidad constitucional atañedera al derecho de defensa, que la doctrina ha elaborado en guarda de garantías constitucionales de la persona humana, no dimana de informalidades accidentales, sino de la notoria evidencia procesal de un juzgamiento sin el amparo profesional o con la sistemática negación de las oportunidades que la ley otorga al individuo para su defensa en juicio.

Lo anterior es suficiente para desechar el motivo de casación referido.

b) El denominado "primer cargo" y que se hace consistir en la "violación indirecta de la ley sustantiva originada en evidente error de hecho", al igual que el "segundo cargo", referido a la "violación indirecta de la ley sustantiva a través de evidente error de derecho", conforman en su integridad la causal primera del artículo 20 del Decreto 188, referente a las dos formas propias de quebrantamiento de la ley penal.

Trasladando esa disposición al Código de Procedimiento Penal, más concretamente a los ordinales 1º y 2º del artículo 567, se colige que todo planteamiento orientado a la demostración de que el fallador incurrió en error de derecho

por atribuír a algunos elementos probatorios un significado que no tienen, o porque dejó de atribuírles a otros su verdadero alcance, presupone, como es obvio, la demostración del error de hecho en la sentencia.

En el presente caso el demandante divide en dos cargos lo que es un solo motivo de acusación, ya que a través de ambos critica la valoración que el Tribunal hizo de algunas pruebas y el ningún mérito que asignó a otras.

Los argumentos centrales del señor apoderado para demostrar el llamado primer cargo hacen relación con el hecho de estar debidamente acreditado en los autos de que se trataba de una mercancía en tránsito, no de una mercancía ilegalmente introducida al país, aspecto éste no examinado por el fallador, no obstante haber constancia irrecusable en este particular.

En cuanto a la demostración del segundo cargo, los esfuerzos del demandante están encaminados a demeritar la prueba de cargo que el sentenciador apreció para dar por establecido el delito de contrabando y la responsabilidad de Castaño Tirado como partícipe de la infracción, en el grado de complicidad previsto en el artículo 19 del Código Penal.

2ª *Como antes se dijo, los dos cargos enunciados se acomodan, dentro de la técnica del recurso de casación, a la causal 2ª del artículo 567. E insiste la Sala en esta afirmación para afianzar su doctrina en que la casación no es una tercera instancia, apta para que las partes demanden de la Corte una confrontación de hechos y pruebas suficientemente controvertidos en las etapas ordinarias del juicio.*

3ª *Cuando se alega el error de hecho, lo ha dicho y repetido esta Corporación, quien demanda la casación está en el perentorio compromiso de demostrar que de manera evidente, protuberante, inequívoca y palmaria el fallador incurrió en él, positiva o negativamente. Pero no es admisible en este recurso y con ese fundamento procesal, enfrentar un criterio a otro en la apreciación de la prueba, porque ello conduciría a desvirtuar la naturaleza del recurso y a desconocer, peligrosamente, el necesario arbitrio de las instancias para sus decisiones.*

4ª *También es criterio de la Sala que cuando se acusa una sentencia por error de hecho, el demandante no puede reducir el examen probatorio a parte de los elementos de juicio analizados por el sentenciador. Un examen trunco o parcial del recaudo probatorio no da lugar a aceptar en casación el error, puesto que con tal procedimiento se obligaría a la Corte a un estudio oficioso, extraño al recurso.*

Lo anterior quiere decir que la casación tampoco prospera por los dos cargos analizados.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación a que se ha hecho mérito y *ordena* devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese.

Julio Roncallo Acosta, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

FALSIFICACION DE MONEDAS.

Conducta ilícita compleja. Concurso material y concurso formal de delitos. Interpretación de la ley. Elementos estructurales que caracterizan la estafa y la falsificación de monedas. Delito de tipo especial previsto en el numeral 4º del artículo 214 del Código Penal. Prueba de incriminación. Pena imponible.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

Vistos:

Contra la sentencia de veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), original del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual fueron condenados César Augusto Delgado Aguilar y Enrique Sanín Mejía a la pena privativa de la libertad de ocho (8) años de presidio y a las correspondientes sanciones accesorias, como responsables de los delitos de falsificación de moneda, papeles de crédito público y otros valores, en la modalidad de circulación y estafa, interpusieron los procesados el recurso extraordinario de casación, de cuyo mérito compete ahora a la Corte decidir, agotados como están los trámites de rigor.

Hechos y antecedentes procesales.

1º Los hechos atribuídos a los procesados y que dieron motivo a la investigación están correctamente historiados en la demanda presentada por el doctor Gustavo Quevedo Tobón, en su calidad de apoderado del recurrente Sanín Mejía, por lo que la Sala no tiene reparo para acoger esa versión. Dice así:

"Galletas y confites Noel es el nombre de una compañía con sede en Medellín, fundada correctamente, y en ejercicio de sus actividades, de acuerdo con los requerimientos del Derecho Privado. En el año de 1958, previo contrato de fideicomiso con el Banco Industrial Colombiano de Medellín, emitió un buen número de Bonos por valor de mil pesos, moneda corriente cada uno, los que se pagarían el día primero de octubre de 1963, y devengarían los acostumbrados intereses para esta clase de papeles de crédito. Los señores Enrique Sanín Mejía y César Augusto Delgado Aguilar adquirieron algunos de esos Bonos, parece que durante los meses de enero y febrero de 1960. A poco de estas fechas, estos mismos señores aparecieron vendiendo estos mismos Bonos, en cantidades importantes, y en distintas ciudades colombianas. Sanín Mejía y Delgado Aguilar sostuvieron desde un principio que habían obrado en calidad de agentes del señor Roberto de la Espriella, persona esta última con quien firmaron contrato de trabajo, debidamente autenticados ante Notario, y quien no ha sido hallada por la justicia para que comparezca a responder por su comportamiento.

"Las entidades y personas que negociaron los Bonos ofrecidos por Sanín Mejía y Delgado Aguilar son las siguientes:

"Bermúdez y Valenzuela y Carrizosa Ltda., de Bogotá, doce Bonos por doce mil pesos moneda corriente; Restrepo Olarte Esguerra, de Bogotá, siete Bonos por siete mil pesos moneda corriente; Botero Marulanda y Cía. Ltda., de Bogotá, veinticinco Bonos por $ 25.000; Escobar Fernández y Cía. Ltda., de Bogotá, nueve Bonos por $ 9.000; Maigner Villa y Cía. Ltda., con sede en Cali, siete Bonos por $ 7.980.67; Juan E. Olarte Salazar compró Bonos por $ 25.000; la firma Inversal de Barranquilla adquirió Bonos por la suma de $ 18.000. Se conocen exactamente los números de los Bonos anteriormente aludidos, y se sabe que esos papeles de crédito no fueron emitidos por la Com-

pañía Noel, y que por lo tanto son falsificados, en forma muy habilidosa, puesto que aún personas que trajinan con esta clase de documentos tuvieron dificultades casi insuperables para distinguir los Bonos genuinos, realmente emitidos por la Compañía Noel, y aquellos negociados por Sanín Mejía y Delgado Aguilar, reconocidos como falsos, es decir, como documentos torticeramente introducidos en el mercado de valores".

2º Los hechos anteriores, una vez instruído el sumario y determinada la competencia en el Juzgado 3º Superior del Distrito de Bogotá, este despacho dictó el auto de calificación para en él resindenciar en juicio a los citados Sanín y Delgado, y sobreseer temporalmente en favor de otros implicados. La providencia la revisó el Tribunal, por apelación y aunque la confirmó, corrigió, de acuerdo con las denominaciones de los respectivos capítulos del Código Penal, en cuanto a la denominación de las infracciones.

3º El treinta (30) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962) el Juzgado del conocimiento dictó la sentencia de primer grado, la que el Superior confirmó con algunas reformas en cuanto a la penalidad.

Demandas de casación.

Ambos recurrentes constituyeron ante la Corte sus apoderados y éstos formularon las demandas de casación. Como coinciden ellas en los motivos de impugnación, la Sala las examinará de consuno.

El fallo del *ad quem* es acusado con fundamento en las causales *primera* y *segunda* de las señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y en el orden indicado.

Causal primera. Directamente la sentencia es violatoria de la ley penal sustantiva, por errada o indebida aplicación de la misma por haber descompuesto la conducta de los procesados en dos infracciones distintas; una contra la fe pública y otra contra la propiedad, cuando en efecto lo que hay es un fenómeno de subsunción de delitos y no un concurso.

Sobre este difícil y sugestivo tópico se extiende en particular el apoderado de Sanín Mejía, quien con toda propiedad y erudicción dice, entre otras cosas:

"Para una correcta administración de justicia, es necesario acudir a los mejores recursos que ofrece la técnica contemporánea, en cuanto a la fundamentación del Derecho Penal. Y para ello precisa apelar a la construcción teórica que los especialistas han denominado subsunción o consunción de la conducta del agente en la noción del tipo, desentrañando el desvalor antijurídico ínsito en cada uno de los fundamentos penales descritos en la ley. Una funcional percepción del fenómeno o fenómenos jurídicos sometidos a la consideración del fallador, bien puede conducir al logro de una mejor y más racional actualización de la justicia. Cuando una conducta humana puede ser subsumida en un determinado tipo legal, donde encuadra perfectamente hasta agotar o extinguir el desvalor delictivo de otro tipo, es perfectamente lícito al juzgador adoptar la deducción de responsabilidad por uno de los tipos posibles entrevistos, desde el momento mismo en que la relación entre los tipos posibles afrontados permite al aplicar el uno, consumir o subsumir el desvalor jurídico del otro. 'El principio de la consunción no está expresamente declarado en la ley (no lo está en Colombia), pero sí insisto en la voluntad de la misma, según se deduce de su racional interpretación; el apotegma penal ne bis in idem imposibilita que un hecho pueda ponerse varias veces a cargo del mismo autor; y este apotegma se vulneraría si se sancionase cada uno de los relieves o aspectos que una misma conducta antijurídica pudiera penalísticamente ofrecer. El criterio de la consunción presupone —subraya Betiol— la idea de una actividad compleja que se desenvuelve sucesivamente en el tiempo, pero unitaria desde el punto de vista social valorativo, la cual en su desarrollo viola una pluralidad de normas, en una de las cuales están perfectamente contenidas las otras; nos encontramos necesariamente frente a una acción que, si bien es escindible en varios actos —violatorio cada uno de ellos de una disposición de la ley punitiva— que se realizan sucesivamente, es única si en su complejidad se la juzga. La consunción de un tipo en otro se funde, pues, en la ligazón íntima que en el caso concreto existe entre los varios aspectos de la conducta separadamente descritos en los tipos, pues desde el instante en que todo el comportamiento del agente converge a un mismo fin, los parciales aspectos de la conducta descritos en los tipos reflejan grados diversos y complementarios de un mismo antijurídico actuar emproado a una meta única'. (Mariano Jiménez Huerta, La Tipicidad, págs. 241 y ss.).

"No parece sino que las anteriores sabias palabras del especialista español, residenciado en Méjico, hubieran sido escritas para el caso que ahora nos preocupa. Es evidente que en toda la conducta anti-jurídica de mi poderdante puede ser y debe ser subsumida en el injusto penal

descrito por la norma de derecho penal especial, contenida en el numeral 4º del artículo 214 del Código Penal, en concordancia precisa con el artículo 221 de la misma obra, 'Delitos Contra la fe Pública', título VI, capítulo I 'de la falsificación de moneda, papeles de crédito y otros valores'. La subsunción de la conducta del agente, o agentes, en la aludida norma penal descarta la eventual aplicación de otro tipo legal, desde el momento mismo en que racional, lógica y valorativamente hablando, la consunción o subsunción de la conducta humana en el tipo agota integralmente el juicio sobre el desvalor jurídico que implica la presencia del delito, sin que haya necesidad alguna de la reiteración de un inútil fenómeno de reprochabilidad de la conducta humana para violar un apotegma universalmente aceptado de derecho penal, o sea el citado por el profesor Jiménez Huerta.

"Si el honorable Juez del conocimiento, o el fallador de segunda instancia, se hubiera tomado el trabajo de recapacitar sobre esto de la tipicidad, adecuación de la acción humana al injusto penal descrito en la norma legal, no habría existido motivo procesal para llamar a juicio por los delitos de falsificación de moneda y estafa, pues al no ser posible hablar de la noción 'cuerpo del delito', para dos figuras jurídicas distintas, resultaría inocuo deducir responsabilidad y menos exigir culpabilidad por hechos cuya valoración racional permiten la eliminación o extinción de un tipo para solo considerar aquel que agota los distintos aspectos del humano actuar. Por ello, si se considera que en este caso hubo llamamiento a juicio por dos delitos, siendo así, que la conducta humana a juzgar encuadraba exhaustivamente en uno de los tipos invocados al calificar el mérito de la sumaria, se violó el apotegma jurídico universal 'ne bis in idem' y de paso el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, donde se exige perentoriamente la plena prueba del 'cuerpo del delito' incriminado, para que sea procesalmente viable la incriminación legal por el hecho o hechos por los cuales se llama a responder en juicio criminal ordinario. Es tan serio esto de la tipicidad en armonía con la noción de 'cuerpo del delito', que de aceptarse la subsunción de acciones, en este caso, tendríamos que afrontar las consecuencias del numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, puesto que se incurrió en error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción o infracciones imputadas realmente, de manera equivocada, ya que no se aceptó la subsunción de la acción humana en el tipo legal que sí agotaba el humano actuar".

Causal segunda. Respecto a este motivo de invalidez de la sentencia, uno y otro demandante afirman que el *ad quem* dio a ciertos hechos un valor probatorio que no tienen y que, por el contrario, desconoció arbitrariamente el de otros que tienden a demostrar la inocencia de los acusados. Según los impugnadores no hay en los autos elemento alguno de juicio que permita aseverar que Sanín y Delgado pusieron en circulación los bonos, a *sabiendas* de su falsedad, si se tiene en cuenta que debieron obrar a nombre de un tercero, como dependientes suyos. Pero las críticas en cuanto al recaudo probatorio que las instancias evaluaron para sustentar la condenación, dicho sea de paso, no entrañan un ataque a fondo a la prueba, ni demuestran que haya habido error de hecho por parte del sentenciador.

Opinión del Ministerio Público.

Para el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal la sentencia impugnada es jurídica y en un todo acorde con los preceptos de la ley penal sustantiva porque en el caso de autos los delitos deducidos mantiene su autonomía, y la interdependencia de medio a fin determina el concurso material de los ilícitos.

Para refutar el cargo fundado en la causal primera, concreta así su pensamiento:

"Ninguna argumentación nueva, ni ningún cargo en derecho contra la sentencia se perfila en los libelos a que se refiere este Despacho diferentes a los muy conocidos y trajinados en las instancias por los juzgadores respectivos. Un meditado y ponderado estudio de la sentencia acusada dá piso firme a este aserto inequívoco. El Tribunal en su oportunidad, consideró que la calificación de circulación de títulos falsos y estafa continuados, es la que responde porque fueron varios los engañados, fuertes las sumas obtenidas ilícitamente, y obtenido el daño mediante la inducción en error por medios engañosos y dolosos como el empleo de papeles falsificados haciéndoles creer a las personas que eran legítimos y que hacían magnífica inversión. Y reafirma la Corporación que fueron dos los grupos de delitos 'pues la sola circulación de títulos falsos en forma continuada, configura la circulación como ilícito; y la obtención del provecho indebido tipifica la estafa continuada por haber sido distintas las víctimas y repetido el acto. La unidad de acción y el fin delictuoso da lugar a concurso de delitos y los dos procesados Delgado Aguilar y Sanín Mejía, fueron sus autores'.

"Esta Procuraduría comparte el concepto del Fiscal del honorable Tribunal y de la Corporación falladora de segunda instancia de que el artículo 221 del Código Penal equipara los bonos materia del delito a monedas o billetes y que por lo tanto es lógico y jurídico concluír que 'siendo diferente el dolo específico del delito relativo a dichos bonos del dolo específico del delito de estafa, es irrefragable el concurso material de los dos delitos'. De esta manera surge la autonomía de los delitos con su necesaria interdependencia y bien traída es para el caso y da respuesta cabal a los cargos formulados por los opositores la interpretación que del artículo 221 hace el tratadista Arenas de que las doctrinas sobre la absorción y la prevalencia cuando un delito ha servido como medio para consumar otro son incompatibles en nuestro Derecho. (Comentarios al Código Penal Colombiano. Tomo I, pág. 244).

"La sentencia acusada da amplia respuesta al cargo que se hace sobre la inexistencia del concurso de delitos para el caso de autos con la autoridad y procedencia de doctrinas emanadas de tratadistas tan ilustres como Soler y Maggiore, actitud responsiva que culmina con jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia que acepta el conjunto material de infracciones y expugna la tesis de la absorción del delito medio sobre el delito fin, y la del delito fin sobre el delito medio porque 'la ley no lo consagra como figura especial de delito para los casos de falsedad en documentos públicos u oficiales o instrumentos negociables y porque el juzgador no puede por analogía crear un delito ni prescindir de sancionar un hecho previsto como infracción'.

"Consecuencia de lo anterior es llegar a concluír forzosamente que los procesados Delgado y Sanín, con su conducta dolosa, violaron el artículo 214 del Código Penal (ordinal 4º) así como también el 408 de la misma obra.

"Por consiguiente, en concepto de esta Procuraduría, no hacen impacto en la sentencia acusada los cargos formulados con base en la causal primera por los apoderados de Delgado y de Sanín debiendo considerarse que los dichos cargos no han obtenido demostración".

La causal segunda no tiene asidero, tampoco, en concepto del señor Procurador Delegado, quien acordándose a los razonamientos del fallo recurrido, da por plena o suficiente la prueba que compromete a los acusados, muy en particular en lo que respecta al hecho de haber obrado *a sabiendas* al negociar con terceros los títulos falsificados.

Considera la Corte:

1º El fallo recurrido, previa cita del concepto de su colaborador fiscal y con apoyo en la interpretación de algunos doctrinantes sobre el problema del concurso de delitos, enmarca frente a la ley penal colombiana la conducta de los acusados como una doble violación material, agravada a la vez por la continuidad o repetición de los hechos criminosos, es decir, para el Tribunal hubo delito de falsificación, delito de estafa, y éstos, en concurso material, fueron delitos continuados

El razonamiento del sentenciador está concebido en estos términos concretos:

"Estas nuevas consideraciones, refuerzan notoriamente el criterio ya expuesto por la Sala desde el auto confirmatorio del de llamamiento a juicio proferido en contra de los procesados César Augusto Delgado Aguilar y Enrique Sanín Mejía, de que evidentemente los delitos cometidos por éstos, fueron los de 'falsificación de monedas, papeles de crédito público y otros valores' —en la modalidad de *circulación*— y 'estafa' continuados, ya que con su dolosa actividad no solamente violaron el artículo 214 del Código Penal en su ordinal 4º, sino el artículo 408 del mismo estatuto, quedando así resuelta la invocada tesis sostenida tanto por el señor Fiscal del Juzgado como por los señores defensores, de que en el caso de autos, todos y cada uno de los elementos de la estafa se subsumen dentro del delito de falsificación de monedas, determinación coadyuvada por el eficiente Fiscal de esta Corporación, en sus muy juiciosos conceptos; y, también descartada la pretendida nulidad a que se refiere el señor doctor Julio Romero Soto en su alegación presentada para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que se revisa, y de que oportunamente se hizo alusión.

"5º No está de acuerdo la Sala con el señor Juez de instancia cuando considera que tanto éste como el Tribunal estuvieron cortos, 'en no haber considerado que los enjuiciados también habían transgredido el numeral 5º del artículo 214 del Código Penal, por cuanto que si para la configuración de la primera infracción a que antes se hizo referencia, se puso de relieve que el cuerpo del delito tuvo plena comprobación mediante la credibilidad del elemento *a sabiendas* como dolo específico de la ilicitud, no escapa a la mente, para que se pueda afirmar que al recibir esos títulos o bonos al portador los procesados y después ponerlos en circulación, a no dudarlo tuvieron conocimiento de su falsificación,

infringiendo de esa manera al numeral de la disposición citada...', porque precisamente sería aceptar que los procesados realmente actuaron como simples intermediarios, o —expendedores de moneda falsa—, lo que resultaría en abierta contraposición con la determinación adoptada por el *a quo* en el auto calificatorio de la sumaria, de sobreseer temporalmente a los mismos procesados y a los señores Luis Fernando Sanín Mejía y Luis Alfonso Hoyos Montoya por falsificación documental.

"6º Satisfechos a plenitud los presupuestos exigidos por el artículo 203 del estatuto procesal penal para la viabilidad y adopción de un fallo condenatorio en contra de los procesados César Augusto Delgado Aguilar y Enrique Sanín Mejía como únicos autores directos y materiales de los ilícitos materia de la imputación hecha en el pliego de cargos elaborado en su contra, como sujetos común de pruebas, que no de medidas de seguridad por ausencia de cualquiera de los estados patológicos previstos en el artículo 29 del Código Penal, resulta acertada, en este sentido, la determinación del juzgador de instancia.

"7º La situación jurídico-penal de los justiciables debe ser resuelta a la luz de los artículos 214, ordinal 4º, 408 y 410 del Código Penal, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951 y los artículos 32 y 33 del citado Código, que señalan como pena para el delito de mayor entidad, la de presidio que fluctúa entre un mínimo de seis años y un máximo de quince. Aun cuando dentro del proceso no concurren circunstancias alguna eximente de responsabilidad, ni específica de atenuación de la misma, con relación a la pena, a favor de los procesados no obran sino circunstancias de menor peligrosidad, se debe tomar como base de penalidad imponible la del mínimo; o sea, la de seis años de presidio, al tenor de los artículos 36, 38 y 39 del Código Penal, pues la Sala no considera atinente deducirles como circunstancia de mayor peligrosidad para efectos de la individualización de la pena, la que les deduce el señor Juez de Instancia, como contemplada por el ordinal 9º del artículo 37 del referido estatuto represivo, por cuando que a éstos se les considera como coautores de los hechos que se les incrimina. Esta base de pena debe ser aumentada proporcionalmente, aumento que se considera justo en un año por razón de los artículos 33 y 410 del citado Código Penal, y uno más de conformidad con el artículo 32 ibídem, lo que da un total de pena imponible de ocho años de presidio como principal, para cada uno, tasación que consulta el sistema de la acumulación jurídica consagrada en nuestro actual Código Penal, en vez de la computada en la sentencia recurrida, punto en el cual debe ser reformada".

2º *El problema jurídico que se deriva de una conducta ilícita compleja no siempre encuentra frente a la ley positiva la misma solución. Unas veces es factible descomponer los hechos y atribuírles su propia individualidad, bien en razón del dolo, ya por la naturaleza de los intereses jurídicos tutelados, y en fin por apreciación objetiva del daño. Se habla, entonces, con toda propiedad, del concurso material o real de delitos. En otras ocasiones, aunque el evento criminal tiene unidad objetiva en el resultado, el elemento subjetivo puede producir el quebrantamiento plural de normas penales, dando lugar al concurso ideal. Pero también en muchas infracciones que son aparentemente complejas y que aparentemente indican distintas ofensas jurídicas, por ser diversos los intereses protegidos por la ley penal, la conducta delictuosa mantiene su unidad porque un hecho se subsume en otro de mayor entidad. Esa absorción obedece a la simple razón de que la ley da prevalencia en la protección a intereses que estima preponderantes.*

Los delitos que el Código Penal agrupa en el Título 6º, Capítulo 1º, son delitos de fraude por esencia. Mas por encima del interés del particular que puede ser ofendido con ellos, el Código coloca el interés de la fe pública. Claro está que en cuanto a la falsedad documentaria la absorción no es una consecuencia fatal, como sí lo es respecto de la falsificación de monedas.

3º *Es evidente que los aspectos teóricos de la concurrencia de normas penales son múltiples y plantean difíciles interrogantes. Sólo que debe procurarse la interpretación de la ley teniendo en cuenta principios generales para evitar situaciones jurídicas aberrantes, como la doble sanción por un mismo hecho.*

4º *Precisamente con relación al problema de que se trata esta Sala en sentencia de 4 de abril último sentó la siguiente doctrina:*

"El recurrente aspira, como se dijo ya, a que la Corte deseche el concurso material de delitos, aceptado por el Tribunal fallador, y a que se admita, en cambio, la existencia de un concurso formal, pues, en su concepto, se violaron varias disposiciones de la ley penal con un solo hecho. De este parecer es el señor Agente del Ministerio Público.

"En realidad, en este caso, como pasa a verse, no hay concurso de delitos. La acción o las acciones imputadas a Jiménez y a Luque buscaban un solo fin —la circulación de la moneda falsa—

y dieron nacimiento a un solo delito: el 'de falsificación de monedas', en tipo específico señalado en el numeral 4º, del artículo 214 del Código Penal. La estafa, cargo deducido contra los procesados, está absorbida por la falsificación de monedas, en la situación contemplada aquí.

"En efecto, la estafa es un delito contra la propiedad o el patrimonio. En ella el sujeto activo induce 'maliciosamente al propietario a despojarse de su dominio, haciéndole creer lo falso como verdadero'. El actor se hace entregar la cosa ajena, por medio de artificios o engaños.

"En la falsificación de monedas, prevista en el numeral 4º, del artículo 214 —cuando por este medio el agente, con perjuicio de terceros, obtiene un provecho ilícito, como en el caso de autos— se está frente a un típico caso de estafa, ya que el actor, esto es, el que 'a sabiendas' pone 'de cualquier modo en circulación monedas falsificadas o alteradas', lo hace para lograr la entrega por ese 'modo' de una cosa, de un bien o de un valor cualquiera. Existe aquí como medio engañoso la moneda aparente que, por su identidad con la legítima, llega a inducir en engaño a quien la recibe. Así, el que con moneda falsificada o alterada compra un objeto cualquiera, no hace cosa distinta a apropiarse ese bien, valiéndose para ello de un eficaz medio insidioso; quien compra un inmueble y paga el precio con moneda falsa o alterada, lo adquiere, valiéndose, de la misma suerte, de un artificio suficiente para inducir en engaño al vendedor; y quien simplemente cambia una moneda falsa por una legítima, se está haciendo a un valor, utilizando exactamente un 'modo' para engañar a quien era dueño de la moneda legítima. Hay, pues, como se ve, en los distintos casos en que se pone en circulación moneda falsa, una disminución en el patrimonio de quien la recibe. Y fuera de ello, esto es, de perjudicar el patrimonio individual, se va contra la fe que el Estado ha depositado en la moneda. Sin que falten, desde luego, casos en que el perjuicio es meramente posible y no llega a actualizarse, como ocurre también en la estafa.

"La estafa se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Inducción en error, con engaños o artificios;

b) Provecho ilícito con perjuicio de otro; y

c) Relación de causalidad entre el engaño y la entrega del bien perseguido.

"En la circulación de moneda falsa, se exigen los mismos elementos, si bien el delito se caracteriza por un dolo específico, que el legislador señala con la expresión 'a sabiendas':

a) Se induce en error por medio engañoso, la entrega de la moneda falsa;

b) Se obtiene con ello un provecho ilícito en favor del falsificador y en perjuicio de quien recibe la moneda falsa; y

c) Hay relación de causalidad entre el engaño y la entrega del bien perseguido.

"De donde se desprende que el delito de falsificación de monedas, en el caso del numeral 4º del artículo 214, y cuando es medio para obtener un provecho ilícito con perjuicio de tercero, es una estafa especialmente prevista, de vida autónoma, no sólo por la concurrencia en tal delito de los elementos estructurales de tal fraude, sino porque el legislador así lo ha estimado, al sacarlo del Título XVI y colocarlo dentro del Título VI del Código Penal.

"Esta obra, en cada uno de sus títulos y capítulos, relaciona hechos que ofenden determinados intereses, que destruyen o ponen en peligro inmediato bienes jurídicos protegidos. Así, en el Título XVI se definen los delitos contra la propiedad. No obstante, hay actividades que afectan el patrimonio de los individuos y que, aun pudiendo situarse dentro de sus previsiones, aparecen contemplados en otros títulos del Código como entidades autónomas. Tales serían, por ejemplo, algunos de los delitos referidos en el Título IX, que versa sobre 'delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio'.

"En esta forma, el legislador colombiano, después de señalar un género de delitos y dentro de éste las varias especies de los mismos, deja algunos casos para presentarlos en normas concretas diferentes, en vista de los derechos violados y de los intereses protegidos. En el Capítulo IV del Título XVI, se define la estafa, en sentido general, señalando sus elementos estructurales y dejando al intérprete la facultad discrecional para apreciar la capacidad del medio empleado por el estafador para inducir en engaño al estafado. Sin embargo, tipos específicos de estafa, como la falsificación de moneda, en el caso de la circulación, se tienen, no como un simple delito contra el patrimonio, sino como un hecho que por afectar además, intereses superiores, como es la fe pública, es considerado como infracción independiente, de mayor entidad política, pero sin dejar, a la postre, de ser un verdadero fraude.

" "El artificio engañoso —dice Finzi— puede constituír por sí solo un hecho que la ley penal considera delito. Este artificio engañoso

que puede representar por sí un delito, se concreta sobre todo en una lesión de la fe pública, que es un interés social que el Estado quiere proteger muy especialmente". (La estafa y otros fraudes, pág. 51).

"En el hecho imputado a Jiménez y a Luque, se engañó, es cierto, a la dueña de un objeto, pero el medio empleado para inducir en error a la ofendida, fue la moneda falsa, esto es, se puso en circulación moneda falsa, con el ánimo de sacar de ello un provecho. El beneficio ilícito se obtuvo, al menos momentáneamente, pues la máquina de coser, comprada en los términos que reza el expediente, volvió a manos de su dueña, después de ésta entregarla a los falsificadores de moneda.

"Hay pues, un típico caso de falsificación de moneda, en la forma contemplada en el numeral 4º del artículo 214 del Código Penal.

"Y si fuera de otra suerte, se estaría violando el principio non bis in idem, de acuerdo con el cual a una persona no se puede sancionar en dos ocasiones, por un mismo hecho. Y aquí el hecho es uno solo: la falsificación de moneda, en su circulación, o sea, la estafa por medio o artificio engañoso, que la ley tiene como delito, considerado especialmente, dentro de un título, y un capítulo, que no es aquel en donde se definió esa figura delictiva.

"No puede, por tanto, hablarse de un concurso de delitos, sino de uno simple de falsificación de monedas".

5º Visto lo anterior, la causal primera prospera en la forma y condiciones de que se da cuenta más adelante.

6º *Causal segunda.* Esta causal invocada en las demandas se reduce a una crítica parcial de las pruebas de cargo. *No compete a la Corte, según reiterada jurisprudencia, examinar cargos parciales sobre la prueba de incriminación. De esta manera la causal segunda no puede prosperar porque los señores apoderados simplemente destinaron sus esfuerzos a criticar una parte del caudal probatorio que el sentenciador tuvo en cuenta para su decisión.*

7º De acuerdo con lo considerado anteriormente, la casación prospera parcialmente, a efecto de señalar que se trata de un solo delito, es decir, el previsto en el artículo 221 del Código Penal, en relación con el 214 del mismo estatuto y el Decreto número 2184 de 1951.

8º *La continuidad prevista en el artículo 32 no juega papel alguno en el delito de falsificación de que se viene tratando, porque es propio de estas infracciones diversificar la colocación de los títulos falsos.*

En tales circunstancias la pena imponible a los acusados es la mínima prevista en el artículo 214 del Código Penal en concordancia con el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951.

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de imponer a los procesados Augusto Delgado Aguilar y Enrique Sanín Mejía, la pena de seis (6) años de presidio en lugar de la de ocho (8).

Las penas accesorias que entrañen duración quedan igualmente reducidas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA.

Naturaleza y fines de la sociedad constituída. Aportes. Elementos tipificadores del delito de abuso de confianza. El fraude. Administración de la sociedad. Conducta de un administrador y su responsabilidad cuando la sociedad es de derecho. Causal 2ª de casación penal. Noción de delito continuado. Sus elementos. Interpretación de los artículos 412, 413 y 414 del Código Penal. Correcta aplicación de normas penales. Causal 1ª.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos:

Por sentencia de 9 de noviembre de 1961, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó al señor Abel Carrasco Amaya, a la pena principal de un (1) año y seis (6) meses de prisión, no a treinta (30) meses, como erradamente lo dice el señor apoderado del procesado, multa de cincuenta pesos ($ 50.00) y sanciones accesorias, como responsable del delito de abuso de confianza cometido en contra de los intereses patrimoniales de la sociedad "Carrasco & Venegas". Al mismo tiempo, se absolvió a Eduardo Robayo Barragán y a Rogerio Acosta Rodríguez, por los cargos que se les hacía en esta investigación. En tal forma, se revocó parcialmente la sentencia dictada por el Juez Octavo Superior de Bogotá, el 2 de mayo de 1960.

Tanto el señor Fiscal Segundo del Tribunal, como el procesado Carrasco Amaya interpusieron el recurso de casación contra el mencionado fallo.

Es el momento de decidir, pues se han cumplido ya los trámites legales del caso. Se obtuvo, en efecto, demanda de casación del señor Fiscal del Tribunal y del apoderado de Carrasco Amaya, así como un alegato del representante de la parte civil; y, resueltos innúmeros incidentes, se dispuso la celebración de la audiencia pública.

Los hechos:

Da cuenta este expediente de los siguientes hechos, según narración del Tribunal Superior, cuya sentencia se va a estudiar:

"El doctor Alejandro Venegas Gil y el señor Abel Carrasco Amaya, constituyeron una sociedad 'Carrasco & Venegas', domiciliada en Ubaté con el objeto de la explotación de lechería y ganadería, por un período de tres años contados a partir del primero de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro con un aporte por partes iguales de $ 197.000.

"Funcionaba normalmente la sociedad hasta el mes de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, cuando al decir del denunciante doctor Venegas, el socio Carrasco, en dicho mes, no volvió a participar utilidades de la venta de leche al socio Venegas.

"En el mes de abril siguiente, empezó a cruzarse una correspondencia entre los socios Carrasco & Venegas, que a simple vista denota desavenencia entre ellos y el deseo de liquidar la sociedad, deseo primeramente expresado por Carrasco y aceptado por Venegas. El doctor Venegas en la mencionada correspondencia es enfático en manifestar a Carrasco que no liquida la sociedad por partes y que no vende más ganado de la sociedad.

"El 13 de junio del mismo año 1956, el socio Venegas le dirigió una carta a su socio Carrasco requiriéndolo para que consigne en una cuenta bancaria a nombre de Carrasco & Venegas los dineros provenientes de la venta de la leche.

"El 14 de julio siguiente, el doctor Venegas presentó denuncia criminal contra su socio por

el delito de abuso de confianza consistente en la apropiación indebida de dineros pertenecientes a la sociedad.

"Estando en marcha la correspondiente investigación, el socio Carrasco realizó varias diligencias tendientes a vender los mejores ganados de la sociedad que, en principio resultaron infructuosas por la existencia de dicha sociedad y la falta de consentimiento de Venegas. Pero el 29 de agosto del mismo año de 1956, el socio Carrasco vendió a nombre de la sociedad 120 vacas Holstein mestizas al señor Rogerio Acosta Rodríguez, según consta en documento suscrito entre ellos por la suma de ciento veintiséis mil pesos moneda corriente.

"Por la misma época, el señor Abel Carrasco se comprometió a pagar, y en efecto pagó cuantiosas sumas de dinero por razón de la compra de las fincas 'La Rivera' y 'Piedra Gorda' a la señora María Antonia Reyes de Correa y al señor Alfonso Jiménez, respectivamente, compra hecha en su favor, sin que los dineros provenientes de la venta de las vacas al señor Rogerio Acosta hubieran entrado al patrimonio de la sociedad 'Carrasco & Venegas' ".

Concretamente se imputa al señor Carrasco Amaya la comisión de los dos hechos siguientes:

"1. En efecto, de acuerdo con la diligencia de inspección ocular, verificada sobre los libros de la fábrica de quesos 'Esnea', de propiedad del señor Gaudenzio Cestagalli (fl. 10, C. I), la cantidad de leche vendida por la sociedad Carrasco & Venegas a dicho señor, desde el primero de marzo a la segunda semana de agosto de 1956, arroja un total de 247.495 botellas por un valor de $ 68.795.27, de los cuales fueron recibidos por Venegas, según él lo admite (fl. 6 vto.), mil pesos en un cheque girado por el señor Carlos Bessolo y $ 5.000 en dos consignaciones hechas a su favor, una por dos mil pesos y otra por tres mil, es decir, recibió un total de seis mil pesos, aunque en el extracto de la cuenta del señor Venegas (fl. 70) aparece abonada a su cuenta la cantidad de siete mil doscientos cincuenta y siete pesos.

"Si al socio Venegas se le abonó la cantidad de $ 7.257, por concepto de venta de leche, es obvio que al socio Carrasco se le debería abonar, la misma cantidad, más el 5% del producido líquido de la leche, como reza el contrato, porcentaje éste difícil de determinar con exactitud, toda vez que no se conoce el valor de los gastos de administración. Pero aún suponiendo que dicho porcentaje se tasara sobre el producido bruto, solamente correspondería a Carrasco, por este concepto, la cantidad de $ 3.400, es decir, debería abonársele la cantidad de $ 10.657, que sumada a la cantidad percibida por el socio Venegas, arroja un total de $ 17.914. Queda entonces un saldo de $ 50.881.27 a favor de la sociedad, sin que exista prueba alguna de que dicha cantidad hubiera ingresado a los fondos sociales.

"El señor Carrasco vendió además, el 29 de agosto del mismo año de 1956 al señor Rogerio Acosta y a nombre de la sociedad Carrasco & Venegas, ciento veinte vacas por valor de $ 126.000 los que Carrasco recibió en la siguiente forma: $ 71.000 en efectivo, $ 25.000 en dos cheques, uno de $ 16.000 y otro de $ 9.000 y el saldo, o sea, $ 30.000 en una letra que fue recogida por el señor Acosta, quien entregó esa suma al señor Carrasco (fls. 41 vto. y 137 C. 1º).

"Esta suma tampoco ha ingresado a los haberes de la sociedad, lo cual nos permite fijar la cuantía del ilícito continuado en la suma de $ 176.881.27".

A los anteriores hechos se refirió el doctor Alejandro Venegas Gil, en su memorial-denuncio presentado ante el señor Juez Penal del Circuito de Ubaté el 14 de julio de 1956 (fl. 3 cuad. ppal. Tomo 1º) y en la diligencia de ampliación del mismo, visible al folio 6.

Adelantada la investigación, de acuerdo con el Decreto 0014 de 1955, terminó ella con la sentencia absolutoria del señor Juez 8º Superior, a que se hizo referencia antes, la que, revisada por el Tribunal Superior de Bogotá, fue parcialmente revocada.

Demandas de casación:

En la oportunidad debida, fueron presentadas dos demandas de casación, así:

1º Demanda del procesado, señor Carrasco Amaya. Fue su apoderado el doctor Luis Carlos Pérez, el que, en extenso estudio, hace brillante exposición doctrinaria, sobre diversos tópicos, y acusa, luego, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, con base en la causal segunda (2ª) de las señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por haberse dado a algunos hechos una errada interpretación, haberles atribuído por ese motivo un valor probatorio que no tienen, o haber negado a otros el que sí tienen o no haberlos "tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso".

Como consecuencia de ello, solicita que se case la sentencia acusada y que, en su lugar, se ab-

suelva a su representado de los cargos que se le han imputado.

2º Demanda del señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá. En ella se invoca la causal segunda (2ª) de casación, como principal, y la primera (1ª) como consecuencial de aquélla.

Se dice que, al interpretar erradamente los hechos, se desestimó el valor de la prueba, lo que llevó al Tribunal a aplicar a Carrasco Amaya, una pena muy inferior a la que, en realidad, le correspondía.

Se solicita, en consecuencia, que la sentencia acusada sea parcialmente invalidada, para que al procesado se imponga la sanción legal.

Posteriormente, al contestar los cargos que en estas demandas se hacen contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, se indicarán los razonamientos de los recurrentes.

Alegación de la parte civil.

El doctor Luis Zafra, apoderado de la parte civil, en jurídica alegación sustentatoria de la sentencia de que se trata, expone observaciones sobre técnica de casación, que se examinarán luego y analiza concretamente los cargos del señor apoderado de Carrasco Amaya.

Consideraciones de la Corte:

Primera demanda. La de Abel Carrasco Amaya, procesado.

La demanda del profesor Luis Carlos Pérez, apoderado de Abel Carrasco Amaya, reúne, en su forma externa, los requisitos exigidos por los artículos 205 y 531 del Código Judicial.

Comprende ella varios capítulos, en la siguiente forma:

Capítulo I. Es narración de los hechos de que da cuenta este proceso, tal como los ve el demandante.

Capítulo II. Contiene las "bases de la sentencia condenatoria".

Capítulo III. Se refiere a la demanda del señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Bogotá y se indican los motivos que dieron origen a ella.

Capítulo IV. Presentación de la causal segunda de casación para destruír el valor de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 9 de noviembre de 1961. Con base en este motivo de impugnación se enuncian en este capítulo, "los hechos mal apreciados y sus correspondientes pruebas", así:

"A) Los relativos a la vinculación de Carrasco y Venegas. La sentencia, acomodándose a una línea uniformemente mantenida, por la parte civil, estima que las relaciones entre los comuneros, se desenvolvieron con sujeción al documento firmado el 1º de julio de 1954, al cual reconoce fuerza de prueba plena respecto de la constitución y del funcionamiento de la sociedad. Concediendo a este escrito el valor que le da la ley civil, violó el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal que impone calificaciones distintas. También violó el artículo 253 ibídem.

"Al violar la disposición citada, esto es, al desconocer la autonomía probatoria en materia penal, violó el fallo igualmente los artículos 203, 204 y 205 de dicho cuerpo legislativo, pues, aplicándole al documento *las normas de la crítica,* como a toda confesión en derecho punitivo, se descubre que sus estipulaciones no tuvieron sino existencia aparente sobre el papel sellado. En la práctica eran otras las actividades desarrolladas por los signatarios, de donde síguese que ese escrito no da base para hacer ninguna atribución delictiva como consecuencia de su incumplimiento, por uno de los firmantes, o por ambos.

"B) Los relativos a las obligaciones de don Abel Carrasco. La sentencia declara que el procesado tenía el deber de llevar libros con las cuentas de su manejo, como único administrador de la sociedad, según el texto del documento, y que la confusión que se presentó en dichas cuentas deriva exclusivamente de las actividades dolosas de don Abel. Esta apreciación es errónea porque los dos asociados manejaron los negocios con iguales facultades acordadas tanto en el pacto social como en momentos posteriores; porque está plenamente probado que quien llevaba las cuentas era el denunciante Venegas, hasta que de sus manos recibió los libros y comprobantes el contador designado por don Abel; porque Venegas tuvo y ejerció funciones de *gerente* remunerado, según convención también ulterior al documento; porque los dos usaban la razón social, con capacidad de comprometer válidamente los intereses comunes.

"C) Los relativos a la apropiación de los ingresos por ventas de leche. El fallo da pleno valor a la diligencia de inspección ocular practicada en los libros de Gaudenzio Cestagalli, quien aparece como comprador de la leche ordeñada en los hatos de Carrasco y Venegas. Pero la plena prueba no la refiere al hecho de encontrar las anotaciones, sino a la apropiación del dinero por Carrasco. Concepto desviado porque el artículo 215 del Código de Procedimiento

Penal, da un valor limitado y directo a las observaciones del Juez y los peritos, y porque hay fuentes de certeza superiores que eliminan la imputación. Violó el fallo, consiguientemente, el citado artículo 215, así como el 204, 205 y el 272 de la misma obra.

"En relación con este punto, no hay elemento apropiable, como lo demuestran dos pruebas que el fallo no tuvo en cuenta: a) el informe rendido por los peritos designados por el Juez Penal Distrital; y b), el testimonio del contador Mario Hernando Suárez. El error crece con la falta de apreciación de estas dos pruebas.

"*D) Los relativos a la apropiación del dinero proveniente de la venta del ganado a Rogerio Acosta Rodríguez.* La sentencia dice que el hecho de no haber entregado a Venegas, o a la sociedad, o al juez, los $ 126.000, provenientes de la venta de las vacas a Rogerio Acosta, demuestra la apropiación de tales fondos a título no traslaticio de dominio; y que el propósito delictivo se robustece con la compra de dos fincas en momentos en que Carrasco era insolvente, pues que todo su haber habíalo traspasado a la sociedad. El pago del precio de los dos inmuebles después de enajenar el lote vacuno, es indicio de usurpación de este precio.

"Es también errónea esta apreciación sobre un elemento clave del corpus delicti porque contra ella militan realidades apodícticas como son: no haber salido los semovientes de la esfera de actividad del doctor Alejandro Venegas, lo que significa que Carrasco no disfrutaba de autonomía para manejarlos. Y en el caso de aceptarse que sí era tenedor autónomo su conducta fue jurídica, ya que, de una parte, como administrador, podía obrar contra el parecer de Venegas (artículo 2101 C. C.), y de la otra, estaba autorizado para retener el valor para seguridad de sus prestaciones (artículo 2188, ibídem). Al no aceptar cualquiera de los términos esta inevitable disyuntiva, aplicó equivocadamente el artículo 412 del Código Penal, cometiendo un grave error de derecho; y violó también por este otro aspecto los artículos 203, 204, 205 y 272 del Código de Procedimiento Penal".

Capítulo V. Exposición doctrinaria sobre "cómo se diversifican los sistemas civil y penal en orden al valor probatorio de los documentos privados".

Capítulo VI. Primer cargo contra la sentencia: "el Tribunal dio al documento un valor de que carece". Se refiere al documento por el cual Abel Carrasco Amaya y Alejandro Venegas Gil, dijeron haber "formado una sociedad civil" que "girará con la razón social Carrasco y Venegas", y dentro de las condiciones allí estipuladas.

Capítulo VII. Segundo cargo contra el fallo: "administración única de la sociedad". Se entra a demostrar aquí que en la sociedad "Carrasco & Venegas", la administración fue compartida por los dos socios y, en manera alguna, podría afirmarse que ella descansara exclusivamente en el socio Abel Carrasco Amaya, como lo admitió la sentencia acusada.

Capítulo VIII. Tercer cargo: "mala apreciación de la diligencia de inspección ocular". Trátase de una inspección practicada a los libros llevados por el señor Gaudenzio Cestagalli, quien compraba la leche que se producía en el hato de la sociedad de "Carrasco & Venegas".

Capítulo IX. Cuarto cargo: "error sobre el cuerpo del delito". Es una presentación del delito de abuso de confianza, de sus elementos constitutivos o estructurales, toda a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, para demostrar que, en el caso a estudio, aquella infracción de la ley penal no se ha tipificado.

Capítulo X. Análisis de "la demanda del Fiscal del Tribunal". Se rechazan las apreciaciones del funcionario, tendientes todas a obtener una *reformatio in pejus* de la sentencia.

La demanda termina con estas frases:

"Estas son mínimas reflexiones al margen, porque la acusación contra el fallo destruye su armadura incriminante. De allí el que reitere la petición de que don Abel Carrasco Amaya sea absuelto, sus bienes desembargados y levantado el secuestro que soportan, restaurando así garantías que jamás debieron violarse en el trámite de un proceso penal".

Como se ve, el demandante ha propuesto únicamente la causal segunda de casación para impugnar el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, condenatorio de Abel Carrasco Amaya.

Así se expresa:

"Para demostrar realidades procesales contrarias a las pretendidas por el Fiscal Segundo del Tribunal de Bogotá, invoco la misma causal de casación a que él se acoge, descrita en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pues el fallo recurrido interpretó o apreció mal hechos fundamentales referentes al cuerpo del delito de abuso de confianza, dando a las pruebas un valor de que carecen y desechando el que sí tienen; de donde se deduce la responsabilidad de don Abel Carrasco Amaya, a

quien, como veremos en el curso de esta exposición, no puede atribuírsele la conducta criminosa que califica el Tribunal".

Y luego indica como "hechos mal apreciados" los que se han señalado en las páginas 7 a 9, bajo los literales A) a D) de esta providencia.

La Corte va a responder brevemente a los cargos hechos contra la sentencia, en los siguientes términos:

Capítulo VI.

Primer cargo. "El Tribunal dio al documento un valor de que carece".

Por documento firmado el primero (1º) de julio de 1954, los señores Abel Carrasco Amaya y Alejandro Venegas Gil celebraron un contrato de sociedad, con estas bases:

a) La razón social sería "Carrasco & Venegas" y tendría domicilio en Ubaté;

b) El capital social sería de ciento noventa y siete mil pesos ($ 197.000), que los socios dijeron tener aportados en ganados;

c) El objeto social sería la explotación de la ganadería y lechería;

d) La sociedad tendría una duración de tres (3) años, prorrogable a voluntad de las partes;

e) Cada socio tendría el uso de la razón o firma social;

f) El socio Abel Carrasco Amaya "administrará los predios, ganados y lechería y tendrá un cinco por ciento sobre las utilidades líquidas de la producción de leche";

g) El movimiento de la sociedad se haría por cuentas bancarias;

h) Cada mes se haría un corte de cuentas para repartir utilidades. Debería dejarse para reserva en los bancos hasta la suma de tres mil pesos ($ 3.000);

i) Las utilidades y pérdidas se repartirían por iguales partes entre los socios;

j) Los "socios aportarán el usufructo de sus predios denominados 'Las Juntas' y 'Las Azucenas' ".

Finalmente, se dan normas sobre la liquidación de la sociedad y sobre otros temas.

Estimó el Tribunal Superior de Bogotá que, de acuerdo con este documento, reconocido por las partes y debidamente estampillado, entre Abel Carrasco Amaya y Alejandro Venegas Gil se constituyó una sociedad colectiva de carácter civil, cuya vida se inició el 1º de julio de 1954.

Para estimarlo así, el Tribunal atendió a las normas del Código Civil, que regulan esta clase de sociedades (Título 27, Libro Cuarto), a los artículos 21 y 22 del Código de Procedimiento Penal, en donde se enseña cuál es el valor que deba darse a las pruebas que se presenten al debate para "decidir cuestiones civiles o administrativas" y a conceptos de tratadistas de la materia, entre los cuales se cuenta el suministrado por el doctor Antonio Rocha.

La Sala, ante las encontradas opiniones expuestas en este expediente, acepta la misma interpretación dada por el Tribunal al documento constitutivo de la sociedad "Carrasco & Venegas", esto es, admite que se trata de una sociedad colectiva de carácter civil, dentro de las cláusulas que se fijaron atrás.

No se advierte, por tanto, error en la apreciación de esta prueba por parte del Tribunal.

En efecto, contra ella se esgrimen estos hechos:

a) Que el documento careció de seriedad, pues fue tomado del texto del doctor Rodríguez Piñeres y sólo fue estampillado, cuando se necesitó de él para exhibirlo como prueba.

Es notorio que entre Carrasco y Venegas Gil existió confianza. De ahí que no juzgaran, en un principio, como absolutamente necesario, acudir a un experto en la constitución de sociedades, para que les confeccionara una póliza para la que ellos estaban organizando. Pero sí tomaron un modelo, que no es propiamente el más perfecto, para alcanzar el fin que se proponían. Y a fe que lo lograron. Y si el documento sólo vino a estampillarse con mucha posterioridad, ello se debió a que no creyeron las partes, por la confianza que se demostraron, que llegara el momento en que tal escrito debiera exhibirse como prueba.

b) Hubo "modificaciones a la forma de negociar", así:

1º Carrasco Amaya vendía la leche del hato de "Carrasco & Venegas", a Gaudencio Cestagalli, en su propio nombre, y Venegas no reclamó contra ello.

Es cierto que el comprador de la leche se refiere siempre, en sus apuntaciones, a remesas hechas por "don Abel". Pero no lo es menos que el mismo comprador entendía que aquella leche provenía del hato que tenía don Abel Carrasco en compañía con Alejandro Venegas. Y la utilidad resultante de tal venta se repartía entre los socios.

Y si no fuera de esta suerte, ello indicaría que el señor Carrasco Amaya, desde un principio, procedía con deslealtad hacia su compañero. Pero

aquél, en indagatoria, afirma que esa leche era de la sociedad "Carrasco & Venegas".

2º Las declaraciones de renta de "Carrasco & Venegas", prescinden de la razón social pactada y hablan, en cambio, de la sociedad de hecho entre los dos socios. Sin embargo, se dice, las firmó Alejandro Venegas.

Las mencionadas declaraciones fueron hechas por un contador, a quien los socios autorizaron para poner sus firmas al pie. Fue, pues, ese contador quien dio errada denominación a la sociedad. Ello no hace que ésta deje de ser para convertirse en otra diferente.

3º Don Abel Carrasco y no "Carrasco & Venegas", vendió dos lotes de ganado a Marco Aurelio Pajarito. El primer lote fue vendido en treinta mil pesos ($ 30.000), suma que debería pagarse a Venegas. El segundo lo fue en treinta y seis mil pesos ($ 36.000).

El señor Carrasco Amaya figuraba como administrador de los bienes de la sociedad. Por ello, hacía algunas ventas, que estaban dentro del giro ordinario de la misma.

La existencia de la sociedad se reconoció, aunque sin mencionarla, en ambas operaciones. En la primera, Carrasco indicó que el valor del ganado debería pagarse a Venegas. Y en la segunda, fue el mismo comprador quien, al encontrarse con Venegas, le dio cuenta del negocio. A éste le pareció bajo el precio, "pero aprobó la operación y recibió el dinero". Todo ello hace pensar que, en realidad, Carrasco Amaya no vendió como suyo ese ganado.

4º Alejandro Venegas pignoró ganados de la sociedad para garantizar obligaciones propias suyas. Sobre tal acto no hubo reclamación de parte de Carrasco Amaya.

El hecho está enunciado, pero carece de clara demostración. Es cierto que Venegas hizo un préstamo y que lo garantizó con algunos ganados que se encontraban en "Piedra Gorda". Pero no se sabe si esos ganados eran de la sociedad.

c) "Incumplimiento o modificación respecto de los aportes".

1º "Los aportes no fueron iguales".

El documento de constitución de la sociedad habla de un capital social de ciento noventa y siete mil pesos ($ 197.000), "que los socios aportan por partes iguales, en ganados que la sociedad tiene recibidos".

De las declaraciones de renta de la compañía, se saca este dato:

"Forma y constitución de los aportes.

"Aporte señor Carrasco Amaya: suman los semovientes 159; valor $ 75.000.

"Aporte señor Venegas Alejandro: suman los semovientes 45; valor $ 75.000.

"Valor total de los aportes: $ 150.000".

Los semovientes aparecen discriminados, en uno de los cuadros explicativos de la declaración de renta de "Carrasco & Venegas", correspondiente al año de 1954, visible al folio 209 del cuaderno principal, Tomo 1º.

Luego, de las declaraciones de Carrasco y Venegas, en indagatorias y careos, se desprende que, en un momento dado, los aportes pudieron ser desiguales, pero que el socio Venegas "igualó" su aporte al de Carrasco, en forma aceptada por éste.

¿En qué forma "vino a completar el doctor Venegas" esos aportes? Carrasco afirma que Venegas "principió a igualarse en aportes con lo mismo que iba produciendo el hato que yo aporté y luego con el hato que compramos en la sabana...". "El me fue pagando dichos aportes casi en su mayoría con el producido de mi hato".

Venegas, en cambio, sostiene que "la diferencia a favor de don Abel se la cubrí suscribiendo a favor suyo un documento privado que está en su poder. Ese documento se lo fui cubriendo por medio de compensaciones".

Sea de ello lo que fuere, en el primer momento, los socios entregaron, como aporte a la sociedad, ganados por valor de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000), por partes iguales.

Todo hace pensar que Carrasco Amaya completó los aportes totales y que Venegas, para igualarse a él, le fue cubriendo lo que a él correspondía, bien con los producidos de la sociedad que se le entregaban, o bien, pagando la suma que quedaba a deber y que se hizo constar en un documento. Pero la sociedad recibió, en tal caso, el valor total de los aportes.

2º Modificación de los aportes o aumento del capital social.

Sobre este cargo la Corte acoge las siguientes apreciaciones del señor apoderado de la parte civil:

"La aportación es un fenómeno jurídico que tiene por fin *afectar* el bien aportado al objeto social, e implica una verdadera enajenación en favor del ente colectivo. El aporte puede consistir en dinero, en especies, en el goce de determinados inmuebles, en la propiedad de otros

bienes y hasta en el propio trabajo. (Art. 2081 C. C.).

"'Los aportes —dice el doctor Gabino Pinzón— deben estimarse en dinero cuando se hacen en otra clase de bienes, porque el derecho de los socios sobre los bienes aportados se resuelven en simples derechos personales que deben reducirse a un valor cierto, para determinar con seguridad en qué proporción concurren a las liquidaciones periódicas de utilidades y a la distribución final de los activos cuando se haga la liquidación de la sociedad, o la mayor o menor intervención en la dirección de la empresa social, a través de las votaciones, en algunas formas de sociedad'. (Derecho Comercial, Vol. II, pág. 245).

"La cifra en que se han estimado los aportes representa el capital social. Pero éste es distinto del patrimonio de la sociedad. Ello porque los bienes aportados pueden aumentar o disminuír en el curso de la vida de la compañía, llegando, en un momento dado, a ser superiores o inferiores a los que reza el acto de constitución del ente colectivo. En virtud de estas alternativas del ejercicio social, los contratantes están sujetos a recibir utilidades, o a sufrir las pérdidas que ocasione el negocio.

"Atendiendo a dichas fluctuaciones, las leyes fiscales colombianas, en lenguaje técnico y muy ajustado a los hechos, hablan de declaración de renta y *patrimonio,* y no de declaración de renta y *capital.*

"El contrato de sociedad disciplina el desarrollo de una actividad futura en interés común de los socios dentro del ámbito indicado por el objeto o giro social de la empresa. Por esa razón, como lo anota el ya citado tratadista colombiano doctor Gabino Pinzón, 'la doctrina moderna es enfática en atribuír al objeto social la eficacia de *limitar las facultades* de que goza la sociedad como persona jurídica y *los poderes de que pueden hacer uso sus representantes o administradores'.* (Pág. 284 de la misma obra). Subrayo.

"En este orden de ideas y considerando que la sociedad es un ser viviente, la ley prevé la modificación del pacto social para adaptarlo a las necesidades de la realidad. Y por eso, el aumento de capital no solo está permitido, sino que es obligatorio cuando, por una mutación de circunstancias no pudiere obtenerse el objeto de la sociedad, 'sin aumentar los contingentes', como lo estatuye el artículo 2113 del Código Civil.

"En tal virtud, el aumento de capital social a que se refiere el doctor Venegas en la diligencia de careo, al contrario de lo que piensa el demandante, fue un acto autorizado por la ley que puso en evidencia la vitalidad de la compañía y el propósito de los socios, de fortalecerla más con aportes superiores. O sea que el documento de fecha 1º de julio de 1954 adquiere mayor fuerza probatoria para demostrar la existencia de la sociedad, y para rechazar la inaceptable tesis de una *comunidad* entre el doctor Venegas y el señor Carrasco Amaya".

3º Inexistencia del inventario de los bienes aportados.

Al documento no se adhirió ningún inventario de los semovientes aportados por los socios. Pero en la declaración de renta, antes citada, se indica cuáles fueron los ganados entregados por cada uno de ellos.

4º "La cláusula decimasegunda dice que los socios aportan el usufructo de los predios 'Las Juntas' y 'Las Azucenas' ". Sin embargo, tal aporte no se hizo.

Sobre el particular, la Corte se atiene al concepto del doctor Antonio Rocha.

Dice:

"Ante esta posición dialéctica y conclusiva puede observarse:

"a) Que el total del capital social fue de $ 197.000, el cual quedó totalmente suscrito y pagado en muebles y semovientes, según el contrato;

"b) Que siendo así, el usufructo no puede tomarse como aporte, porque excedería al capital social, que es la suma de los aportes;

"c) Que por el mismo motivo de que el capital social se cuenta en forma que quedó completamente suscrito y pagado sin incluír el uso de los bienes ofrecidos en usufructo la cláusula duodécima no puede interpretarse como aporte social, sino como un mero uso o aprovechamiento temporal de esos terrenos, lo cual no es usufructo, y entonces quedan sin base el razonamiento y la conclusión del Juez. Tanto más si se considera que así lo interpretaron las partes, tanto porque el capital social no incluía el tal usufructo como porque los socios, según lo admite la sentencia, sí facilitaron el uso prometido de los predios. Es la manera de darle algún sentido útil a la voluntad de las partes, por aplicación que ellas mismas hicieron de su pensamiento (tercer aparte del art. 1622 del C. C.); y

"d) Que suponiendo cierta la interpretación que el Juez le dio a la cláusula duodécima, de que se trataba de un verdadero aporte, la consecuencia de la falta de entrega de un aporte la regula la ley en forma muy distinta de la de

tomar el no aporte como motivo de degeneración de la sociedad regular en sociedad de hecho, 2109 por ejemplo, o 2127 o 2128 en su caso".

"e) Incumplimiento o modificación del fondo de reserva".

En la cláusula "octava" del documento constitutivo de la sociedad se estipuló que, al hacer el corte de las cuentas, se dejaría en un banco un fondo de reserva "hasta la suma de tres mil pesos".

Tal fondo de reserva no llegó a constituírse. ¿Quién debía constituír dicho fondo de reserva? Desde luego, el administrador de la sociedad, o mejor, la persona que recibiría los producidos de los negocios de la sociedad. No hay duda que tal persona lo era el señor Carrasco Amaya, quien vendía a Cestagalli la leche que producían los ganados de "Carrasco & Venegas".

Capítulo VII

Segundo cargo. "Administración única de la sociedad".

"El segundo cargo contra el fallo —dice el apoderado del procesado— deriva en gran parte del que hemos enunciado y demostrado como primero: haber dado al documento un valor de prueba completa respecto de la administración ejercida exclusivamente por don Abel Carrasco".

"Afirmar que el señor Carrasco Amaya tuvo la responsabilidad exclusiva de los negocios y giros sociales en su calidad de administrador con poderes delimitados en el pacto constitutivo, es un punto de arranque que niega la realidad procesal... Seguir en esta dirección diciendo que esa calidad de mandatario le obligaba a llevar las cuentas de la empresa, es agravar el error. Pero condenar con el argumento de que el mandatario único oscureció mañosamente la contabilidad que manejaba para apropiarse los dineros comunes, cometiendo así el delito de abuso de confianza, es apreciación completamente opuesta al derecho, como pasamos a verlo".

"a) La administración compartida entre los socios".

Se dijo antes que la Corte, fundándose en los mismos elementos de convicción que tuvo a la vista el Tribunal Superior de Bogotá, aceptaba el documento suscrito por Carrasco y Venegas, como prueba de la constitución de una sociedad colectiva de carácter civil, que debe regirse por las normas generales del Título 27 del Libro IV del Código Civil, y en especial, por el Capítulo cuarto.

En la cláusula "sexta" del mencionado contrato se dijo:

"Sexta: el socio Carrasco Amaya administrará los predios, ganados y lechería y tendrá un cinco por ciento sobre las utilidades líquidas de la producción de leche".

Aunque ambos socios quedaron, de acuerdo con la cláusula "quinta" del documento de constitución de la sociedad, con derecho al uso de la razón social, por tratarse de sociedad colectiva, es lo cierto que la administración de los predios, ganados y lechería, se confió a Carrasco Amaya, a quien se pagaría por su trabajo extraordinario un cinco por ciento (5%) de las utilidades líquidas provenientes de la venta de la leche.

Todo, desde luego, marchó normalmente hasta el mes de marzo de 1956. De acuerdo con el contrato social, se hacía periódicamente el corte de cuentas y se repartían las utilidades. Venegas, residente en Bogotá, se trasladaba a Ubaté, sede de los negocios sociales. No había dificultades entre los socios.

Pero, a partir de aquella época, se presentaron las diferencias de que da cuenta este tan extenso expediente.

Y no sólo en el documento social se señala a Carrasco Amaya como administrador de la sociedad "Carrasco & Venegas". Son las declaraciones del procesado, de una parte, y sus actividades reales, de la otra, las que vienen a indicar que, efectivamente, él ejerció funciones de administrador, primero bajo la vigilancia del socio Venegas, y posteriormente, sin permitir a éste gestión alguna.

Al preguntarle, en efecto, en una diligencia de ampliación de indagatoria, si para negociar necesitaba él "contar" con Venegas, respondió:

"Es que yo no necesitaba de autorización de nadie, porque desde que se inició esa compañía de esos ganados, yo fui quien compré y vendí, porque el socio no sabe nada de eso. Como yo no sé si el socio lo poco que haya podido aportar lo cogió en leche, ya éste pagó el de sus aportes por eso yo le exigí al señor Salazar que me pagara el ganado a mí porque era mío, y era yo quien hacía las evoluciones, porque era de la sociedad y era siempre yo quien negociaba y hacía las gestiones y yo tenía la razón social en el documento, y era yo quien venía comprando y vendiendo".

Por tanto, se concedió a Carrasco Amaya la administración de la sociedad y él la ejerció. Vendía la leche, compró y vendió ganados, etc. Finalmente, alegando su calidad de administrador, enajenó ciento veinte (120) vacas a Rogerio Acosta, en ciento veintiséis mil pesos ($ 126.000) con lo cual, prácticamente, liquidaba la lechería,

si bien afirmando que con ello trataba de reemplazar el ganado existente con otro de mejor calidad, lo que no llegó a realizarse.

Por tanto, no es notoriamente errónea la apreciación del Tribunal en lo que toca con la administración de la sociedad de "Carrasco & Venegas".

No obstante, se dará alguna respuesta a los hechos que se tienen en cuenta en la demanda para demostrar que en la sociedad de "Carrasco & Venegas", hubo una administración conjunta.

1º Tanto Carrasco como Venegas devengaban sueldo de la sociedad, éste como Gerente de ella y aquél como administrador de la misma, según se ve de la declaración de renta, correspondiente al año gravable de 1954.

Generalmente, y con el ánimo de evadir impuestos, los socios se asignan cargos y señalan sueldos para ellos. De ahí que las mismas disposiciones fiscales hayan tomado cartas en el asunto y hayan limitado las cantidades que puedan tenerse efectivamente, como sueldos, para efectos de liquidaciones.

Aquí, los dos socios acudieron al parecer, a ese sistema, en las declaracionens que les hacía su contador.

Pero esto no alcanza, en manera alguna, a modificar la calidad o naturaleza de la sociedad que entre ellos se constituyó. Y tanto es así que ambos socios, en su oportunidad, invocan el documento constitutivo de la sociedad para defender sus respectivas posiciones en este proceso.

Fuera de lo anterior, hay abundante material de convicción que lleva a pensar que la acción de Carrasco fue ampliamente administrativa, y que la de Venegas se redujo a vigilancia de las operaciones que el administrador cumplía. Y estas son funciones que la ley civil asignaba al uno y al otro.

2º La venta de las ciento veinte (120) vacas la hizo Carrasco, no a nombre de la sociedad, ni como administrador de ella, sino como simple socio.

Es el señor Carrasco quien se encarga de desvirtuar esta afirmación, al decir, en carta de 30 de agosto de 1956, que "con fecha de ayer y a nombre de la compañía, vendí al señor Rogerio Acosta ciento veinte (120) vacas de las que se encontraban en las fincas de 'Las Juntas' 'Las Azucenas' y 'Piedra Gorda...', y al afirmar rotundamente, en diligencia de careo que 'Carrasco no fue quien vendió'. Quien vendió fue la sociedad 'Carrasco & Venegas', por tener Carrasco la razón social...".

Esto indica que, efectivamente, la administración andaba a cargo de don Abel Carrasco Amaya.

3º La administración conjunta de la sociedad aparece de bulto en el negocio de compra de un ganado a Rafael Antonio Calderón.

Tampoco es ello tan claro. Venegas, con el auxilio de Carrasco, compró a Rafael Antonio Calderón, un ganado, en el mes de junio de 1954, esto es poco antes de constituírse la sociedad. ¿Este ganado entraría a la sociedad? ¿O permanecería en poder de Venegas? No se sabe.

No podía existir administración conjunta en una sociedad no constituída aún.

4º Hubo consignaciones de dineros sociales en la cuenta de Venegas y aún en la de la esposa de éste.

Se indicó atrás que Carrasco vendió un ganado a Marco Aurelio Pajarito y que el valor de ese ganado fue depositado por el mismo comprador en la cuenta de Venegas, en Ubaté, pero con conocimiento y consentimiento de Carrasco. Ese valor fue oportunamente entregado a su dueño.

Hay prueba de que Pastor Sierra o Ladino era la persona que transportaba la leche de la empresa de Cestagalli a Bogotá. Los pagos o valor de la leche eran depositados por él mismo, en Ubaté, en el Banco de Colombia, en cuenta de la señora Ana Beatriz C. de Carrasco, unas veces, otras, en cuenta de Gaudencio Cestagalli y otras veces ese valor se entregaba directamente al señor Abel Carrasco.

¿Cómo, pues, apareció en cuenta de la señora Cecilia Medina de Venegas una suma de cinco mil pesos ($ 5.000) girados por Cestagalli? ¿La depositó allí Sierra? ¿O esa suma fue entregada a Venegas y éste hizo tal depósito? ¿Correspondía ella a utilidades del negocio?

Pero, sea lo uno o lo otro, era Carrasco quien vendía la leche del hato de la sociedad a Cestagalli, y era él quien debía recibir los valores correspondientes y distribuírlos, máxime si su nombre aparecía en las cuentas del comprador.

5º La compra de unas novillas a Jorge Luis Martínez revela que Venegas era administrador de la sociedad de "Carrasco & Venegas", al tiempo que lo era también el socio Carrasco.

No es claro el hecho de que Venegas hubiera comprado para la sociedad algún ganado perteneciente al señor Jorge Luis Martínez. Ni es tampoco claro que Carrasco hubiera hecho tal negociación. Las explicaciones sobre este asunto, dadas en un careo entre los socios, no aportan luz al respecto. Sólo se sabe que ese ganado estuvo

en predios de la compañía, que Carrasco reclamó el valor del pasturaje de los mismos y que Venegas contestó que estaba dispuesto a pagar lo que fuera liquidado.

Hubo, pues, gestión administrativa de Carrasco, en este asunto, al reclamar un valor para la sociedad.

"b) Quien llevaba la contabilidad y debía rendir cuentas".

"En la diligencia de careo —dice el demandante —cuantas veces sostuvo Carrasco que era Venegas quien llevaba la contabilidad, éste no se atrevió a negarlo, contestando con frases indirectas: 'yo no me obligué a llevar la contabilidad'. 'El hecho de que no se *hubiera obligado* a manejar la contabilidad no significa que efectivamente no corriera de su cargo' ".

Se ha dicho, en anteriores apartes, que para la Corte es claro, como lo fue para el Tribunal, que el señor Carrasco Amaya fue designado administrador de la sociedad "Carrasco & Venegas", en el mismo pacto social, y que él, evidentemente ejerció las funciones de su cargo. Siempre, al ser interrogado, se afirma en que él era el administrador de la sociedad, que podía comprar y vender y aún sostiene que su socio no tenía derecho a oponerse a las operaciones que él ejecutaba: "Como administrador yo podía vender, comprar y obligar al socio Venegas a cumplir cualquier negociación que de mi parte se hiciera...".

Si Carrasco era administrador, debía llevar cuenta de su administración, sin que fuera disculpa para no hacerlo el decir que pasaba algunos datos a su socio Venegas.

Lo que ocurre es que, mientras los socios marcharon en armonía, las partes no se tuvieron desconfianza. Y se juzgaba que sus apuntes personales eran suficientes para la defensa de sus intereses. Pero esto tampoco quitaba a quien compraba y vendía y obligaba a la sociedad su deber de llevar una cuenta exacta de la administración.

"El contador juramentado Mario Hernando Suárez (fl. 166) —agrega la demanda— declara que la contabilidad estaba de cargo de Venegas Gil...".

Mario Hernando Suárez, dijo, en efectó:

"La contabilidad inicialmente la llevaron los socios. Entiendo que se encargaba directamente de esto el doctor Venegas; esto hasta el mes de febrero, inclusive, del año de 1956. A partir del 1º de marzo de 1956, el socio Abel Carrasco Amaya administrador general de los bienes de la sociedad, según me consta de copia de un documento que reposa en mi poder, me ha encargado de llevar las cuentas de la sociedad...".

Indica luego cuáles fueron los libros y documentos recibidos de Carrasco y cuáles los que le entregó Venegas.

Como se acaba de indicar, los socios se tuvieron plena confianza hasta los primeros meses de 1956. De allí en adelante se perdió todo contacto entre ellos. Fue el momento en que se hizo por parte de Carrasco, quien ejercía una función administrativa, el nombramiento del contador Mario Hernando Suárez, quien se encargó de llevar, a partir de marzo de 1956, la contabilidad de la sociedad.

Lo anterior tampoco demuestra que Venegas Gil estuviera obligado a llevar la contabilidad de "Carrasco & Venegas", ni que la hubiera llevado efectivamente. Tuvo en su poder unos libros, que estaban en blanco, pues que no llevaba la contabilidad, y también algunos datos, precisamente los que dice Carrasco le enviaba periódicamente.

Mientras hubo armonía entre los socios, Carrasco, cada mes, rindió cuentas a su socio, y éste las aprobó. Fue a partir de la carta de 29 de abril de 1956, cuando Carrasco dio cuenta a Venegas de algunas negociaciones y le habló de la posible venta de todo el ganado del hato, "o por las vacas que las pagan a mil pesos, quedaría para repartir el resto; que para evitarnos serios disgustos sería mejor repartir en plata...", cuando se presentaron las diferencias que dieron nacimiento a esta investigación.

En este momento, y en carta de respuesta a la anterior (8 de mayo de 1956), Venegas pidió a Carrasco que nombrara un contador de su confianza, que revisara los apuntamientos que se llevaban sobre la marcha de la sociedad. "Le recuerdo —dice Venegas— que usted es quien ha suministrado, exclusivamente, todos los datos que han servido para las anotaciones correspondientes, y que esas anotaciones han sido el fundamento de las declaraciones de renta, las cuales fueron elaboradas por la persona que usted designó, o sea la oficina del doctor Parra González, que usted antes había utilizado personalmente".

Lo que indica que, antes de presentarse las diferencias entre los socios, no hubo una exacta contabilidad, porque el administrador no la llevó y porque Venegas se contentó con tomar apuntes de los datos que Carrasco le suministraba sobre los gastos hechos.

Este proceso no versa exactamente sobre esta materia. La investigación se ha encaminado a demostrar la existencia de un delito, por apro-

piación indebida de bienes sociales por parte del señor Abel Carrasco Amaya, como administrador de la sociedad "Carrasco & Venegas", delito que se dice cometido, no mientras hubo confianza entre los socios, sino a partir del momento en que no fueron repartidas las utilidades líquidas de la venta de leche y en que fueron vendidas ciento veinte (120) vacas de la misma sociedad.

Capítulo VIII.

Tercer cargo. "Mala apreciación de la diligencia de inspección ocular".

El señor Juez Penal del Circuito de Ubaté, en auto de 17 de julio de 1956, ordenó la práctica de una inspección ocular "sobre los libros o apuntes de comercio de Gaudencio Cestagalli", para establecer la venta de leches verificada por Abel Carrasco. Tal diligencia se cumplió el 11 de agosto de 1956.

En ella aparece don Abel Carrasco Amaya, como vendedor de leche al señor Cestagalli. No aparece, en cambio la sociedad "Carrasco & Venegas". El mismo Carrasco Amaya recibía el valor de esa leche.

Sin embargo, interrogado el señor Cestagalli, el 30 de agosto de 1956, manifestó que él entendía que esa leche pertenecía a los hatos de la sociedad "Carrasco & Venegas".

De otra parte, las utilidades de esa venta, eran las que se repartían mensualmente entre los socios. Con lo cual se admitió que, aunque don Abel era el que vendía, lo hacía a nombre de la sociedad. Carrasco así lo acepta, en su indagatoria.

Mensualmente, al liquidar las cuentas entre los socios, a cada uno de ellos se dio lo que le correspondía. Ninguno reclamó. Las reclamaciones vinieron ya en el mes de abril de 1956. Más concretamente, en junio de ese año, Venegas exigió se le entregaran sus utilidades en la venta de la leche.

Es un hecho cierto que don Abel Carrasco Amaya vendió a Gaudencio Cestagalli la leche que producía el hato de la sociedad "Carrasco & Venegas", como es cierto el hecho de que él recibía el valor de esa leche. Parte de ese valor fue consignado en la cuenta de la señora Ana Beatriz C. de Carrasco, en el Banco de Colombia, en Ubaté, y parte fue entregada directamente al señor Carrasco, según afirmación de Pastor Sierra o Ladino, que tiene respaldo en la de Cestagalli.

Y don Abel mismo, en indagatoria, sostiene que Cestagalli "hay veces que consigna... y otras veces me paga a mí en efectivo el señor Cestagalli, y él me debe bastante plata a mí".

¿Cuál fue la suma recibida por Carrasco Amaya, a cuenta de leche, en vista de la diligencia de inspección ocular a los apuntes o libros de la fábrica de quesos "Esnea", de propiedad de Gaudencio Cestagalli, suma que no ha llegado a la sociedad "Carrasco & Venegas"?

El Tribunal Superior de Bogotá, en su sentencia hace una cuenta que corresponde a la realidad, así:

Del 1º de marzo a la segunda semana de agosto de 1956, Carrasco vendió a Cestagalli 247.495 botellas de leche por un valor de $ 68.795.27.

Venegas recibió por ese concepto $ 7.257.

Carrasco debió recibir igual cantidad, más el 5% del producido líquido de la leche, de acuerdo con el contrato. Haciendo esta deducción del 5% del producido bruto, Carrasco debió recibir $ 10.657.

Quedaría un saldo a favor de la sociedad de $ 50.881.27.

De esa suma debe responder quien la recibió, que lo fue el señor Abel Carrasco Amaya. La sociedad de "Carrasco & Venegas" no la ha percibido efectivamente.

Todo demuestra, y en especial, los extractos de cuenta corriente en el Banco de Colombia, de Ubaté, correspondientes a la señora Ana Beatriz de Carrasco, que la suma de $ 26.960.94, fue depositada allí, parte por Pastor Sierra, el chofer que transportaba la leche a Bogotá, y parte, por Gaudencio Cestagalli, comprador de la misma.

Los $ 23.920.33 debieron, entonces, ser recibidos por Carrasco, de acuerdo con sus afirmaciones, en indagatoria, y atendido el dicho de Sierra y del mismo Cestagalli.

Mario Hernando Suárez informó, en declaración jurada, sobre su nombramiento como contador de la sociedad "Carrasco & Venegas", hecha por el socio Abel Carrasco Amaya, sobre sus gestiones para poner en orden la contabilidad de la mencionada sociedad, sobre sus contactos con los socios, etc. Pero no habló, y mal podía hacerlo, de las operaciones que estuviera haciendo Carrasco con el dinero proveniente de la venta de la leche a Cestagalli.

Pero sí presentó un balance o "un extracto de los ingresos y egresos sociales en el tiempo indicado", esto es, de marzo a agosto de 1956.

De acuerdo con ese balance, hay un saldo a cargo de Venegas y a favor de la sociedad por la suma de $ 605.10.

Ese balance ha sido tachado de falso por la parte civil, en repetidas oportunidades. Sin afirmarlo, la Corte sí tiene que decir que es sospechoso; en él se anotan las entradas y salidas; aquéllas corresponden a las ventas hechas por Carrasco, según informes que éste dio a Suárez; y éstas se refieren a pagos por compra y utilidades del socio Venegas. Pero no aparecen los comprobantes que las acrediten. Y es sabido que, de acuerdo con la ley civil, las partidas importantes de la cuenta serán documentadas, cuando quien debe rendirlas, no ha sido exonerado de ello.

Baste pensar que algunas de las partidas incluídas en el balance no corresponden a la realidad —como los pagos a Salomón Ruiz y Eduardo Moya— para que a esas operaciones contables no pueda concederse completa validez. Ruiz dice que "a mí no me han dado el aumento". Moya sostiene que "no me han pagado los aumentos". Y el balance carga, por esos conceptos, $ 350.00.

Pero es más, Carrasco sostiene: "...Antes del secuestro todavía no se había comprado el ganado que está ya contabilizado". ¿Cómo, pues, su valor se cargó a salidas?

Se dice, finalmente, que el saldo que el Tribunal dedujo contra Carrasco, choca con el informe dado por los peritos Camilo Mariño y Alfonso Barrero, el 7 de junio de 1957, ante el Juez Décimo Penal de Bogotá. Los datos que arroja este dictamen difieren de los del Tribunal de Bogotá y de los del contador Suárez.

Así es. Pero allí no se trata de un verdadero dictamen pericial, por no haberse cumplido con el pleno de las formalidades legales, pues ni siquiera se dio posesión a los peritos. Este vendría a señalar a favor de Venegas un crédito de $ 62.271.64 y no un saldo en contra suya de $ 605.10.

Esto indica que el Tribunal no erró al apreciar la diligencia de inspección ocular y antes bien se acomodó a la realidad que de ella se desprendía.

Pero es que, además, no fue la diligencia de inspección ocular la única base de convicción tenida en cuenta por el Tribunal, para afirmar que Carrasco se apropió de los dineros provenientes de la venta de la leche a Cestagalli, como se verá posteriormente. Sólo que el demandante desechó o no tuvo en cuenta, en su alegación, algunos de los hechos indiciarios analizados en la sentencia impugnada, con lo cual, de otra parte, fue incompleta la presentación de la causal 2ª de casación.

Capítulo IX.

Cuarto cargo. "Error sobre el cuerpo del delito".

Dice el artículo 412 del Código Penal:

"El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, una cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de diez a mil pesos".

Son, pues, de acuerdo con esta descripción, elementos estructurales del delito de abuso de confianza, en nuestra legislación:

1º Apropiación o traspaso al patrimonio del tenedor de una cosa mueble ajena.

2º Cosa mueble ajena que ha sido confiada o entregada a título no traslaticio de dominio.

La forma de apropiación se suele presentar por la consumación, la distracción, la retención inmotivada.

"Si no fuera tan clara la norma del artículo 412 al indicar que sigue la orientación francesa y no la alemana —dice el demandante— bastaría el epígrafe del capítulo para comprobar cómo el abuso de confianza lesiona el patrimonio así, defraudando, esto es, desarrollando una conducta infiel, contraria a la convenida. Defraudar es quedar mal con el que esperaba de nosotros algo, es faltar a los compromisos, traicionar la buena fe con que hemos sido favorecidos por otra persona".

Y agrega: "Si con arreglo al derecho francés, la apropiación específica del abuso de confianza se realiza faltando a la fidelidad debida a un compromiso, hay que aceptar con René Garraud que el elemento tipificador por excelencia es el fraude: 'aunque es el último en el orden cronológico, le damos el primer lugar porque es el más característico' ".

"Desde que el locatario —es cita del demandante— el mandatario, el depositario, el acreedor, el obrero asalariado o no, han dispuesto como dueños (*disposé en maitre*) de la cosa que les ha sido confiada, se puede decir teóricamente que la han disipado o distraído. En efecto, *détourner* es distraer un objeto de su destinación. *Dissiper* es a la vez hacer desaparecer y alienar un objeto, gastar una suma de dinero.

"El fraude consiste para quien posea a título precario la cosa de otro, si no en el hecho de apropiarse esta cosa, al menos en el de conducirse a sabiendas como propietario de ella, en perjuicio de su verdadero dueño o tenedor". (Traité, ed. cit., Tomo 6º, p. 500).

Por tanto, desde el momento mismo en que el tenedor fiduciario se conduce con respecto a la cosa, a sabiendas, como propietario de ella, ejecutando actos externos, reveladores del ani-

mus rem sibi habendi, está cometiendo el fraude, porque cambia un título precario, en posesión con ánimo de señor o dueño.

Y agrega el demandante:

"El fraude se opone a la verdad de las relaciones e implica movimentos sorpresivos que obligan al agente a desplazarse en el silencio o la sombra, ya que si actúa a plena luz pone en guardia a la víctima para que provea a la defensa de sus intereses. El defraudador obra a espaldas del propietario, encubierto, reservado, haciendo lo posible porque sus preparativos no sean conocidos ni de éste ni de quienes puedan avisarle, y se atiene a la vieja consigna de *el golpe avisa.* Por lo mismo, no existe fraude cuando los proyectos se comunican al interesado, cuando se anuncian a otros, cuando se cumplen normalmente de modo que cualquiera pueda enterarse de su dirección o sustancia".

El fraude puede, es cierto, manifestarse por actos ocultos. Pero, en personas avisadas, se da también a la luz del día, y con el ánimo bien estudiado de obtener para la actividad dolosa un consentimiento, al menos tácito. Si la presunta víctima, conocedora de la actividad del sujeto activo del delito, no se opone, en forma alguna, y antes bien, guarda silencio, podría pensarse que está aceptando tácitamente la acción dañosa. En tal caso, el perjudicado mal podría quejarse por el acto que le causó daño. De manera que fraude no es sinónimo de ocultación.

Conviene estudiar, por tanto, si el procesado obró correctamente, sin ánimo de dueño, cuando ejecutó las actividades que se le imputan a título de delito, y siguiendo, desde luego, el orden señalado por la demanda.

Se dijo atrás que el señor Carrasco Amaya, como administrador de la sociedad "Carrasco & Venegas", tenía a su cargo el manejo de los bienes sociales. El manejaba el hato, productor de leche; él compraba y vendía ganados, dentro del giro ordinario de la sociedad; él pagaba deudas y cobraba los créditos. Y podía realizar todas estas operaciones, porque los bienes sociales estaban en su poder. Era él un tenedor jurídico, un tenedor fiduciario. Los socios, Carrasco y Venegas, se desprendieron de determinados bienes —que vinieron a formar el haber social— y los entregaron a la sociedad, que es persona jurídica, distinta de ellos. Esos determinados bienes pasaron a ser manejados por el administrador social, quien, en esta forma, vino a ser tenedor jurídico o fiduciario de ellos.

Desde luego, en sociedades como ésta, la administración puede ser conferida, en el contrato social, a varios de los socios. En tal caso, cada uno de los administradores puede ejecutar cualquier acto social, pero "los productos de las diversas gestiones de los socios en el interés común pertenecen a la sociedad".

En el caso a estudio, ya se ha dicho y repetido que la sociedad "Carrasco & Venegas", sólo tuvo un administrador, que lo fue el señor Abel Carrasco Amaya. Así se estipuló en el contrato social y así lo ha aceptado el procesado, en diversas piezas que obran en el expediente. Contra la confesión repetida de Carrasco y contra el contrato social, debidamente interpretado por el doctor Antonio Rocha, nada cabe en contrario.

Ello lleva a concluír que el señor Abel Carrasco Amaya tuvo la tenencia jurídica o fiduciaria de los bienes de "Carrasco & Venegas". No se desconoce, con esta afirmación, que el señor Venegas ejerció sobre las funciones del administrador el derecho de vigilancia y de control, que las leyes le permitían, y esto mientras existió plena armonía entre los socios. Cuando el "buen entendimiento entre los señores Carrasco y Venegas" desapareció, ya aquella vigilancia y control se hicieron imposibles. Y fue precisamente el momento en que el señor Carrasco Amaya obró en perjuicio de la sociedad, con el aprovechamiento por su parte del producto de la venta de la leche y con la venta de la mayor parte del ganado, que constituía el hato de la sociedad y casi pudiera decirse que la razón de ser de la misma.

Sin que valga decir, contra lo que se acaba de afirmar, que Carrasco, al designar un contador, ponía a salvo los intereses sociales, pues el señor Suárez, en realidad, como se indicó en otra parte de este escrito, no cumplió exactamente con su deber. Fuera de ello, mientras el encargado de la contabilidad hacía sus apuntes, con los datos que le suministraba Carrasco, éste cumplía los actos que han dado lugar al proceso: la venta de las 120 vacas y la apropiación de los dineros provenientes de la venta de la leche.

El Tribunal analizó la prueba de inspección ocular a los libros de Cestagalli y encontró que Carrasco había entregado a éste determinada cantidad de leche y que el comprador, a su vez, había pagado su valor. Parte de éste fue depositado directamente en la cuenta de doña Ana Beatriz C. de Carrasco, en el Banco de Colombia, en Ubaté, y parte fue recibida directamente por el señor Carrasco Amaya.

La venta de las 120 vacas es fraudulenta también, porque ella se hizo en notorio perjuicio de la sociedad "Carrasco & Venegas", primero porque privó a ésta, de un solo tajo, de la fuente

productora de beneficios, y luego, porque su precio fue inferior al que realmente tenían aquellos semovientes.

Si Venegas se opuso a ese acto, ello fue, como antes se explicó, en ejercicio de la función de vigilancia que a él correspondía, como socio, y en defensa de los intereses sociales, ya que, con la venta del ganado, en realidad se segaba la fuente de ingresos a la sociedad. Bien que Carrasco manifestó que, al cumplir esa actividad, pretendía cambiar ganado de una raza determinada, por otro que se acomodara mejor a las condiciones del clima, pero tal hecho no se cumplió.

La función cumplida por Venegas era conveniente mientras la sociedad, en su administración, marchaba correctamente. Y era necesaria, cuando el administrador ejercía ya funciones que se salían del giro ordinario de la misma.

Al administrador de una sociedad les es lícito cumplir las funciones ordinarias y aquéllas que se le asignaron en el pacto social, pero "no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones que las comprendidas en el giro ordinario de ella".

El doctor Antonio Rocha fija las "normas legales positivas que establecen *la conducta de un administrador* y su responsabilidad cuando la sociedad es de derecho", en estos términos:

"Ellas están localizadas principalmente en los artículos 2101, 2103, 2105, ordinal 2º del 2107 y 2120 del Código Civil. Lo fundamental de estos preceptos es que la ley trata al administrador de la sociedad como a un mandatario, sujeto a restricciones; no puede obligarse ni enajenar sino *'dentro del giro ordinario de la sociedad'*; sus facultades son eminentemente conservadoras de los bienes, como lo dice el 2104, aún para casos urgentes, en los que apenas la ley le reconoce el carácter de agente oficioso; de otra manera es responsable y no obliga a la sociedad, según el 2105; y cuando el 2107, ordinal 2º, le permite servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, es 'con tal que las emplee según su destino ordinario, y *sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros'*; finalmente, 'aún el socio exclusivamente encargado de la administración', dice el inciso final del 2120, si no contrata a nombre de la sociedad, no la obliga, ni por tanto, a sus consocios.

"Obsérvese cuán diferente es el régimen de administración, de bienes sociales en las regulares colectivas civiles que el de la comunidad cuasi contrato que creyó del caso aplicar el Juez en el fallo comentado".

El "giro ordinario" de la sociedad "Carrasco & Venegas" fue la explotación de un hato de ganado de leche. Ello se desprende de múltiples probanzas aportadas a este extenso debate. De manera que la venta de casi todos los animales que componían el hato, sin que éstos fueran repuestos, es algo que se sale de las operaciones ordinarias del negocio. Con ello simplemente se daba término a la explotación de lechería, que era lo que rendía las utilidades que se repartían mensualmente entre los socios, mientras éstos se guardaron confianza. Se llega hasta admitir que Carrasco, señalado como administrador, podía obrar contra el parecer del socio Venegas, pero desde luego "conformándose a las restricciones legales, y a las que se le hayan impuesto en el respectivo mandato". Y entre tales restricciones están las señaladas en el artículo 2103 del Código Civil.

"El mandatario, por ejemplo, dice la Corte, puede disponer de la cosa si está autorizado para ello por los términos del mandato, con tal que esa facultad de disponibilidad sea inherente a la función administrativa y no se ejercite en su propio beneficio, es decir, a condición de que entregue el fruto del objeto que vendió o transformó en otro valor". (Sen. 3 de diciembre de 1945).

Para terminar la exposición de los cargos que la demanda hace contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, con base en la causal segunda de casación, el demandante trae estas observaciones:

a) "Probado el caos contable hasta el primero de marzo de 1956, tanto que nadie ha logrado reconstruír los detalles ni el monto de las operaciones con antelación a esa fecha", "si Carrasco hubiera retenido los fondos confiados habría actuado conforme al derecho...".

Los negocios de "Carrasco & Venegas" —vuelve a repetirse— marcharon armónicamente durante los primeros veinte meses de vigencia del contrato. No se ve, pues, por qué, volviendo sobre algo terminado, se van a retener fondos para la seguridad de prestaciones no demostradas. Recuérdese que los actos a que se refiere este expediente tuvieron cumplimiento con posterioridad a marzo de 1956.

"Pero estas son puras hipótesis —dice el mismo demandante —pero si se dudara de las situaciones reales de que informa el proceso".

b) "Sin embargo, puede alegarse: ¿dónde está el dinero proveniente de la enajenación de las vacas? Don Abel Carrasco lo tiene. Está en su poder. No lo ha negado en ningún momento. Lo conserva por cuenta ajena".

No hay documento alguno que pruebe la existencia de ese dinero en poder de don Abel Carrasco Amaya. Ni un extracto bancario, ni un testimonio que demuestre que Carrasco lo conserva. Se trajo, en cambio, una declaración de renta, correspondiente al año de 1956, en la que no aparece anotada aquella suma. Y tal declaración es rendida bajo juramento.

c) El avalúo pericial sobre los bienes pertenecientes a don Abel Carrasco acusa su capacidad económica, pues es titular de predios embargados y secuestrados en este proceso "que representan valores más de tres veces superiores a los de la indemnización estimada por la parte civil", son $ 500.000, en inmuebles, en créditos por valor de $ 20.000 y en el valor de su aporte en "Carrasco & Venegas". En Caja y Bancos aparece una suma cercana a $ 13.000. Las deudas que afectan el patrimonio alcanzan a $ 93.500. No aparece, en la declaración de renta, que se deba nada a la sociedad "Carrasco & Venegas".

Lo anterior no impide que el señor Carrasco Amaya hubiera tomado el producido de la leche del hato de la sociedad y que hubiera vendido 120 vacas del mismo, en perjuicio de la misma sociedad.

Tales los cargos contra la sentencia condenatoria de Abel Carrasco Amaya, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, y tales los hechos en que aquéllos se apoyan o fundamentan.

Pero el fallo en cuestión no se detiene en los elementos de prueba que contradice la demanda del señor apoderado de Carrasco Amaya. Otra serie de hechos, cuyas pruebas no fueron analizadas por el recurrente, sirvieron al sentenciador para afirmar la responsabilidad penal del procesado. Y ellos son indicadores de una actividad dolosa.

Entre éstos, a manera de ejemplo, se citan los siguientes:

1º Rotas las relaciones entre los socios, Venegas nombró ante Carrasco, como su representante para que se entendiese con el administrador de la sociedad, al señor Marco Antonio Rodríguez. No fue escuchado éste por el procesado.

2º La consignación de dineros de la sociedad en la cuenta de la señora esposa de Carrasco, doña Ana Beatriz C. de Carrasco, no fue desvirtuada por el demandante.

3º Las ciento veinte vacas vendidas a Rogerio Acosta, lo fueron por valor muy inferior al que estos semovientes tenían en el mercado, según concepto pericial.

4º Vendidas las vacas, éstas permanecieron en pastaje en las fincas de la sociedad, a precio muy por debajo del que debía pagarse por este servicio.

5º La venta del ganado se hizo cuando ya Venegas había manifestado su oposición a ello y estando en marcha un denuncio criminal contra el administrador.

6º El negocio de venta de las ciento veinte vacas se hizo en momentos en que el señor Carrasco Amaya se encontraba en difícil situación económica, pues había comprado algunos inmuebles y no había logrado un préstamo en la Caja Agraria.

7º En su instructiva, Carrasco Amaya manifestó que había vendido el ganado para reemplazarlo por otro. No se ha intentado demostrar que aquella reposición de los semovientes se hubiera efectuado.

8º Carrasco compró, en los momentos en que "rompía hostilidades" con el socio Venegas, dos fincas, así: por escritura número 153 de 26 de abril de 1956, compró a Alfonso Jiménez, la tercera parte de la finca "Piedra Gorda", en Guachetá, en la suma de $ 30.000, que el comprador paga de contado y que el vendedor da por recibida; y por escritura número 4248 de 15 de septiembre de 1956, compró a María Antonia Reyes de Correa, la finca "La Riviera", en Guachetá, en $ 137.000, de los cuales declara recibidos $ 75.000.

9º Carrasco pagó esas cantidades, por conducto de su señora esposa, en momentos en que su solvencia económica era bien escasa, pues no poseía bienes distintos a los aportados a la sociedad, y "las utilidades presuntas de dicha sociedad, no alcanzaban en manera alguna para cubrir esos compromisos. Así se desprende claramente de las propias declaraciones del acusado Abel Carrasco y de la copia de sus declaraciones de renta".

10. Carrasco incide en contradicciones inexplicables. Así, al inquirir la razón por la cual no se había consignado ninguna suma en bancos, el procesado manifiesta que no hay nada para consignar. Acababa, sin embargo, de notificar a Venegas la venta del ganado cuyo precio se pagaba "parte de contado y parte a plazo".

Son éstos algunos de los hechos indiciarios, cuya prueba fue estimada por el Tribunal, en su sentencia, y que el demandante no desvirtuó.

La Corte ha dicho, con ponencia del Magistrado Barrientos Restrepo, que "habiendo sido

alegada, como motivo de casación, la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el demandante estaba obligado a analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito y de la pena. Ello, porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas las saca el Juez de la masa de pruebas que le suministra el proceso, y no de una mera fracción de ellas. El conocimiento y la convicción a que llega el sentenciador es, pues, el resultado de un análisis del conjunto probatorio, y por eso el estudio de la mencionada causal es arduo para el demandante, como lo fue también para el encargado de administrar justicia".

Expresó asimismo:

"Es decir, si la sentencia es una resultante o consecuencia de premisas fundadas en los hechos y de las consiguientes apreciaciones jurídicas, síguese de allí que la demanda contra ella debe examinar exactamente los elementos probatorios que aceptó y apreció el fallador. Sólo así se tendrá la visión de conjunto que tuvo éste para sustentar el fallo". (Casación de febrero 6 de 1963).

Y en casación de mayo 24 de 1961, se había dicho:

"Ha sido doctrina reiterada de la Corte la de que cuando en casación se invoque la causal segunda de que trata el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es indispensable, para que el recurso pueda prosperar, que en la demanda se haga un estudio integral de orden jurídico sobre todas las probanzas en las que se fundó la sentencia acusada, para establecer la responsabilidad del sindicado y la pena que se le ha impuesto, con el fin de que el recurso extraordinario de casación, que es un recurso especial y ajustado a una técnica procesal estricta, no se convierta en una tercera instancia con alegaciones propias de los recursos ordinarios. De consiguiente, en casación el recurrente, cuando invoca la causal segunda, debe demostrar, con toda precisión y claridad, que por parte de los juzgadores de instancia se incurrió en un notorio error en la valoración de las pruebas, por haber sido apreciadas dándoles un valor que no tienen, o porque se les negó el que legal y razonablemente tienen; por haber desconocido hechos que fueron suficientemente probados o por haber incurrido en contradicción sobre los mismos. Es menester, por tanto, que el demandante en casación y cuando invoca la causal segunda, haga en su demanda un estudio coherente y lógico de los hechos, premisas y conclusiones, de tal manera que salte a la vista que las conclusiones del fallo impugnado fueron evidentemente erróneas, y que de consiguiente, fue también notoriamente equivocada la sentencia acusada. El impugnador debe por lo tanto, hacer un estudio y análisis probatorio exhaustivo de los hechos y las pruebas que conduzca a la demostración de que la decisión del fallador de segunda instancia carece de respaldo racional y jurídico".

Finalmente, debe recordarse que la doctrina de la Corte ha sido constante en el sentido de sostener que el error a que se refiere el numeral segundo del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es el error notorio, protuberante o grave, y en manera alguna la simple disparidad de criterios entre el que demanda y el que dictó el fallo.

Así, en casación de 4 de febrero de 1963, se dijo:

"...para que el recurso de casación prospere con base en esta causal (la segunda), es necesario que el Tribunal que haya dictado la sentencia, cuya invalidación se solicita, haya incurrido en error evidente, de gran claridad, en forma tal que, al intepretar la prueba, se aparte de la lógica más elemental para aceptar contenidos que, en realidad, no tiene".

El análisis hecho por la Corte está demostrando que ese error no cuenta con la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, pues que su interpretación de las pruebas no pugna con la realidad.

Habiéndose, por tanto, omitido "la réplica de todos los elementos de convicción que utilizó el Tribunal para sustentar la condena" de Carrasco Amaya, y por no estar demostrado el error grave en la apreciación de la prueba, se concluye que la causal segunda invocada, en este caso, no podrá prosperar. Y con ello, no será invalidada la sentencia.

Segunda demanda: La del Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Bogotá.

El señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Bogotá invocó en su demanda, que se acomoda a los términos legales, la causal segunda de casación, como principal, y la primera, como consecuencia de aquélla.

Tiene ella varios apartes o capítulos, así:

1º "Segunda causal. Errada interpretación o apreciación de los hechos".

Dice así:

"La acusación contra la sentencia recurrida la baso en otros aspectos, que son:

"1º El Tribunal interpretó erróneamente los hechos y sus respectivas pruebas, al considerar que el procesado Abel Carrasco A. cometió un solo delito continuado de abuso de confianza con la apropiación indebida y reiterada de los dineros provenientes de la venta de leche de la sociedad 'Carrasco & Venegas' y con la apropiación, también ilícita, del dinero correspondiente a la enajenación de las 120 mejores vacas de la misma compañía, cuando lo cierto es que Carrasco Amaya, de acuerdo con las pruebas allegadas a los autos, consumó dos delitos distintos y autónomos de abuso de confianza, a saber: uno continuado con la apropiación repetida de los dineros de la venta de leche, y otro abuso de confianza instantáneo al enajenar abusivamente las 120 vacas mencionadas de la sociedad y quedarse con el precio de ellas sin razón ni derecho. Es decir, que se trata aquí de un claro caso de concurso real de infracciones, el cual regula el artículo 33 del Código Penal.

"En esta forma y en el orden procesal, la sentencia quebrantó los artículos 203, 205 y 206 del Código de Procedimiento Penal.

"2º Asimismo, el Tribunal interpretó erróneamente los hechos y sus respectivas pruebas al individualizar la sanción en su mínimo (artículos 32, 412, 413 y 414 del Código Penal), sin tener en cuenta la manifiesta gravedad de los delitos cometidos por Carrasco Amaya contra el patrimonio, gravedad que es uno de los índices señalados por el artículo 36 del estatuto represivo para adaptar la pena al delincuente. Los hechos demostrados en el proceso no dan margen alguno para aplicar el mínimo de la sanción, sino una medida represiva superior al mismo.

"Por este otro aspecto, también en el campo procesal, la sentencia recurrida violó igualmente los artículos 205 y 206 de la Ley 94 de 1938.

"En síntesis, el Tribunal no tuvo en cuenta hechos decisivos, acreditados en el proceso, que rompen el nexo de continuidad de las acciones criminosas realizadas por Carrasco Amaya y que estructuran un doble delito de abuso de confianza (continuado el uno e instantáneo el otro); como tampoco tuvo en cuenta otros hechos, igualmente demostrados, que determinan un aumento de la pena impuesta. Esos errores llevaron al Tribunal a fijar la sanción con injustificada benignidad".

2º "Hechos punibles y actuaciones procesales".

Es un recuento detallado de los hechos que han dado origen a esta investigación y de la marcha de la misma, desde que fue presentado el denuncio respectivo, hasta el momento en que el Tribunal Superior de Bogotá dictó el fallo condenatorio, que es motivo del presente recurso.

3º "Motivación de las causales invocadas causal segunda".

a) "Concurso real de infracciones: dos abusos de confianza en vez de uno solo continuado".

Dice así:

"El Tribunal estimó en la sentencia acusada que las acciones criminosas realizadas por Carrasco constituyeron un solo delito de abuso de confianza que calificó de continuado, cuando lo cierto es que tales acciones tipifican una infracción continuada de apropiación indebida y otra instantánea de la misma naturaleza, según las pruebas que adelante se analizarán".

"...Es decir, que el comportamiento de Carrasco sobre el particular reúne, a cabalidad, los elementos constitutivos del delito continuado. Sobre esto no hay vacilación ni controversia, ya que el fallo recurrido del Tribunal acepta plenamente que existió la continuación delictiva en lo concerniente a los malos manejos de los dineros de la venta de leche.

"En cambio, ese delito continuado cesó con la venta de las 120 vacas del haber social que hizo Carrasco a Rogerio Acosta, hecho que implicó un nuevo delito de abuso de confianza.

"El cargo correspondiente contra la sentencia acusada es fácil de probar. En efecto, si Carrasco tuvo grandes facilidades para disponer de los dineros de la leche, no sucedió lo propio respecto de la venta del ganado y de la apropiación indebida de los ciento veintiséis mil pesos que recibió por ese negocio. Para ello tuvo que vencer especiales resistencias y emplear diversos medios que, de suyo, patentizan el rompimiento del designio unitario que exige el delito continuado".

"En este sentido —dice más adelante el señor Fiscal recurrente— la sentencia acusada incurrió en mala apreciación o interpretación de los hechos al no tomar en cuenta, hallándose acreditadas en el proceso, todas las pruebas antes mencionadas, que le indicaban al juzgador la ruptura del nexo de continuidad entre la apropiación indebida de los dineros de la leche y la apropiación abusiva de los ciento veintiséis mil pesos provenientes de la venta del ganado. Dicha omisión sustancial del sentenciador de segundo grado, por supuesto, lo llevó a unificar en un

solo delito continuado de abuso de confianza esas acciones criminosas ejecutadas por Carrasco, acciones que eran inconfundibles e independientes por virtud de los singulares hechos que mediaron entre una y otra actividad, ambas punibles. En una palabra, el Tribunal dejó por fuera de la represión el concurso material de infracciones, error que provino de no haber apreciado los elementos probatorios de que antes se habló.

"Por eso, en el campo procesal, violó los artículos 203, 205 y 206 del Código de Procedimiento Penal".

b) "Errada interpretación de los hechos sobre la adaptación de la pena. Debió aplicarse ésta en un término superior al mínimo e inferior al máximo".

Dice:

"El Tribunal se atuvo, para aplicar la pena, solamente a las circunstancias de mayor y menor peligrosidad y descuidó, como ya se dijo, otro factor importantísimo respaldado en el proceso: la gravedad y modalidades de los delitos cometidos por Carrasco".

Sobre la gravedad del delito, el Fiscal demandante arguye:

"Es decir, que el perjuicio de la compañía 'Carrasco & Venegas', fue máximo, ya por haber sido vendida casi la totalidad de las vacas lecheras, bien porque esas vacas constituían lo más seleccionado del conjunto. Prácticamente se segaron las fuentes de producción de la sociedad y se acabó con el objeto de la misma, puesto que cuando Carrasco vendió el lote de que se hace mérito, la compañía sólo contaba con 159 vacas de producción, según lo manifestaron los mismos peritos en la referida ampliación de su avalúo.

"En consecuencia, resulta palmario que el Tribunal hizo mala apreciación de los hechos al no tomar en consideración el contrato de sociedad y los dictámenes pericialmente mencionados como pruebas determinantes de un aumento de la sanción impuesta, por el aspecto de la singular gravedad que tuvo el delito relativo a la venta de las 120 vacas".

Hablando de la cuantía de la infracción manifiesta:

"Lo expuesto significa que no podía adaptarse, en su mínimo el artículo 414 en mención. Debió aumentarse la pena con fundamento en la crecida cuantía de las infracciones. No lo hizo así el Tribunal, en primer término, por haber omitido apreciar el dictamen pericial sobre avalúo de los ganados, el extracto de la cuenta corriente de doña Ana Beatriz de Carrasco y la diligencia de inspección ocular de los libros de Gaudencio Cestagalli, que demuestran la magnitud de lo apropiado por Carrasco; y en segundo lugar, por haber puesto en el mismo nivel de igualdad al delincuente que se apropia de $ 10.001, con el que se queda abusivamente con la cantidad de $ 206.881.27, igualdad que rechaza el mero sentido común.

"c) *Concurrencia de agravantes.* La sentencia acusada hace valer contra Carrasco dos circunstancias modificadoras de su responsabilidad, esto es, el carácter de administrador o mandatario que tenía cuando consumó las infracciones, y ser mayor de diez mil pesos la cuantía de éstas. Agravantes que están especialmente previstas por los artículos 413 y 414 del Código Penal, en su opinión.

"Pero ello no impide que esa acumulación de las dos circunstancias demuestre una mayor peligrosidad en el acusado, como que indican, por sí solas, perseverancia en el delito y falta de repugnancia ante la idea y la acción criminosas. No hay paridad de casos entre vencer una sola resistencia para delinquir y en violar múltiples obstáculos que el legislador pone en defensa de los derechos individuales y de la seguridad social".

4º "Primera causal. Mala aplicación de la ley penal sustantiva".

Esta causal se alega como consecuencial de la primera. Se dice que fueron violados los artículos 32, 33, 36, 401 y 414 del Código Penal.

La alegación del demandante concluye solicitando un considerable aumento de la pena impuesta a Carrasco Amaya, en los siguientes términos:

"Por consiguiente, tomando como pena básica la del delito continuado, se tiene:

"Según los artículos 412 del Código Penal y 1º del Decreto legislativo 2184 de 1951, la sanción para el abuso de confianza común es de uno a tres años de prisión y multa de diez a mil pesos. Como, según lo expuesto, concurre uno de los índices de peligrosidad establecidos por el artículo 36 ibídem, o sea la gravedad y modalidades del hecho delictivo, hay que aplicar la pena en un término superior al mínimo. Así, puede fijarse un año y seis meses de prisión por este primer aspecto.

"Pero Carrasco cometió los delitos en su calidad de socio y administrador de la *compañía colectiva civil* 'Carrasco & Venegas', calidad que le imponía extraordinarios deberes de lealtad

para con dicha sociedad. Entonces no se le puede imponer a Carrasco el mínimo del artículo 413, por lo que la pena debe subirse en una tercera parte.

"La cuantía del delito continuado fue de $ 50.881.27, que excedió en mucho el límite de $ 10.000 que señala el artículo 414. Debido a lo cual tampoco cabe aquí el mínimo allí indicado. Es justo, pues, aplicarle otra tercera parte por este nuevo concepto".

"...Determinada ya la sanción base con sus circunstancias modificadoras, procede el aumento por la continuación del delito de conformidad con el artículo 32 del estatuto represivo. Y como fueron múltiples (más de dos) las acciones criminosas que concurrieron a formar el delito continuado, dicho aumento no puede ser el mínimo. Es aceptable una quinta parte.

"Haciendo las cuentas respectivas, la sanción para el delito continuado queda así:

"Un año y seis meses de prisión, conforme a los artículos 412 del Código Penal y 1º del Decreto 2184 de 1951. Seis meses más, como tercera parte autorizada por el artículo 413. Otro aumento de seis meses, al tenor del artículo 414, que representa también una tercera parte. Todo esto asciende a dos años y seis meses de prisión, a los cuales se agrega una quinta parte de ese total, o sean seis meses, por mandato del artículo 32. Resultan entonces tres años de prisión, que es la pena correspondiente al delito continuado de abuso de confianza.

"A esta sanción se le agrega la concerniente al otro delito instantáneo de abuso de confianza (venta del ganado y apropiación del dinero respectivo). El aumento puede ser hasta de 'otro tanto' (art. 33 C. P.). No procede el mínimo; dada la particular gravedad del hecho derivada de su cuantía ($ 156.000) y de los perjuicios causados a la víctima. Por tanto, se justifica un aumento de año y medio de prisión, que es la mitad de los tres años asignados a la infracción continuada.

"Total: cuatro años y seis meses de prisión como pena unitaria deducida por acumulación jurídica.

"En cuanto a la multa, resulta equitativo fijarla en $ 500".

Se dará respuesta a los cargos del señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Bogotá contra la sentencia de esa Corporación, estableciendo previamente que ellos pueden reducirse a los dos siguientes:

Primer cargo. El Tribunal, interpretando erradamente los hechos y sus pruebas, consideró que el señor Abel Carrasco Amaya cometió un delito continuado de abuso de confianza, cuando en realidad fueron dos los delitos que él ejecutó, así: a) El delito continuado de abuso de confianza consistente en haberse apropiado el valor de la leche del hato de la sociedad de "Carrasco & Venegas", que periódicamente vendía al señor Gaudencio Cestagalli; y b) Un delito de abuso de confianza autónomo, consistente en haberse apropiado el valor correspondiente a la venta de 120 vacas pertenecientes a la misma sociedad.

En tal forma —dice el demandante— "la sentencia quebrantó los artículos 203, 205 y 206 del Código de Procedimiento Penal".

Segundo cargo. El Tribunal interpretó también erradamente los hechos y las pruebas correspondientes, al individualizar la sanción e imponer a Abel Carrasco Amaya el mínimo fijado en la respectiva disposición penal, con lo cual se aplicaron incorrectamente los artículos 32, 33, 36, 412, 413 y 414 del Código Penal, pues tampoco se tuvieron en cuenta las agravantes que las dos últimas disposiciones contemplan.

Al primer cargo se contesta:

Como se ve, el Tribunal sentenciador y el recurrente están de acuerdo en la noción del delito continuado, figura delictuosa contemplada en el artículo 32 del Código Penal.

Para que el delito continuado exista se requieren los siguientes elementos:

1º Pluralidad de acciones, de manera que cada una de ellas revele, por sí sola, la ejecución completa de un delito.

2º Infracción repetida de una misma disposición de la ley penal.

3º Que todas las infracciones provenientes de varias acciones, sean la ejecución de un mismo designio.

Al delito continuado se refiere Carrara, en estos términos:

"Es necesario que una nueva acción haya dado vida a una nueva violación de la ley penal ya violada por el delincuente otra vez".

Y Pessina lo define:

"El delito continuado es una repetición de actos punibles constitutivos de delito, y distintos entre sí, pero fundidos en una conciencia única de delinquir, porque están dirigidos a la actuación de un mismo propósito criminal".

Siguiendo estos principios y atendiendo a la prueba recogida y analizada por el Tribunal, el señor Fiscal admite la existencia del delito continuado en la apropiación por parte de Abel

Carrasco Amaya de los dineros provenientes de la venta de leche del hato de la sociedad de "Carrasco & Venegas" a la fábrica de quesos "Esnea" del señor Gaudencio Cestagalli, "porque dichas acciones punibles —los pagos fueron sucesivos, en tiempos distintos, casi que mensualmente— violaron unas mismas normas penales porque encajan dentro de la misma figura delictiva (art. 412 del C. P.) y se realizaron con la misma circunstancia calificadora relativa a la condición de mandatario de la sociedad que tenía Carrasco (art. 413 ib.); aparte de que el monto total del abuso de confianza superó, con mucho, la suma de diez mil pesos que prevé el artículo 414 del Código en cita".

Al hablar atrás del delito de abuso de confianza —y es bueno repetirlo ya— se indicó que los elementos tipificadores de él eran: la apropiación indebida de cosa mueble ajena, por quien es tenedor fiduciario o jurídico de ella.

De suerte que el carácter de administrador de la sociedad en Carrasco Amaya, se tuvo en cuenta para tipificar el delito de abuso de confianza que se le imputa. Y no es posible tomar esta misma circunstancia para hacer un aumento de pena (non bis in idem). Cuando el artículo 413 del Código Penal señala un motivo de agravación, se refiere a funciones "conferidas por autoridad pública", por ejemplo, a un albacea, a un depositario, a un curador de bienes, nombrados por un juez, dentro de un proceso de carácter civil o penal. Y tal no es el caso de Carrasco Amaya.

Para comprender que este es el verdadero sentido del artículo 413 del Código Penal, bastaría examinar los antecedentes del mismo. En efecto, al discutir el agravante, en la comisión que preparó el Código Penal, el doctor Cárdenas propuso esta fórmula:

"Artículo. Si los hechos de que trata el artículo anterior se cometieren por tutores, curadores, albaceas, apoderados, depositarios, y demás personas que por ministerio de la ley administran bienes ajenos, las sanciones allí previstas se aumentarán hasta en una mitad".

Y el doctor Escallón señaló esta situación así:

Cuando "se ha abusado de las funciones de curador, tutor, consejero jurídico, depositario, o cualquier misión confiada por autoridad pública".

Un simple depositario puede cometer el delito de abuso de confianza contemplado en el artículo 412 del Código Penal. Pero si el depósito fue confiado por autoridad pública, el delito se agrava, pues existe un mayor motivo para el cumplimiento de las funciones propias del depositario, ya que se ha puesto en él una confianza que pudiera decirse pública. No fue un particular, en tal caso, quien señaló al depositario como hombre digno de tener fiduciariamente una cosa, sino el poder social.

Se apartan, en cambio, en sus conceptos el Tribunal y el demandante, cuando aquél considera, para efectos de la punición, que la apropiación de los dineros provenientes de la venta de leche y la apropiación del valor de las 120 vacas vendidas, forman un solo delito continuado, por tratarse de varias acciones, violatorias de una misma disposición de la ley penal, obedientes todas a un mismo designio o intención criminosa.

Sostiene, en efecto, el señor Fiscal —y cita para ello la doctrina de expositores— que la venta del ganado y la apropiación de su valor por parte de Carrasco, es un delito de abuso de confianza autónomo, independiente, en un todo, de los actos que culminaron con la apropiación de determinada suma, proveniente de la venta de la leche.

Su razón es ésta: falta la identidad del designio criminioso entre esta acción —apropiación de dinero de la venta de leche— y aquella actividad —venta del ganado y apropiación de su valor—, porque "entre uno y otro delito han sobrevenido circunstancias u ocasiones tales que obligan al agente a modificar de modo esencial el designio primero, con relación a los medios de ejecución y a las condiciones objetivas y subjetivas de la actuación". (Cita de Maggiore).

Para demostrar este aserto, vuelve sobre la relación de los hechos y la forma de ejecución de los mismos, así como sobre algunos de los incidentes que se cumplieron entre los socios Carrasco y Venegas.

Se responde:

Entre las pruebas que el Tribunal Superior de Bogotá examinó, en su sentencia, y que le dieron base para afirmar que, en el caso del señor Carrasco Amaya, se trataba de un solo delito continuado de abuso de confianza, figura la correspondencia cruzada entre los socios de "Carrasco & Venegas". Ella permitió afirmar que Carrasco, al apropiarse los dineros provenientes de la venta de la leche, y el valor de la enajenación del ganado, obró por un mismo designio criminoso.

La idea de vender el ganado la manifestó Carrasco desde el 29 de abril de 1956. En carta de esa fecha le dice a Venegas lo siguiente:

"Por lo tanto le advierto que no seré yo el responsable si el ganado se atrasa por falta de

pasto, tengo una oferta por todo el ganado o por las vacas que las pagan a mil pesos, quedaría para repartir el resto; yo veo que para evitarnos serios disgustos sería mejor repartir plata...".

Empezaban, pues, las diferencias entre Venegas y Carrasco, y ya éste tenía en su mente la idea de vender todo el ganado o las vacas, que se las pagaban a mil pesos...

Este designio persistió, sin que valiera nada para hacer desistir a Carrasco de él. Fue así como vendida la leche, Carrasco tomó su valor, y de la misma suerte, al enajenar las vacas, recibió su precio. Ni aquél, ni éste han entrado a la caja de la sociedad.

Lo dicho lleva a pensar que fue una la intención de Carrasco, cuando cumplía las diversas actividades que se le atribuyen en este expediente: liquidar unilateralmente la sociedad y tomar para sí los valores que formaban su patrimonio.

Este designio se perfeccionó en varias etapas, sin que pueda decirse que Carrasco se hubiera visto compelido por especiales circunstancias, a cambiar "los medios de ejecución", que tuvo previstos, desde los primeros momentos. En forma matemática —con las naturales dificultades que traen consigo negociaciones de alguna entidad— se realizó la venta de las vacas, prevista desde el 29 de abril.

Lo anterior lleva a decir que el Tribunal de Bogotá no erró protuberantemente en la apreciación de la prueba y que, antes bien, dio a ella una interpretación que no pugna notoriamente con la lógica.

Habiendo ejecutado Carrasco varias acciones, violatorias de una misma disposición penal y obedientes a un mismo designio, tendrá que afirmarse que sólo cometió un *delito continuado de abuso de confianza.*

Sobre el segundo cargo, se anota lo siguiente:

Para el señor Fiscal hubo una mala apreciación de los hechos y su prueba por parte del Tribunal, porque éste aplicó al señor Abel Carrasco Amaya el mínimo de pena imponible sin tener en cuenta "la gravedad y modalidades de los delitos" por él cometidos, ni la "concurrencia de agravantes".

La gravedad de la infracción se hace depender, como puede verse a folios 55 de esta providencia, de la cuantía misma del delito, de haberse vendido la mayor parte del ganado de leche que explotaba la sociedad "Carrasco & Venegas".

Para la Corte es indudable que el Tribunal tuvo en cuenta, al señalar la sanción, no sólo el contrato de sociedad, sino también los dictámenes periciales y demás pruebas que menciona el señor Fiscal, como indicadoras de la gravedad del delito. Al individualizar la sanción, aunque expresamente no se dijo, se tomó el mínimo y luego se hicieron algunos aumentos, con benignidad, es cierto, pero dando el debido cumplimiento a la ley penal. Habrá oportunidad de discriminar la pena, posteriormente.

En cuanto a la "concurrencia de agravantes", ya se dio la razón para la no aplicación del artículo 413 del Código Penal, en el caso a estudio. Y por lo que dice a la circunstancia agravante contemplada en el artículo 414 del Código Penal, la Corte piensa que el Tribunal la tuvo en cuenta, desde el momento mismo en que citó la disposición, a pesar de su incongruencia frente al artículo 412 de la obra citada.

En efecto, el delito de abuso de confianza, de acuerdo con el artículo 412 del Código Penal y el artículo 1º del Decreto número 2184 de 1951, tiene una pena mínima de doce (12) meses de prisión. Como se trata de un delito continuado (art. 33) "la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad". Y como el delito tiene un valor superior a diez mil pesos (10.000) (arts. 401 y 414), la pena podrá aumentarse "hasta en otro tanto".

Siempre que la ley habla de aumentos "hasta" en una determinada cantidad, debe entenderse que ese "hasta" indica el máximo de aumento imponible, pero solamente en casos extraordinarios o de excepción.

Se tiene, por consiguiente:

Pena base 12 meses de prisión; aumento por tratarse de delito continuado, 4 meses de prisión; aumento por agravante (cuantía), 2 meses de prisión; total 18 meses de prisión.

Todo indica que éstas fueron las operaciones hechas por el Tribunal. Y en ello no existe error, a pesar de que se hubiese obrado con alguna benignidad, quizás en atención a la personalidad del procesado y a la inexistencia de circunstancias de mayor peligrosidad (arts. 36 y 37 del Código Penal).

No prospera, por consiguiente, la causal segunda alegada por el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Bogotá.

Lo dicho indica que el sentenciador de segunda instancia, al apreciar los hechos y las pruebas en que ellos descansan para aplicar las normas que se dicen violadas, no incurrió en errores graves o de tal naturaleza que se vayan contra la lógica que debe presidir las operaciones de la mente.

Causal primera. Mala aplicación de la ley penal sustantiva.

Esta causal se presenta como consecuencia de la anterior. Por no haberse tenido en cuenta la gravedad del delito y sus modalidades y por no haber considerado las agravantes de los artículos 413 y 414 del Código Penal, el Tribunal aplicó erradamente la ley penal sustantiva.

Se violaron, a más de los mandatos legales citados, los artículos 32, 33, 36, 401 y 414 del Código Penal.

Ya se explicó, al hablar de la causal segunda, cómo el Tribunal obró correctamente, al fijar la sanción penal que ha de corresponder al señor Abel Carrasco Amaya, pues tuvo en cuenta las disposiciones que se señalan como erradamente interpretadas.

No hay necesidad de volver sobre lo mismo, ya que esta causal se presenta como consecuencia de la anterior, y rechazada la una, queda sin ningún valor la otra.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su breve concepto de 4 de diciembre de 1962, se abstuvo de ampliar la demanda del señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Bogotá, por cuanto ella obedece "a los requisitos legales y técnicos exigidos sobre la materia" y en uso de la facultad que le concede el artículo 3º del Decreto número 1154 de 1954.

Con relación a los ciudadanos absueltos, señores Eduardo Robayo Barragán y Rogerio Acosta Rodríguez, nada tiene que resolver la Corte ya que su situación no ha sido motivo de recurso alguno y a ellos no se han referido las demandas presentadas ante esta Corporación.

Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no invalida* la sentencia proferida el 9 de noviembre de 1961 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenatoria del señor Abel Carrasco Amaya, y objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

EXTRADICION.

Normas que la rigen. La ley colombiana y el delito político. Delito estrictamente militar. Mínimo probatorio exigido por el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, trece de diciembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

El Ministerio de Justicia envió a esta Sala el informativo relacionado con la solicitud de extradición del ciudadano venezolano, señor Cruz Mario Montemorro, formulada mediante la siguiente comunicación:

"Embajada de la República de Venezuela. Número 593, Bogotá, 21 de mayo de 1963. Señor Ministro: tengo el honor de dirigirme a Vuestra Excelencia para enviarle junto con la presente nota, y conforme a las instrucciones recibidas del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, dos copias certificadas de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de mi país, por la cual dicho alto Tribunal declara que debe solicitarse del Gobierno de la República de Colombia la extradición del ciudadano venezolano Cruz Mario Montemorro, contra quien se sigue juicio por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal del Estado Portuguesa, por la comisión del delito de homicidio. Cada ejemplar contiene insertos los textos legales en que se basa la solicitud de extradición, y de todas las actuaciones del proceso instruído por el Tribunal de la causa. En virtud de la exposición que antecede y de conformidad con las disposiciones del tratado de extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 y vigente entre nuestros dos países, en nombre del Gobierno de Venezuela, solicito ante Vuestra Excelencia la extradición del ciudadano venezolano Cruz Mario Montemorro... Encargado de Negocios A. I.".

Fue acompañada copia de la providencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, fechada el 13 de mayo de 1963, en la que se dice lo siguiente:

"Con oficio número 1010-790, de fecha 23 de abril de 1963 y a los fines previstos en el artículo 389 del Código de Enjuiciamiento Criminal, el ciudadano Juez de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, remitió a esta Corte copia certificada de las actuaciones practicadas en el juicio seguido por el nombrado Tribunal, contra Cruz Mario Montemorro por los delitos de homicidio perpetrados en Turén, jurisdicción de ese Juzgado, en las personas de Ruperto Chirinos, Rufino Mendoza y Cecilio Camacaro, en el mes de septiembre del año de 1952.

"De esas actuaciones consta:

"Que con fecha 14 de febrero de 1958, compareció ante el Juzgado del Distrito Turén de la Decimatercera Circunscripción Judicial, el ciudadano Dionicio Chirinos, venezolano, soltero, de 31 años de edad, agricultor, y formalmente denunció los hechos ocurridos el 29 de septiembre de 1952, en el Distrito de Turén del Estado Portuguesa, y sindica a Cruz Mario Montemorro, quien para el 29 de septiembre de 1952, día de los sucesos, ejercía el cargo de Sargento de la Guardia Nacional de Turén, como autor de la muerte de su hermano Ruperto Chirinos, y de la de los compañeros de su hermano, Rufino Mendoza, Cecilio Camacaro y de otro sujeto desconocido por él, muertos todos en el lugar denominado Choro, Distrito Esteller del Estado Portuguesa, en la fecha antes indicada.

"Entre las declaraciones sumariales aparecen:

"1º La de *Gregorio Castillo,* quien declaró: 'Lo que puedo decir es que el día 29 de septiembre de 1952, iba yo en compañía de otros señores

para la Colonia de Turén, y en el camino fui detenido por la Guardia Nacional y traído al Comando de la Guardia de la Colonia y en la noche junto con otra cantidad de presos fuimos sacados en autobuses para la Cárcel Modelo de Barquisimeto... y a mediación de la recta de Choro, se detuvo el autobús donde iba yo y entonces un guardia salió y vino para el autobús diciéndole al capitán que iba con nosotros: 'la camioneta se nos volcó y cinco de los presos se nos fueron y cuatro tuvimos que matarlos'; uno de los guardias se montó en el autobús donde nosotros íbamos y llevaba una bayoneta (sic) llena de sangre y nos dijo que a todos los habían matado con tiros en el pecho, entre los que recuerdo que iban en esa camioneta eran el Sargento Cruz Mario Montemorro, un Capitán de Barquisimeto y un guardia raso muy interesado, que se llama Botino y que hoy debe ser más o menos Sargento de la Guardia. Después supimos que las personas que habían matado la Guardia en Choro, eran Ruperto Chirinos, Rufino Mendoza y Cecilio Camacaro, que eran los que yo conocía.

"2º La de *José Carrillo,* quien declaró: 'lo único que puedo declarar es que yo caí preso el 29 de septiembre de 1952 y el 30 en la noche, en compañía de los demás presos, fuimos sacados en un autobús, por la Guardia Nacional. Al llegar a Choro, más allá de Piritu, se detuvo el autobús como a veinte metros de una camioneta que estaba estacionada y donde también iban unos presos; entonces Cruz Mario Montemorro, Sargento de la Guardia Nacional, se acercó al autobús y le dijo a los demás guardias que iban en el autobús con nosotros y que viajaban en la parte de adelante: 'la camioneta se nos apagó y entonces sacamos a estos que llevábamos aquí para empujar la camioneta y entonces salieron corriendo y les caímos a tiros, matando cuatro, pero siempre se nos fueron cinco', y, entonces, los guardias nos dijeros a nosotros: escuchen, vean a ver si a ustedes les provoca hacer lo mismo para que vean lo que les pasa. Inmediatamente seguimos la marcha y después de llegar a la Cárcel Modelo y entonces allá supimos que los presos que habían matado en Choro eran unos muchachos de aquí de nombres Ruperto Chirinos, Cecilio Camacaro y Rufino Mendoza'.

"3º La de *Roberto Ramos,* quien expuso: 'lo único que tengo que declarar es que el 29 de septiembre de 1952 cayó preso el señor Ruperto Chirinos, quien vivía con una hermana mía, por el asunto de la revolución que hubo aquí en Turén en esa fecha; en vista de eso y de que tuve noticias de que había sido trasladado a la Cárcel Modelo de Barquisimeto y además, como supe que a Ruperto lo habían matado, fui al Hospital 'Antonio María Pineda', de la ciudad de Barquisimeto y allí me informó una enfermera que no conozco, que habían ingresado al Hospital ya muertos los señores Ruperto Chirinos, Rufino Mendoza, Cecilio Camacaro y otro no identificado; asimismo me informó que habían sido identificados por los documentos que cargaban, de acuerdo con la información que me habían dado, y que de ahí los habían sacado para el cementerio'.

"4º La de *Adelecio Suárez,* quien declaró: 'lo que puedo declarar es que el día 29 de septiembre de 1952, en horas de la noche, como a las diez de la noche, fuimos sacados para Barquisimeto... Cuando íbamos en la recta de Choro, el autobús lo mandaron a parar y mandaron a bajar algunos guardias y también presos para que ayudaran a meter a la camioneta a los muertos y heridos que había habido en ese lugar, en cuya oportunidad el Sargento Cruz Mario Montemorro les dijo que la camioneta donde ellos iban se había encunetado y los presos habían salido corriendo y les habían echado plomo y que las balas eran pechera. En ese momento yo no supe quiénes eran los muertos, pero se decía que los que iban en esa camioneta eran Rufino Mendoza, Ruperto Chirinos y otro que yo no recuerdo.

"5º La de *Antonio Rodríguez,* quien dijo que como a las ocho de la noche del día 29 de septiembre de 1952, estando él también detenido, los guardias nacionales pusieron nueve personas aparte, entre los que conocía yo a Rufino Mendoza, Cecilio Camacaro y Ruperto Chirinos y los otros seis no los conocía, los pusieron aparte y los metieron en una camioneta 'Power'; también habían metido a Félix Rivero en la camioneta, pero a última hora lo mandaron sacar y lo metieron a un autobús donde fuimos metidos casi todos los que estábamos allí, la camioneta se vino adelante y nosotros detrás en el autobús; al llegar aquí a Turén, aquí en la Policía llenaron otro autobús que salió detrás del autobús donde nosotros íbamos. En el autobús iba un Capitán y como cinco o seis guardias y al llegar a una de las rectas de Choro, el autobús se detuvo como a quince metros de distancia de una camioneta que estaba parada en la carretera y que yo reconocí como la misma Power donde habían sacado a los nueve presos. El Sargento Cruz Mario Montemorro que era el jefe de la comisión de la camioneta, se vino caminando hacia el autobús y le dijo al Capitán: 'una novedad, mi Capitán; cuatro muertos y cinco fugitivos'. Está

bien, le contestó el Capitán, cuyo nombre no se, y entonces le preguntó el Capitán al Sargento Montemorro: '¿Cómo sucedió eso?'. Y entonces el Sargento Montemorro le explicó que la camioneta se había coliado y entonces bajaron a los presos para que les ayudaran a empujar la camioneta y estos habían salido corriendo y habían tenido que echarles plomo, habiendo matado a cuatro y cinco que se habían ido. El Capitán volvió a decirle que estaba bien y que metiera los muertos a la camioneta y así lo hicieron en presencia de nosotros; cogían los muertos entre dos y los tiraban dentro de la camioneta. Yo no distinguí en el momento quiénes eran los muertos, pero después se supo allá en la misma Cárcel que los muertos habían sido Ruperto Chirinos, Cecilio Camacaro, Rufino Mendoza y otro cuyo nombre no recuerdo, porque no lo conocía.

"6º La de *Germán Heredia,* quien declaró: 'como a las seis de la mañana del día 29 de septiembre de 1952, me hizo preso la Guardia Nacional en esta población y me llevaron al Comando de la Guardia en la Colonia y en la noche fuimos sacados para Barquisimeto en un autobús; también sacaron una camioneta Power, donde iban otros detenidos de los cuales solamente conocía yo a tres: Rufino Mendoza, Ruperto Chirinos y Cecilio Camacaro. Cuando íbamos en Choro el autobús se detuvo donde estaba parada la camioneta Power y entonces con las luces del autobús vimos que habían (sic) unos muertos cerca de la camioneta y los conocí porque ví cuando los montaron a la camioneta, que eran Rufino Mendoza, Ruperto Chirinos y Cecilio Camacaro y otro, que yo no conocía. Al autobús donde nosotros íbamos se metió el Sargento Valles Blanco, cuyo nombre no sé y que iba en compañía del Sargento Cruz Mario Montemorro (en la camioneta, y nos dijo dentro del autobús: 'miren lo que les pasó a éstos —señalando los muertos—) déjense ustedes de estar con muchas cosas porque les hacemos lo mismo'. Después que echaron los muertos a la camioneta siguieron y nosotros también hasta la Cárcel Modelo, nada supe yo para donde llevaron los muertos'.

"Con fecha 3 de junio de 1958 y con vista de las declaraciones anteriores y de otras que cursan en el expediente, el Juez del Distrito Esteller de la Decimatercera Circunscripción Judicial dictó auto de detención en los siguientes términos: 'Juzgado del Distrito Esteller de la Decimatercera Circunscripción Judicial. Píritu: 3 de junio de 1958-149-100. Por cuanto de las averiguaciones practicadas aparece plenamente comprobado en autos el haberse cometido un hecho punible, el cual merece pena corporal, sin estar evidentemente prescrita la acción para perseguirlo, y existiendo fundados indicios de culpabilidad del ciudadano Cruz Mario Montemorro Pérez, mayor de edad, natural de Tocuyo, Estado Lara, actualmente se ignora su residencia, con cédula de identidad número 1851193, nacido el 3 de mayo de 1927, este Tribunal, llenos como están los requisitos exigidos por el artículo 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal, *decreta* la detención del inculpado Cruz Mario Montemorro Pérez, en la Cárcel pública de Guanare. Líbrese la correspondiente boleta de encarcelación...".

"... ... ...

"Con fecha 4 de junio de 1958 el mismo Juzgado libró requisitoria contra el nombrado Cruz Mario Montemorro, por el hecho de no haber sido aprehendido.

"Por auto de fecha 17 de abril de 1963, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, remitió a esta Corte las referidas actuaciones sumariales, y de conformidad con lo que disponen los artículos 389 y 390 del Código de Enjuiciamiento Criminal pidió que sea solicitada la extradición del indiciado.

"... ... ...

"El delito que se imputa al procesado está previsto en los artículos 407, Capítulo I, Título IX, Libro 2º del Código Penal, y ordinal 3º del artículo 408, con las agravantes 6ª, 8ª, 11 y 12 del artículo 77 del mismo Código, cuyos textos son los siguientes:

"Artículo 407: El que voluntariamente haya dado la muerte a alguna persona, será castigado con presidio de doce a diez y ocho años.

"El ordinal 3º del artículo 408 *ejusdem* establece como agravante para el delito de homicidio la siguiente: 'para los que lo perpetraren por medio de veneno o de incendio, sumersión u otro de los delitos previstos en el Título VII, de este Libro, o con brutal ferocidad, premeditación o alevosía'.

"Son también agravantes de todo hecho punible las siguientes:

'Artículo 77. 6ª. Emplear astucia, fraude o disfraz. 8ª. Abusar de la superioridad del sexo, de la fuerza, de las armas, de la autoridad o emplear cualquier otro medio que debilite la defensa del ofendido. 11. Ejecutarlo con armas o en unión de otras personas que aseguren o proporcionen la impunidad. 12. Ejecutarlo en despoblado o de noche. Esta circunstancia la es-

timarán los Tribunales atendiendo a las del delincuente y a los efectos del delito'.

"... ... ...

"Para el presente caso de extradición rigen las normas establecidas en el Acuerdo sobre la materia, vigente entre Venezuela, Ecuador, Bolivia, Perú y Colombia (Congreso Boliviano), firmado en Caracas el 18 de julio de 1911, y aprobado por el Congreso de la República el 18 de junio de 1912, con ratificación ejecutiva de fecha 19 de diciembre de 1914.

"... ... ...

"En la extradición solicitada no concurren ninguna de las circunstancias que conforme al artículo 5º del Tratado, impiden que ella se lleve a efecto, ya que las penas que corresponden a los delitos imputados exceden de seis meses de privación de libertad, y no están prescritas. Tampoco procede el impedimento de extradición a que se contrae el artículo 4º del citado Tratado, por cuanto los hechos por los cuales se solicita no constituyen delitos políticos o conexos con éstos.

"En virtud de las razones que se han dejado expuestas, la Corte considera:

"*Primero.* Que según las disposiciones del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y Colombia, Cruz Mario Montemorro, quien se encuentra actualmente en la ciudad de Bogotá, República de Colombia, es sujeto de extradición activa y por tanto debe procederse a realizar los trámites legales necesarios para obtener del Gobierno de Colombia la extradición del expresado ciudadano.

"*Segundo.* Que el delito que la motiva es de tipo común, castigado por el artículo 407 del Código Penal de Venezuela con pena de presidio de doce a diez y ocho años, delito que evidentemente no está prescrito.

"*Tercero.* Que hay lugar a hacer declaración expresa, como en efecto lo hace la Corte Suprema de Justicia (Sala Político-Administrativa), de que el solicitado de extradición, sólo será procesado por los delitos de homicidio que motivan la solicitud de extradición, y que no lo será en ningún caso por delitos de naturaleza política.

"*Cuarto.* Que es procedente remitir al Ejecutivo Nacional, y así se ordena, a los fines de la tramitación de la solicitud de extradición del indiciado Cruz Mario Montemorro, los recaudos pertinentes que cursan en el expediente y que contienen indicios racionales de la culpabilidad del procesado. Las correspondientes disposiciones del Código Penal y del Código de Enjuiciamiento Criminal de Venezuela aplicables al hecho delictuoso que se imputa al encausado, han quedado debidamente transcritas en el texto de esta sentencia, cuya autenticidad y vigencia certifica la Corte a los efectos determinados en el artículo 8º del Tratado de Extradición mencionado.

"Por lo tanto, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *acuerda*: que debe solicitarse del Gobierno de la República de Colombia la extradición del indiciado Cruz Mario Montemorro, venezolano, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 1851193, y actualmente detenido en Bogotá, capital de la República de Colombia. A tal efecto, se dispone remitir al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Justicia, copia certificada de esta decisión.

"... ... ...".

Dentro del trámite adelantado en esta Corte, el señor apoderado del ciudadano venezolano Cruz Mario Montemorro expresa: "*Primero.* Que la petición del Estado requirente no está formulada de acuerdo a las prescripciones establecidas por la ley colombiana, puesto que sufre de defecto formal, y, *segundo*: que la solicitud de extradición formulada, no debe ser concedida, puesto que sufre de ilegalidad manifiesta (art. 15 del Decreto 2200 de 1932)". Agrega posteriormente (f. 93 a 94 del informativo), que "el hecho incriminado al precitado Sargento Montemorro, de ser punible, no es un hecho cobijado por el derecho común sino, antes bien, por el Derecho Militar. Además ...lo es como un delito militar conexo con un delito político, o bien un hecho punible de nuda naturaleza política. Por otra parte... su juzgamiento se ha establecido desde ya y con anticipación al final resultado del presente diligenciamiento de extradición, bajo cuerda de una jurisdicción especial y *ad hoc,* a la que no le corresponde conocer de dicho juzgamiento".

De otra parte, el solicitado, señor Cruz Mario Montemorro, en escrito del día veinte de noviembre último, luego de hacer una crítica de los testimonios citados en la providencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela y de aseverar que no está probado el cuerpo del delito que se le imputa, expone lo que pasa a transcribirse:

"Varios de los testigos dijeron claramente que su prisión fue debida a un movimiento revolucionario, a una asonada de tipo subversivo, lo que

quiere decir que se trata de un delito político y no de un delito común, y en ese caso, la Corte Suprema de Justicia de Colombia no puede conceder la extradición.

"También hay que observar cómo la Corte Suprema de Venezuela oculta hábilmente la circunstancia de que el Sargento Cruz Mario Montemorro, para el momento de los hechos, era un militar en servicio activo y en ese caso no serían los Tribunales Ordinarios los llamados a conocer del caso, sino un Tribunal Militar.

"Es bastante extraño que habiéndose escapado cinco en la noche de los presuntos muertos y siendo todos revolucionarios y compañeros de ideología política, esos cinco no se hubiesen presentado a declarar en proceso tan sonado.

"...El expediente enviado a Colombia es irregular, porque no han remitido copia íntegra del proceso, para que la Corte colombiana decida con pleno conocimiento de causa y teniendo a la vista todos los posibles elementos de juicio y no una copia fragmentaria y llena de resúmenes del expediente. Está en contra ...de los artículos 389 y siguientes del Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano, parcialmente reformado por promulgación aparecida en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela, número 540 extraordinario, de fecha 30 de julio de 1957... Los fragmentarios elementos de juicio de que se dispone están tan llenos de contradicciones de toda especie, de cada testigo con su propia declaración y de cada testigo con las declaraciones de los otros, que la Corte Suprema de Justicia colombiana, en el peor de los casos, debe concluír en que no hay evidencia, sino duda, mucha duda sobre la responsabilidad penal del Sargento Cruz Mario Montemorro y, por ello, debe negar la extradición en virtud del principio..." *in dubio pro reo.*

ELEMENTOS DE JUICIO TRAIDOS DURANTE EL TRAMITE DE LA EXTRADICION

De las numerosas pruebas solicitadas por el señor apoderado del solicitado Cruz Mario Montemorro, en virtud de que aquél, por la demora en ser atendidos los exhortos de esta Sala por las autoridades venezolanas, desistió de su práctica, sólo fueron allegadas las siguientes:

a) Informe del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, según el cual "Venezuela no está obligada por la Convención sobre extradición aprobada durante la VII Conferencia Internacional Americana (Montevideo, 1933) por no haberla firmado y no haber adherido a ella posteriormente".

b) Declaración del señor Coronel del Ejército de Venezuela, Carlos Pulido Barreto, recibida por el señor Cónsul de Colombia en Miami, Florida, Estados Unidos de Norteamérica, en la cual se lee:

1º "Sí conozco desde hace muchos años al Sargento Cruz Mario Montemorro, personalmente, y además por referencias directas que tenía de él, y por informaciones que recibía de sus superiores. He tenido trato con él, el normal entre Oficial y Suboficial. Sé que sus antecedentes eran considerados como muy buenos y así lo pude corroborar con el trato que tuvimos. Era sumamente apreciado como subordinado, por sus oficiales superiores, y gozaba de especial estima y respeto entre sus compañeros. Se le consideraba un estricto cumplidor de su deber y un militar de gran responsabilidad y valor personal y de muy buena conducta. Entre nosotros no existió amistad íntima, sino la corriente de parte de un superior hacia su subalterno que se hacía apreciar".

"... ... ...

2º "...Tuve conocimiento directo de los sucesos acaecidos en la población de Turén, Estado Portuguesa, el 29 de septiembre de 1952, y más aún, fui el primero en recibir la novedad en el Ministerio de la Defensa, que estaba ese día a mi cargo, por ser yo el Oficial de Guardia... Supe entonces que un grupo de civiles armados y otros sin armas que los acompañaban atacaron el Puesto de la Guardia Nacional de Turén, después de haber matado un guardia y apresado otro que se hallaban en una Alcabala (siendo el preso muerto a tiros por los que lo habían apresado). Los revolucionarios, portando armas ilegalmente, tomaron el Cuartel del Puesto de Turén, de donde fueron desalojados posteriormente. Resultaron cuatro muertos en la refriega entre las tropas regulares y los revolucionarios. La acción revolucionaria, terrorista y fuera de la ley, fue preparada y dirigida por un partido político que estaba ilegalizado dentro del ordenamiento jurídico existente para ese momento en la República, cuyo Gobierno era reconocido casi universalmente y entre otros países, por la República de Colombia. Como dije, de las averiguaciones que se abrieron con posterioridad al suceso, los revolucionarios alzados que fueron apresados declaron que ellos estaban actuando por instrucciones directas del partido 'Acción Democrática', en la clandestinidad, al que per-

tenecían. El objeto del ataque era provocar una chispa que condujera a una sublevación general, y a la vez, producir un acto terrorista que amedrentara a las fuerzas de seguridad del Gobierno. Los integrantes de la Guardia Nacional se limitaron a repeler un ataque, producido por fuerzas superiores, entre las cuales la principal era la recuperación del cuartel de la Guardia de Turén, apresar a los perturbadores del orden público y reducir el foco revolucionario. Todo ello se logró con un mínimo de cuatro muertos y unos pocos heridos, todos ellos en combate. La Guardia perdió integrantes de su dotación, asesinados vilmente, pero sin embargo, supo limitar los daños al mínimo".

3º Que por tales hechos "se abrieron averiguaciones. Una de tipo político y otra de tipo militar; además de las producidas por los servicios de seguridad. La militar la llevó a cabo el Comando de las Fuerzas Armadas de Cooperación, y fue exhaustiva. El resultado final fue de que los atacados habían procedido dentro de la ley, y además, que se sujetaron siempre al estricto cumplimiento de las órdenes superiores recibidas. Por lo tanto, no hubo lugar a formación de juicio contra ninguno de los que intervino (sic) directamente, ni en relación con dicho asunto".

4º "Al Sargento Cruz Mario Montemorro le tocó recibir las órdenes de proceder a la reducción del foco insurgente y poner cese a los actos de terrorismo que realizaban las personas que se habían apoderado de armas y de los dos cuarteles de vigilancia. A él no se le siguió ninguna instrucción criminal, porque de las distintas investigaciones no aparecieron hechos que lo encuadraran dentro de ningún delito previsto por el Código de Justicia Penal Militar vigente para la época. Como he dicho con anterioridad, los sucesos de Turén tuvieron un claro matiz político, complicado con una sedición militar, puesto que los asaltantes se hicieron de armas para atacar puestos militares. La oficialidad en su totalidad aprobó la conducta de la Guardia Nacional y sé que la superioridad apreció grandemente la eficacia del Sargento Montemorro en el cumplimiento de las órdenes".

5º Que "todo Guardia Nacional es un militar y por su condición está sometido a la jurisdicción respectiva...".

La Sala Considera.

Cuando el procesado no ha sido condenado todavía, la extradición viene a constituír una forma de colaboración judicial, como ocurre en el presente caso.

En la legislación colombiana, este instituto se rige por los tratados públicos. Sólo a falta de éstos, se aplican los preceptos pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Con la República de Venezuela está vigente el Acuerdo suscrito en Caracas el día 18 de julio de 1911, en el cual se dice lo siguiente:

"I. Los Estados contratantes convienen en entregarse mutuamente, de acuerdo con lo que se estipula en este Acuerdo, los individuos que procesados o condenados por las autoridades judiciales de uno cualquiera de los Estados contratantes, como autores, cómplices o encubridores de alguno o algunos de los crímenes o delitos especificados en el artículo 2º, dentro de la jurisdicción de una de las partes contratantes, busquen asilo o se encuentren dentro del territorio de una de ellas. Para que la extradición se efectúe es preciso que las pruebas de la infracción sean tales que las leyes del lugar donde se encuentre el prófugo o enjuiciado justificarán su detención o sometimiento a juicio, si la comisión, tentativa o frustración del crimen o delito se hubiese verificado en él.

"II. La extradición se concederá por los siguientes crímenes y delitos:

"1º Homicidio, comprendiendo los casos de parricidio, infanticidio, asesinato, envenenamiento y aborto".

"... ... ...".

"IV. No se acordará la extradición de ningún prófugo criminal si el hecho por el cual se pide se considera en el Estado requerido como delito político o hecho conexo con él, y ninguna persona entregada por cualquiera de los Estados contratantes al otro, será juzgada ni castigada por ningún crimen o delito político, ni por ningún acto conexo con él, cometido antes de su extradición. Tampoco se acordará la extradición si la persona contra quien obra la demanda prueba que ésta se ha hecho con el propósito de juzgarle o castigarle, por un delito político o hecho conexo con él.

"No se considera delito político ni hecho conexo semejante, el atentado en cualquier forma y medio contra la vida de la persona de un Jefe de Estado.

"Si surgiere alguna cuestión sobre si un caso está comprendido en lo previsto en este artículo, será definitiva la decisión de las autoridades del Estado al cual se haga la demanda o que haya concedido la extradición".

"... ... ...".

"VIII. La solicitud de extradición deberá estar acompañada de la sentencia condenatoria si el prófugo hubiese sido juzgado y condenado; o del auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito o crimen que la motivaren, y de la fecha de su perpetración, así como de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado dicho auto, caso de que el fugitivo sólo estuviere procesado.

"... ... ...".

De aceptarse, conforme a los testimonios citados en la providencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela, que al extraditurus *le es imputable el múltiple delito de homicidio cometido en las circunstancias que tales declarantes refieren, es obvio que su conducta no cabe ser calificada como delito político o hecho conexo con él.*

La ley colombiana no define el delito político. El Código Penal de Italia da la siguiente noción, en el último párrafo del artículo 8º: "A los efectos de la ley penal es delito político todo aquel que ofende un interés político del Estado o un derecho político de ciudadano. Se considera, además, delito político al delito común determinado en todo o en parte por motivos políticos". Realiza el anterior concepto una acertada amalgama de la sistemática objetiva y subjetiva, conforme a las corrientes doctrinarias que han buscado fijar su alcance.

Dice, sobre este particular, lo siguiente, el tratadista Antonio Quintano Ripolles en su *"Tratado de derecho penal internacional e internacional penal"* (Edic. "Francisco de Vitoria", Madrid, 1957, t. II, 24 a 241):

"Dejando aparte estas cuestiones de criminología, y volviendo a las de pura técnica penal, es observable, junto a las antinómicas posiciones del objetivismo y subjetivismo integrales, una tercera doctrina, más que ecléctica, de integración total de ambas perspectivas. La inició *Manzini* defendiendo la coetaneidad (contemporaneitá), de la existencia del motivo y la lesión; pero quien viene significándose como su más decidido campeón es *Massari,* para quien 'siendo la naturaleza del delitó por el bien violado la características de politicidad, la finalidad puede proveer un criterio subsidiario en el caso en que el hecho pueda configurar otras hipótesis de infracciones comunes'. En la doctrina del profesor de Nápoles, persiste, en consecuencia, la noción de objetividad, apareciendo la subjetiva en plan auxiliar y como subsidiario, deformado y objetivizado, a su vez, en un sentido más bien teleológico que psico-genético, pues emplea en el texto la voz *scopo,* finalidad y no la de móvil.

"La integradora noción manziniana y massariana ha logrado amplísima aceptación en los medios técnicos penales, sobre todo al ser adoptada íntegramente, como luego se verá, en el artículo 8º del Código *Rocco,* que completó de tal manera la sistemática objetiva propia del de *Zanardelli* y la subjetiva del proyecto *Ferri.* Es de observar, además, que en el sentir de *Massari* y de su seguidor *Riccio,* ambos criterios no son susceptibles de operar sólo combinadamente, sino también en forma separada. *Florián* en el campo del positivismo, *Claser* en la problemática internacional, *Vidal* en Francia y los profesores *Anton Oneca* y *Cuello Calón* en España, cuentan entre sus sostenedores más insignes. El último de los citados propone la siguiente definición armonizadora: 'Es delito político el cometido contra el orden político del Estado, así como todo delito de cualquiera otra clase determinado por móviles políticos'. En la Argentina, vale como simpatizante de la doctrina integradora *Sebastián Soler,* y como enemigo irreconciliable de la misma *Eusebio Gómez,* mantenedor extremo del subjetivismo ferriano. En calidad de tal, *Gómez* hace blanco de sus críticas, si no precisamente la doctrina integralista massariana, sí la de *Paoli,* más ecléctica aún, sosteniendo que es menester aceptar con todas sus consecuencias el criterio psicológico o el objetivo y que la conciliación entre ambos resulta imposible y anticientífica".

Refiriéndose *Francisco Antolisei* al delito político, en el alcance de la definición que trae el Código Penal italiano, dice en su "Manual de derecho penal". (Edit: Uthea. Buenos Aires, 1960, p. 98 a 99) lo que pasa a transcribirse:

"Se deduce de la disposición transcrita que el delito político puede ser directo o indirecto. Delito político directo es aquel que ofende un interés político del Estado. Por interés político del Estado debe entenderse el interés que es propio del Estado en cuanto tal, considerado en su conjunto; en otros términos, aquel que efecta a la vida del Estado en su esencia unitaria (integridad del pueblo y del territorio, independencia y honor del Estado, paz exterior, forma de gobierno, etcétera). Por ello no pertenecen a esta categoría los delitos que ofenden a los intereses del Estado como poder administrativo (organización y actividad de la administración estatal) y como poder judicial (ordenamiento y función judicial).

"Delitos políticos indirectos son, por el contrario, los que ofenden un derecho político del

ciudadano, es decir, el poder jurídico (derecho y no simple interés) que tenga el ciudadano a participar inmediata y activamente en la vida del Estado, desempeñando un cargo público o cumpliendo una función pública (por ejemplo: el derecho al cargo de Senador, el derecho electoral).

"Se equiparan a los delitos políticos propios (se 'consideran' políticos, dice el Código) los delitos comunes determinados total o parcialmente por motivos políticos (delito subjetivamente político). El motivo, o sea el fin por el que ha actuado el individuo, es político, cuando afecta a la existencia, a la constitución y al funcionamiento del Estado. Por tanto, no basta una finalidad puramente social; por ejemplo, una huelga con finalidades económicas no se podría considerar delito político.

"Sin duda pertenecen a esta última categoría los delitos anarquistas o terroristas, siempre que no se trate de delitos políticos objetivamente, como, por ejemplo, el atentado contra el Jefe del Estado (art. 276 del Código Penal).

"Debe destacarse que para considerar como político a un delito común no se exige que el hecho esté determinado exclusivamente por un motivo político, siendo suficiente que lo esté sólo en parte.

"Debe añadirse que un delito cualquiera no se transforma en político sólo porque sea cometido con ocasión de tumultos políticos, siendo preciso que sea el medio con que se persigue una finalidad política".

Son de *Ignacio Villalobos* las siguientes observaciones, dejadas en su "Derecho penal mejicano" (Edit: "Porrua S. A.", Méjico, 1960, p. 217 a 218):

"Hay delitos que en su ejecución no adoptan la forma franca, declarada, abierta y pública de una rebelión contra el régimen o de una lucha del pueblo (total o parcialmente) contra la organización política, sino que revisten los caracteres ordinarios de un delito común, como sucede en los asesinatos de los Jefes de Estado, de los electores, votantes o candidatos de una elección. En esa clase de atentados en que no actúan mayorías ni minorías sino muy frecuentemente un solo individuo, algunos pretenden fijar la naturaleza preponderantemente política del acto desde un punto de vista netamente objetivo, si de hecho lesionan intereses o bienes políticos; otros dan mayor importancia al elemento subjetivo, haciendo variar la naturaleza de los hechos según que se cometieren con fines políticos o por meras pasiones egoístas como el odio personal o los propósitos de robo, de venganza, etc. Más generalmente, sobre sus efectos o sus tendencias se estima en esta clase de homicidios o atentados cometidos individual y violentamente, su carácter genuino y primario, y se les tiene como delitos comunes, o, a lo sumo, como 'delitos mixtos', con lo cual basta para que no queden exceptuados sus autores de la extradición, ni gocen de los demás privilegios reconocidos al delito puramente político, pues no sería posible desconocer la peligrosidad criminal demostrada, con todas sus consecuencias".

Esta Sala encuentra que el delito común entra en la esfera del delito político, cuando entre uno y otro existe tan estrecha relación, que no se explique el uno sin la existencia del otro, y el motivo determinante sea de orden político. La objetividad de la lesión del bien jurídico tutelado en los delitos que ofenden la seguridad exterior o interior del Estado, enlaza en no pocas ocasiones delitos comunes que ponen de manifiesto un tipo especial de delincuencia, para el cual las distintas legislaciones han acordado especial tratamiento, como, por caso, la excepción de extradición.

La Corte, en sentencia de 25 de abril de 1950 (G. J. t. LXVII, Nos. 2083-2084, p. 543), dice: "Comparte la Sala el criterio de su colaborador fiscal sobre que el delito político tiene que serlo objetiva y subjetivamente: la expresión así lo indica, esto es, que el bien, interés o derecho jurídicamente tutelado en las ocurrencias en que acontece es lo político, vale decir, la organización del Estado, el buen funcionamiento del gobierno; y, además, los móviles que deben guiar al delincuente tienen que ser, consecuencialmente, los de buscar el mejoramiento en la dirección de los intereses públicos. Tal es el sentido natural y obvio del vocablo. Mas, también ese es el sentido obvio y natural de las expresiones que la ley emplea para consagrar los delitos políticos, cuando requiere el propósito específico de derrocar el gobierno legítimo, o de cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente, o de impedir el funcionamiento normal del régimen constitucional o legal vigente, o de turbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales. Y eso es lo que en forma patente acredita también la circunstancia de que las infracciones comunes que se realicen durante un movimiento subversivo, tales como incendio, homicidio y lesiones causadas fuera de un combate y, en general, los actos de ferocidad y barbarie, se sancionen por separado, acumulando, por excepción las penas".

Ahora bien: si se acepta, como se dejó observado, que los hechos de que se sindica al Sargento

de la Guardia Nacional de la República de Venezuela, señor Cruz Mario Montemorro, ocurrieron conforme los refieren los declarantes citados en el proveído de la Corte Suprema de Justicia de aquel país, es evidente que carecen, en absoluto, de cariz político, pues de tales testimonios se desprende que sólo se buscó impedir la fuga de los presos que eran conducidos hacia Barquisimeto.

Aun cuando aparece de la certificación expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia (f. 105 del informativo), que la República de Venezuela "no está obligada por la Convención sobre Extradición aprobada durante la VII Conferencia Internacional Americana de Montevideo (1933), por no haberla firmado y no haber adherido a ella posteriormente", bien cabe observar que, de acuerdo con la imputación hecha al Sargento de la Guardia Nacional de aquel país, el delito no puede ser calificado de "puramente militar".

En la citada Convención se dice, en efecto, que "el Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición:... f), cuando se trate de delitos puramente militares o contra la religión".

En la obra de Antonio Quintano Ripolles, ya mencionada, (p. 223 a 224) se lee:

"El delito militar no apto para la extradición del culpable es, por así decirlo, el que puramente ostenta tal carácter, interesando valores y ordenamientos específicamente castrenses, esto es, referidos a la organización y disciplina de los ejércitos, sin que su comisión entrañe la violación o daño de intereses generales que no sean los profesionales y de clase. Es la acepción exacta que al proscribir tales infracciones del radio de acción extradicional prestó al vocablo el artículo 16 de las reglas de Oxford del Instituto de Derecho Internacional, que concretamente se refiere en su exclusión a 'los delitos puramente militares' con evidente exclusión de las modalidades... Un ladrón o un asesino, en efecto, pueden seguir robando y asesinando en no importa qué lugar extranjero, y aún sus actos criminales pasados suscitan universalmente un clamor de reprochabilidad que exige por doquier una sanción adecuada; un desertor, en cambio, o un soldado que se comportó cobardemente en una acción de guerra o que se insolentó contra un superior jerárquico, no tiene posibilidad alguna de repetir tales infracciones en un país extranjero, entre otras razones por haber perdido definitivamente su calidad militar que fue en su momento un elemento constitutivo del delito. Su permanencia en territorio extraño resulta perfectamente inocua y aun aprovechable su actividad en otras actividades profesionales sin que de otra parte la conciencia social del mundo circundante se muestre sublevada por la impunidad de las infracciones anteriormente perpetradas, artificiosas en demasía para poder sobrevivir más allá de los lindes fronterizos...".

Son, pues, delitos extrictamente militares aquellas infracciones que lesionan sólo los intereses específicamente castrenses, como, por caso, la disciplina militar.

Por este aspecto, tampoco resulta excluído de la extradición el delito atribuído al señor Cruz Mario Montemorro y que se desprende de los testimonios transcritos en la providencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, varias veces citada.

Por último, los elementos de juicio tenidos en cuenta para disponer la encarcelación preventiva del señor Montemorro constituyen ese mínimo probatorio exigido por el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal de Colombia.

En efecto, son varios los testigos que afirman haber oído al sindicado expresar que habían tenido que disparar, la noche de los hechos, contra los detenidos que pretendieron fugarse y que de esos disparos resultaron cuatro personas muertas.

El artículo 379, citado, dice lo siguiente:

"Cuando la infracción porque se procede tuviere señalada pena de presidio o de prisión, el procesado será detenido, si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente, como autor o partícipe de la infracción que se investiga, o si el funcionario que decretare la detención lo hubiere visto en el acto que constituye su participación en la infracción".

Es cierto que en las declaraciones de Gregorio Castillo, José Carrillo, Adelecio Suárez y Antonio Rodríguez aparecen algunas incongruencias, pero ellas no son de fondo. Los cuatro están acordes en haber oído al Sargento Cruz Mario Montemorro referir que habían disparado contra los fugitivos, habiendo muerto cuatro de ellos.

Las pruebas aducidas son, pues, suficientes para apoyar la solicitud de extradición, pues se acomodan a ese mínimo señalado en el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal colombiano.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, conceptúa favorablemente con respecto a la solicitud presentada por el Gobier-

no de la República de Venezuela, sobre extradición del ciudadano de ese país, señor Cruz Mario Montemorro, quien se encuentra detenido por razón de estas diligencias.

Cópiese y devuélvase el informativo al Ministerio de Justicia.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario

ASOCIACION PARA DELINQUIR.

Propósitos criminosos de los asociados. Diferencia entre asociación para delinquir y coparticipación criminal. Concepto de tratadistas sobre estos aspectos. Elementos tipificadores de la asociación para delinquir.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del veintiuno de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, confirmando la de primer grado, condenó a cada uno de los procesados Rodulfo Molano Tingelli, Julián y Farid Caviedes Ordóñez, Manuel Enrique Saavedra y Gerardo Morales Molina, a la pena principal de diez (10) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsables del delito de asociación para delinquir.

Antecedentes.

Mediante oficio fechado el 19 de febrero de 1960, dirigido a la Secretaría de Gobierno del Departamento del Huila, el señor Alcalde Municipal de Palermo informó acerca de una serie de hechos delictuosos que se habían venido perpetrando en diferentes regiones de su jurisdicción, especialmente en la vereda de Santa María. Según noticias obtenidas por el señor Alcalde, los delitos que sembraban el terror en aquella comarca eran cometidos por un grupo de malhechores.

Con fundamento en el aludido informe, la Gobernación del Departamento, por medio de Resolución del 20 de febrero de 1960, comisionó al Juez 32 de Instrucción Criminal "para que en el Municipio de Palermo y demás lugares necesarios" adelantara la investigación correspondiente, la que, en efecto, fue iniciada por el funcionario comisionado el día 23 del mismo mes.

En desarrrollo de la investigación resultaron vinculados al proceso, como sindicados, Rodulfo Molano Tingelli, Julián y Farid Caviedes Ordóñez, Manuel Enrique Saavedra, Gerardo Morales Molina, Manuel Solórzano Guevara, Agustín Castro (a. "La Clueca"), Saúl Valenzuela Cárdenas, Jesús Antonio Manrique, Alfredo Farfán Barrios, Filadelfo Esquivel, Pablo Antonio Vargas Montealegre, Ernesto Ramírez, Elizerio Mendoza Valderrama, Marco Aurelio Minú Losada, Justo Pastor Santofimio Bustos, Arturo Montaño Rojas, Antonio Laguna Repizo, Nicolás Trujillo Perdomo, Uladislao Valenzuela Cárdenas y Licerio Valenzuela Cárdenas.

El proceso se adelantó conforme a las normas del Decreto legislativo número 0012 de 4 de junio de 1959. Por auto del 12 de septiembre de 1960, el señor Juez Primero Penal del Circuito de Neiva, a quien había correspondido el conocimiento del negocio, declaró clausurada la investigación y dispuso poner los autos a disposición de las partes, por tres días, para que presentaran sus alegatos.

Mediante el fallo de primer grado, proferido el veintiséis de octubre del mismo año, se les impuso a los cinco primeros procesados que se han mencionado la pena de diez años de presidio, como responsables del delito de "asociación para delinquir", infracción respecto de la cual se sobreseyó temporalmente a los siete siguientes y se absolvió a los nueve últimos. Todos fueron absueltos del delito de "asonada".

Como ya hubo de expresarse, el Tribunal confirmó la sentencia del *a quo* en la suya del 21 de septiembre de 1961, fallo éste que se produjo

con salvamento de voto del Magistrado doctor Marcos Puyo Riveros. Después de referirse el *ad quem* a los elementos tipificadores del delito de asociación para delinquir y de examinar las pruebas fundamentales del proceso, resume su criterio acerca de la responsabilidad penal de los procesados Molano, Morales, Saavedra y Caviedes Ordóñez en los siguientes términos:

"Los defensores han alegado en esta instancia que no está plenamente establecido el cuerpo del delito de asociación para delinquir y, por lo mismo, tampoco la responsabilidad de las personas que han sido condenadas, por lo cual deben ser absueltos todos los procesados, pues los cargos formulados por los declarantes se basan en referencias de otras personas y no por conocimiento personal y directo.

"Desde luego, es evidente que varios de tales declarantes relatan algunos hechos por conocimiento que de ellos tuvieron según referencias de terceros, pero en cambio existen otras deposiciones que sí los revelan de manera muy fundamentada. Y es mediante una valoración en conjunto de todos esos elementos de juicio, y no aisladamente, como la Sala, de acuerdo con el Juzgado, llega a la conclusión de que contra Molano, Morales, Saavedra y los dos Caviedes Ordóñez, existe la plena prueba para condenarlos, y contra los sobreseídos temporalmente existen imputaciones que no permiten su absolución. Porque, como lo hace ver el fallador de primera instancia, las pruebas, en su totalidad, indican que los procesados 'se movían en su actividad criminal y siguiendo o desarrollando un plan general'. Así aparece en efecto, de la relación que guardan entre sí eos (sic) hechos, y de las actividades y participación que han tenido en ellos varios procesados.

"Así, por ejemplo, no pueden considerarse inocuas las imputaciones hechas por los declarantes y consistentes en haber visto a los procesados en compañía de Misael Perdomo, o reunidos con él en determinados lugares, etc., etc. Porque vista como está la prueba en contra del citado Perdomo, se infiere entonces de una manera lógica que Molano, Morales, Saavedra y los Caviedes, eran componentes de la banda de aquél; y de acuerdo con él, y bajo su dirección, lo secundaban en sus propósitos criminosos.

"Y es que, por lo demás, la prueba de la organización de la banda, de sus planes o programas, sería infructuoso buscarla en los propios miembros de la asociación y difícil, en cierto modo, obtenerla mediante testimonios que den cuenta de esos planes o programas por haber tenido conocimiento personal y directo de ellos, pues es obvio que los delincuentes preparan todos sus actos entre ellos únicamente, evitando que trasciendan al público, para mayor efectividad de sus criminales designios. Por ello en la mayoría de las veces, como ocurre en este proceso, hay que acudir a la prueba indiciaria.

"En síntesis estima la Sala que los hechos indiciarios procedentemente expuestos establecen plenamente el elemento objetivo del delito de asociación para delinquir y demuestran de igual manera la responsabilidad de los procesados Rodulfo Molano Tingelli, Gerardo Morales Molina, Manuel Enrique Saavedra, Julio o Julián Caviedes Ordóñez y Farid Caviedes Ordóñez; que esa plena prueba no existe con respecto a las personas mencionadas en el ordinal segundo de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, pero obran contra ellas graves imputaciones que hacen procedente un sobreseimiento temporal; y que, en cuanto a los restantes sindicados, o sea los que menciona la sentencia de primer grado en el ordinal tercero de su parte resolutiva, no queda otra alternativa que absolverlos por no existir en su contra ningún cargo de responsabilidad en el mencionado delito".

El Magistrado disidente, por su parte, realizó un completo y minucioso examen del acervo probatorio del proceso. Con fundamento en él, resumió su pensamiento sobre el caso sub-judice en la siguiente forma:

"De todo lo anteriormente analizado se llega a la conclusión de que no se halla comprobado el delito de 'asociación para delinquir', respecto a ninguno de los sujetos que figuran hasta ahora como sindicados en este negocio pues los cargos que les hacen a algunos de ellos varios testigos se basan en referencias de terceras personas pero no en el conocimiento personal de los hechos. Además en los varios delitos que según esos dichos han participado bajo las órdenes de Misael Perdomo, al examinar los sumarios respectivos se demuestra que ni siquiera han sido sindicados; y que dos de ellos que han sido detenidos, después hubo que revocar los autos correspondientes, porque no había mérito legal que justificara esa detención.

"Se ha puesto de presente en este estudio que aún faltan varias diligencias por practicar, tales como buscar la verdadera fuente u origen de los rumores de inculpaciones para ver si en realidad existen testigos presenciales de los hechos; además falta interrogar a quienes hacen la simple aseveración de que saben de la ocurrencia de algunos hechos en que han tomado parte varios procesados, para que digan en forma concreta en qué forma han adquirido ese conocimiento.

En uno o dos casos en que así lo hizo el funcionario instructor se llegó a la misma fuente ya expresada: la del dicho de otra persona, y entonces es necesario saber si es que no hay otra base de inculpaciones o si existen pruebas de verdadero valor.

"Esto en relación a las personas que aparecen como condenadas y también sobreseídas en forma temporal por el señor Juez del conocimiento, pues respecto a aquellas que fueron absueltas bien claramente se pone de presente en la sentencia de primera instancia que no hay motivo alguno para que sigan vinculados a este proceso y es necesario de una vez desligarlas por medio de la absolución.

"Para condenar se necesita la plena prueba de la comisión del hecho delictuoso. En tratándose del delito de asociación para delinquir se necesita que se halle plenamente establecido que tres o más personas se hallan organizadas en forma permanente para cometer delitos.

"Si por la conclusión de varios procesos penales o de uno solo que trate de varios delitos conexos se ha llegado a establecer que un grupo de personas ha participado constantemente en esos hechos delictuosos, no puede caber la menor duda de que forman una banda organizada con fines delictuosos, y entonces a más de la pena que pueda corresponderles como copartícipes en cada uno de esos delitos, hay base para considerarlos incursos en la pena por el delito independiente de asociación para delinquir. No es difícil en tales casos la prueba que consistiría entonces en la copia de los fallos respectivos.

"Mas como bien lo ha puesto de presente la honorable Corte Suprema de Justicia en varias providencias, no es necesario que las finalidades de la organización se hayan concretado en hechos delictuosos. Basta con la prueba de que existe la organización y del propósito que auna las voluntades en la realización de hechos considerados por la ley como delitos. En tales casos la prueba es más difícil.

"En el presente caso no existe en forma alguna la prueba de la comisión de determinados delitos realizados por el grupo de personas que aparecen condenadas por el señor Juez *a quo*.

"Pero ni siquiera existe la prueba fehaciente de que estuvieran organizados con la finalidad o el propósito de delinquir. Ha dicho la Corte 'la ley reprime la simple asociación para delinquir porque ella constituye un mal latente para la tranquidad social, intención que se manifiesta cuando los asociados programan los delitos que piensan realizar'. (Casación de junio 8 de 1954).

"En el expediente que nos ocupa hay una serie de declarantes que aseveran que fulano, zutano o mengano forman parte de una banda bajo las órdenes de un tal Misael Perdomo, pero al ir a estudiar la razón de sus afirmaciones, se desemboca en que de ello han sido informados por otras personas, no porque personalmente les conste nada concreto. La mayor inculpación que llegan a hacer por conocimiento personal es que han visto a algunas de esas personas en compañía de Misael Perdomo, o que han estado en determinada casa cuando él también se encontraba allí. Pero dónde está la prueba de la existencia de una banda organizada, del número de personas que la componen y de los crímenes que dichas personas hayan cometido o se propongan cometer?

"No hace mucho tiempo le tocó conocer al doctor Borrero Durán de un negocio adelantado contra Jaime Barrera Barrera y su hermano Ramiro, que habiendo sido llamados a juicio por el delito de robo fueron sobreseídos definitivamente por el doctor Alfredo Camacho, Juez Primero del Circuito en lo Penal de esta ciudad por el delito de asociación para delinquir de que también estaban sindicados lo mismo que un tal 'Pelusa', otro apodado 'Tarzán' y 'El Cabo Lozano', pues no se consideraron bastante concretos los cargos que a tales personas se les hicieran.

"Esta providencia fue confirmada por el Tribunal, y en el auto confirmatorio se dijo lo siguiente: 'Y en cuanto a lo manifestado por los testigos, relacionan una serie de hechos delictuosos aislados, por cuanto hablan de chusma o cuadrilla, pero sin que personalmente les conste nada al respecto. Refiriéndose a Jaime dicen del robo de una vaca, de un caballo, del robo de ropas en los lavaderos, pues por esas regiones los consideraban como maleantes y siendo por ello temidos de las gentes.

" 'En realidad, no se configura el delito de asociación, dado que la disposición que estructura este delito (artículo 208 del Código Penal), requiere varios elementos que en este caso se echan de menos, como son la pluralidad de agentes activos de la infracción, de la agrupación con mancomunidad y permanencia, que dé la idea de una sociedad cuyos miembros estén ligados entre sí con una responsabilidad que les es común y también de carácter permanente, y así otras circunstancias de no menor importancia.

" 'Por otra parte, la prueba aportada es demasiado deficiente, sin base seria de importancia, puesto que solo referían tales hechos en meras suposiciones de obrar de acuerdo en la

comisión de infracciones penales; por tanto la providencia debe confirmarse'.

"Tengo para mí que los casos son idénticos y que en consecuencia tanto el señor Juez *a quo* como el Tribunal deben hacer un análisis semejante sobre el valor probatorio de los testimonios, ya que de lo contrario no habría consecuencia en las decisiones relativas a este género de delitos".

Demandas de casación.

Tres demandas fueron oportunamente presentadas para sustentar el recurso extraordinario de que aquí se trata. La visible de folios 10 a 19 del cuaderno número 3, fue formulada, a nombre de Rodulfo Molano, por el doctor Juan Romero G. Las otras dos están suscritas por el doctor Néstor Aya Z.: La primera (fs. 20 a 34), a nombre de Julián y Farid Caviedes y la segunda (fs. 36 a 50), en representación de Manuel Saavedra y Gerardo Morales.

En los tres libelos mencionados el ataque a la sentencia recurrida se formula a través de las causales de casación previstas en los numerales 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, aducida la última como consecuencia de la anterior.

Sobre esas bases comunes, los recurrentes realizan un minucioso análisis del acervo probatorio del proceso, para demostrar que la sentencia condenatoria acusada constituye un flagrante error de "hecho y de derecho". Sostienen en esencia, que el sentenciador de segundo grado, por errada interpretación o apreciación de los hechos, atribuyó a éstos un valor probatorio que no tienen. Sólo así pudo afirmar la existencia del cuerpo del delito y la responsabilidad penal de los procesados, cuando la verdad es que ninguno de esos dos elementos se halla plenamente acreditado en el proceso. Ese yerro ostensible condujo al fallador a la indebida aplicación de la ley penal sustantiva, violando así los artículos 208 del Código Penal y 1º del Decreto 1258 de 1955.

Consecuentes con tal criterio, los señores apoderados piden a la Corte que invalide el fallo recurrido y, en su lugar, profiera sentencia absolutoria en favor de sus respectivos representados.

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha estudiado con todo detenimiento el proceso. Después de relatar sintéticamente los hechos y de referirse a los elementos que, conforme al artículo 208 del Código Penal, estructuran el delito de asociación para delinquir, examina minuciosamente las pruebas sobre las cuales se sustenta la sentencia recurrida, a fin de establecer si la conducta de los procesados en el caso de autos se adecúa o no al cuadro legal descrito en la norma citada. Mediante ese proceso de confrontación y análisis el señor Agente del Ministerio Público alcanza una respuesta negativa. Importa transcribir los apartes finales del aludido concepto, por cuanto ellos compendian acertadamente el pensamiento de la Procuraduría sobre el particular:

"En síntesis, las pruebas documentales que obran en este proceso no arrojan elementos de juicio suficientes para pensar que las actividades vandálicas y las depredaciones de que han sido víctimas los pacíficos moradores de algunas regiones en el Departamento del Huila pueda atribuírse a una banda jerárquicamente organizada para el crimen en forma permanente, cuyos componentes pudieran ser los hoy recurrentes en casación. Otro tanto podría decirse de las pruebas testimoniales, por cuanto ellas, en su contenido, sólo recogen rumores, decires, sospechas y referencias como consecuencia de lo que se dice haberse oído a terceros. Para este aserto valga un ejemplo:

'Preguntado: ¿Qué sabe usted de la banda de malhechores dirigida por Misael Perdomo y de sus actividades ilícitas?

Contestó: —Yo no la he visto pero el 'run-run' es que él es el jefe de una banda de malhechores que hay en la vereda de La Honda... Sé que Rodulfo Molano y Manuel Saavedra son los jefes de los 'pájaros' en esta región y las reuniones son donde ellos, y Enrique Santofimio y otros que van en su orden, pues son varios... Misael Perdomo está bajo las órdenes de estos otros o sea de Molano y Saavedra, pues cuando viene aquí al pueblo es a conferenciar con ellos...

Preguntado: ¿Sabe usted quiénes o quien fueron los que participaron en el asalto a la hacienda la 'Florida'?

Contestó: —Misael Perdomo y su banda y Ramón Alarcón. No me recuerdo de más pero eso fue bastante como cuarenta lo menos. De la vereda de La Honda fueron al asalto con Misael Perdomo a la hacienda de La Florida Julio Caviedes Faris (sic) Caviedes, Jesús Borrero, y otros como un número de veinte; y los otros sujetos que acompañaron a Misael en ese asalto eran de la vereda del Carmen y dirigidos por Ramón Alarcón sin recordarme de los nombres,

y los Pinedas también del Carmen y que su padre tiene una finca en la Plata. Todo esto que estoy declarando referente a lo sucedido en el asalto de la Florida y en el cual participó como jefe de la banda Misael Perdomo me lo contó mi yerno Santiago Amaya y yo no supe cómo sabría él y me lo contó como a los ocho días de sucedidos los hechos...'.

"Ahora bien:

"A los procesados Rodulfo Molano, Julián y Farid Caviedes, Manuel E. Saavedra y Gerardo Morales se les condenó por el delito de que trata el artículo 208 del Código Penal, que dice:

" 'El que haga parte de una asociación o bande de tres o más personas, organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados, incurrirá en prisión de uno a tres años sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los delitos que cometa.

" 'Tal pena se aumentará hasta en una tercera parte para los que actúen como jefes o directores de la asociación'.

"Entonces, como ya lo ha sostenido esta Procuraduría en otras oportunidades, siendo que los elementos contenidos en el artículo 208 del Código Penal son concurrentes para la tipificación del delito de asociación para delinquir, hay que afirmar en el caso de autos que ninguno de ellos se encuentra demostrado, ni en relación con los procesados, ni con personas diferentes a ellos. Por lo que es necesario sostener también que no se han cumplido las exigencias de los artículos 294, 272 y 203 del Código de Procedimiento Penal. Porque los simples rumores, sospechas y suposiciones pueden servir para enrumbar una investigación en pos de la verdad penal, pero jamás ni nunca pueden adquirir entidad suficiente para la estructuración de un delito o para deducir la responsabilidad del mismo.

"Por tanto, el recurso interpuesto con fundamento en la causal segunda habrá de prosperar. Y como la causal primera es consecuencial de la anterior, este Ministerio Público se abstiene de realizar el estudio correspondiente".

Fundado en tales razones, en el fondo coincidentes con las expuestas por la acusación, el señor Procurador solicita de la Corte que proceda en armonía con el artículo 570, letra a), del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte:

La asociación para delinquir constituye una excepción al principio general de que los actos preparatorios del delito no son penalmente reprimibles. Se trata de una infracción autónoma, independiente, por tanto, de los ilícitos que cometan o puedan cometer quienes formen parte de la agrupación criminal o banda de malhechores. Es un delito de peligro. El simple hecho de la asociación, con propósitos criminosos, envuelve una amenaza al orden social y comporta la pena. Es irrelevante, en consecuencia, que los asociados no comentan los indeterminados delitos que la banda, al organizarse, se propuso perpetrar.

Los tratadistas ponen énfasis al establecer la diferencia entre la asociación para delinquir y la coparticipación criminal. Es valioso el criterio de Maggiore sobre el particular:

"El delito de asociación para delinquir (societas delicuentium) se distingue de la coparticipación criminosa (societas sceleris delincuendi —asociación en un crimen, en un delito—), porque la coparticipación supone un delito realmente existente (consumado o tentado), mientras la asociación supone delitos intencionalmente existentes, o sea, como fin de la asociación criminosa, por lo cual los partícipes son castigados 'por el solo hecho de participar en la asociación'. Además, la coparticipación es una asociación ocasional para cometer uno o más delitos determinados, mientras la asociación para delinquir tiene carácter permanente, dirigido a cometer una serie indeterminada de delitos.

"Por este aspecto la asociación para delinquir constituye un delito colectivo, perfectamente autónomo. Y autónomo, no sólo ante la figura de la coparticipación, sino respecto a cada uno de los delitos cometidos por cada asociado".

Lo que realmente hace acriminable la asociación para delinquir es el fin de cometer varios delitos. Por tanto, en cada caso concreto es preciso demostrar que la agrupación se ha organizado con el objeto de realizar un número plural de hechos delictuosos. El común acuerdo para cometer un solo delito escapa a la represión penal, si aquel no se ha cometido. Y si efectivamente se comete ese delito insular, sólo surge la figura del concurso, sin que en un caso tal pueda hablarse de asociación para delinquir.

Los lineamientos doctrinarios anteriores son los que, en esencia, recoge la figura descrita en el artículo 208 del Código Penal colombiano. Conforme a esa norma, los elementos tipificadores del ilícito a que se contrae este proceso pueden determinarse así: a) Asociación o banda; b) número de asociados, que no puede ser menor de tres; c) objeto, que es el de cometer delitos mediante el común acuerdo y recíproca ayuda

de los asociados, y d) permanencia en tal objeto o finalidad.

Se pregunta ahora si la prueba del proceso comporta los elementos de juicio suficientes para estructurar el delito de que se trata. Y se impone una respuesta negativa. En efecto, para proferir la sentencia condenatoria acusada, el Tribunal asignó fundamental importancia a los testimonios de Antonio Carrera Perdomo (f. 44), Carlos Arturo Monroy Torres (f. 71), Luis Enrique Páez Leguizamón (f. 137), Benito Alejandro Figueroa (f. 137), Claudina Tovar viuda de Vargas (f. 42), Fidel Mora (fls. 73 y 145), Alvaro Mora (fls. 78 y 143), María Inés Alvarez de Lavao (f. 156), Audelino Andrade (f. 153 v.), José Abel Moreno (f. 84), Julio Barragán (f. 175), Esteban Andrade (f. 152), Andrés Avelino Quintero (f. 282), Benito Andrade Amaya (f. 165), Miguel Galeano (f. 109), Rosa Helena Arango viuda de Hurtado (f. 160 v.), Segundo Parra Cabrera (f. 162), Santiago Amaya (f. 259) y Gregorio Camacho (f. 170).

La Sala ha estudiado con minuciosa atención esa prueba testimonial, y, al apreciarla, sólo encuentra en ella imprecisión y vaguedad. Los deponentes, como enfáticamente lo observa el Procurador, casi en su totalidad recogen "rumores, decires, sospechas". El instructor no se preocupó por indagar acerca de la fuente de esos rumores. Es verdad que en procesos de esta naturaleza el investigador actúa dentro de un medio social inculto y atemorizado por los repetidos hechos de violencia, pero precisamente por ello es necesario desarrollar un mayor esfuerzo investigativo, examinando a los testigos con minuciosa atención, a fin de establecer hasta qué punto lo que aquellos afirman es el fruto de directas percepciones, si su dicho tiene bases razonables o si, por el contrario, se origina en motivos de venganza, de odio o de simpatía. O, finalmente, si surge de una sensación de inseguridad, traduciendo apenas complejas elaboraciones subjetivas.

Por otra parte, dentro del proceso se practicó inspección ocular en los siguientes sumarios:

Averiguación del homicidio de Carlos Julio Vargas; averiguación sobre la muerte de Alvaro Hurtado; averiguación sobre la muerte de Agustín Caviedes y Policarpa Molano; averiguación por la muerte de Gregorio Camacho; averiguación por el homicidio de Claudio Pérez; averiguación por la muerte de Benigno Rueda; averiguación por la muerte de Rafael Cabrera; averiguación por el homicidio de Nonato Ramírez; averiguación por la muerte de Noel Marín; averiguación por incendio de una casa en la vereda de Nilo y averiguación por incendio de la casa de Segundo Parra.

Sobre el valor de esta prueba el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha expresado el siguiente concepto, que la Sala comparte:

"Estos sumarios, pudiera decirse, constituyen un termómetro de violencia en la región conocida de autos y hace pensar en agrupaciones armadas permanentes con propósitos delictivos. Pero el estudio realizado sobre los cuadernos sólo dio como resultado la implicación de Segundo Morales en el proceso por la muerte de Alvaro Hurtado. Por ello el señor Juez Tercero Departamental de Policía del Huila le decretó detención precautelativa el 10 de diciembre de 1959, providencia revocada el 11 de enero de 1960 por el mismo funcionario".

A lo cual agrega el señor Agente del Ministerio Público las siguientes observaciones, que reflejan y compendian la verdad procesal sobre el particular:

"En la investigación de este posible delito de asociación para delinquir, también fue revisado el proceso por hurto de ganado mayor cometido contra los intereses de la Parroquia de Iquira; pero ninguno de los recurrentes ante la honorable Corte resultó sindicado por tal delito.

"En el proceso por el homicidio de Félix González Rivera aparecieron como sindicados Rodulfo Molano, Luis Matilde Bustos y otros; pero fueron sobreseídos definitivamente el 16 de julio de 1957 por auto confirmado por el Tribunal Superior de Neiva, el 13 de noviembre de 1958.

"En las diligencias por el homicidio de Miguel Collazos fueron afectados con auto de detención, entre otros, Manuel Saavedra (23 de junio de 1958) y Rodulfo Molano (4 de agosto de 1958), pero al primero le fue revocada la providencia por el Juzgado Superior de Neiva el 9 de octubre de 1958 y al segundo por el Tribunal Superior del mismo Distrito el 6 de octubre del mismo año, por ausencia de razones para mantenerle privado de libertad.

"El mes de enero de 1956 Rodulfo Molano ingresó a la Cárcel de Neiva por orden del Juzgado Primero Departamental de Policía, sindicado de los delitos de homicidio y lesiones personales, pero fue excarcelado por el Tribunal Superior el 6 de marzo de 1957".

Todo lo anterior significa, respecto de los procesados recurrentes y en relación con el delito investigado, no existe la prueba que para condenar exige el artículo 203 del Código de Proce-

dimiento Penal. Se justifica, por tanto, la causal segunda aducida. Y, al prosperar ésta, corre igual suerte la primera, invocada como consecuencia de aquélla.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* la sentencia recurrida en cuanto ha sido materia del recurso, y, en su lugar, *absuelve* a los procesados Rodulfo Molano Tingelli, Julio o Julián Caviedes Ordóñez, Farid Caviedes Ordóñez, Manuel Enrique Saavedra y Gerardo Morales Molina del delito de asociación para delinquir que se les imputó en este proceso.

Como consta en autos que dichos procesados se encuentran detenidos, líbrese la correspondiente orden de libertad incondicional, siempre que contra ellos no exista detención por otro u otros delitos, o que no sean requeridos por alguna otra autoridad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ADVERTENCIA:

La Sala de Casación Penal profirió, además, durante el segundo semestre de 1963, las sentencias que se relacionan a continuación, las cuales no se publican por falta de espacio.

Homicidio. Causales 4ª, 3ª y 1ª de casación. Por sentencia de 4 de julio de 1963, la Corte no casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso seguido a Segundo Reyes Rodríguez, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: dóctor Samuel Barrientos Restrepo.

Recurso de revisión en materia penal. Errores en la demanda. Por sentencia de 10 de julio de 1963; la Corte, no ordena la revisión de la sentencia que condenó a Pedro Arturo Guevara Samacá a relegación a una colonia agrícola. Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo.

Recurso de revisión. Causal 3ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. Por sentencia de 23 de julio de 1963, la Corte deniega el recurso extraordinario de revisión de las sentencias proferidas contra el reo de homicidio Jairo López Gómez. Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Homicidio. Causal de casación penal. Por providencia de 8 de agosto de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que condenó a Evaristo Cote Vera. Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres.

Colisión de competencia positiva entre la justicia penal militar y la ordinaria. Por providencia de 12 de agosto de 1963, la Corte dirime la colisión de competencia suscitada entre el Comando de la Brigada de Institutos Militares y el Juzgado Noveno Superior de Bogotá, en el sumario contra Domingo Roncancio Jiménez y otros, por el supuesto delito de "conspiración", en el sentido de atribuír el conocimiento del proceso a la justicia ordinaria. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Delito de robo. Por sentencia de 20 de agosto de 1963, la Corte invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado a Omar Cruz Perdomo. Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres.

Delito de rebelión militar. Aplicación del ordinal 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal. Por sentencia de 30 de agosto de 1963, la Corte sobresee definitivamente en favor del señor Mayor General (r) Alberto Gómez Arenas por el supuesto delito de rebelión militar en su condición de Comandante General de las Fuerzas Militares. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

La causal segunda de casación no es pertinente en los juicios en que interviene el Jurado de Conciencia. Por providencia de 30 de agosto de 1963, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Rafael Morales Barajas, y a la vez, lo declara desierto en cuanto al reo Rubén Roa Barajas, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Homicidio. Causales 1ª y 2ª. Técnica jurídica de casación. Por sentencia de 6 de septiembre de 1963, la Corte no invalida la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Segundo Piñeros Medina. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Homicidio. Causal cuarta de casación. Por providencia de 10 de septiembre de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga por medio de la cual condenó a Saturnino Vargas Bohórquez. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Revisión. Por sentencia de 13 de septiembre de 1963, la Corte no ordena la revisión del proceso seguido a Miguel Antonio Barraza a quien condenó el Tribunal Superior de Bogotá por el delito de robo. Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo.

Homicidio. Por providencia de 17 de septiembre de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Pedro Elías Bautista Amorocho. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Alcance legal del Decreto 1705 de 1960. Por sentencia de 17 de septiembre de 1963, la Corte invalida la proferida por el Tribunal Superior Militar que condenó al agente de la Policía Nacional José Rosalindo Lucero, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Homicidio. Causales 4ª, 2ª y 1ª de casación. Por providencia de 21 de septiembre de 1963, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Luis Enrique Otálora, Justiniano Miranda Cardoso y otros. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Homicidio. Causal segunda de casación. Por sentencia de 23 de septiembre de 1963, la Corte casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga que condenó a Luis Francisco Rodríguez. Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres.

Causal cuarta de casación. Nulidad constitucional. Por sentencia de 26 de septiembre de 1963, la Corte invalida la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado a Yesid Garzón Pérez, por el delito de estafa. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Recurso de revisión en materia penal. Causal 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. Por sentencia de 3 de octubre de 1963, la Corte no ordena la revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado Penal del Circuito del Líbano y el Tribunal Superior de Ibagué, contra Yamel, Luis y Alvaro Bohórquez Soriano. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.

Homicidio. Nulidad del fallo acusado por violación de la ley procedimental. Por sentencia de 4 de octubre de 1963, la Corte invalida la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso adelantado a Juan de Jesús Villamizar Peña y a Juan de Jesús Rey Vera. Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres.

Delito de robo. Garantía del derecho de defensa del procesado. Por sentencia de 7 de octubre de 1963, la Corte invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Pereira que condenó a Hermenegildo Orrego Giraldo y otro. Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo.

Homicidio agravado. Complicidad necesaria o concurso recíproco. Causal primera. Por sentencia de 9 de octubre de 1963, la Corte no casa la proferida por el Tribunal Superior de Popayán que condenó a Luis Eduardo Narváez Alegría, Héctor Alfonso Arcos y otros. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Peculado. Condiciones típicas del peculado en los casos de apropiación y uso indebido. Causal segunda de casación. Por sentencia de 14 de octubre de 1963, la Corte invalida la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué que condenó a José Tomás Orjuela Forero. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Delito de robo agravado. Invocación de las causales 1ª y 2ª de casación. Por sentencia de 15 de octubre de 1963, la Corte no invalida la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso seguido a Gerardo Bedoya Ramírez y otro. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Peculado. Por providencia de 23 de octubre de 1963, la Corte confirma la del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual dispuso "abrir causa criminal y llamar a responder en juicio a Hernando Caicedo Lanford, sindicado de peculado en el ejercicio de Juez de Circuito de Cali". Magistrado ponente: doctor Rendón Gaviria.

Homicidio. Causales cuarta, primera y séptima de casación. Por sentencia de 24 de octubre de 1963, la Corte no invalida la proferida por el Tribunal Superior de Pereira que condenó a Aurelio Antonio González Morales. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Delito de robo agravado. Causales segunda y primera de casación. Con fecha 5 de noviembre de 1963 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Libardo Oviedo y otros por el delito de robo agravado. Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo.

Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado. Con fecha 19 de noviembre de 1963, la Corte invalida, en forma parcial, la sentencia acusada del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio de la cual condenó a Pablo Arturo Eslava por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres.

Violencia carnal. Con fecha de 5 de diciembre de 1963 se desecha el recurso de casación inter-

puesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, mediante la cual fue condenado Uldarico Santos Montealegre, como responsable del delito de violencia carnal. Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Invocación de nulidades legales y constitucionales. Con fecha 5 de diciembre de 1963 se desecha el recurso de casación interpuesto por Joaquín Valencia y otros contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que los condenó como responsables de los delitos de triple homicidio (asesinato) y robo. Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Deficiente formulación de la demanda de casación. Con fecha 6 de diciembre de 1963 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a Carlos Julio Bejarano Pinzón y Arturo Parra Bastidas, como responsables de los delitos de homicidio frustrado, ataque al superior y abandono del puesto. Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Carácter civil de la Policía Nacional y competencia de la justicia ordinaria para juzgar a sus miembros y a sus agentes. Con fecha 11 de diciembre de 1963 se invalida la sentencia acusada proferida por el Tribunal Superior Militar, por medio de la cual esa corporación absolvió a los ex-agentes de la Policía, Pablo Antonio Medina y Eduardo Rómulo López, por homicidio. Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres.

Recurso de revisión. Estado de especial peligrosidad. Giro indebido de cheques. Con fecha 18 de diciembre de 1963 la Corte ordena la revisión del proceso seguido al doctor Jorge Enrique Cipagauta Galvis, "por presunta violación de disposiciones del Decreto 0014 de 1955, y el cual fue fallado en primera instancia por el Juzgado 244 de Instrucción Criminal y en Segunda por el Juzgado 1º Superior de Policía de Bogotá". Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Robo cometido en "propiedades rurales". Finalidad del artículo 28 del Decreto 290 de 1957. Con fecha 19 de diciembre de 1963 se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, que por el delito de robo condenó a Anastasio Lucumí Vásquez. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

SALA DE CASACION LABORAL

Con extractos de jurisprudencia en materia laboral, a cargo del Relator de entonces doctor Luis Ignacio Segura A.

TACHA DE TESTIGOS Y CASACION. REPRESENTANTES DEL PATRONO Y SU RESPONSABILIDAD. CESANTIA. LUCRO CESANTE. INDEMNIZACION MORATORIA.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., julio ocho de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Myriam Becerra de Santarelli, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral contra la sociedad "Leonidas Lara e Hijos, Limitada", sucursal de Cúcuta, a fin de que mediente el procedimiento respectivo fuese condenada a pagarle las prestaciones sociales correspondientes al tiempo de servicio comprendido entre el 18 de septiembre de 1954 y el 22 de noviembre del mismo año, así como también lucro cesante o en subsidio preaviso, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Los hechos, base de la demanda, fueron expuestos así:

"a) Para el año de 1954 Leonidas Lara e Hijos tenía establecido en esta ciudad de Cúcuta en el edificio situado en la Avenida 6ª, entre calles 9ª y 10ª, negocio de venta de maquinaria agrícola e industrial;

"b) Dicho negocio estuvo a cargo de la sociedad denominada 'Casa Lara' la cual representó el señor doctor Enrique Lara Hernández;

"c) En el mes de septiembre de 1954 Leonidas Lara e Hijos liquidó los negocios de la Casa Lara y los confió al señor Gustavo Sandoval F., y fue así como el señor Sandoval F. los recibió según acta suscrita el día 16 de septiembre de 1954 del doctor Enrique Lara Hernández con la debida autorización de Leonidas Lara e Hijos;

"d) Gustavo Sandoval F. administró esos negocios en el edificio de propiedad de Leonidas Lara e Hijos, situado en la dirección que antes indiqué;

"e) Las labores y actividades de Gustavo Sandoval F. como administrador de los negocios de Leonidas Lara e Hijos se concretaron a los de la especialidad de la firma en esta ciudad tales como venta de maquinaria pesada para agricultura y vehículos automotores;

"f) Como era natural Gustavo Sandoval F. como administrador de Leonidas Lara e Hijos contrató los servicios del personal idóneo indispensable para el buen desarrollo de los negocios que se le confiaron y fue así como contrató los servicios de mi mandante señora Myriam Becerra de Santarelli, quien entró a trabajar en las dependencias de Leonidas Lara e Hijos, desde el 16 de septiembre de 1954;

"g) La señora Myriam Becerra de Santarelli como trabajadora de Leonidas Lara e Hijos desempeñó en esta ciudad en el almacén de venta de maquinaria agrícola y de vehículos automotores las funciones de oficinista con una asignación mensual de $ 180.00 moneda legal;

"h) El día 22 de noviembre de 1954 fue intempestivamente despedida mi mandante por los señores Alfonso Bermúdez y Juan E. Méndez M., Gerente el primero de la firma Leonidas Lara e Hijos en la sucursal de Bucaramanga y el se-

gundo, Visitador General de las sucursales de la firma;

"i) Mi mandante desempeñó el cargo personal y directamente en la casa comercial de Leonidas Lara e Hijos, en las funciones propias de su oficio y de sus actividades, permanentemente, con sujeción de trabajador, mediante horario fijo de jornada de ocho horas;

"j) La firma de Leónidas Lara e Hijos, tiene en la actualidad o lleva el nombre de Leonidas Lara e Hijos Limitada, según cambio que hizo de la razón social y de la naturaleza misma de la sociedad 'que pasó de comercial a la de responsabilidad limitada'; y

"k) Para la fecha en que mi mandante prestó sus servicios a la firma Leonidas Lara e Hijos, era su estado civil, soltera y por ello figuraba con el nombre de Myriam Becerra M.".

Como fundamentos de derecho la demanda invoca los artículos 22, 23, 24, 47, 49, 55 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y en procedimiento el artículo 74 y siguientes del Código de la materia.

La parte demandada, por conducto de apoderado, dio respuesta al libelo inicial proponiendo la excepción dilatoria de pleito pendiente y, respecto de los hechos, negó ser ciertos la mayoría de ellos y reconoció únicamente los dos últimos. En su defensa alegó que la sociedad Leonidas Lara e Hijos Limitada no tenía establecido ningún negocio para la venta de maquinaria agrícola e industrial en el edificio de la Avenida 6ª, entre calles 9ª y 10ª de Cúcuta, y que para la fecha a la cual se refiere la parte demandante la sociedad tenía un negocio de concesión con el doctor Enrique Lara Hernández; que la sociedad "Casa Lara" no ha tenido negocio de ninguna naturaleza con Leonidas Lara e Hijos Limitada, y ésta celebró un contrato de naturaleza eminentemente civil y comercial con Gustavo Sandoval Ferrero, quien fue un concesionario y no un administrador de la sociedad demandada; que, la señora Becerra de Santarelli no fue en ningún momento trabajadora de la sociedad demandada y pudo ser empleada de Gustavo Sandoval Ferrero, quien al hacer entrega de la concesión a Leonidas Lara e Hijos Limitada ésta no contrató a ninguno de los trabajadores que estuvieron al servicio del concesionario.

El Juzgado del Trabajo de Cúcuta, que fue el del conocimiento, en la primera audiencia de trámite declaró no probada la excepción dilatoria de pleito pendiente propuesta por la sociedad demandada, y con fecha 14 de enero de 1958 dictó su fallo de primer grado mediante el cual condenó al pago de $ 33.50 por concepto de cesantía, $ 678.00, por concepto de lucho cesante, y "c) la suma de seis mil ochocientos ochenta y ocho pesos ($ 6.888), valor de la indemnización a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, hasta el día de hoy y la que resulte hasta el día del pago". Igualmente condenó en costas a la parte demandada, cuyo mandatario judicial interpuso el recurso de apelación contra el proveído de primera instancia.

El 30 de abril de 1958 la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona desató el recurso de alzada confirmando en todas sus partes la providencia del *a quo*, "...con la *aclaración* de que el monto de los salarios caídos causados desde la fecha del despido de la demandante señora Myriam Becerra de Santarelli, hasta la en que se profirió la sentencia de que se trata, corresponde a la suma de seis mil setecientos noventa y ocho pesos ($ 6.798), y no a la deducida por el fallador de primera instancia".

El Procurador Judicial de la parte demandada recurrió en casación contra el fallo del *ad quem*, y concedido por éste el recurso y admitido y tramitado por esta Sala de la Corte, pasa a decidirlo previo estudio de la demanda sustentatoria que contiene dos cargos. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Lo formula el casacionista, así:

"Con la presente demanda de casación me propongo obtener que la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— case totalmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona —Sala Laboral—, con fecha treinta (30) de abril de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) dentro del juicio promovido por Myriam Becerra de Santarelli contra 'Leonidas Lara e Hijos Limitada' y, en su lugar, procediendo en función de instancia, declare la inexistencia de contrato de trabajo entre Myriam Becerra de Santarelli y 'Leonidas Lara e Hijos Limitada', revoque la de primer grado proferida por el Juzgado del Trabajo de Cúcuta y absuelva, en consecuencia, a la precitada sociedad de todos los cargos contenidos en el libelo de demanda. Subsidiariamente, que se case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto por ella se condena a 'Leonidas Lara e Hijos Limitada', al pago de la indemnización moratoria, y, en su lugar, procediendo como Tribunal de instancia

revoque el aparte c), del numeral primero de la de primer grado, absolviendo a dicha sociedad de los salarios caídos".

Motivo de casación.

Con fundamento en la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo el recurrente formula dos cargos que pasa a examinar la Sala.

Primer cargo.

Está enunciado en estos términos:

"La sentencia acusada viola, por vía indirecta, los preceptos sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 22, 23, 32, 34, 43, 57, 64, 65, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo y 1571 del Código Civil, al aplicarlos —indebidamente— a situaciones de hecho no reguladas por ellos, por haber incurrido el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona —Sala Laboral—, en errores de hecho ostensibles y de manifiesto en los autos provenientes de la mala apreciación de las pruebas que a continuación individualizaré".

Seguidamente el recurrente indica las pruebas que, a su juicio, fueron indebidamente apreciadas por el sentenciador, que son, en síntesis, los documentos y los testimonios que aparecen en autos. De modo especial critica la valoración dada por el Tribunal a los testimonios de los declarantes Gustavo Sandoval Ferrero y Luis A. Flórez y propone una tacha de los mismos. Los errores los concreta en esta forma:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que Myriam Becerra de Santarelli trabajó para Leonidas Lara e Hijos Limitada, en el tiempo expresado en la demanda;

"b) Dar por demostrado, sin estarlo, que existió un contrato de trabajo entre Myriam Becerra de Santarelli y Leonidas Lara e Hijos Limitada;

"c) Dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo fue terminado unilateralmente y en forma ilegal por la sociedad Leonidas Lara e Hijos Limitada;

"d) Dar por demostrado, sin estarlo, que Gustavo Sandoval F., tuvo la calidad de contratista independiente con respecto a la sociedad demandada y en tal carácter contrató los servicios de la demandante Myriam Becerra de Santarelli (cuestión no propuesta en la demanda);

"e) Dar por demostrado, sin estarlo, que Leonidas Lara e Hijos Limitada, ha incurrido en mora injustificada y de mala fe en el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones reclamadas por la demandante Myriam Becerra de Santarelli;

"f) No dar por demostrado, estándolo, que Myriam Becerra de Santarelli no trabajó al servicio de Leonidas Lara e Hijos Limitada ni recibió salarios de ésta;

"g) No dar por demostrado, estándolo, que Gustavo Sandoval F. estuvo vinculado a Leonidas Lara e Hijos Limitada, por un contrato típicamente mercantil en virtud del cual el consignatario Sandoval actuaría autónomamente como un comerciante en beneficio propio y sin comprometerse a ejecutar obras o labores de ninguna naturaleza en beneficio de la sociedad demandada;

"h) No dar por demostrado, estándolo, que el propio actor prescindió de invocar la solidaridad porque partió de la base (también falsa) de que Gustavo Sandoval F. era representante de Leonidas Lara e Hijos Limitada, como administrador de los negocios de ésta en Cúcuta;

"i) Dar por demostrado, no estándolo, que Alfonso Bermúdez y Juan Méndez, son representantes de la sociedad Leonidas Lara e Hijos Limitada, y en tal carácter terminaron unilateralmente y en forma ilegal el contrato de trabajo de Myriam Becerra de Santarelli".

Se considera:

Respecto de los testimonios de Gustavo Sandoval Ferrero y Luis A. Flórez, a los cuales el recurrente califica "de ser parciales y contradictorios y que han debido ser desestimados en su totalidad porque nada prueban", y contra los que se propone una tacha, cabe observar que ya no es pertinente presentarla en casación, tal como tuvo oportunidad de decirlo esta Sala en el negocio adelantado por Luis A. Flórez contra la misma compañía demandada, con estas palabras:

"Cuando concurren en un testigo motivos de impedimento por parcialidad la parte a quien afecte la declaración debe tacharlo, actividad que debe cumplir durante el período probatorio del juicio, antes de la recepción del testimonio, pues sin presentar la tacha el Juez no puede declararla de oficio aunque esté probada (artículos 58 del Código de Procedimiento Laboral y 673 del Código Judicial). (Sentencia del 23 de septiembre de 1960, Gaceta Judicial, XCIII, 910 ss)".

Ahora bien, como el casacionista en la demanda que se estudia niega la existencia del contrato de trabajo entre la sociedad "Leonidas Lara e Hijos Limitada" y la demandante, afirmando que la relación laboral existió entre ésta y Gustavo Sandoval Ferrero, la Sala estima conveniente transcribir los pasajes que en el negocio citado de Luis A. Flórez contra la misma sociedad, se ocuparon de la situación jurídica del nombrado Sandoval Ferrero. Esto porque coinciden los hechos fundamentales del *sub lite,* antes relatados, es decir, la forma como fue contratada la actora y su despido por los señores Alfonso Bermúdez y Juan E. Méndez, con lo acaecido a Luis A. Flórez, según negocio ya definido por esta Sala. Dicen así los párrafos pertinentes:

"Del proceso no resulta que Sandoval hubiera sido contratista independiente, sino representante de 'Leonidas Lara e Hijos'. En consecuencia, no eran aplicables al caso de autos el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y el 1571 del Código Civil, ni las normas del Código de Comercio que cita la sentencia. Tampoco lo rige el artículo 43 del estatuto laboral, como lo estima el fallador, pues la norma contempla la hipótesis de que del propio contrato de trabajo resultan cláusulas ilícitas e ilegales, pero no es ese el fenómeno que se presenta en el juicio, porque la ilegalidad la ofrece el convenio comercial, según la sentencia, no el contrato laboral. Este emerge, no del convenio, sino de los hechos del proceso, que por traducir la verdad real la Corte ha preferido a la convención escrita. Rectifica así la Sala los conceptos del fallador, pero la equivocación de éste no conduce a aceptar la tesis del recurrente, según la cual, por ser exclusivamente comercial la relación jurídica entre la sociedad y Sandoval, se convirtió éste en patrono de los trabajadores del almacén, sin que aquélla esté obligada a responder de las obligaciones laborales objeto del pleito. En concepto de la Sala tales obligaciones pesan sobre la compañía y, de consiguiente, no viola la sentencia las normas del estatuto laboral que consagran en favor del trabajador demandante los derechos que el Tribunal le reconoce. De lo dicho se desprende que ha debido él dar aplicación al precepto del artículo 32 del Código del Trabajo.

"Los conceptos que preceden hacen innecesario examinar el reparo del recurrente, según el cual la sentencia condena a la sociedad en fuerza de la solidaridad establecida en el artículo 34 del Código del Trabajo y no como patrono del demandante, toda vez que es ésta la calidad que le corresponde según la realidad procesal.

"Las rectificaciones apuntadas no inciden en la parte resolutiva de la sentencia, pues estímese a la sociedad como beneficiaria del trabajo de Sandoval y de sus colaboradores, esto es, como deudor solidario del demandante, o como patrono de éste, sus obligaciones en favor del actor no sufren alteración alguna".

Finalmente, el Tribunal hace recaer la responsabilidad sobre la firma demandada a través del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto considera que Gustavo Sandoval Ferrero tuvo la calidad de contratista independiente. Concepto que no comparte la Sala pues, a su juicio, el carácter que tuvo Sandoval Ferrero fue el de representante de la sociedad demandada, según las voces del artículo 32 ibídem.

El contrato entre la sociedad y Sandoval.

La relación de Gustavo Sandoval Ferrero con la compañía demandada, también quedó definida por esta corporación en el referido negocio de Luis A. Flórez, muy similar al que se debate, en estos términos:

"Costa en documento privado de fecha 25 de octubre de 1954 (folios 33 a 41). Según sus estipulaciones —dice la sentencia— Sandoval fue un comisionista para vender, y como tal mandatario de la sociedad, pues el encargo que se le confirió es un mandato, según el artículo 331 del Código de Comercio. Y aunque el contrato estipula que Sandoval no podía obrar como mandatario de la sociedad, ello no impide considerarlo así, porque en la comisión puede el comisionista carecer de la representación del comitente, conforme a lo previsto en los artículos 356 y 357 del mismo Código. Con todo, como en el contrato se pactó que Sandoval no podía obrar como representante de la Casa Lara y de autos aparece que aquél contrató los servicios del actor, sin intervención de la sociedad, no es posible considerarlo como su representante al tenor de lo prescrito en el artículo 32 del Código del Trabajo, por lo cual, por este aspecto, 'Leonidas Lara e Hijos', no está obligada al pago de las obligaciones objeto del juicio.

"Pero si así ocurre, continúa la sentencia, no es posible negar que Sandoval, además de comisionista para vender, fue contratista independiente, ya que conforme al contrato se obligó a ejecutar determinadas labores, en beneficio de la Casa Lara, por precios contractualmente fijados, con sus propios medios y autonomía técnica y directiva, como resulta de varias cláusulas de la convención, según las cuales cumplía su actividad sin estar sujeto a horarios o regla-

mentos, pudiendo valerse de auxiliares, pues no estaba obligado a ejercerla personalmente, siendo de su cargo, sin lugar a reintegro, los impuestos que gravaran el negocio, el salario y prestaciones de los trabajadores, etc.

"Dice la sentencia que como las labores desarrolladas por Sandoval pertenecían a las actividades comunes de la sociedad, según las pruebas del juicio, se encuentra ella obligada a responder solidariamente con su contratista independiente de las obligaciones materia del juicio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del Código del Trabajo y el 1571 del Código Civil. En el juicio está acreditado el hecho —agrega— que el despido de Flórez fue ordenado por representantes de la sociedad, lo cual pone de manifiesto que las labores que cumplió le reportaron beneficios a ella y pertenecían a sus actividades normales. En concepto del fallador, la cláusula del contrato, según la cual Sandoval se obligó a pagar las prestaciones de sus empleados, no produce efectos y debe tenerse por no escrita, conforme el artículo 43 del Código del Trabajo, pues viola ella el 34 ibídem, cuyo objetivo es proteger los derechos del trabajador".

Por todas las razones expuestas, queda visto que no se han demostrado los errores de hecho alegados ni, en consecuencia, las infracciones legales que se le atribuyen al *ad quem*. Por lo mismo, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

(Subsidiario).

El recurrente señala como disposición legal infringida, por el fallo del Tribunal, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en la modalidad de violación indirecta como consecuencia de errores de hecho. Pide que se tenga en cuenta el examen probatorio del cargo anterior, en estos términos:

"Del amplio análisis de las pruebas realizado en la formulación del cargo anterior que doy por reproducido en éste en gracia de brevedad llegué a la conclusión, que sigo considerando la única jurídicamente aceptable, de que entre las partes no existió contrato de trabajo, ni se acreditó el carácter de contratista independiente de Gustavo Sandoval F. para deducir la responsabilidad solidaria de Leonidas Lara e Hijos, cuestión esta que ni siquiera fue planteada por la actora".

Los errores de hecho los puntualiza en los siguientes términos el recurrente:

"a) Dar por demostrado, no estándolo, que Myriam Becerra de Santarelli trabajó para Leonidas Lara e Hijos Limitada, en el tiempo expresado en la demanda;

"b) Dar por demostrado, no estándalo, que existió un contrato de trabajo entre Myriam Becerra de Santarelli y Leonidas Lara e Hijos Limitada;

"c) Dar por demostrado, no estándolo, que el contrato de trabajo fue terminado unilateralmente y en forma ilegal por la sociedad Leonidas Lara e Hijos Limitada;

"d) Dar por demostrado, no estándolo, que Gustavo Sandoval F. tuvo la calidad de contratista independiente con respecto a Leonidas Lara e Hijos Limitada y en tal carácter contrató los servicios de la señora Myriam Becerra de Santarelli (cuestión no propuesta en la demanda);

"e) Dar por demostrado, no estándolo, que Leonidas Lara e Hijos Limitada, ha incurrido en mora injustificada y de mala fe en el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones reclamadas por la demandante Myriam Becerra de Santarelli;

"f) Dar por demostrado, no estándolo, que Alfonso Bermúdez y Juan Méndez son o eran representantes de la sociedad Leonidas Lara e Hijos Limitada, y en tal carácter terminaron unilateralmente y en forma ilegal el contrato de trabajo de Myriam Becerra de Santarelli;

"g) No dar por demostrado, estándolo, que Myriam Becerra de Santarelli no trabajó al servicio de Leonidas Lara e Hijos Limitada, ni recibió salarios de ésta;

"h) No dar por demostrado, estándolo, que Gustavo Sandoval F. estuvo vinculado a Leonidas Lara e Hijos Limitada por un contrato estrictamente mercantil en virtud del cual el consignatario Sandoval actuaría autónomamente como un comerciante en beneficio propio y sin comprometerse a ejecutar obras o labores de ninguna naturaleza en beneficio de la sociedad demandada;

"i) No dar por demostrado, estándolo, que el propio actor prescindió de invocar la solidaridad porque partió de la base (también falsa), de que Gustavo Sandoval F. era representante de Leonidas Lara e Hijos Limitada, como administrador de los negocios de ésta en Cúcuta;

"j) No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad Leonidas Lara e Hijos Limitada, negó con razones valederas, la existencia del contrato de trabajo y, consecuentemente, la de las obligaciones que se demandan;

"k) No dar por demostrado, estándolo, la buena fe de la sociedad demandada al negar el contrato de trabajo alegado y el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones demandadas".

Se considera:

Quedó visto, en el estudio efectuado por la Sala, del cargo anterior, que no se demostraron los errores de hecho alegados ni, por consiguiente, las infracciones atribuídas al *ad quem*, entre las cuales se encuentra la del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que ahora vuelve a acusarse por separado. Para la solución de este cargo, pues, en vista de que se presentan los mismos argumentos de hecho y de derecho, vale el estudio realizado por la Sala en el cargo primero y principal, y, a él, por tanto, se remite la corporación.

Sin embargo, por lo que hace a los errores de hecho contenidos en los apartes j) y k) del cargo segundo, se observa que habiéndose encontrado la existencia del contrato de trabajo debidamente establecida, no aparecen las razones valederas de la parte demandada para oponerse a lo pedido en el libelo, ni resulta la buena fe alegada por la sociedad demandada para negar la existencia del contrato y el pago de las obligaciones derivadas de él.

Para condenar a la indemnización por mora la sentencia se apoya en que la demandante fue despedida por agentes de la sociedad. Tal hecho lo acreditan las declaraciones de Luis Flórez (f. 42) y Gustavo Sandoval (f. 41).

Si la sociedad consideraba que la señora Becerra de Santarelli no era trabajadora suya, carecía de facultades para ponerle término al contrato laboral, lo cual hizo por medio de sus agentes. En tal situación no aparece razonable el oponerse a la demanda puesto que sería contradictorio admitir que la empresa tenía fundados motivos de duda y al mismo tiempo había ejercitado por medio de sus agentes la facultad de terminar el contrato de trabajo cuya existencia niega.

Por lo anotado, la acusación no prospera.

Como la Sala, al estudiar la demanda de casación, ha tenido oportunidad de rectificar apreciaciones del Tribunal acerca del verdadero fundamento de la responsabilidad de la sociedad demandada, no habrá lugar a condenación en costas.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Alejandro Córdoba Medina, Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE SALARIOS. PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. FALTA DE INTERES JURIDICO PARA RECURRIR.

1. En un cargo planteado con base en error de hecho no es admisible involucrar la modalidad atinente a la interpretación errónea de la ley. Esta infracción se opera con independencia de toda cuestión de hecho. 2. Falta de interés jurídico para recurrir en casación respecto a una decisión consentida en las instancias.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D. E., diez de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

Ana Delfa Puente de Perdomo, por medio de apoderado, demandó a Róberto Solarte y a Leonilde Palacio de Solarte, solidariamente, y como propietarios del salón de belleza "La Esmeralda", de Cali, para que fueran condenados a pagarle salarios, prestaciones e indemnizaciones, en razón de los servicios que les prestó durante 18 años, 2 meses y 20 días.

Según los hechos de la demanda, la actora fue empleada de los demandados desde el mes de octubre de 1936 hasta el 20 de enero de 1955, fecha esta en que se le despidió por haber contraído matrimonio; su labor consistía en peinar a la clientela, cuidar del establecimiento y otros oficios relacionados con el mismo; se estipuló al principio un salario de $ 30.00 mensuales, que rigió hasta el 1º de enero de 1951, y de esta fecha en adelante se aumentó a $ 80.00, además del vestuario y la alimentación; a pesar de la promesa hecha por los demandados en el sentido de que al retirarse del servicio los valores que le adeudaran le serían cancelados con la compra de una vivienda, tal promesa no se realizó; tampoco se le han reconocido sus prestaciones sociales ni la indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato.

Cita en derecho los artículos 23, 172 y siguientes, 249 y siguientes, 306 y siguientes y las disposiciones concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

En la contestación, la parte demandada negó los hechos en la forma como los relató el libelo y se opuso al derecho invocado. Dijo en apoyo de su negativa que Ana Delfa Puente fue recibida en el hogar de los demandados como hija de crianza y que en esa condición ellos atendieron a su educación moral y física y le dieron alimentación y vestuario y el ajuar para el matrimonio; que no estaba obligada a desempeñar ningún oficio especial, pero que una vez que la edad se lo permitió, colaboró en la protección y acrecentamiento del peculio familiar, a la manera en que lo hacen los hijos, y no como empleada; que siendo así, no era el caso de pagarle salarios ni prestaciones de ninguna clase, y que la demandante se fue voluntariamente del hogar donde fue criada, tan pronto como contrajo matrimonio.

Propuso las excepciones siguientes: carencia de acción, inexistencia de la obligación, inepta demanda e ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado, así como todo hecho en virtud del cual "las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió".

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Segundo del Círculo Judicial del Trabajo de Cali, decidió el negocio así:

"1º Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas.

"2º Condénase a los señores Roberto Solarte y Leonilde Palacio de Solarte, a pagar tres días después de ejecutoriada esta sentencia, a favor de la señora Ana Delfa Puente de Perdomo, las siguientes cantidades de dinero:

"a) Por salarios, nueve mil ciento noventa y cinco pesos ... ...$ 9.195.00

"b) Por cesantía, un mil ochocientos veinte pesos con 62/100	1.820.62
"c) Por vacaciones, trescientos pesos	300.00
"d) Por primas de servicio, seiscientos pesos	600.00
Total ... ...$	11.915.62

"3º Absuélvese a los mismos señores Roberto Solarte y Leonilde Palacio de Solarte, de los demás cargos de la demanda.

"4º Sin costas".

La parte demandada apeló de esta sentencia para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, entidad esta que, al desatar el recurso, la revocó en todas sus partes y en su lugar absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda, sin costas.

Contra el fallo de segunda instancia recurrió en casación el apoderado de la actora. Surtidos los trámites legales, va a decidirse el recurso, previo el examen de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Pretende el recurrente que se case totalmente la sentencia impugnada y que, en su lugar, obrando esta Sala como Tribunal de instancia, reforme la de primer grado manteniendo las condenas de esta y adicionándolas en el sentido de condenar solidariamente a Roberto Solarte y a Leonilde Palacio de Solarte, al pago de los salarios caídos correspondientes al tiempo transcurrido desde la terminación del contrato de trabajo hasta el día en que se pague a la demandante la suma a que tiene derecho, y además las costas de las instancias y las de este recurso extraordinario.

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula dos cargos:

Primer cargo.

Violación indirecta de los artículos 27, 57, ordinal 4º; 65, 144, 145, 148, 186, 189, 172, 173, 174, 177, 179, 249, 253, 306, 127 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, 7 y 8 del Decreto número 617 de 1954 y 1º del Decreto número 70 de 1950, que no fueron aplicados a consecuencia de errores de hecho consistentes en la equivocada apreciación de unas pruebas y en la falta de estimación de otras.

Puntualiza los errores de hecho así:

a) No dar por demostrado, estándolo, el salario del actor;

b) No dar por demostrado, estándolo, el tiempo de servicio de la misma.

En cuanto al salario, sostiene el recurrente que este elemento, así en dinero como en especie, se halla suficientemente demostrado en el dictamen pericial rendido por la señora Bertha de Marión (folio 56) y su ampliación (folio 71), prueba que, ordenada por el Juez, aparece debidamente fundamentada. Agrega, que al menos el salario en especie está comprobado con la confesión hecha por el señor Roberto Solarte al responder la posición quinta del pliego que formuló el demandante, confesión según la cual el importe de la alimentación y el alojamiento de la demandante fue por lo menos de $ 60.00 mensuales. (Folios 51 y siguientes).

Sostiene el recurrente que el artículo 144 del Código Sustantivo del Trabajo, no excluye la prueba pericial cuando el salario ha sido pactado, pues lo que el legislador se propuso al dictar esta norma fue facilitar su demostración para que los derechos del trabajador no fueran desconocidos en caso de que por cualquier circunstancia no pudiera demostrar en otra forma el monto de su retribución, lo cual concuerda con el principio que consagra el artículo 27 del mismo Código, en cuya virtud todo trabajo dependiente debe ser remunerado; y que en el evento de que no se aceptase que el salario quedó establecido por los medios probatorios mencionados, era aplicable el salario mínimo, sin que valiera el argumento de que la actora lo devengó en género y en especie, puesto que el Decreto número 3871 de 1949 fue modificado por el 70 de 1950, y que en tal sentido se pronunció la Sala número 2 del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo. De todo ello deduce que el sentenciador incurrió en desacierto al entender que por haberse afirmado en el libelo inicial que el salario fue objeto de estipulación entre las partes, resultaba inaceptable la prueba prevista en el artículo 144 citado. Y que de igual manera es equivocada la tesis del fallador acerca de la inaplicabilidad del salario mínimo al asunto del litigio con base en la consideración de que al efecto se requería que el trabajador percibiera la totalidad de su estipendio en dinero efectivo.

En lo relativo al tiempo de servicio, alega el recurrente que el sentenciador no lo dio por establecido por haber dejado de estimar la confesión provocada del demandado, contenida en las respuestas a la primera y segunda preguntas del cuadro de posiciones, confesión de la que se in-

fiere que la demandante comenzó a trabajar a fines de 1935 y que prestó su actividad por lo menos durante 18 años y 1 mes.

Finalmente solicita el recurrente que si esta Sala llegase a compartir el criterio del fallador respecto de la falta de valor probatorio del dictamen pericial, se dicte auto para mejor proveer, una vez casada la sentencia, con el fin de aclarar cuál fue el salario que devengó la actora.

Se estudia el cargo.

No es el caso de examinar los reparos que el impugnador hace en torno a la manera como el fallador interpreta el artículo 144 del Código Sustantivo del Trabajo y los Decretos 3871 de 1949 y 70 de 1950, porque no es admisible involucrar en un cargo planteado con base en error de hecho en la estimación de las pruebas, una modalidad distinta, como es la atinente al entendimiento de la norma legal que, como es bien sabido, se opera independientemente de toda cuestión de hecho. Además, lo que en verdad incidió en la parte resolutiva del fallo de segunda instancia no fue la interpretación que censura el recurrente sino el análisis de las pruebas, del cual dedujo que no se había demostrado el salario que devengó la demandante.

En efecto el Tribunal sobre este punto se expresa así:

"El peritazgo producido en el juicio, constituye pieza insuficiente para el establecimiento del monto del salario. El dictamen pericial que tiene por objeto verificar un avalúo, debe ser explicado y debidamente fundamentado, al tenor del artículo 721 del Código Judicial, pero no en cualquiera clase de circunstancias, sino en las conducentes o íntimamente vinculadas a la naturaleza del hecho que impuso la necesidad del experticio. La perito, en el caso concreto, se limita a contestar escuetamente el valor que en los diversos períodos ha debido devengar la empleada. Los elementos calificadores que fundarían y explicarían el dictamen, son tomados antitécnicamente, en forma parcial y desechando los principales factores que influyen en el valor de un salario. Se refiere la perito al costo de la vida en los años de 1935, 1940, 1945, 1950 y 1953, pero no precisa esos costos ni menos expresa su causa y desde luego la fundamentación respectiva no aparece formulada. Se parte de premisas que se dan por sentadas, pero no se les ofrece respaldo ninguno; se actúa, pues, apriorísticamente. Elementos tales como el de la mayor o menor idoneidad de la trabajadora, la cantidad de trabajo, el prestigio del establecimiento, el número y calidad de la clientela, el valor promedio de los trabajos por unidad, el volumen aproximado de entradas y gastos, factores todos que influyen decisivamente en el monto de un salario, están ausentes en las consideraciones del peritazgo. Pero es más, varios de esos elementos, no constituyen materia propia del dictamen pericial, sino de otras pruebas que, de haberse producido, habrían ilustrado el criterio del perito para fundar así en forma completa la pieza pericial.

"Igual evento ocurre cuando la perito procede a determinar el valor de los alimentos, vestuarios y alojamiento de la trabajadora, esto es, del monto del salario en especie. Se omiten las circunstancias que habrían fundado el dictamen. Simplemente se conceptúa. Pero la clase de alimentación recibida, el sitio y casa en donde residía el trabajador, sus comodidades, el vestuario y calidad del mismo en los diferentes períodos, no se avalúan y traducen en dinero, que en ello consistía precisamente la labor del perito.

"El dictamen pericial de autos, como se ha demostrado, no constituye pieza atendible, por cuyo motivo y como no es posible fijar el salario mínimo al tenor del artículo 1º del Decreto 3871 de 1949, será del caso revocar la sentencia apelada, toda vez que no hay base, al no existir definido el monto del salario, para verificar la liquidación de las prestaciones ni para condenar al pago de los salarios que se dicen causados".

Como se ve, el sentenciador no atribuye mérito probatorio al dictamen pericial rendido por la señora Bertha de Marión por las deficiencias en la fundamentación de esa prueba, deficiencias que señala concretamente y que el recurrente ni siquiera trata de desvirtuar. El fallador anota, por ejemplo, que el dictamen pericial se refiere al costo de la vida en los años de 1935, 1940, 1945, 1950 y 1953, sin precisar los datos respectivos; que no tiene en cuenta "la mayor o menor idoneidad de la trabajadora, la cantidad de trabajo, el prestigio del establecimiento, el número y calidad de la clientela, el valor promedio de los trabajos por unidad, el volumen aproximado de entradas y gastos", ni avalúa ni estima en dinero... "La clase de alimentación recibida, el sitio y casa en donde residía el trabajador, sus comodidades, el vestuario y calidad del mismo en los diferentes períodos".

Y es claro que si por las mencionadas deficiencias del dictamen pericial, este no produjo en el fallador certidumbre alguna sobre el monto del salario, resulta forzoso mantener su con-

clusión, dada la amplia facultad de que goza en la apreciación de las pruebas.

En cuanto a la respuesta del demandado Solarte a la pregunta quinta del pliego de posiciones, es cierto que el fallador no la cita expresamente. El texto de la pregunta y la respuesta mencionadas es como sigue:

"Diga el absolvente, ¿cómo es cierto, si o no, que el vestuario, así como la alimentación y el alojamiento, le importó por lo mínimo la suma de sesenta pesos mensuales? Contestó: Es cierto. Aclarando que la subsistencia de ella como una hija me costaba mucho más dinero".

Según los términos transcritos, la pregunta se limita a averiguar el importe mínimo del vestuario, la alimentación y el alojamiento que la actora recibió del absolvente, pero sin precisar si el suministro de esos elementos se hacía por concepto de retribución de servicios. De otro lado, la respuesta, aunque admite ser cierto que el desembolso no era inferior a $ 60.00 mensuales, explica que se trataba de la subsistencia de "ella" (Ana Delfa Puente), "como una hija" y anota que le costaba mucho más dinero.

De tal manera que esta prueba tampoco hubiera sido suficiente para que el fallador diera por establecido el salario en especie.

Por último, el hecho de que la actora recibió su estipendio en especie y en dinero, hecho que pudo servir de fundamento al sentenciador para abstenerse de aplicar al caso el salario mínimo señalado en los Decretos 3871 de 1949 y 70 y 71 de 1950, está corroborado con la afirmación contenida en el punto tercero de la relación de hechos del libelo inicial.

Así, pues, no están demostrados los errores de hecho que alega el recurrente, y en consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Acusa por violación indirecta el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al no haberse aplicado al caso debatido, siendo aplicable, ya que la parte demandada no pagó a la actora los salarios y prestaciones que se le adeudaban ni consignó su valor.

Dice el recurrente que el fallador fue conducido a esa infracción a través de los mismos errores de hecho que señaló en el primer cargo. Menciona también la escritura pública número 3620 del 3 de noviembre de 1953 extendida en la Notaría Tercera de Cali, en la que de mala fe la parte demandada hizo manifestar a la demandante que no tenía derecho a prestaciones de ninguna índole porque sus relaciones habían sido esencialmente de familia.

Se considera:

El fallo de primer grado absolvió a los demandados de la petición sobre salarios caídos. Y como esa providencia fue consentida por la parte demandante, ésta carece de interés jurídico sobre el particular.

Así, pues, se rechaza también 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 de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Alejandro Córdoba Medina, Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE VIATICOS Y GASTOS DEL TRANSPORTE. IMPORTANCIA DEL PETITUM DE LA DEMANDA DE CASACION. INDEMNIZACION MORATORIA. ALCANCE Y SENTIDO DEL DECRETO 797 DE 1949.

1. La omisión del petitum en la demanda de casación hace inestimable el recurso. 2. Examen del Decreto 797 de 1949 en relación con la sanción moratoria que allí se establece.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y ocho de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

El doctor Alvaro Gutiérrez Bolívar demandó al Instituto de Crédito Territorial para que se le pagara la cantidad de US$ 1.200, por concepto de viáticos, $ 6.666.90, como valor de transporte y la indemnización moratoria desde el 30 de marzo de 1956, sobre la base de un salario de $ 1.000 mensuales.

En el libelo se afirmó que el demandante había trabajado para el Instituto, desde el 1º de diciembre de 1954 hasta el 30 de marzo de 1956, con un sueldo mensual de $ 1.000, del cual solamente le pagaban $ 500.00; que por Resolución de 7 de diciembre de 1955 se le ordenó una comisión de 60 días en Portugal, España, Italia, Francia, Inglaterra y Estados Unidos, la cual cumplió cubriendo los gastos de su propio peculio; que a su regreso y después de cumplida la comisión, encontró que le habían terminado el contrato de trabajo; que oportunamente presentó las cuentas de cobro pero que solamente después de un año, cuatro meses y veinte días de terminado el contrato, le fueron cubiertas sus prestaciones mas no se le cubrió el valor de los viáticos y transportes a que tenía derecho; y que a pesar de haber presentado varias veces las cuentas respectivas y haber demandado, no le han pagado lo que en el juicio reclama.

El apoderado del Instituto aceptó el tiempo servido y lo relativo a la comisión, pero dijo que Gutiérrez no la había cumplido. En la contestación de la demanda se negó el derecho invocado por el actor y se solicitó la absolución de la entidad.

El Instituto de Crédito Territorial presentó demanda de reconvención para solicitar el reintegro de $ 7.165.95 que fueron pagados con las prestaciones sociales, como sueldos retenidos.

El fundamento de la reconvención fue presentado por el apoderado de la entidad en los siguientes hechos: que el doctor Gutiérrez Bolívar fue nombrado Arquitecto de construcción con un sueldo mensual de $ 500.00, mientras presentaba su matrícula profesional; que en la misma forma tomó posesión del cargo; que el doctor Gutiérrez Bolívar fue despedido sin que hasta entonces hubiera demostrado su calidad de arquitecto matriculado en Colombia, y que el 20 de agosto de 1957 se le cancelaron las prestaciones sociales y el valor del 50% de sueldo retenido.

El apoderado del doctor Gutiérrez Bolívar se opuso a la reconvención alegando que no existió ninguna base para retenerle la mitad de su salario.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá absolvió al Instituto de los cargos formulados en la demanda principal y al doctor Gutiérrez Bolívar de la petición contenida en el libelo de reconvención, lo cual fue consignado en fallo de 2 de septiembre de 1960. El apoderado del demandante apeló de la providencia de primer grado.

En sentencia de 18 de octubre de 1960 el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, condenó al Instituto de Crédito Territorial a pagar al doctor Alvaro Gutiérrez Bolívar la suma de $ 13.633.27 por concepto de indemnización moratoria, absolvió de las costas al doctor Gutiérrez Bolívar y confirmó en lo restante el fallo de primera instancia.

El Tribunal consideró que no había prueba de que el doctor Gutiérrez Bolívar hubiera cumplido la comisión que le fue confiada, para que tuviera derecho a los viáticos y gastos de transporte correspondientes. Pero estimó el sentenciador que de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 797 había lugar a condenación, ya que el Instituto había incurrido en mora pues además de los 90 días a que se refiere el parágrafo 2º del artículo mencionado, había demorado el pago entre el 1º de julio de 1956 y el 19 de agosto de 1957.

El apoderado del Instituto interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

El recurso.

En escrito presentado oportunamente, el apoderado del Instituto afirma que la sentencia acusada violó por aplicación indebida el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 797 de 1949 reglamentario del anterior. Como fundamento de la acusación, hace algunas consideraciones en relación con tales normas, para sostener que el Decreto 797 reglamenta el pago de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que se refiere el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, y que establece un plazo de 90 días, durante los cuales el contrato de trabajo está suspendido, y luego surgen nuevamente las obligaciones de ambas partes, por lo cual considera que no habiendo regresado al trabajo el doctor Alvaro Gutiérrez Bolívar, no procede la condenación contenida en el fallo impugnado.

El opositor en el recurso advierte que el recurrente no dio cumplimiento al ordinal 4º del artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral, pues no señaló el alcance de la impugnación, y además afirma que la propia Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia ha entendido el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 en el sentido de que la subsistencia del contrato después del plazo de los 90 días no tiene otra consecuencia que la de obligar a la entidad oficial al pago de los salarios entre la expiración del término de gracia y la solución de las deudas a su cargo.

Se observa:

En realidad el demandante no hizo la declaración del alcance de la impugnación que está consagrada como requisito de la demanda de casación en el ordinal 4º del artículo 90 del Código de Procedimiento de Trabajo.

No dice el impugnador si debe casarse total o parcialmente el fallo recurrido, ni indica si debe mantenerse el de primer grado o qué modificaciones son las que pretende; en resumen, no declara qué alcance tiene la impugnación que formula.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"En primer término debe apuntarse que el escrito del impugnador no determina el alcance de su acusación, esto es, si persigue el quebrantamiento total del fallo recurrido, o su casación parcial y, en este caso, cuál o cuáles de los ordenamientos del ad quem *son violatorios de la ley y en qué forma deben reemplazarse. Este requisito del libelo de casación constituye el* petitum *de la demanda extraordinaria y su omisión hace inestimable el recurso, pues él es sustancial para conocer su propósito u orientar su examen, sin que pueda suplírsele por el de la demanda inicial o por los objetivos de las instancias. (Casación Laboral. Octubre 22 de 1956. Gaceta Judicial, LXXXIII, 558).*

"Determinar con precisión el petitum *es una carga que al demandante en casación impone el artículo 90, numeral 4º del Código Procesal Laboral. No se trata de una formalidad intrascendente, susceptible de ser eludida sin consecuencias, porque la Corte no enjuicia el litigio sino el fallo de segundo grado, de manera que no se le puede pedir la resolución de aquél sino la infirmación de la sentencia en las decisiones contrarias a la ley. Si el recurso prospera, se requiere que el impugnante indique cuáles deben ser las decisiones que deben reemplazar las anuladas que en su concepto se ajusten a las disposiciones legales infringidas. Todo ello es así, porque la Corte estudia el recurso dentro de los límites que le trace el impugnante, sin que le sea permitido proveer oficiosamente". (Sentencia de 10 de junio de 1963. Juicio de Manuel Gustavo Acosta, contra la Beneficencia de Cundinamarca).*

Por tales motivos, no puede estimarse el cargo presentado por el apoderado del Instituto, pero aunque la acusación fuese estimable, ella no prosperaría, pues está sostenida sobre dos bases equivocadas, cuales son: que el Decreto 797 de 1949 es reglamentario del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, y que el mencionado decreto exige después del plazo de gracia, el cumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador.

El Decreto 797 de 1949 sustituyó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 adicionado por el artículo 9º del Decreto 2541 de 1945. No puede considerarse que hubo reglamentación del ar-

tículo 8º de la Ley 6ª de 1945, pues esta norma relativa a la duración del contrato y a la cláusula de reserva, trata materias distintas a la de la indemnización por mora que reglamentaban los artículos sustituídos por el Decreto 797 de 1949. El recurrente confunde la duración del contrato y una de las maneras legales de terminarlo, con las normas relativas a la indemnización por mora anteriores al Código Sustantivo del Trabajo.

La Corte ha entendido que el Decreto 797 de 1949 solamente quiso dar a las entidades públicas un término de 90 días a partir del despido o retiro del trabajador para que pagaran sin incurrir en mora las obligaciones por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones, y que solamente después de ese plazo habría lugar a indemnización por concepto de mora en el pago.

Así, en sentencia de 24 de abril de 1961 en juicio de José D. Ordóñez, contra las Empresas Públicas de Cartagena. (Gaceta Judicial, XCV, 719 ss), dijo la Corte:

"La norma del decreto, en los apartes transcritos, ha sido objeto de interpretaciones diversas por la casación laboral. Ha prevalecido últimamente la de que la subsistencia del contrato, de que habla su último inciso, no tiene otra consecuencia que la de mantener a cargo de la entidad oficial la obligación sobre pago de los salarios que se causen, desde la expiración del término de gracia hasta que aquélla satisfaga las deudas insolutas a su cargo, siempre que emanen de cualquiera de las tres causas que la disposición señala. Es esa la doctrina acogida por esta Sala de la Corte en sentencia de fecha 11 de junio de 1959 (G. J., XC, 886), reiterada, sin alteración, en decisiones posteriores. En dicha sentencia dijo la Corporación: 'Y si respecto de los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, se habla de que dichos contratos se consideran 'suspendidos' hasta por el término de noventa días, plazo que se concede para efectuar la liquidación y pago de lo que la administración adeude al trabajador, y de que pasado ese plazo los contratos 'recobrarán su vigencia', apenas debe entenderse que el vínculo jurídico subsistente, aislado de la prestación del servicio, no envuelve la obligación de pagar salarios durante el término de gracia, pero sí desde que éste concluye y hasta cuando se cubra al trabajador lo que se le adeude o se haga el depósito ante autoridad competente' ".

Por lo dicho, no prospera 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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Alejandro Córdoba Medina; Crótatas Londoño, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. ERROR DE HECHO.

1. Violación directa y violación indirecta. Elección equivocada de la vía de impugnación. 2. Necesidad de señalar las normas sustantivas que consagran los derechos que se reclaman. 3. Error de hecho y error de derecho en la estimación de las pruebas. 4. Requisitos necesarios para que proceda el recurso de casación por error de hecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., julio treinta y uno de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Pedro Luis Londoño, por medio de apoderado, demandó a la señora Laura Gómez de Polanía, para que, previo el trámite de un juicio ordinario laboral, fuera condenada a pagarle la suma de $ 5.758.50, que le adeuda por concepto de salarios y prestaciones sociales, o la cantidad que se demuestre en el juicio. Pidió, además, se la condenara al pago de la correspondiente indemnización moratoria y por las costas del juicio.

Como fundamentos de hecho, dijo:

Que mediante contrato verbal de trabajo, prestó sus servicios a la señora Laura Gómez de Polanía, en la finca de propiedad de ésta, ubicada en el Municipio de Armenia, en el paraje denominado "Pueblo Tapao", desde el mes de octubre de 1948, hasta octubre de 1957, devengando un salario de $ 5.50 diarios; que como trabajador ordinario en la citada finca, le correspondió desempeñar toda clase de labores, tales como deshierba, limpieza de cafetales, etc., todo bajo la dependencia de la demandada o de los administradores de la finca; que a pesar de sus reclamos no se le pagó el valor correspondiente a dominicales y festivos, prima de servicios, ni se le dieron vacaciones, ni se le han cancelado las prestaciones que reclama.

Como fundamentos de derecho, invocó los artículos 36, 37, 47, 49, 65, 69, 127, 172 y siguientes, 177, 186, 249, 306 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 2158 de 1948, en cuanto al procedimiento.

El mandatario judicial de la señora Gómez de Polanía, en la respuesta a la demanda, se opuso a que se hicieran las declaraciones de condena pedidas en la misma, y manifestó, en relación con los hechos, que el demandante durante el poco tiempo en que prestó sus servicios lo hizo en forma intermitente y discontinua. Que los dominicales y días nacionales y festivos le fueron pagados oportunamente en las distintas épocas en que prestó sus servicios, pues que trabajaba una semana y luego se ausentaba por largos períodos de meses y hasta de años, que su retiro fue voluntario y "que el pago de la cesantía se le podría deber pero no en la cantidad que se demanda, porque Londoño no ha alcanzado a trabajar en la finca cuatro meses completos". Que el demandante fue cogedor de café en tiempo de cosecha y que cuando ejercía este trabajo lo hacía por contrato y que no trabajó en limpieza de cafetales.

El Juzgado Laboral del Círculo Judicial de Armenia, que fue el del conocimiento desató la litis por sentencia de fecha 17 de junio de 1958, por la cual condenó a la demandada a pagar al actor la suma de $ 6.643.98, por concepto de cesantía, prima de servicios, vacaciones, dominicales y festivos, en la forma como se expresa en la parte resolutiva del fallo (numeral 1º). Al pago de la suma de $ 5.50 diarios desde el 1º de noviembre de 1957 hasta el día que se verifique el pago total de la deuda, como indemnización moratoria (numeral 2º). No hizo condenación en costas (numeral 3º).

El apoderado de la parte demandada apeló del fallo anterior. Decidió el negocio en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales —Sala Laboral—, en sentencia del 19 de septiembre de 1958, por la cual revoca el fallo del *a quò* y en su lugar, absuelve a la demandada de todos y cada uno de los cargos que le fueron formulados en el libelo inicial. No condena en costas.

El apoderado del trabajador interpuso recurso de casación, que le fue concedido oportunamente por el *ad quem*. Admitido y tramitado en legal forma, corresponde a la Corte decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación y el correspondiente escrito de réplica.

Alcance de la impugnación.

Persigue el recurrente la casación de la sentencia impugnada y que en su lugar la Corte obrando como Tribunal de instancia, "declare todas las peticiones de la demanda o algunas de las mismas".

Con fundamento en la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula dos cargos contra la sentencia.

Primer cargo.

Acusa la sentencia de infringir directamente los artículos 48, 49 y 56 del Decreto 2158 de 1948.

En el desarrollo del mismo, dice que el Juez *a quo* decretó en la primera audiencia de trámite la práctica de una inspección ocular para los fines solicitados por el demandante y que la demandada fue requerida para que, en la segunda audiencia, presentara los libros de contabilidad y las planillas de pago de trabajadores, llevados en relación con la finca, notificación que suscribió sin hacer manifestación alguna, con lo cual aceptó implícitamente la existencia de tales documentos en su poder. Que lo manifestado por la parte demandada en la cuarta audiencia de trámite, en el sentido de no tener tales documentos, en nada desvirtuaba los hechos cumplidos anteriormente.

Luego de transcribir parcialmente el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, dice que frente a la claridad de esta norma, el apoderado de la demandada ha debido dejar alguna constancia en la segunda audiencia para evitar que su representada se hiciera acreedora a la sanción allí establecida, pero que guardó silencio, por lo que debe atenerse a las consecuencias de "esa declaración" (sic), que, por tanto, el Juez *a quo* hizo bien en dar aplicación a lo dispuesto en esa norma y en los artículos 48 y 49 del mismo Código Procesal, al tener como demostrados los hechos de la demanda susceptibles de ser probados por confesión.

Agrega que la sentencia da por establecido el requerimiento para que la demandada presentara los documentos con el objeto de practicar en ellos la inspección ocular decretada, pero que basándose en una argumentación sofística, el *ad quem* denegó la aplicación de la norma contenida en el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral y aún la que da al Juez Laboral la facultad de dirigir el procedimiento, lo mismo que la que obliga a la lealtad de las partes dentro del juicio, por lo que considera debe ser casado el fallo, para hacer las declaraciones de la demanda, como consecuencia de la cabal aplicación de las citadas normas.

Se considera:

En el negocio *sub lite*, el Tribunal encontró plenamente demostrado el contrato de trabajo que vinculó a las partes, lo mismo que el salario devengado por el demandante. Sin embargo, se abstuvo de producir las condenas pedidas en la demanda, pues estimó que no se había comprobado el tiempo de duración de los servicios, base indispensable para la liquidación de los derechos y prestaciones reclamadas. Sobre el particular, expresó lo siguiente: "El contrato de trabajo está aceptado en la contestación de la demanda y demostrado con la declaración de Luis María González, Andrés Ramos, Gilberto González, Clemente Ramos y Pedro Antonio Mendoza. El salario está igualmente demostrado en la contestación de la demanda o sea un jornal de $ 5.50.

"Pero ni de la confesión que implica la respuesta a la demanda, ni de los testimonios de las personas que atrás se citaron puede colegirse el tiempo de servicios, base esencial para la liquidación de las prestaciones reclamadas".

Respecto al punto principal que plantea el cargo en estudio, sobre la aplicación que debió hacer el Tribunal del artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, como sanción por el hecho de no haber presentado la demandada los libros de contabilidad, registros de trabajadores y planillas de pago de salarios, referentes a la finca en donde el demandante prestó sus servicios, a objeto de practicar una inspección ocular para demostrar los hechos de la demanda, el *ad quem*, después de transcribir los razonamientos expresados por el Juzgado en el auto proferido durante la cuarta audiencia de trámite, dijo lo siguiente:

"Estas razones las acoge la Sala como suyas, máxime si se tiene en cuenta que el mismo demandante previó la situación de que no se presentaran las planillas y libros solicitados para la inspección ocular, cuando en el punto quinto de sus pruebas, que ya fue transcrito, dijo que en tal caso el mismo actor señalaría donde se encontraban esos documentos. Debe considerarse esta como una petición subsidiaria, en la cual ha debido el mismo actor poner todo su empeño para que se verificara, de donde resulta que la renuencia a la presentación de la prueba no fue de la parte demandada que afirmó no poseer los libros, si no del demandante que manifestó saber donde estaban y no se lo comunicó al Juzgado".

Como fácilmente se aprecia de los apartes que se han transcrito de la sentencia impugnada, el único y fundamental motivo que tuvo en cuenta el Tribunal para negar las condenas solicitadas, revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar absolver a la parte demandada, consiste en que no se demostró en el proceso el tiempo durante el cual Pedro Luis Londoño trabajó bajo la dependencia de la demandada en la finca de propiedad de ésta. Trátase, entonces, de una cuestión de hecho, relacionada con las pruebas aportadas al juicio, respecto de la cual no es posible imputarle al Tribunal violación directa de la ley, como se afirma en el cargo. Es equivocada la vía de impugnación escogida por el recurrente, pues saber si el tiempo de la prestación de servicios afirmada por el demandante en el libelo inicial, está o no demostrado en el proceso, es cuestión de facto. Si ello está acreditado y no lo reconoció el juzgador, trataríase de un vicio en que pudo incurrir por causa de errónea apreciación o por falta de estimación de determinadas pruebas. En este caso, se habría infringido la ley de manera indirecta y no en la forma señalada por el recurrente.

A lo dicho debe agregarse que las normas contenidas en los artículos 48, 49 y 56 del Código de Procedimiento Laboral que el acusador señala como violadas por el Tribunal, hacen referencia únicamente al régimen procesal y de derecho probatorio, en cuanto indican los poderes que competen al Juez Laboral en la dirección del proceso, para buscar la concentración del mismo, a la forma como deben comportarse las partes, lo que se enuncia en el llamado principio de la lealtad procesal, y finalmente, respecto al artículo 56, a la sanción en que pueden incurrir las partes por su renuencia a la práctica de una inspección ocular, que se traduce, en dar como probados los hechos que la otra parte se proponía demostrar, en los casos en que sea admisible la prueba de confesión, o en el pago de una multa, en el evento de que no sea posible la demostración del hecho por este medio. Ocurre, entonces, que aún aceptando en el artículo 56 un contenido de derecho material, es lo cierto que esta disposición en caso de haber sido violada, no tiene la virtualidad suficiente para producir la infirmación de la sentencia impugnada, pues ni ella ni las otras disposiciones que se consideran infringidas son constitutivas o generadoras de los derechos y prestaciones que tienen como causa el contrato de trabajo y que se reclaman en la demanda. De esta forma, resulta incompleta la proposición jurídica contenida en el cargo, deficiencia que lo hace ineficaz, por lo que no puede prosperar. Se rechaza la acusación.

Segundo cargo.

Lo presenta así:

"Acuso la sentencia por infracción (indirecta), de los artículos 22, 23, 38, 54, 65, 186, 249, 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Estas disposiciones no fueron aplicadas por el fallo recurrido al litigio de que se trata, como consecuencia de error evidente de hecho del Tribunal por haber apreciado indebidamente las siguientes pruebas: 1º Las confesiones contenidas en la contestación de la demanda (fs. 6 a 8); 2º Las declaraciones de los testigos Luis M. González y Pedro Mendoza (fs. 15 y 21) citados por la parte actora; 3º Las declaraciones de los testigos Andrés Ramos González (f. 16) y Clemente Ramos (f. 18) citados por la parte demandada".

Dice que el error de hecho en que incurrió el Tribunal consiste en considerar que el silencio guardado por la demandada, respecto de su obligación de presentar los libros y planillas en la segunda audiencia, no le acarreaba sanción alguna a dicha parte, simplemente por haber expresado, a última hora, que esos documentos no existían, y creer que la confesión hecha por el mismo apoderado respecto a la existencia del contrato de trabajo, ninguna consecuencia tenía por razón de no estar acreditado el tiempo servido, siendo evidente que en el proceso sí se acreditó este hecho, por lo menos parcialmente, pues con la declaración de Andrés Ramos González, administrador de la finca de propiedad de la demandada, resulta comprobado que Pedro Luis Londoño trabajó en ese inmueble, ayudando a coger una cosecha de café, durante un tiempo de tres meses.

Agrega que el Tribunal no condenó a la demandada a pagar cesantía y prima de servicios

siquiera por esos tres meses, porque a consecuencia del error evidente de hecho "dejó de apreciar esas pruebas". Que no habiendo cancelado la demandada la totalidad de los derechos reclamados, ni siquiera lo correspondiente al tiempo mínimo de trabajo que se demostró en el juicio, debe condenársele, además, a pagar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a partir del mes de octubre de 1958.

Por su parte el opositor, después de analizar los argumentos expuestos por el recurrente, se refiere a la autonomía del Tribunal para la apreciación de los elementos probatorios, y manifiesta que siendo contradictorias las declaraciones rendidas por los testigos que se citan en el cargo y debiéndose considerar la contestación a la demanda en su totalidad y no en forma fraccionaria, no resulta establecido el error evidente de hecho que el recurrente le imputa a la sentencia. Concluye su alegato, expresando lo siguiente: "No apareciendo, como dice el Tribunal, ni el tiempo de servicio, base necesaria para la liquidación de prestaciones, no puede haber lugar al reconocimiento de cesantías, y porque además, se trata de trabajo accidental o transitorio como es la recolección de café, por mandato imperativo del artículo 251 del Código Sustantivo del Trabajo, y como consecuencia de ello tampoco hay lugar a la indemnización por mora en el pago de las prestaciones de conformidad con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Se considera:

Al estudiar el cargo anterior, se dejó visto que el Tribunal no desconoce la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y que también admite como probada la remuneración del trabajador por sus servicios prestados a la demandada. Se dijo, igualmente, que la única razón en que se basa para absolver a la demandada del pago de las prestaciones reclamadas, consiste en estimar que no aparece acreditado el tiempo durante el cual el demandante prestó esos servicios, cuestión indispensable para poder liquidar el valor de las prestaciones debidas. Siendo esto así, no se ve cómo el Tribunal pueda haber violado los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que cita el recurrente, disposiciones que definen el contrato de trabajo e indican, respectivamente, los elementos esenciales que deben concurrir para que haya dicho contrato. Por idéntica razón tampoco resultan infringidos el artículo 38 del Código Sustantivo del Trabajo, (1º del Decreto 617 de 1954), que señala los puntos sobre los cuales debe haber acuerdo entre el patrono y el trabajador cuando el contrato sea verbal, y el artículo 54 que consagra la regla general de que la existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios.

Respecto a los errores de hecho que se atribuyen a la sentencia, se observa lo siguiente: No aparece determinado en forma clara y precisa el primer error, ni en el desarrollo del cargo se hace la demostración del mismo, como lo exige la técnica del recurso y manda la ley. En efecto, para comprobar lo anterior, basta transcribir nuevamente lo pertinente del cargo. Dice así: "el error evidente de hecho en que incurrió el Tribunal y que se imputa a la sentencia recurrida es el siguiente: considerar, de una parte, que el silencio guardado por la parte demandada respecto de su obligación de presentar los libros y planillas en la segunda audiencia, no le acarreaba a dicha parte sanción alguna porque a última hora puso de presente que no existían esos documentos".

Según tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, el error en materia jurídica puede ser de dos clases: de hecho y de derecho, siendo el primero la noción o creencia equivocada de que una cosa ha sucedido o no ha sucedido, y el segundo, la noción errada de las disposiciones de la ley, que lleva a atribuírle a una prueba un valor que legalmente no le corresponde o en dejar de atribuírle el valor que le asigna la ley.

Ahora bien, si el fundamento de la sentencia, que condujo a una solución absolutoria, consiste, como se ha repetido, en que no aparece demostrado en el proceso el tiempo de duración de los servicios del trabajador, resulta apenas claro que el error que pueda imputarse a la decisión del Tribunal sólo puede consistir en no haber tenido como probado dicho tiempo, por no haber apreciado o por haber apreciado mal determinadas pruebas. No es esto, precisamente, lo que plantea y trata de demostrar el recurrente, por lo que su acusación resulta ineficaz, por el aspecto que se deja estudiado.

Tampoco aparece demostrado el otro error que se atribuye al Tribunal y que el recurrente hace consistir en no haber encontrado demostrados los servicios del demandante por todo el tiempo que se afirma en la demanda, o a lo menos parte de ese tiempo.

En efecto, según el recurrente, el error del sentenciador proviene de haber apreciado equivocadamente, las siguientes pruebas:

a) Las confesiones contenidas en la contestación de la demandada (fs. 6 a 8). Al respecto se tiene lo siguiente: en el hecho primero de la demanda, se afirma que Pedro Luis Londoño prestó sus servicios a la demandada, como trabajador en la finca de campo perteneciente a ésta, desde el mes de octubre de 1948 hasta el mismo mes del año de 1957. A lo anterior, se responde en la contestación de la demanda, diciendo: "no es cierto" y se agrega que la demandada no pudo recibir beneficio del señor Londoño durante toda la época que se afirma por éste, porque la señora Laura Gómez sólo adquirió el inmueble a que se refiere el demandante, en el año de 1952. Al responder al hecho tercero, simplemente expresó que "Londoño no ha alcanzado a trabajar en la finca cuatro meses completos" y agregó: "ha trabajado con muchas intermitencias. Trabaja una semana y se va. A veces ha demorado fuera de la finca hasta tres años y más. De modo que contando todo el tiempo no alcanza a cuatro meses. No ha trabajado en forma continua en ninguna época".

De la contestación de la demanda, lo que resulta es que se niega categóricamente la prestación de servicios por el tiempo que afirma el actor. Se acepta sí, que el demandante Londoño trabajó en forma intermitente en algunas épocas, pero no aparece concretamente tiempo determinado y preciso durante el cual se prestaron esos servicios.

b) Prueba testimonial. El declarante Luis González, sobre el punto que se trata de acreditar, dijo: "No puedo precisar las fechas de entrada y salida del señor Pedro Luis Londoño, pero sí me costa haberlo visto por largo tiempo trabajando al servicio de doña Laura Gómez". El declarante Pedro Mendoza, manifiesta: "No recuerdo las fechas precisas de entrada del señor Pedro Luis Londoño, pero sí sé que fue a fines del año de mil novecientos cuarenta y ocho, esto me consta porque en esa misma fecha fui a trabajar una semana a una finca de propiedad de la señora Laura Gómez y cuando esto el señor Pedro Luis Londoño se encontraba ahí trabajando, y me consta igualmente la fecha de su salida que fue entre el cinco y siete de octubre de mil novecientos cincuenta, esto por cuanto que estuve trabajando en la finca de dicha señora, agrego que he sido trabajador de la finca en varias ocasiones". Y más adelante, al contestar una pregunta formulada por el juez del conocimiento, dijo: "Yo no vi el día en que salió el señor Londoño de la finca, digo que fue del cinco al siete porque faltó al trabajo en esos días". Por su parte el testigo Clemente Ramos, declaró lo siguiente: "Me encuentro trabajando en la finca de doña Laura Gómez desde hace dos años y medio, pero el señor Londoño nunca ha trabajado en forma continua en dicha finca, únicamente ha trabajado en tres semanas pero no completas, y otras trabaja unos dos o tres días y luego se va de la finca". Más adelante expresó: "Si el señor Londoño ha trabajado anteriormente como lo estuvo trabajando en el tiempo que yo me encuentro en dicha finca a lo sumo alcanza a un ajuste de cuatro meses por todo el tiempo servido". Finalmente, el declarante Andrés Ramos González dice que ha trabajado desde el año de 1949 en la finca; que posteriormente, o sea en el año de 1952, fue que la señora Laura Gómez de Polanía, adquirió la finca por herencia materna. Que es administrador de esa finca desde que entró a trabajar en ella, y que es verdad que Pedro Luis Londoño "estuvo en el año de mil novecientos cincuenta y uno, el cual me ayudó a coger una cosecha, lo cual duró un tiempo de tres meses al lado mío cogiendo café; después de esto se ausentó y no volvió a trabajar; regresó en el mes de enero de mil novecientos cincuenta y siete a la finca al lado mío; lo cual trabajó unos pocos días, es decir no continuo sino en forma interrumpida; pues él tenía una tienda y una sastrería en Pueblo Tapao, y atendía su negocio, y a veces iba a trabajar cuando quería"; y más adelante, agregó: "Contando desde el año de mil novecientos cincuenta y uno cuando me ayudó a coger la cosecha que duró tres meses trabajando, teniendo en cuenta que en este año la finca era de la señora madre de doña Laura, pero que desde que la señora Laura Gómez tiene la finca no alcanza a completar un tiempo de cuatro meses, o sea a partir del año de mil novecientos cincuenta y dos, pero como dije antes de esta fecha para atrás la finca era de otro dueño".

La sola lectura de lo transcrito basta para concluír que no tiene razón el recurrente cuando le atribuye error al juicio del Tribunal. Ninguno de los testimonios permite deducir en forma clara y precisa, durante qué tiempo el demandante prestó sus servicios a la demandada. De esas declaraciones, no aparece que el trabajo de Londoño hubiese durado el tiempo que se señala en la demanda, o sea, desde octubre de 1948 hasta octubre de 1957. Tampoco ellas permiten fijar en un lapso de tiempo menor la duración de esos servicios. Si es verdad que el testigo Andrés Ramos González afirma que durante el año de 1951, el demandante Pedro Luis Londoño trabajó en la cosecha de café, durante tres meses, es lo cierto que también agrega que para esa época

la finca no pertenecía a la demandada, dando a entender, sin lugar a dudas que, entonces, el demandante trabajó bajo la dependencia de un patrono distinto de la demandada Laura Gómez.

En todo caso, de las pruebas que el recurrente señala como apreciadas equivocadamente por el sentenciador, no resulta el error que predica el cargo, ni menos con la característica de evidente o manifiesto que exige la ley, para que pueda infirmarse la sentencia, pues según reiterada doctrina de la Corte, no basta que se acredite una errónea, imperfecta o poco técnica apreciación de las pruebas, ni es suficiente que tal apreciación sea o pueda ser diferente o contraria a la que la Corte hubiera hecho en el caso de haber fallado en instancia. Es menester algo más, para que el recurso proceda. Es necesario que esa mala apreciación de pruebas haya llegado a dar por resultado un verdadero, manifiesto y evidente error de hecho, que a su turno implique infracción de normas sustantivas. El cargo no prospera.

Con base en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Laboral, con fecha 19 de septiembre de 1958.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Alejandro Córdoba Medina, Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION LABORAL. SEGURO DE VIDA. DERECHOS Y GARANTIAS DE LOS TRABAJADORES.

1. No puede afirmarse, de unos mismos elementos probatorios, simultáneamente, error de hecho y de derecho. Un error de hecho no puede originar uno de derecho. 2. Beneficiarios de seguro de vida por accidente de trabajo. 3. El mínimo legal consagrado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, no es óbice para que se pacten condiciones más favorables para el trabajador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., agosto veinte de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Por medio de apoderado, la señora Carmenza Henríquez viuda de Cuéllar, en su propio nombre y en el de su hijo menor Luis Alfonso Cuéllar Henríquez, demandó a la sociedad denominada "Asociación Interamericana de Aviación (AIDA), Ltda.", para que por los trámites de un juicio ordinario fuera condenada a pagarle el seguro de vida ocasionado por muerte en accidente de trabajo del Capitán Luis A. Cuéllar, el auxilio de cesantía y las costas del juicio.

Los hechos del libelo expresan:

1º Luis A. Cuéllar y la demandada celebraron un contrato de trabajo, mediante el cual aquél se obligó a prestar a ésta sus servicios pesonales como piloto de aviación.

2º La relación laboral se inició el 1º de noviembre de 1955 y terminó el 8 de diciembre de 1956, por muerte del trabajador.

3º El 8 de diciembre de 1956, el Capitán Luis A. Cuéllar sufrió un accidente de trabajo que le ocasionó la muerte, en momentos en que ejercía sus actividades como piloto de la demandada, en las inmediaciones de Bojacá, Cundinamarca.

4º El sueldo mensual devengado por el piloto Cuéllar fue de dos mil quinientos pesos ($ 2.500).

5º La demandada no ha pagado ni el seguro de vida, ni el auxilio de cesantía del Capitán Luis A. Cuéllar a los reclamantes de este juicio.

6º Carmenza Henríquez viuda de Cuéllar, celebró matrimonio con Luis A. Cuéllar, de cuya unión nació el menor Luis Alfonso Cuéllar Henríquez.

La sociedad demandada dio respuesta al libelo oponiéndose a que se hicieran las condenaciones solicitadas. Si bien aceptó los hechos 1º al 5º, dijo que no había pagado el seguro de vida a la señora Henríquez ni a su hijo, en razón de que los herederos reconocidos en los juicios de sucesión que se tramitan en los Juzgados 4º y 9º de este Circuito, son las señoras Alma Pineda y Celmira viuda de Cuéllar, a quienes pagó el auxilio de cesantía correspondiente al Capitán Luis A. Cuéllar.

Posteriormente, la señora Celmira Cediel viuda de Cuéllar, en su carácter de madre legítima del Capitán Luis A. Cuéllar, constituyó apoderado y coadyuvó la demanda relacionada, y lo mismo hizo la señora Alma Pineda viuda de Cuéllar, en su nombre y en el de sus menores hijos Oscar Luis y Gloria Cuéllar Pineda, así como en el de Jairo Alfonso Cuéllar Pineda, mediante sustitución del poder que de éste recibió. En la primera audiencia de trámite se aceptaron estas coadyuvancias y el apoderado de la parte demandada procedió a proponer la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante. Dentro de la misma audiencia fue corregida la demanda por el representante de Carmenza Henríquez viuda de Cuéllar, corrección que oportunamente contestó la sociedad demandada, oponiéndose a que se hicieran las nuevas declaraciones impetradas.

Surtida la tramitación de rigor, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que fue

el del conocimiento, estimó que la demandante principal y su hijo no habían demostrado la personería sustantiva para poder reclamar las prestaciones a que se contrae la demanda. En cuanto a la señora Alma Pineda viuda de Cuéllar, el Juzgado consideró que tampoco había demostrado su personería para reclamar los derechos controvertidos, porque de las piezas que obran en autos no se desprende que la nombrada hubiera tenido la calidad de esposa del finado Luis A. Cuéllar, ni menos que los menores Oscar Luis y Gloria Cuéllar Pineda, así como Jairo Alfonso Cuéllar Pineda, tengan el carácter de hijos legítimos del causante. En cambio, de las demás probanzas halló demostrado que la señora Celmira Cediel viuda de Cuéllar, es la madre legítima del Capitán Luis A. Cuéllar. En consecuencia de lo anterior, condenó a la Asociación Interamericana de Aviación (AIDA) Ltda., a pagar a la coadyuvante Celmira Cediel viuda de Cuéllar, la suma de veinticuatro mil pesos ($ 24.000) moneda corriente, por concepto del seguro de vida del Capitán Luis Alfonso Cuéllar Cediel. Absolvió a la entidad demandada de las restantes peticiones formuladas en la demanda, así como de las impetradas por la demandante principal Carmenza Henríquez y por la coadyuvante Alma Pineda viuda de Cuéllar, en su propio nombre y en el de sus hijos, a quienes impuso condenación en costas.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado por los mandatarios judiciales de la demandante principal Carmenza Henríquez y la coadyuvante Alma Pineda viuda de Cuéllar, en fallo fechado el 20 de noviembre de 1959, en los siguientes términos: condenó a la Asociación Interamericana de Aviación (AIDA), Ltda., a pagar la cantidad de veinticuatro mil pesos ($ 24.000), por concepto del seguro de vida del Capitán Luis A. Cuéllar Cediel, a las siguientes personas: la mitad de dicha suma a la cónyuge sobreviviente, Alma Pineda viuda de Cuéllar, y la otra mitad, a los hijos legítimos Oscar Luis, Divina Gloria y Jairo Alfonso Cuéllar Pineda; absolvió a la sociedad demandada de las peticiones formuladas por la demandante principal y por la señora Celmira Cediel viuda de Cuéllar; mantuvo la absolución de costas decretada por el Juzgado *a quo* en favor de la parte demandada e impuso la obligación de pagarlas únicamente a la señora Carmenza Henríquez viuda de Cuéllar. No hizo condenación en costas por el recurso.

El apoderado del menor Luis A. Cuéllar Henríquez y de la demandante Carmenza Henríquez viuda de Cuéllar, interpuso los recursos de reposición y de casación, respectivamente, a nombre de sus procurados, contra la providencia anterior. El Tribunal denegó el primero y concedió el segundo que, admitido por la Sala y debidamente tramitado, se pasa a decidir.

Alcance de la impugnación.

Está determinado así:

"Impugno la sentencia para que sea casada en su totalidad y, como consecuencia de ello, se disponga que la demandada pague a mi mandante la totalidad del seguro y del auxilio de cesantía; subsidiariamente, la mitad del seguro y de la cesantía, siendo el monto del seguro lo percibido por la demandada de las respectivas compañías de seguro, conforme a lo probado en juicio, o, en subsidio, la cantidad de $ 24.000".

Motivos de casación.

Como causal de casación se aduce la primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, para lo cual se presentan tres cargos, que pasa a examinar la Sala.

Primer cargo.

El enunciado del primer cargo dice así:

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de los artículos 204 —ordinal e)—, 212, 214 y 258 del Código Sustantivo del Trabajo, por concepto de aplicación indebida, a que fue conducido el fallador por apreciación errónea y por falta de apreciación de determinadas pruebas, que más adelante precisaré".

Las pruebas y los errores de valoración probatoria los puntualiza el recurrente en la siguiente forma:

"El juzgador incurrió en error de derecho, ostensible y manifiesto, por haber dado por establecido el hecho de que Alma Pineda y sus hijos fueran los beneficiarios del seguro y del auxilio de cesantía, aceptando como prueba plena la copia del *auto* del Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, por el cual hizo el reconocimiento de cónyuge sobreviviente y de herederos de Cuéllar C. E incurrió también en el mismo error de derecho, ostensible y manifiesto, al desconocer el carácter de cónyuge sobreviviente a mi mandante, por el hecho de no aparecer en los autos ningún reconocimiento de tal, en su favor".

"...En consecuencia, el sentenciador se atuvo a una prueba no autorizada por la ley, ya que el artículo 212 citado no admite medios de prueba

distintos a los señalados en el mismo; aceptó como prueba la copia del auto del Juez Civil, sin que ésta haya sido autorizada por la ley".

"No puede alegarse que la copia del auto sea prueba supletoria del matrimonio, porque la ley no la ha erigido como tal, conforme al artículo 19 de la Ley 92 de 1938.

"Además, como he dicho, falta la información sumaria de testigos".

"...También incurrió en error de hecho, manifiesto y ostensible, como todos los otros ya expuestos, al no apreciar las pruebas del matrimonio de mi mandante con Luis Alfonso Cuéllar, ya relacionadas, y las consistentes en las declaraciones de testigos, visibles a folios 18 y 19 del expediente, puesto que ellas son concluyentes al demostrar el carácter de beneficiaria de mi mandante, de acuerdo con el artículo 212 del Código Sustantivo del Trabajo".

"...Hubo, pues, no solamente error de derecho, sino también error de hecho en la apreciación de tales pruebas.

"Si en vez de cometer los errores apuntados, el juzgador hubiera apreciado las pruebas que dejó de estimar y no hubiera valorado erróneamente las referentes al matrimonio de Alma Pineda, habría aplicado correctamente, al caso de autos, los artículos 204 —ordinal e)—, 212, 214 y 258 del Código Sustantivo del Trabajo, pues hubiera tenido que reconocer como beneficiaria a Carmenza Henríquez viuda de Cuéllar, en su condición de cónyuge sobreviviente, disponer que a ella le fuera pagado el seguro, lo mismo que el auxilio de cesantía, ya que el artículo 204, ordinal e), dispone que en caso de muerte del trabajador, en accidente de trabajo, el patrono pague a los beneficiarios 24 meses de salario, y señala quiénes son los beneficiarios y cómo se distribuye el seguro entre ellos; el 212 determina cómo se demuestra la calidad de beneficiario; el 214 ordena que se pague a los beneficiarios un máximo de 36 mensualidades, poniendo un límite de $ 24.000, y el 258 ordena que cuando el correspondiente auxilio de cesantía sea inferior a la cantidad de $ 5.000, el patrono debe pagarlo al beneficiario conforme al procedimiento del artículo 212 del Código Sustantivo del Trabajo".

"Hubo, pues, violación indirecta, de las disposiciones citadas".

Se considera:

Por las transcripciones anteriores, se observa que el recurrente afirma, de unos mismos elementos probatorios, simultáneamente, error de hecho y de derecho, lo cual no es aceptable en la técnica de casación, por tratarse de dos fenómenos jurídicos completamente diferentes, según lo ha dicho la jurisprudencia laboral. Al respecto es muy ilustrativa la doctrina consagrada por el Tribunal Supremo del Trabajo, que comparte y acoge esta Sala, y que dice:

"El cargo está mal propuesto y no puede estimarse. En efecto, el error de hecho y el error de derecho son medios distintos de llegar a la violación de la ley, que tienen cada uno sus características peculiares e independientes y su ámbito propio dentro de la técnica jurídica laboral, sin el vínculo de consecuencia que imagina el recurrente. Ambas figuras procesales hacen relación al régimen probatorio, pero el error de derecho tiene un contenido plenamente jurídico, pues mira hacia la valoración legal de la prueba, hacia los requisitos excepcionales de la solemnidad ad substantiam actus, *que restringe el ejercicio, por el Juez, de la libre formación del convencimiento. Así lo determina el artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, cuando dice: '...Sólo habrá lugar al error de derecho en la casación del trabajo, cuando, se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, 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', disposición que armoniza con la última parte del inciso 1º del artículo 61 de la misma obra, que como excepción a la libre apreciación probatoria del juzgador laboral, establece: '...Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad* ad substantiam actus, *no se podrá admitir su prueba por otro medio'. En cambio, el error de hecho resulta más que todo de un proceso subjetivo del juzgador, de un equivocado razonamiento apreciativo de las probanzas que da por establecido un hecho que no se sucedió o que, al contrario, da por no establecido un hecho consumado y probado plenamente. El error de hecho, como lo ha sostenido la Corte, no tiene en cuenta para producirse elemento jurídico alguno, sino que es simplemente un fenómeno de convencimiento acerca de la existencia o no existencia de un hecho. La individualidad jurídica antes enunciada de estos medios de equivocación, hace concluír que dentro de la técnica de casación laboral no puede aceptarse, como lo quiere el impugnador, que un error de hecho pueda originar uno de derecho...". (Juicio seguido por Víctor Ma-*

nuel Orduz Villabona contra Blanca Tulia Leaño. Sentencia de fecha 18 de noviembre de 1954).

Como el cargo en examen incurre en la confusión que glosa la sentencia mencionada antes, la conclusión de la Sala es que la acusación así planteada no puede prosperar.

Segundo cargo.

En esta acusación se señala como violado el artículo 295 del Código Sustantivo del Trabajo, por interpretación errónea.

El fundamento del recurrente para atribuírle al sentenciador equivocada interpretación del artículo 295 citado, radica en este pasaje de la motivación del fallo acusado:

"Fuera de los reconocimientos que se acaban de relacionar no aparecen demostrados otros dentro del presente juicio. Por otra parte, según lo tiene dicho la doctrina de la Corte, en forma reiterada, 'el reconocimiento de herederos en juicio mortuorio es prueba valedera en otro para acreditar tal personería', pues es al Juez que conoce de la sucesión a quien corresponde apreciar la prueba aducida por los interesados en que se les reconozca su calidad de herederos del causante, y tal calidad existe mientras no sea desvirtuada. *Síguese de esto que no tenía el Juez Laboral por qué entrar a estudiar en este juicio laboral si con las otras piezas aportadas a los autos se demostraba la personería de Alma Pineda viuda de Cuéllar y de sus hijos, puesto que existiendo una providencia de juez competente que reconocía a dicha señora como cónyuge sobreviviente del causante y a los hijos de la misma como herederos, mal podía desconocerla".* (Subrayó, N. R.),

Y luego agrega el impugnador:

"El artículo 295 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que cuando hay controversia entre beneficiarios, 'la empresa sólo está obligada a hacer el pago cuando se le presente en copia debidamente autenticada la sentencia judicial definitiva que haya decidido a quién corresponde el valor del seguro' ".

"Por ser el seguro una consecuencia del contrato de trabajo o estar relacionado con éste, corresponde al Juez del Trabajo decidir a quién corresponde el valor del seguro; esto es, el Juez del Trabajo es quien dirime la controversia entre los presuntos beneficiarios, y es, por lo tanto, la autoridad competente para determinar quiénes son y quiénes no son beneficiarios. No es el Juez Ordinario Civil. La interpretación que la Sala Laboral da a esa disposición, parece ser la de que es el Juez Civil el competente para precisar, y no en sentencia, sino por medio de un auto, que ni siquiera es ley del proceso en los juicios de sucesión, quién es o no beneficiario. Y esa es una interpretación errónea, completamente, del texto del artículo 295 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Los jueces civiles no determinan nunca quién es o no beneficiario. Ellos tienen competencia para decidir sobre herederos, pero no respecto de beneficiarios, que son distintos a aquéllos, como es muy sabido.

"El Juez Laboral, con fundamento en las pruebas que la ley reconoce como suficientes para demostrar el estado civil de las personas y para acreditar el carácter de beneficiario que tenga alguien, es quien decide la controversia entre beneficiarios. Por ello, la decisión de un juez ordinario, no lo obliga, ni puede obligarlo. Una cosa es ser heredero y otra es ser beneficiario.

"Mucho menos puede obligarlo una providencia de un juez civil, que no ha hecho, ni hace tránsito a cosa juzgada; que en el juicio de sucesión no es ley del proceso, y aún más, que ni siquiera obliga al propio juez que está conociendo de la sucesión, porque mediante reclamaciones posteriores al auto que declara heredero, puede ser revocado éste, dentro del mismo juicio sucesorio; y algo más, el partidor puede apartarse de ese auto, con base en otras providencias, y el juez puede aprobar una partición en que no se atiende lo dispuesto en el auto precitado".

Y finaliza el cargo con estas palabras:

"Hubo, pues, error en la interpretación de la disposición citada, artículo 295 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta errónea interpretación, permitió violar, por aplicación indebida los artículos 204, ordinal e), 212, 214 y 258 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que de haber considerado que el Juez de Trabajo no está obligado por el auto de declaratoria de heredero dictado por el Juez Civil, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente, y sin haber incurrido en los errores determinados en el primer cargo, habría fallado en el sentido de declarar como beneficiaria a mi mandante, con derecho al seguro y al auxillio de cesantía correspondientes".

Se considera.

El texto del artículo acusado 295 del Código Sustantivo del Trabajo es el siguiente:

"Cuando durante el término del aviso o emplazamiento que la empresa debe efectuar para hacer el pago, según el artículo anterior, se sus-

citaren controversias acerca del derecho de los reclamantes, promovidas por personas que acrediten ser beneficiarios del seguro, la empresa sólo estará obligada a hacer el pago cuando se le presente en copia debidamente autenticada la sentencia judicial definitiva que haya decidido a quién corresponde el valor del seguro''.

Del contenido de la citada norma se observa que no puede hablarse de interpretación errónea de ella, como lo hace el recurrente, porque el problema jurídico que se controvierte fue traído a la justicia laboral precisamente para que ésta resolviera a quién o a quiénes corresponde legalmente recibir el pago del seguro de vida, teniendo en cuenta las diferentes personas que se presentaron a reclamarlo.

Lo que se aprecia de los apartes transcritos del fallo acusado, es que se trata de una situación en que entran en juego los artículos 293 del Código Sustantivo del Trabajo, (quienes tienen el carácter de beneficiarios del seguro de vida) y 294 ibídem (como se demuestra el carácter de beneficiario).

La Sala estima que las citas y examen de las disposiciones antes mencionadas es fundamental para la completa estructuración de una acusación como la que plantea el recurrente, por encontrarse en ellas las bases sustanciales del ordenamiento jurídico que permite definir el carácter de beneficiario de determinada persona. No habiéndolo hecho así el recurrente, el cargo resulta incompleto y, por lo mismo, sin eficacia para quebrantar la decisión impugnada.

Tercer cargo.

Se enuncia así:

''Acuso la sentencia de ser violatoria del artículo 302 del Código Sustantivo del Trabajo, por concepto de aplicación indebida''.

Enseguida se sostiene la acusación con estos argumentos fundamentales:

''Dice la sentencia que el juzgador no entra a estudiar las peticiones incluídas en la corrección de la demanda, es decir, las referentes a que el patrono debe pagar, no $ 24.000, sino las sumas de dinero percibidas por él y pagadas por las compañías de seguro, por causa de la muerte en accidente de trabajo de Luis Alfonso Cuéllar. Y dice que no entra a estudiarlas, por cuanto mi mandante no es reconocida como cónyuge sobreviviente de Cuéllar C.''.

Agrega el casacionista.

''Por haber incurrido en los errores señalados y determinados en el primer cargo, los cuales doy por reproducidos en este cargo, la Sala Laboral dejó de aplicar la disposición citada, artículo 302 del Código Sustantivo del Trabajo''.

A continuación, el recurrente ensaya una interpretación del citado artículo 302 en estos términos:

''De acuerdo con esa disposición, las empresas contratarán el seguro con una compañía de seguros, cuando no estén autorizadas para asumirlos directamente. La empresa cobrará de la compañía de seguros *el valor correspondiente.*

''Se deduce del texto de ese artículo, que cuando una empresa contrata con una compañía de seguros un seguro por valor superior a $ 24.000, es porque entiende que ese es el seguro pactado entre ella y el trabajador; y, además, que cuando exige el pago del 'valor correspondiente', quiere decir, que ha entregado al trabajador un valor igual al que ella debe recibir de la compañía de seguros''.

Se considera.

El cargo que se estudia podría resolverse fácilmente habida consideración de que el recurrente se refiere a ''los errores señalados y determinados en el primer cargo, los cuales doy por reproducidos en este cargo...'', y que como consecuencia de tales errores el Tribunal ''dejó de aplicar la disposición citada, artículo 302 del Código Sustantivo del Trabajo''.

Teniendo en cuenta que los errores planteados en el primer cargo, no fueron acogidos por la Sala, lógicamente la acusación que se examina y que se apoya en tales errores, está deficientemente presentada. Sin embargo, la Sala desea añadir estas otras apreciaciones:

La motivación del Tribunal sobre seguro de vida, por muerte en accidente de trabajo, dice así:

''Está probado en los autos, con la documental de folio 27, que el último sueldo que devengó el extinto Luis A. Cuéllar fue de $ 2.500. En consecuencia, al hacer la liquidación se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 214 del Código Sustantivo del Trabajo que dice:

''En lugar de la prestación a que se refiere el ordinal e), del artículo 204, el patrono obligado al pago del seguro de vida colectivo sólo debe a los beneficiarios de ese seguro, como prestación

por la muerte del trabajador, el valor doblado del seguro de vida, hasta un máximo de treinta y seis (36) meses de salario, sin exceder de veinticuatro mil pesos ($ 24.000), quedando así exento de toda otra prestación por incapacidad o muerte por razón de accidente, enfermedad y seguro de vida".

"Por tanto se condenará a la sociedad demandada a pagar la suma de $ 24.000 por concepto de seguro de vida, como prestación por muerte del Capitán Luis Alfonso Cuéllar Cediel, así: la mitad de esta cantidad a su cónyuge sobreviviente señora Alma Pineda viuda de Cuéllar y la otra mitad a sus hijos Oscar Luis, Divina Gloria y Jairo Alfonso Cuéllar Pineda".

Por lo transcrito, se aprecia que el sentenciador se limitó a la aplicación de las disposiciones sobre seguro de vida por muerte accidental. No es adecuado, pues, sostener con validez que la aplicación estricta de la ley, tal como lo hizo el fallador, pueda calificarse como una aplicación indebida de la misma. *Claro está que es factible acordar entre las empresas y sus trabajadores prestaciones que excedan en su conjunto o cuantía a las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo, ya que éste conforme a lo dispuesto en su artículo 13 sólo contiene "el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores". Luego, por debajo de ese mínimo no es legal pactar ni efectuar reconocimientos pero, en cambio, sí es posible convenir en el contrato individual o en la convención colectiva, condiciones que superen al mínimo legal. Pero en el caso de autos no existe prueba alguna que acredite que se había pactado entre el trabajador fallecido o el sindicato a que él pudo pertenecer y la empresa demandada, el seguro contra accidentes de trabajo o el seguro de vida, en dólares.*

Por lo expuesto, la Sala no ha encontrado configurada la infracción legal que alega el recurrente y, por lo mismo, el cargo no prospera.

En mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Alejandro Córdoba Medina, Luis Fernando Paredes.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HONORARIOS DEL MANDATARIO. SISTEMA PROBATORIO. VIOLACION DIRECTA Y APLICACION INDEBIDA. TECNICA DE CASACION.

1. De dónde proviene la violación directa y de dónde la aplicación indebida. 2. Si la acusación se funda en las pruebas es impertinente hablar de infracción directa. 3. No hay incompatibilidad entre los artículos 2184 (numeral 3º) y 2143 del Código Civil, en relación con la fijación de honorarios del mandatario. 4. En los juicios sobre reclamación de honorarios (Decreto 456 de 1956), la prueba se rige por las leyes laborales. 5. En tales juicios las pruebas deben estimarse conforme al sistema de la persuasión racional. El Juez no está obligado a establecer la costumbre según el artículo 700 del Código Judicial. 6. No son las normas civiles sino las laborales las que rigen la materia probatoria en estos juicios. 7. Es improcedente el cargo que acusa de violación directa y a la vez de error de hecho. 8. A través de errores de hecho no puede producirse la infracción directa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiocho de agosto de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

El doctor Alfonso Guillén Estévez, demandó a la Compañía del Cafetal de la Trinidad S. A., con domicilio en esta ciudad, por la cantidad de $ 12.000, como honorarios profesionales.

Afirmó el demandante que la demandada tenía domicilio en Bogotá; que su representante era la señora Louise A. de Londoño; que dicha señora solicitó los servicios profesionales del doctor Guillén el 1º de junio de 1957, mediante una llamada telefónica a las doce del día, con el objeto de que obtuviera de Jesús Yepes R. y Cía. Ltda. de este domicilio, la devolución de 1.100 sacos de café que habían sido vendidos a esta sociedad, mediante contrato que la demandada había resuelto rescindir y como Jesús Yepes y Cía. Ltda., había dado a buena cuenta del contrato $ 50.000 y no aceptaba la rescisión, se le encomendó al doctor Guillén que obtuviera el café mencionado; que la demandada reintegró los $ 50.000 recibidos; que los honorarios acordados fueron de $ 25.000; que se obtuvo la devolución de las mercancías sin recurrir a la vía judicial y sin que sufriera perjuicios la Cía. del Cafetal de la Trinidad S. A.; que la demandada abonó al doctor Guillén $ 3.000, el 4 de junio y $ 10.000, el 6 de junio de 1957, por lo cual le debe la cantidad de $ 12.000; que requirió el pago, le solicitaron rebaja y aceptó dejar en $ 7.000 la deuda, siempre que le pagaran inmediatamente, pero la sociedad se ha negado a cancelar el saldo.

La demandada se opuso a lo pedido, desconoció los fundamentos de hecho y de derecho y solicitó que el actor fuera condenado en costas. Alegó que Jesús Yepes R. y Cía. Ltda. había devuelto el café que se le había entregado en calidad de depósito, en forma amigable y sin que para ello influyera la actividad del doctor Guillén.

La Compañía del Cafetal de la Trinidad S. A., demandó en reconvención al doctor Alfonso Guillén Estévez, para que se le condenara a devolver $ 10.000 que había recibido para emplearlos como depósito en caso de iniciar juicio, y para que devuelva el exceso entre el valor de los honorarios y los $ 3.000 que recibió a buena cuenta de honorarios para el caso de que tuviera necesidad de promover acción judicial.

La demanda de reconvención se apoya en que el contrato de mandato tenía por objeto obtener de Jesús Yepes y Cía. Ltda. la devolución en forma amigable de 1.012 sacos de café que se habían entregado en depósito y que dicha enti-

dad no devolvía por considerar que se había perfeccionado un negocio de compraventa; que no se pactó valor de honorarios a pesar de lo cual le entregaron en cheque que hizo efecto, $ 3.000 a buena cuenta de ellos; que el 6 de junio de 1957 se le entregaron $ 10.000 para que depositara en caso de juicio; que Jesús Yepes y Cía. Ltda. devolvió voluntariamente los sacos de café que tenía en depósito sin que fuera tenida en cuenta la gestión del doctor Guillén; que se concretó a llamar por teléfono a los señores Jesús y Octavio Yepes y a tratar el problema dos o tres veces en las oficinas de ellos; que se ha pedido al demandado en reconvención el reintegro de los $ 13.000 de que dispuso a su antojo, pero no lo ha hecho.

En sentencia de 26 de noviembre de 1958, el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la Compañía del Cafetal de la Trinidad S. A., de los cargos formulados en la demanda principal y al doctor Alfonso Guillén Estévez de los presentados en el libelo de reconvención, y condenó en costas a cada uno de los actores. Ambas partes interpusieron recurso de apelación.

El Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, Sala Laboral, en sentencia de 30 de mayo de 1960, revocó el fallo apelado y dispuso que la Compañía del Cafetal de la Trinidad S. A. estaba obligada a pagarle a Guillén Estévez $ 12.000 por honorarios profesionales y que el mencionado abogado debía pagar a la demandante en recovención la diferencia entre lo recibido y el valor de los honorarios fijados, o sea, que las obligaciones se compensaban hasta la cantidad de $ 12.000 y que Alfonso Guillén quedaba debiendo a la demandada principal la cantidad de $ 1.000 y no condenó en costas.

Ambas partes interpusieron recurso de casación pero el doctor Guillén Estévez no lo sustentó oportunamente, por lo cual fue declarado desierto.

El recurso.

El impugnador formula tres cargos y pretende que se revoque totalmente la sentencia de segunda instancia, que se niegue la compensación de las obligaciones en ella declaradas, que se condene a honorarios *in genere*, se declare la obligación de devolver $ 10.000 a cargo del doctor Guillén, y que se mantengan los dos primeros numerales absolutorios de la sentencia de primera instancia, o a lo sumo se condene *in genere* y se revoquen los dos últimos numerales de la misma sentencia.

Primer cargo.

Dice el recurrente que para decidir sobre el monto de los honorarios, el Tribunal solamente tuvo en cuenta el peritazgo, y transcribe algunos apartes de la sentencia. Afirma que el Tribunal prescindió de lo dispuesto en el artículo 2184 del Código Civil, que es norma sustancial, pues dejó de aplicarla; ya que si la hubiera aplicado habría dispuesto que se probasen el uso o la costumbre, pues como se trata de relación regulada por el Código Civil, la prueba de que debía pagar determinada suma, ha de tener forma especial, es decir, el uso o la costumbre, pero no el arbitrio judicial, pues se debe respetar el medio previsto por la ley.

Agrega el recurrente que el libre convencimiento o la persuación racional se toman de los medios de prueba legalmente producidos, pero no se confunden con éstos. Dice que como se trata de un contrato de mandato, el conocimiento y trámite corresponde a la jurisdicción del trabajo, pero la relación sustancial y los medios de prueba permanecen intactos, por lo que se aplican las normas civiles, y al efecto transcribe jurisprudencia de la Corte que considera aplicable al caso.

El impugnador considera que es necesario probar el uso que según el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 constituye derecho, que para probar el monto usual de la remuneración era necesario establecer la costumbre de acuerdo con el artículo 700 del Código Judicial, pues tal medio de prueba es distinto de la libre apreciación y debe respetarse por especial, indicando finalmente que el peritazgo no fue practicado para establecer el uso.

Concluye el recurrente que la sentencia impugnada violó por falta de aplicación, o sea por infracción directa los artículos 2184 del Código Civil, 700 del Código Judicial y 13 de la Ley 153 de 1887.

El opositor critica la formulación del cargo e invoca para oponerse la prosperidad de él, la falta de tarifa legal en la solución de los conflictos de que conocen los jueces laborales.

Se considera.

La falta de aplicación de que trata el cargo, no constituye como parece entender el recurrente, una infracción directa, ya que esta clase de violación proviene de la ignorancia de la ley o de la rebeldía del fallador contra ella, pero no de la simple falta de aplicación, pues esta configura una violación por aplicación indebida

cuando no se origina en ignorancia o rebeldía, según ha sido admitido por la Corte Suprema de Justicia y por la doctrina.

Conviene también observar que el cargo estudiado se dirige a demostrar que el Tribunal dio por establecido el monto de los honorarios sin que existiera en el proceso la prueba adecuada y legal según el recurrente, de tales honorarios, con lo cual la acusación tiene fundamento en materia probatoria y por ello es impertinente hablar de infracción directa, ya que ésta se produce sin que medien cuestiones de hecho. Para que el recurrente pudiera de acuerdo con la técnica de casación, acusar por infracción directa, era necesario que admitiera el análisis probatorio y las conclusiones de hecho contenidos en la sentencia, pero como no lo hizo el cargo resulta formulado contra los requisitos del recurso de casación, por lo cual es inestimable.

Sin embargo, la Sala por amplitud y con el fin de aclarar algunos conceptos equivocados del cargo, procede a estudiar éste.

El impugnador apoya su cargo en que el Tribunal no tuvo en cuenta el artículo 2184 del Código Civil, sino el 2143 de la misma obra. La primera de las normas citadas indica las obligaciones del mandante y en el numeral tercero establece la de pagar la remuneración estipulada o usual. El artículo 2143 habla de que la remuneración en el mandato se determina por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el Juez. No son incompatibles estas normas sino que se complementan y la aplicación que el Tribunal hizo en la sentencia acusada, del artículo 2143 del Código Civil, no implica violación del artículo 2184 de la misma obra, porque si la remuneración debe ser determinada o usual, cuando las partes no la convienen y la ley no la señala, el Juez debe establecerla tomando en cuenta el uso. Pero de allí no se deduce que la remuneración en el mandato ha de ser necesariamente la establecida por la costumbre, puesto que tal criterio sí sería violatorio de la facultad otorgada por el artículo 2143 del Código Civil, para que el Juez determine el monto de los honorarios.

No puede deducirse entonces que la aplicación de la norma que el recurrente señala violada, determine necesariamente el establecimiento de los honorarios a través de la costumbre como factor exclusivo.

El recurrente pretende que por ser el contrato de mandato de naturaleza civil, la prueba del monto de los honorarios debe regirse por normas civiles sin que admita aplicación de preceptos laborales relativos al régimen probatorio, pero en tal concepto el recurrente olvida que la cuestión probatoria no es cuestión sustantiva sino adjetiva, por lo cual las normas que a la materia deben aplicarse no son las de la tarifa legal, extraña al procedimiento laboral, sino las propias de éste que se encuentran en el Código Procesal del Trabajo. El Decreto 456 de 1956, que determina la competencia en los casos de cobros de honorarios obliga por virtud del artículo 1º a la aplicación de las disposiciones del Código Procesal del Trabajo, una de las cuales, el artículo 61, dice que el Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y que por ello formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancia relievante del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.

No siendo la cuestión probatoria la relación sustancial que continúa regulada por el Código Civil, sino cuestión adjetiva sujeta al procedimiento especial de los juicios laborales, la prueba de un hecho no está por lo general sujeta a tarifa y es admisible cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley, de acuerdo con el artículo 51 del mismo Código Procesal del Trabajo.

De tal manera que en estos juicios no es obligatorio establecer la costumbre de acuerdo con el artículo 700 del Código Judicial, sino que el Juez puede buscar la remuneración usual a través de otros medios probatorios aportados al proceso.

La formulación del cargo confunde la apreciación probatoria con los medios de prueba, ya que afirma que el libre convencimiento o la persuasión racional no pueden violar o suprimir los medios de prueba especialmente exigidos por la ley en determinados casos. El sistema de la persuación racional de que trata el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, es incompatible con medios de prueba especialmente exigidos por la ley, puesto que este fenómeno es propio de la tarifa legal de prueba que es un sistema de apreciación probatoria distinto del llamado persuación racional. Mientras en el sistema tarifario la ley determina de antemano las pruebas que sirven para dar por demostrado un hecho, en el de la persuasión racional todas las pruebas valen para el establecimiento de cualquier hecho, siempre que ellas persuadan al Juez que obra atendiendo principios científicos de la crítica probatoria, pero completamente libre de tarifas o señalamientos previos.

Por tal motivo, no es el sistema de la persuasión racional el que viola o suprime los medios de prueba especiales exigidos por la ley, como afirma el recurrente, pues el código sólo requiere prueba específica cuando se trata de determinada solemnidad ad substantian actus. *(Art. 61. C. P. L.).*

Y aunque se trate de contratos de naturaleza meramente civil, como el de mandato, en los juicios de que conocen los jueces laborales por razón del Decreto 456 de 1956, la prueba de los hechos que se aleguen en tales procesos, no está determinada por el sistema de tarifa sino que debe apreciarse por el sistema de la persuasión racional de acuerdo con el decreto citado y con el mismo Código Procesal del Trabajo.

El recurrente admite que la competencia y el trámite, o sea, el conjunto de reglas meramente procedimentales para adelantar la actuación hasta dictar sentencia y agotar la controversia, pertenecen a la órbita laboral y escapan a la civil. Pero insiste en que los medios de prueba por considerarlos obligaciones y derechos que se derivan de la relación sustancial, continúa rigiéndose por las normas civiles.

Sobre tal materia ha de observarse que unas son las obligaciones y derechos y otras son las pruebas de los hechos que determinan las obligaciones y los derechos. Es correcto pensar que la relación sustancial que determina los derechos y obligaciones, continúe rigiéndose por las normas civiles, ya que el Decreto 456 de 1956 solamente atribuyó el conocimiento a la jurisdicción especial del trabajo de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, pero de ninguna manera puede pensarse que para tales casos sea aplicable el Código Judicial o las normas civiles que para los procesos laborales fueron sustituídas por los artículos del Código Procesal Laboral. No se trata aquí de las obligaciones y derechos en sí mismos, sino de las pruebas que sirvieron para establecer los hechos determinantes de esas obligaciones y de tales derechos. En esa materia, la probatoria, rige la ley procesal laboral, puesto que se trata de procesos de tal naturaleza, por referirse a servicios personales del reclamante.

Con estas consideraciones se comprende que el cargo es inadecuado, puesto que el Tribunal al dictar la sentencia acusada aplicó correctamente las normas que el impugnador señala, en cuanto éstas podían tener cabida en el proceso, y dio aplicación a otras que son propias de los juicios laborales. En efecto, el sentenciador encontró el monto de los honorarios demostrado por el peritazgo que tomó en consideración los usos actuales en materia de pago de honorarios profesionales y se sirvió de la prueba pericial, porque no estando sometido a la tarifa legal de pruebas le era perfectamente lícito apreciar el experticio y condenar con base en las conclusiones que de allí dedujera.

No era pues necesario establecer la costumbre cómo única razón del monto de los honorarios, y no siéndolo, tampoco podía exigirse la prueba de ella y menos aún, en la forma específica consagrada por el artículo 700 del Código Judicial, que no tiene operancia en los procesos laborales.

Sobre esta materia conviene recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 30 de marzo de 1963 y 25 de mayo del mismo año, en las cuales se dice:

"Como consecuencia de lo anterior, en esta clase de juicios (sobre reconocimiento de honorarios) el juzgador no está sujeto al sistema de la tarifa legal que rige el proceso civil, para la valoración y estimación probatoria, sino, al de la libre formación del convencimiento, en la forma, términos y con las limitaciones previstas en el artículo 61 del Código Procesal Laboral, que regula la relación procesal". (Sentencia en Luis E. Amaya y Francisco Callamand, contra la comunidad religiosa de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena).

"En otro lugar de este fallo se anotó que el juicio sobre reconocimiento de honorarios por servicios profesionales de carácter privado, se sujeta al Código Procesal del Trabajo, como lo dispone el Decreto 456 de 1956 en su artículo 1º. Este estatuto, en cuanto a la estimación de las pruebas, establece el principio del libre convencimiento, expresando que en esa actividad no rige la tarifa legal.

"Es una prueba tasada la que contempla el artículo 700 del Código Judicial. Por tanto, no es obligatoria para el fallador, por lo que su inobservancia no conduce a error de derecho": (Sentencia en juicio de Eduardo Díaz Ruiz, contra Mercante Grancolombiana S. A.).

Por tales razones, no prospera el primer cargo.

Segundo cargo.

El impugnador afirma que el peritazgo no establece el uso o la costumbre, y para demostrarlo transcribe apartes del auto por el cual se ordenó la prueba en la primera instancia, de la sentencia acusada y del propio dictamen del perito.

Afirma el recurrente que el experto debía determinar el monto de los honorarios por medio

de las probanzas aportadas al juicio, y que como el uso se demuestra con el dicho de siete testigos, según el artículo 700 del Código Judicial, el perito ha debido buscar esos testigos y por no haberlo hecho, violó la norma citada.

También sostiene el acusador que los honorarios fijados por el Tribunal no emanan del uso porque no tienen origen en la prueba propia de la costumbre sino en un dictamen pericial, por lo cual se violaron en forma directa por falta de aplicación, los artículos 2184 del Código Civil, ordinal 3º, y artículo 13 de la Ley 153 de 1887.

Agrega el impugnador que en el caso de que la sentencia hubiera tenido el dictamen como prueba del uso o de la costumbre, se habría cometido un error de hecho en la apreciación de la misma, porque tal medio no sirve para demostrar el uso o la costumbre.

Finalmente el impugnador insiste en que hubo violación directa del artículo 2184 del Código Civil.

El opositor transcribe apartes de varias sentencias de la Corte relativas a la prueba pericial, para concluír que carece de razón el apoderado de la sociedad demandada cuando reclama por la estimación del dictamen pericial, lo que hace que no tenga fundamento el segundo cargo.

Se considera.

La formulación de este cargo peca contra la técnica de casación, ya que acusa el fallo recurrido por violación directa y al mismo tiempo afirma que se cometió un error en la apreciación de la prueba pericial. Cuando la ley se viola por infracción directa no se produce el quebrantamiento de la norma a través de errores de hecho, sino en sí misma, por desconocimiento que de ella haga el fallador o porque se revele contra la misma. De tal manera que es improcedente el cargo que acuse violación directa y pretenda que se incurrió en error de hecho. Además, la infracción directa hace que se prescinda de todo análisis probatorio ya que la naturaleza de esa infracción no permite al recurrente disentir de las conclusiones que sobre los hechos se contienen en la providencia acusada.

Por tales motivos, el cargo es improcedente.

Además, el fundamento del cargo segundo, es semejante al del primero, en cuanto el impugnador continúa sosteniendo que es necesario demostrar el uso por el medio específico de los siete testimonios, que según se vio al estudiar el cargo primero es una exigencia improcedente en los juicios de que conocen los jueces del trabajo por virtud del Decreto 456 de 1956.

Bien pudo el sentenciador encontrar demostrado en el juicio el uso o la costumbre de pagar los honorarios de abogado mediante una regulación determinada, aunque no se hubiese dado la prueba del artículo 700 del Código Judicial, ya que en estos procesos es admisible por lo general toda clase de pruebas según lo consagra el artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral.

En tales condiciones, no puede prosperar el cargo.

Tercer cargo.

El recurrente afirma que es erróneo estimar bien fundado el dictamen pericial y que el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en error de hecho por considerar que con el peritazgo se establecía el monto de los honorarios.

Observa el impugnador que el perito se apartó de las probanzas judiciales al apoyar su dictamen en su leal saber y entender; y que las circunstancias analizadas por el experto para dar fundamento al dictamen no están suficientemente establecidas en el juicio según los reparos que hace el demandante en casación.

Se extiende el recurrente en consideraciones sobre la falta de prueba de la compraventa, ya que no admite como demostración de ese contrato la carta de folios 14, sobre la afirmación del perito relativa al incumplimiento del contrato de compraventa y sobre los perjuicios que dice haber evitado el abogado según el criterio del experto; reclama la falta de determinación del número de llamadas telefónicas efectuadas por el doctor Guillén, afirma que no puede hablarse de costumbre comercial cuando el contrato fue civil y rechaza el fundamento de la consulta hecha por el perito a diez abogados sobre el monto de los honorarios que en tales casos se acostumbra pagar.

El opositor afirma que el tercer cargo es un mero alegato de instancia, por lo cual no debe aceptarse, y recuerda una jurisprudencia de la Corte en virtud de la cual la condición de que el dictamen pericial esté debidamente fundado, corresponde al sentenciador.

Se considera.

El recurrente afirma que la sentencia acusada contiene un error de hecho porque encontró debidamente fundamentado el dictamen y éste carece en absoluto de fundamento, error que condujo a la violación del artículo 2184 del Código Civil, numeral 3º, por falta de aplicación de la

norma, o sea por una especie de infracción directa.

La presentación del cargo es totalmente inadmisible dentro de la técnica del recurso de casación, pues ya se dijo al estudiar los cargos anteriores, que la infracción directa no puede producirse a través de errores de hecho. Por tal motivo, debe desestimarse este cargo tercero.

Además, el recurrente ni siquiera demuestra la existencia del error que afirma cometió el sentenciador, ya que en el desarrollo del cargo se limita a presentar un alegato propio de instancia, sobre la fuerza de convicción que merezca el dictamen pericial, pero no patentiza que se haya dado por establecido un hecho que evidentemente no está demostrado, pues los ataques se refieren a los motivos de sustentación del dictamen, materia que es impropia del recurso de casación, porque el sentenciador al estimar el dictamen no cometió error de hecho en cuanto que aceptó como monto de los honorarios el determinado por el perito, o sea que encontró demostrado un hecho con una prueba que evidentemente lo establece.

Los reparos del recurrente servirían para una objeción del dictamen por error grave del perito, pero ello sólo puede proponerse en las instancias y es completamente ajeno al recurso de casación donde solamente se trata de la apreciación que el sentenciador hace de las pruebas y no de la forma como ellas se produjeron, especialmente la casación laboral que no admite errores por omisiones en el rito procesal, en cuanto circunscribe el error de derecho a lo relativo a las pruebas *ad substantiam actus.*

Por tales motivos se declara que no prospera el cargo tercero.

En consecuencia, 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 el treinta (30) de mayo de mil novecientos sesenta (1960), por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio de Alfonso Guillén Estévez, contra Compañía del Cafetal de la Trinidad S. A.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Alejandro Córdoba Medina, Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION.

A la Corte no le está permitido establecer de oficio si las probanzas reputadas de no apreciadas se estimaron indebidamente en cambio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinte de septiembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga).

Marco Tulio Alvarez demandó, por medio de apoderado, a Julio Olarte para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, fuera condenado a pagarle la suma de $ 12.000 moneda corriente, o la mayor que probare por concepto de los honorarios correspondientes a la elaboración de planos, gestiones de aprobación de los mismos y dirección de una obra de propiedad del demandado, situada en Bogotá, en la carrera 32 con calle 10.

Refiere el libelo que el demandante prestó dichos servicios por requerimiento del demandado; que cumplió a satisfacción su cometido; que las autoridades distritales aprobaron la obra mencionada en consideración a que él, como ingeniero, era su director responsable; y que el demandado no le ha pagado sus honorarios.

Julio Olarte, también por conducto de apoderado, se opuso a la condena impetrada y negó todos los hechos. Además, dijo, en su defensa, que el demandante nunca le prestó los servicios que asevera, pues sólo respaldó con su firma los planos de la obra. Como excepciones perentorias, propuso las de cobro de lo no debido, carencia de título, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, desató el litigio en sentencia de fecha 6 de octubre de 1960, absolviendo a la parte demandada e imponiendo a cargo de la demandante el pago de las costas causadas.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación la parte vencida. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá lo decidió por medio de la suya de fecha 17 de noviembre del mismo año, que confirmó la sentencia impugnada e impuso las costas de la segunda instancia a cargo de quien la promovió.

La misma parte interpuso, entonces, recurso de casación contra esta sentencia de segundo grado. Como fuera concedido por el *ad quem*, admitido por esta Sala y debidamente rituado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

Aspira la impugnación a que la Corte case totalmente la sentencia gravada a fin de que, convertida en Tribunal de instancia, revoque la decisión del *a quo* y, en su lugar, condene al demandado a pagar al demandante el valor de los honorarios que fueron fijados pericialmente ($ 11.833).

Invoca la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo y, con fundamento en ella, formula un solo cargo.

En él acusa la providencia recurrida de haber violado indirectamente los artículos 2063, 2069, 2144 y 2184 del Código Civil, a consecuencia de evidentes errores de hecho por falta de apreciación de unas pruebas y defectuosa apreciación de otras.

Aunque sin decirlo expresamente, los errores evidentes de hecho los hace consistir en que el *ad quem* no dio por demostrado, estándolo: a) que el demandante prestó al demandado los servicios personales afirmados en el libelo inicial del litigio; y b) que, en consecuencia, el avalúo pericial que obra en el informativo es correcto, pues se refiere a tales servicios personales, realmente prestados.

Señala como pruebas no apreciadas el certificado visible a folio 2 y la absolución de posiciones del demandado corriente a folios 39 a 42; y como mal estimadas, las posiciones absueltas por el demandante (folios 21 a 25), las declaraciones de Esteban Santafé (folios 29 a 31), Ligia

Ramírez (folios 32 a 33) y Alfonso Acevedo Pachón (folios 34 a 35) y el dictamen pericial (folio 50).

Atendiendo a lo dispuesto en el inciso 2º de la causal 1ª del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, alega de inmediato tratando de acreditar la comisión por el sentenciador de los errores de hecho que le imputa.

El opositor arguye que éste sí estimó, con estimación correcta, las pruebas que el recurrente reputa como no apreciadas; que estimó, también sin equivocaciones, las que él indica como indebidamente apreciadas; que ni unas ni otras acreditan que el demandante hubiera elaborado los planos ni efectuado ni dirigido la construcción de la obra; que así las primeras como las segundas, apenas demuestran que los servicios profesionales del actor se limitaron a la firma de los planos y su gratuidad; que, en tales circunstancias, la pericia, que avaluó los honorarios del demandante como si hubiera prestado todos los servicios que asevera, carece de fundamento atendible, así el consistente en la firma de los planos se tuviera como remunerable.

Se considera.

De conformidad con lo anotado por el opositor, la providencia acusada sí apreció las probanzas que la impugnación señala como dejadas de apreciar. En efecto, acerca del certificado de folio 2, se expresa así:

"La única prueba presentada por el actor para demostrar sus afirmaciones consiste en un certificado expedido por el Director del Departamento de Control de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito de Bogotá, según el cual el señor Julio Olarte solicitó y obtuvo licencia para la construcción de un edificio y designó como ingeniero y constructor responsable al doctor Marco Tulio Alvarez. Esta prueba, por sí sola, no acreditan suficientemente la prestación de los servicios cuyos honorarios se cobran".

Y respecto de la absolución de posiciones del demandado agrega:

"En diligencia de absolución de posiciones el señor Julio Olarte manifestó que efectivamente había designado como ingeniero responsable al doctor Alvarez, pero que éste se limitó a autorizar con su firma los planos respectivos y que por ese servicio no le cobró ninguna clase de honorarios".

Bien se ve que el sentenciador de segundo grado no pudo incurrir en el error evidente de hecho por el concepto de omisión que se examina, pues no dejó de apreciar las pruebas que se indican como no estimadas. Pudo, sí, lo que ya aparece obvio, incurrir en dicho error exclusivamente por comisión.

Este aserto imponía en el cargo un planteamiento y una demostración diferentes para que el aspecto en estudio hubiera sido viable. Es más: en el presente caso, para que, asimismo, todo él lo hubiera sido.

Es que, según es de sobra sabido, dentro del rigor formal del recurso extraordinario de casación, a la Corte no le está permitido establecer de oficio si las probanzas reputadas de no apreciadas se estimaron indebidamente en cambio.

Por manera que aún admitiendo que sí fueron mal apreciadas las pruebas que la impugnación señala después como tales —exceptuada la pericial— por la razón que se expondrá en su debido lugar, la imposibilidad apuntada de esta Corporación deja incólume la estimación que la sentencia acusada hizo de las primeras así el demandante no acreditó haber prestado los servicios personales afirmados en el libelo que inició el litigio; el actor sólo comprobó haber autorizado con su firma los planos de la obra.

De lo anterior resulta, sin duda, que, al restarle mérito probatorio, tampoco pudo haber estimado equivocadamente el dictamen pericial que obra en autos. Porque este dictamen pericial avaluó, en forma global, todos los servicios personales aseverados por el actor y no, específicamente, el único que estimó comprobado, con estimación, se repite, intocable por la Corte.

Ahora bien: la situación *de facto* expuesta fue la misma que condujo al *ad quem* a decidir absolutoriamente: "...no se demostró en el juicio, expresa, que el doctor Marco Tulio Alvarez hubiese prestado al señor Julio Olarte los servicios de elaboración de planos, dirección y construcción de un edificio. En cuanto al hecho de haber autorizado con su firma los planos elaborados por otra persona, debe observarse que no se avaluó debidamente en el juicio esta prestación. Tales razones son suficientes para que el Tribunal confirme la sentencia apelada".

Como esta solución se conforma a unos hechos que no han sido desvirtuados por el cargo —por haber formulado un planteamiento y ensayado una demostración sin tino— y, además, al derecho aplicable, debe concluírse en que es correcta.

Por lo demás, la Corte ha examinado los testimonios y la absolución de posiciones que el recurrente reputa de mal apreciados. De todas estas pruebas se colige con certeza que fue Ligia

Ramírez la persona que hizo los planos y dirigió la obra y que el demandante se limitó a autorizar con su firma los primeros. Es más: los testigos Ligia Ramírez y Alfonso Acevedo Pachón, con expresión de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, aseveran haber oído al propio actor decir al demandado que la firma de los planos no valía nada. En todo caso, ninguna de las pruebas mencionadas acredita que el demandante hubiera no ya ejecutado, pero sí concebido los planos o que éstos se hubiesen dibujado bajo su asesoría técnica, pero tampoco la dirección de la obra por él desde su oficina.

Se rechaza el cargo.

En mérito de todo lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Costas a cargo del impugnante.

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

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados Goenaga, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. REFORMATIO IN PEJUS. VIOLACION DIRECTA PRUEBAS DECRETADAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

1. La omisión del petitum hace inestimable la demanda de casación. El demandante tiene la carga de determinarlo con precisión. 2. Cuando ambas partes apelan del fallo de primera instancia no es posible que el de segunda incurra en el vicio de la reformatio in pejus. 3. La infracción directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria. 4. Pruebas que legalmente puede decretar la Sala Laboral del Tribunal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiséis de septiembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga).

Asistido por mandatario judicial, Pablo Conte B., ciudadano de nacionalidad italiana, demandó a la sociedad denominada "Laboratorios Vicar S. A.", con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada por su Gerente, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía y en sentencia definitiva, fuera condenada a pagarle $ 2.236.92 por concepto de cesantía correspondiente a 13 meses de trabajo; $ 3.124.92, por concepto de viáticos insolutos correspondientes a 8 meses de trabajo; $ 3.805.90, por concepto de comisiones insolutas correspondientes a mercancías vendidas y despachadas y $ 4.000, por concepto de comisiones insolutas correspondientes a mercancías vendidas, pero no despachadas; $ 4.473.84, por concepto de lucro cesante; $ 2.236.92, por concepto de primas de servicios correspondientes a 18 meses de trabajo; $ 745.64 por concepto de compensación de vacaciones causadas en un año de trabajo y no disfrutadas; $ 9.790, por concepto de salarios insolutos correspondientes al lapso en que estuvo a su disposición, entre correría y correría; $ 797.42, por concepto de drogas y asistencia médica; y la suma que resultara por concepto de indemnización por la mora en la solución de sus salarios y prestaciones.

Como hechos fundamentales refiere en el libelo que ingresó al servicio de la sociedad demandada el día 21 de junio de 1958, en virtud de un contrato verbal de trabajo; que laboró a su servicio hasta el 25 de septiembre de 1959, fecha en que fue despedido por ella ilegalmente; que, ante sus clientes, dicha sociedad lo había acreditado como su trabajador, inclusive con facultades para recibir; que, por su actividad de agente vendedor, recibió de la misma un salario promedio de $ 1.491.28 mensuales; que permaneció a su disposición durante los lapsos comprendidos entre cada una de las correrías que efectuó; que la sociedad en cuestión se abstuvo de despachar varios de los pedidos que colocó, sin causa justificativa; que percibió de ella la suma de $ 2.297.60 como parte de los salarios devengados; que, por último, se ha negado a pagarle los salarios y prestaciones a que adquirió derecho, lo propio que la cantidad de $ 797.42 que erogó por razón de drogas y asistencia médica.

Apoya sus súplicas en los artículos 23, 24, 127, 249, 306, 65, 64 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Laboratorios Vicar S. A.", también por conducto de apoderado, se opuso a las condenas impetradas y negó todos los hechos. Agregó que con el demandante nunca celebró contrato de trabajo y propuso, como perentorias, las excepciones de inepta demanda sustantiva, ilegitimidad de su personería sustantiva, falta de título y de causa para pedir, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de fecha 14 de octubre de 1960, resolvió el litigio así: a) condenó a la sociedad demandada a pagar al actor $ 204.28 por cesantía,

$ 218.87 por prima de servicios, $ 87.55 por vacaciones y $ 5.17 diarios desde el 1º de octubre de 1959 hasta que efectuara el pago de las prestaciones sociales a su cargo; b) la absolvió de las restantes peticiones del libelo; c) declaró no probadas las excepciones que propuso; y d) fijó a su cargo las costas en un 60%.

Contra esta providencia interpusieron recurso de apelación ambas partes litigantes. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo desató por medio de la suya de fecha 15 de diciembre del mismo año que revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, dispuso: 1º condenar a la sociedad demandada a pagar al demandante la cantidad de $ 665.28 por los conceptos de auxilio de cesantía y prima de servicios; 2º imputar al pago de la condena anterior la suma de $ 665.28, consignada por aquélla a favor de éste en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá; 3º rechazar las demás súplicas de la demanda; y 4º no condenar en costas de la primera instancia. Además, no hizo condena ninguna por razón de costas de la alzada.

La parte demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia anterior. Como fuera concedido por el *ad quem*, admitido por esta superioridad y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo mediante el estudio de la demanda correspondiente. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Aspira ésta solamente a que se infirme la providencia acusada. No expresa, pues, si la anulación debe ser total o parcial ni qué debe hacer la Corte, como Tribunal de instancia, con el fallo del a quo, *si mantenerlo o modificarlo y, en este supuesto, en qué medida. En síntesis, no declaró su alcance con olvido de lo preceptuado en el numeral 4º del artículo 90 del Código Procesal del Trabajo.*

Acerca de este requisito de la demanda de casación, esta Sala de la Corte ha dicho:

"En primer término debe apuntarse que el escrito del impugnador no determina el alcance de su acusación, esto es, si persigue el quebrantamiento total del fallo recurrido o su casación parcial y, en este caso, cuál o cuáles de los ordenamientos del ad quem *son violatorios de la ley y en qué forma deben reemplazarse. Este requisito del libelo de casación constituye el* petitum *de la demanda extraordinaria y su omisión hace inestimable el recurso, pues él es sustancial para conocer su propósito u orientar su examen, sin que pueda suplírsele por el de la demanda inicial o por los objetivos de las instancias". (Gaceta Judicial, números 2171, 2172 y 2173, págs. 557 y siguientes).*

"Determinar con precisión el petitum *es una carga que al demandante en casación impone el artículo 90, numeral 4º, del Código Procesal Laboral. No se trata de una formalidad intrascendente, susceptible de ser eludida sin consecuencias, porque la Corte no enjuicia el litigio sino el fallo de segundo grado, de manera que no se le puede pedir la resolución de aquél sino la infirmación de la sentencia en las decisiones contrarias a la ley. Si el recurso prospera, se requiere que el impugnante indique cuáles son las decisiones que deben reemplazar las anuladas que en su concepto se ajusten a las disposiciones legales infringidas. Todo ello es así, porque la Corte estudia el recurso dentro de los límites que le trace el impugnante, sin que le sea permitido proveer oficiosamente". (Sentencia de fecha 10 de junio de 1963, juicio de Manuel Gustavo Acosta contra la Beneficencia de Cundinamarca).*

El recurso es, pues, inestimable. Con todo, por amplitud, se estudian los cargos que propone.

Primer cargo.

Con apoyo en la causal 2ª del artículo 87 del Código Procesal Laboral, estima que la sentencia recurrida debe casarse "porque ella hizo más gravosa la situación del trabajador apelante".

Puntualiza de inmediato los ordenamientos de esta sentencia que, por comparación con los de la del *a quo*, sacan avante su afirmación de que "el principio de la *reformatio in pejus* fue desatendido".

Se considera.

La causal invocada es del siguiente tenor: "contener la sentencia del Tribunal decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la de primera instancia o de aquélla en cuyo favor se surtió la consulta".

Conforme lo admite el propio impugnante y lo explicaron, en su oportunidad, los redactores del Código Procesal del Trabajo, la causal transcrita tiene por objeto tutelar el principio de la reformatio in pejus, *consagrado, desde antes, como norma positiva, en el artículo 494 del Código Judicial. Sobre el alcance de esta norma, la Sala de Casación Civil de esta Corporación se ha pronunciado de la siguiente manera:*

"Son condiciones de la reformatio in pejus: *1ª Que haya un litigante vencido parcialmente; 2ª Que una parte apele y la otra no; y 3ª Que la modificación del fallo de segunda instancia envuelva un empeoramiento, esto es, 'una agravación de las obligaciones impuestas al vencido' (Gaceta Judicial, número 2151, páginas 811 y siguientes)".*

Acerca del mismo principio, particularmente de la causal que interesa en el presente recurso, el extinto Tribunal Supremo del Trabajo se expresó así:

"La causal 2ª de casación del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo sólo puede ser invocada en los casos en que la sentencia haga más gravosa la situación del único apelante. La apelación, que es la forma procesal de manifestarse la inconformidad con lo fallado, no puede entenderse interpuesta sino en lo desfavorable al apelante y, al contrario, cuando no se hace uso del recurso, se entiende la conformidad aún en lo desfavorable. Por eso, cuando una sola de las partes recurre, el Superior no puede, sin quebrantar las reglas de la relación procesal y el sentido mismo del recurso, disminuír lo que en su favor contenga la sentencia, porque, sobre ello, al no apelar la otra parte, se establece una correlación de voluntades para excluír de la alzada estos aspectos. Pero si ambas partes apelan, como en el caso de autos, desaparece la limitación, porque lo favorable y lo desfavorable se compensan en el interés mutuo del recurso, y entonces el Superior puede decidir libremente sobre todos los aspectos de la litis, *aumentando o disminuyendo las condenas a las partes, sin que con ello vulnere en forma alguna las normas del procedimiento ni afecta la relación procesal de los litigantes y sin que, en consecuencia, pueda incurrirse por el Superior en el caso que contempla la causal 2ª del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo. Tiene razón el opositor, pues la tesis del recurrente destruye la institución de la alzada, ya que vastaría interponer el recurso para inmovilizar toda acción revisoria, que es el objetivo científico de la apelación". (Sentencia de fecha 6 de julio de 1955, juicio de Luis Barrios Montalvo contra Agencias Croydon Ltda.).*

Y es de la Corte, en Sala de Casación Civil, la siguiente jurisprudencia, entre las muchas en igual sentido:

"...Sin que pueda configurarse en el caso de autos la violación del artículo 494 del Código Judicial, pues la *reformatio in pejus, como en diferentes ocasiones lo ha sostenido la Corte, sólo se opera cuando el superior enmienda el fallo, objeto del recurso, en el sentido de agravar la situación adquirida por el único apelante. Este fenómeno no se contempla cuando las dos partes litigantes apelan del prevеído, como en el caso* sub judice" *(Gaceta Judicial, números 2181 y 2182, págs. 250 y 251).*

Como, según se dejó relatado al comienzo, en el caso sub lite *ambas partes apelaron de la sentencia de primera instancia, la de segunda no pudo incurrir en el vicio de actividad que el cargo en examen le imputa.*

No prospera, por tanto.

Segundo cargo.

Se funda en la causal 1ª del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo.

Acusa la sentencia impugnada de ser violatoria, por infracción directa, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Desarrolla esta acusación, en resumen, así: a) el *ad quem,* para revocar la condena proferida por su inferior respecto del extremo "salarios caídos", dijo: "pero como la sociedad demandada consignó ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito la suma de $ 665.28 que confesó deber al trabajador por concepto de prestaciones sociales, es el caso de condenar al pago de esa suma, con lo que quedan agotadas las peticiones consistentes en auxilio de cesantía y prima de servicios, y absolver de las restantes peticiones de la demanda"; b) se apoyó, pues, en una prueba, la de consignación, que no fue pedida por la sociedad demandada de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 31 del Código Procesal del Trabajo ni decretada, en consecuencia, por el *a quo,* pero sí allegada por dicha sociedad, en forma extemporánea, en la segunda instancia, mediante decreto del sentenciador violatorio del artículo 83 *ibídem;* y c) la prueba en cuestión es, por tanto, inexistente y en ella no podía éste tomar pie para absolver a la parte demandada del concepto referido.

Como se ve, el cargo considera que la providencia impugnada infringió directamente la ley sustantiva en razón de que, con una prueba inestimable legalmente como tal, dio por establecido el hecho de que la sociedad demandada consignó a favor del actor determinada suma de dinero por concepto de prestaciones. Pero, como lo tiene explicado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, ocurre que la infracción directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria

y sólo se configura cuando, frente a hechos no debatidos, se aplica la norma legal a una hipótesis no regulada en ella, o deja de aplicarse, siendo el caso de hacerlo. La infracción de la ley sustantiva por indebida apreciación de pruebas no es directa sino indirecta.

Por lo demás, bien mirada, la consignación en examen, fue decretada como prueba por el ad quem *oficiosamente, en desarrollo de la facultad que le confiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo, y, por lo mismo, sin violación de ninguna regla de aducción. De donde se sigue que si era estimable legalmente por él, al contrario de lo que sostiene el recurrente.* Cabe observar, por último, que, de no haberla apreciado, su solución hubiera sido simplemente absolutoria conforme al plantemiento inmediatamente anterior al transcrito —que éste no acata ni destruye— del siguiente tenor: "...no quedan en autos elementos probatorios que acrediten el tiempo de servicios y el salario devengado por el trabajador, lo que impide toda determinación de los derechos causados por concepto de salarios y prestaciones".

No se recibe, pues, el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados Goenaga, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES Y SALARIOS CAIDOS.

No tuvieron ocurrencia los supuestos errores de hecho que se le imputaron a la sentencia condenatoria acusada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., septiembre treinta de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Blas García de León, por conducto de apoderado, promovió juicio ordinario laboral contra la "Asociación Cooperativa de Autobuses Urbanos, Limitada", a fin de que mediante el trámite respectivo fuese condenada a pagarle las siguientes cantidades de dinero:

"1. Por cesantía, dos mil pesos ($ 2.000), o cuanto más se probare en el juicio.

"2. Por primas de servicios, dos mil pesos ($ 2.000), o cuanto más se probare en el juicio.

"3. Por vacaciones, mil pesos ($ 1.000) o cuanto más se probare en el juicio.

"4. Por salarios debidos, tres mil pesos ($ 3.000), o cuanto más se probare en el juicio.

"5. Por subsidio familiar, lo que aparezca comprobado en el juicio.

"6. Pido se condene a la entidad demandada a pagar al demandante la suma de diez pesos diarios, contados a partir desde el día 31 de octubre de 1958, fecha en que se retiró el demandante, hasta cuando se verifique el pago total de las prestaciones reclamadas en esta demanda, de conformidad con lo establecido por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"7. Pido se condene a la demandada a pagar las costas del presente juicio".

Como base de las peticiones anteriores fueron relacionados los siguientes hechos:

"1º El demandante le prestó sus servicios a la demandada desde el día primero de marzo de 1953 hasta el día 31 de octubre de 1958, fecha en que se retiró voluntariamente.

"2º El sueldo devengado por el demandante al servicio de la demandada fue inicialmente de $ 250.00 al mes y posteriormente se le aumentó durante los últimos años, en treinta pesos ($ 30.00), quedando un sueldo de $ 280.00 al mes.

"3º La entidad demandada se encuentra en liquidación".

En derecho fueron citados los artículos 23, 24, 47, 64, 65, 127, 249, 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y en procedimiento el Decreto número 2158 de 1948.

La empresa demandada, por medio de procurador judicial, dio respuesta a la demanda oponiéndose a que se hicieran las condenas reclamadas "...por carecer en su totalidad de fundamentos de hecho y de derecho..." y, respecto de los hechos expresó: "Niego que los hechos de la demanda hubiesen incurrido en la realidad en la forma como en su conjunto los relata el apoderado del actor. Consecuencialmente, me atengo a lo que sobre el particular resulte probado en los autos". Además propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de título y causa, prescripción y en subsidio compensación.

En fallo de primer grado dictado por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, con fecha 30 de enero de 1962, se condenó a la Asociación demandada a pagar las siguientes sumas de dinero: por concepto de cesantía, $ 1.416.66; por concepto de primas de servicios, $ 208.32; y, $ 8.33 diarios, a partir del 1º de noviembre de 1958 hasta cuando se verifique el pago de las anteriores condenas, por indemnización moratoria. Igualmente condenó a la empresa a pagar un treinta por ciento (30%) de las costas y la absolvió de las demás peticiones de la demanda, declaró probada la excepción

de prescripción con relación a las primas de servicio correspondientes a los años de 1953 a 1957 y a las vacaciones de todo el tiempo laborado, y declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de título y causa y compensación.

En virtud de apelación interpuesta por el mandatario judicial de la parte demandada contra la sentencia del *a quo*, correspondió decidir la alzada al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, la que lo hizo mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 1962, por la cual confirmó la condena impartida por primas de servicio, indemnización por mora y costas de primera instancia; modificó lo atinente a la condena por concepto de auxilio de cesantía rebajándola a la cantidad de $ 1.411.80; no impuso costas de segunda instancia y confirmó las absoluciones decretadas por el *ad quo* y los aspectos relacionados con las excepciones.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el apoderado de la parte demandada, el que fue concedido y admitido en legal forma. Como ha sido tramitado debidamente, corresponde decidirlo, lo que pasa a hacer la Sala previo el estudio de la demanda de casación y del escrito de oposición presentados oportunamente.

Alcance de la impugnación.

Se enuncia así:

El recurso de casación que se controvierte tiene por finalidad solicitar y obtener que la Docta Sala se sirva invalidar el fallo acusado, en cuanto por él se condena a la Asociación Cooperativa de Buses Urbanos Limitada, a pagar al doctor Blas García de León la suma de $ 8.33 diarios a partir del 1º de noviembre de 1958 y en su lugar se absuelva a dicha entidad de tener que pagar al demandante suma alguna por concepto de indemnización moratoria, también llamada *salarios caídos*.

Causal de casación.

Con invocación de la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, el recurrente presenta un cargo único, que entra a examinar la Sala.

Cargo único.

El recurrente alega violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo "como consecuencia de evidentes errores de hecho en la estimación de una prueba y en la desestimación de otra".

Sostiene el recurrente que "los errores evidentes de hecho en que incurrió el *ad quem* consistieron primordialmente en no haber tomado en cuenta unas pruebas y en haber estimado equivocadamente otra, lo que indujo al fallador de instancia a violar la norma legal citada".

Al singularizar las pruebas, en que el recurrente hace consistir los errores de hecho, afirma lo siguiente:

"*Prueba erróneamente apreciada: Documento de folio 4.* Al estimar el valor probatorio del documento del folio 4 del cuaderno principal, el Tribunal de instancia incurrió en el error de aceptarlo como plena prueba del supuesto contrato de trabajo que vinculó a las partes, cuando en realidad de verdad de los términos mismos de tal documento se concluye que lo estipulado entre la cooperativa demandada y el doctor Blas García de León era una prestación de servicios profesionales, con plena autonomía e independencia del distinguido abogado, quien en modo alguno quedó sujeto a horarios de labor, reglamentos de trabajo ni subordinación impuestos por la empresa. Otra cosa es que el entonces Gerente de la Cooperativa, doctor Guillermo Llach Suárez, íntimo amigo y coterráneo del doctor Blas García de León, hubiese tenido a bien, en forma extralegal, reconocer al demandante prestaciones sociales, a pesar de no estructurarse entre las partes contrato alguno laboral".

"Estimo, por consiguiente, que el Tribunal de segundo grado incurrió en un error de hecho al atribuírle pleno valor probatorio al aludido documento respecto del supuesto contrato laboral que sirve de asidero a las pretensiones del demandante".

Como pruebas no apreciadas, el casacionista afirma que fueron desestimadas la contestación de la demanda y las declaraciones de Samuel Pupo y Manuel López de Mesa, así como las posiciones absueltas por el demandante.

Se considera.

Para la mejor comprensión del cargo, véanse algunas de las cláusulas del documento que el recurrente señala como indebidamente apreciado por el sentenciador.

El documento de folio 4 tiene este encabezamiento: "Contrato de trabajo con el abogado de la Asociación".

Después de la definición de las partes, en que a nombre de la Asociación demandada actúa el

representante legal de la misma, y, por la otra parte, el promotor del presente juicio, se dice: "...se ha celebrado el presente contrato de trabajo, contenido en las cláusulas que a continuación se expresan:...".

La cláusula primera dice así: "El doctor Blas García de León, se obliga a prestar su capacidad normal de trabajo, en el desempeño de las funciones de abogado de la empresa, para atender los casos que se presenten en la Circulación y Tránsito de Bogotá, lo mismo que en la Oficina de Trabajo".

La cláusula tercera (3ª) reza así: "El abogado prestará sus servicios exclusivamente en la ciudad de Bogotá, y no estará sometido a horario alguna (sic), dada la índole de su trabajo".

La cláusula cuarta expresa: "La Empresa se obliga a reconocerle al abogado, como sueldo, por el correcto desempeño de sus funciones, la suma de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) moneda corriente, mensualmente..."; y

La quinta: "La duración de este contrato de trabajo es por un (1) año, prorrogable por igual período, cuando a su vencimiento...".

Séptima: "Es entendido que el abogado gozará de todas las prestaciones sociales a que tienen derecho los trabajadores de la Empresa, de conformidad con las disposiciones laborales vigentes".

Además, no hay que perder de vista que el documento contentivo del contrato de trabajo tuvo su vigencia desde marzo de 1953 hasta octubre de 1958 y que durante ese lapso no se conoce reparo alguno o desconocimiento de la entidad demandada del contenido de dicho documento. La negativa sobre existencia de una relación laboral entre las partes se ha producido con posterioridad al reclamo judicial del promotor del juicio.

Teniendo en cuenta, pues, el texto del documento acusado como indebidamente apreciado por el Tribunal y la amplitud de que goza el Juzgador laboral para apreciar la prueba, la Sala no encuentra que el *ad quem* haya incurrido en el error de estimación probatoria que se le atribuye al documento, ni mucho menos que tenga las características de ostensible o evidente.

Por este primer aspecto, pues, la acusación no puede ser acogida.

En cuanto a las pruebas no apreciadas, el recurrente incluye la contestación de la demanda, las declaraciones de Manuel Pupo Huertas y Manuel López de Mesa, y las posiciones absueltas por el demandante.

Acerca de las citadas pruebas, el sentenciador en su fallo dice lo que sigue:

"La parte demandada, al contestar la demanda, sostiene que entre las partes en litigio no existió contrato de trabajo, por lo cual solicita se absuelva a la entidad que representa". En párrafo seguido, el *ad quem* manifiesta:

"La Sala está en un todo de acuerdo con el juicioso análisis verificado por el *a quo*, en relación a la existencia del contrato de trabajo que ligó a las partes y que aparece contenido en el documento que figura al folio 4 del expediente; documento en el cual las partes, sin lugar a dudas, expresaron su deseo de que la relación laboral convenida fuera de carácter laboral, pues, en su cláusula séptima se estipuló que el demandante gozara de todas las prestaciones sociales que tienen los trabajadores de la Empresa, conforme las disposiciones laborales vigentes".

Y luego expresa:

"Según el contrato de trabajo mencionado, el doctor Blas García de León, ingresó a la empresa como abogado de la misma, obligándose a asistir profesionalmente a los choferes de la empresa en diligencias instructivas por homicidio y lesiones en accidente de tránsito, en las audiencias que resultaren daños a los vehículos, y asesorar al Gerente como apoderado en las demandas sobre prestaciones sociales, con una remuneración mensual de $ 250.00, a partir del 8 de marzo de 1953. Los anteriores servicios, según las declaraciones de los señores José Vicente Angulo, Samuel Pupo Huertas y Manuel López de Mesa, se prestaron hasta el día 31 de octubre de 1958".

Ahora bien, como se vio anteriormente, el Tribunal comparte el análisis que efectúa el Juzgado del conocimiento en su fallo de instancia. Y en este, se aprecia el pasaje siguiente:

"Si bien es cierto que de acuerdo con las probanzas allegadas a los autos, absolución de posiciones del actor, declaraciones de José Vicente Angulo, Samuel Pupo Huertas y doctor Manuel López de Mesa, el actor podía atender a su propia clientela en su oficina de abogado, ello no viene a destruír la naturaleza del contrato de trabajo celebrado entre las partes...".

Como bien se ve, por las transcripciones anteriores, el Tribunal sí tuvo en cuenta todas las pruebas que el casacionista señala como desestimadas por el juzgador de segundo grado. Ante esta contradicción entre lo afirmado por el recurrente y lo que contempla la realidad procesal, no cabe duda que se viene abajo la argumentación en examen, por inconsistencia de una de sus premisas: la encaminada a demostrar el error

de hecho. Por este otro aspecto no prospera la acusación.

En mérito de los razonamientos precedentes, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados G., Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE HECHO.

1. Para formalizar una demanda de casación o un recurso de hecho ante la Corte, se necesita que el abogado aparezca inscrito en la Secretaría de la Corporación. 2. No puede entrar a considerarse el recurso de hecho formalizado fuera del término legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., octubre cinco de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

El señor Samuel Medina, por medio de apoderado, demandó ante el Juez Cuarto del Trabajo de Medellín, a la Cía. Colombiana de Tabaco, S. A., para "el reconocimiento y pago del reajuste en la pensión de jubilación", de que actualmente disfruta, todo de acuerdo con las leyes vigentes sobre la materia. Trabada la litis, el Juzgado del conocimiento profirió sentencia absolutoria con fecha 8 de agosto de 1962. De esta decisión apeló la parte vencida y correspondió resolver el recurso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio de su Sala Laboral, mediante sentencia de fecha 29 de marzo de 1963, por medio de la cual se confirmó la del Juzgado.

El apoderado del demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado. Por auto de fecha 5 de abril de este año, el Tribunal negó el recurso interpuesto, en consideración a que el juicio no alcanzaba la cuantía exigida por la ley para que sea procedente. El apoderado del demandante no se conformó con esta providencia, pidió reposición de ella y, en subsidio, que se le expidiera copia de lo que estimó conducente, para poder recurrir de hecho ante la Corte. El *ad quem* negó la reposición pedida y, en cambio, ordenó que por la Secretaría de la Corporación se le expidiera la copia de las piezas del expediente señaladas por el recurrente.

Según constancia procesal que obra a folios 15 de las presentes diligencias, las copias del juicio le fueron entregadas al apoderado del recurrente el día 7 de mayo del presente año.

El doctor José M. Márquez C., apoderado del demandante, con fecha 20 de mayo de este año presenta un escrito que fue recibido en la Secretaría de esta Sala de la Corte el día 24 del mismo mes, por medio del cual sustenta el recurso de hecho contra la providencia del Tribunal que le negó el de casación y acompaña las copias que ordena la ley.

Se considera.

Al folio 18 del presente cuaderno, aparece la siguiente constancia: "Secretaría. Sala de Casación Laboral. Bogotá, D. E., veintiocho de mayo de mil novecientos sesenta y tres. En la fecha pasa al despacho para decisión, informando que el doctor José M. Márquez C., *no figura* como abogado inscrito en la Secretaría General de la Corporación (firmado) Vicente Mejía Osorio, Secretario".

El hecho de no estar inscrito en la Corte el doctor José M. Márquez C., como abogado titulado, implica el que esta Superioridad no pueda entrar a estudiar el pedimento para averiguar, siquiera sea en principio, si por lo tocante a la naturaleza del fallo y a la clase del juicio en que fue proferido, y por razón de la cuantía de la acción, fue bien o mal denegado por el Tribunal el recurso de casación interpuesto. Al efecto, es doctrina constante que para formalizar una demanda de casación o un recurso de hecho ante la Corte, se necesita que el abogado aparezca inscrito en la Secretaría de la Corporación, pues la calidad de abogado inscrito es presupuesto previo para poder litigar, conforme a lo preceptuado por el artículo 40 de la Constitución Nacional, 1º de la Ley 69 de 1945 y 33 del Código de Procedimiento del Trabajo, en armonía con el artículo 10 de la Ley 62 de 1928.

Ocurre, además, que en el presente caso tampoco es posible considerar si la decisión del Tribunal se ajusta o no a la ley, porque conforme a lo preceptuado por el artículo 514 del Código Judicial, en armonía con el 518 ibídem, aplicable por analogía al procedimiento laboral, el recurrente debe presentar al superior, dentro de los tres días siguientes, más la distancia, con la copia, el escrito en que funde el derecho que cree tener a que se le conceda el recurso de casación denegado, formalidad que no se cumplió dentro del término prescrito.

Consta, como se ha visto, de los documentos presentados, que las copias a que se refiere la disposición citada, le fueron entregadas por la Secretaría del Tribunal de Medellín al apoderado de la parte recurrente, doctor Márquez, el día 7 de mayo de 1963 y que éste sólo formalizó su escrito de fundamentación del recurso mediante memorial presentado al Tribunal Superior de Medellín el 21 de mayo de este año, el que fue recibido, junto con las copias respectivas, el día 24 del mismo mes, en la Secretaría de esta Sala de la Corte. Significa lo anterior, que descontado el término de la distancia entre Medellín y Bogotá, o sea, el lapso comprendido entre el 21 y 24 de mayo, el recurrente había dejado transcurrir más del término de tres días de que trata el artículo 514 del Código Judicial, entre la fecha de la entrega de las copias y la fundamentación del recurso.

Así las cosas, resulta de las presentes diligencias que el recurso de hecho no puede admitirse porque no se reúnen las exigencias de los artículos 514 y 516 del Código Judicial a lo cual se agrega que el apoderado de la parte recurrente no figura como abogado inscrito en la Secretaría de la Corte.

Por mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral *no admite* el recurso de hecho interpuesto por el apoderado de Samuel Medina, contra la providencia de fecha 5 de abril de 1963, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, por la cual se denegó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de marzo de este año proferida por el mismo Tribunal, en el juicio seguido por el recurrente contra la Compañía Colombiana de Tabaco, S. A.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal de Medellín, Sala Laboral, para que conste en los autos.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívense las presentes diligencias.

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados G., Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PROCEDENCIA Y TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. IRRENUNCIABILIDAD DE LAS PRESTACIONES. INDEMNIZACION MORATORIA.

1. La Corte, en sede de casación, no puede apoyarse en errores aritméticos para anular la sentencia recurrida. 2. Al recurrente en casación compete señalar con exactitud el precepto infringido. 3. Los derechos y prestaciones del trabajador accidentado son irrenunciables. 4. La indemnización moratoria no procede a partir de la notificación de la demanda sino de la terminación del contrato.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., octubre diez y seis de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Darío Gómez Velásquez, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral contra Eduardo Cadavid O., para que por sentencia definitiva se condene al demandado a pagarle las cantidades que resulten probadas por los conceptos de cesantía, auxilio por incapacidad, indemnización por accidente de trabajo, remuneración por trabajo ejecutado en días domingos, festivos nacionales y religiosos, indemnización por lucro cesante y por mora en el pago de los salarios y prestaciones.

Refiere la demanda, en sus fundamentos de hecho, que Darío Gómez Velásquez, a virtud de contrato verbal de trabajo, prestó sus servicios al doctor Eduardo Cadavid O., como operador de maquinaria de carreteras, entre el 16 de julio de 1955 y el 11 de septiembre del mismo año, fecha esta última en que sufrió un accidente que lo incapacitó para el trabajo hasta el día 18 de noviembre del mismo año. Que el accidente ocurrió cuando regresaba del trabajo en uno de los vehículos de la empresa del demandado y se dirigía al campamento, luego de haber cumplido su jornada ordinaria de trabajo; que durante su incapacidad se le prestaron los primeros auxilios de urgencia y hospitalarios; y que se le atendió en la clínica Santa Ana hasta el 3 de octubre de 1955 y desde esa fecha hasta el 18 de noviembre del mismo año fue tratado por los facultativos, doctores Peña Quevedo y Alberto Llano. Que por razón de la naturaleza del trabajo que le correspondía desempeñar, laboró durante los días domingo y de fiestas nacionales y religiosas, sin que se le hubiese pagado la remuneración doble que ordena la ley. Que entre el 16 de julio y el 15 de septiembre de 1955, devengó por conceptos de salarios y horas extras, la cantidad de mil cuatrocientos cuarenta y tres pesos con ochenta centavos ($ 1.443.80). Que el día 18 de noviembre de 1955, en que cesó su incapacidad, se presentó a las oficinas del demandado para reiniciar su trabajo, pero que el doctor Cadavid le manifestó que "para poder continuar trabajando, debía pagarle las cuentas de médico, drogas, etc., y que, mientras tal hecho no se cumpliera, es decir, que mientras mi poderdante no cubriera los gastos que había sufragado el doctor Cadavid, no podía regresar a su trabajo" y que como el demandante no aceptó esa exigencia, el demandado le notificó el despido. Que no obstante sus reclamos, Eduardo Cadavid O., no le ha pagado las prestaciones e indemnizaciones que solicita en la demanda.

Como fundamentos de derecho se invocan los artículos 46, 47, 64, 65, 179, 199, 201, 204, 206, 209, 227 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo. En cuanto al procedimiento el Decreto 2158 de 1948.

El demandado Cadavid, por medio de apoderado, en la respuesta a la demanda, acepta la prestación de los servicios por parte de Gómez Velásquez, durante el tiempo que éste indica; lo mismo que el salario señalado en el hecho cuarto. Niega el accidente de trabajo y los demás hechos de la demanda. Se opone a que se hagan las de-

claraciones pedidas por el demandante y propone la excepción de compensación "por cuanto por razón de las mismas relaciones laborales el actor es deudor del demandado por suministros, anticipaciones y pagos hechos por su cuenta".

Conoció del juicio el Juzgado Cuarto del Trabajo de Medellín, quien lo decidió por sentencia de fecha 20 de octubre de 1958, en el sentido de condenar al demandado a pagarle al demandante las siguientes cantidades de dinero: $ 120.06, por concepto de cesantía; $ 3.514.38, como indemnización por violación del contrato de trabajo. De esta suma, ordena compensar la cantidad de $ 141.20 que acepta como deuda del demandado en favor del demandante, por lo que el valor de la condena se concreta a la cantidad de $ 3.493.24. La misma providencia absuelve al demandado de los demás cargos formulados en la demanda.

Ambas partes apelaron de la sentencia del Juzgado. Decidió el recurso el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, por sentencia de fecha 9 de diciembre de 1958. Esta providencia confirma el fallo apelado "en cuanto condena al doctor Eduardo Cadavid O., a pagar los conceptos de cesantía, indemnización por violación del contrato de trabajo en su duración presuntiva, y absuelve al demandado de los cargos formulados por indemnizaciones de accidente de trabajo y pago por trabajo ejecutado en días domingos, festivos nacionales y religiosos, con las *modificaciones* de que la censantía tiene un valor de doscientos sesenta y seis pesos con sesenta y ocho centavos ($ 266.68) y la indemnización por violación del contrato de trabajo se determina en la cantidad de mil quinientos veintidós pesos con cincuenta centavos ($ 1.522.50). Se *revoca* en las absoluciones por auxilio correspondiente a incapacidad e indemnización por mora y en su lugar se *condena* al demandado al pago de mil ciento setenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 1.172.50) y veintiséis pesos con veinticinco centavos ($ 26.25) diarios a partir del 19 de agosto último y hasta que se verifique el pago de los conceptos deducidos de la sentencia, por las peticiones dichas, respectivamente. De las sumas anteriores, se deducirá la cantidad de ciento cuarenta y un pesos con veinte centavos ($ 141.20)". El Magistrado Eduardo Gallego Henao salvó el voto, pues estimó que no era el caso de condenar al demandado al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Contra la decisión del Tribunal, ambas partes interpusieron el recurso de casación, el que les fue concedido. Admitido y tramitado legalmente, la Corte procede a decidirlos, teniendo en cuenta las correspondientes demandas de casación y el escrito de réplica presentado por el apoderado de la parte demandante. La parte demandada no presentó escrito de oposición.

Por razones de método, se estudiará en primer término la demanda presentada por el apoderado de la parte demandada.

Recurso de la parte patronal.

Cargo único. Con base en la causal primera del artículo 87 del Código Procesal Laboral, acusa la sentencia de violar los artículos 64, 65, 227 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida y los artículos 58, ordinal 4º; 63, ordinal 8º, de la misma obra y 1714 a 1723 del Código Civil, por falta de aplicación, por vía indirecta, "como consecuencia de evidentes errores de hecho por apreciación equivocada o falta de apreciación de las pruebas" que menciona en el cargo.

Los errores de hecho que atribuye al sentenciador, consisten: "a) Dar por establecido, sin estarlo, que el salario devengado fue de $ 26.25 diarios; b) No dar por demostrado, estándolo que el actor faltó a la honradez al negarle al patrono la deuda por los gastos ya autorizados que se hicieran 'por su cuenta y riesgo'; c) Dar por comprobado, sin estarlo, que el demandado obró de mala fe al no consignar el saldo de cesantía que pudiera adeudar al actor, por entender que los gastos realizados en anticipos de salarios, drogas, clínicas y médicos compensaban con exceso aquella deuda".

Como pruebas dejadas de apreciar, señala los documentos que obran a folios 7 y 8, 28, 29, 38 a 42, 70 y la declaración de Justiniano Cadavid folio 85.

Como pruebas erróneamente apreciadas, indica los documentos que obran de folios 11 a 14 (informes facultativos médicos), la carta del folio 15, los comprobantes de folios 43 y 44 y las posiciones absueltas por el demandante Darío Gómez Velásquez (fl. 51 v.) y por Eduardo Cadavid (fl. 84 v.), y la diligencia de inspección ocular del folio 70 vuelto y el documento del folio 72.

Con relación al primer error de hecho que atribuye a la sentencia del Tribunal, dice que del certificado que obra al folio 15 resulta que entre el 16 de julio y el 15 de septiembre de 1955, el actor devengó $ 1.443.80, pero incluyendo la cantidad de $ 643.80 por concepto de "extras" y que, además, dicha suma no es la devengada "en el último mes de servicios". Que del mismo

documento aparece que el jornal era de $ 16.00 diarios y que el promedio de lo devengado por sueldo fijo y extras fue la suma de $ 23.17 diarios y no $ 26.25, como entendió el sentenciador.

Dice que los documentos de folios 7 y 28, que aparecen suscritos por el demandante, y cuya autenticidad éste no desconoció en las posiciones que absolvió, evidencian no sólo su culpa en el accidente sino su renuncia al tratamiento médico de la empresa y la asunción de los gastos posteriores al 17 de septiembre de 1955; que en consecuencia, no es posible dejar de cargarle el valor del pasaje de Avianca, por la suma de $ 46.00 (fl. 38), la cuenta de la sociedad médica SOMA por trescientos setenta pesos con setenta centavos ($ 370.70), (fs. 40, 42), y las facturas por servicios médicos y de farmacia que obran de folios 64 a 65, gastos que ascienden a la suma de $ 1.268.16, según la liquidación del folio 5º. Agrega que, según la sentencia, el auxilio de enfermedad, liquidado sobre un salario superior al demostrado, asciende a la suma de $ 1.172.50 y como el sentenciador admite que al demandante se le pagó en exceso, por concepto de salario, la cantidad de $ 141.20, resulta así una deuda del actor, de evidente origen laboral, de $ 256.86, mientras que su cesantía, liquidada sobre un salario mayor que el demostrado en el juicio, valía, según la sentencia, la suma de $ 266.68. Con base en el anterior planteamiento se pregunta el recurrente si "podrá entonces sostenerse que hubo mala fe al no consignar la cesantía si para el patrono era mayor, mucho mayor, el saldo que quedaba adeudando el trabajador". Estima por ello, que se aplicó indebidamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, "en relación con las normas civiles sobre compensación". Concluye la acusación diciendo que "al renunciar al tratamiento de la empresa (fl. 28) el actor asumió los gastos posteriores; al negar después esa deuda, faltó a la honradez e incurrió precisamente en la justa causa de despido que el patrono invocó (art. 63, ordinal 8º en relación con el 58, ordinal 4º del C. S. T.). Por no apreciarlo así el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 64 del Código. Y al liquidar la cesantía, el lucro cesante y todos los supuestos derechos del actor sobre un salario no demostrado, el sentenciador aplicó indebidamente los artículos 227 (auxilio de enfermedad) y 249 (cesantía) del Código aludido".

Por su parte, el opositor en el escrito de réplica al cargo niega que el trabajador haya aceptado culpa de su parte en el accidente sufrido el día 11 de septiembre de 1955. Dice que, por el contrario, está plenamente demostrada la negligencia del patrono, al transportar a sus empleados en un volquete sin portezuelas. Arguye que por fuerza de la ley y por imperativo moral, el empleador estaba obligado a prestar al obrero la asistencia médica hospitalaria requerida para su definitivo restablecimiento. Que pudo haberse excusado aportando la prueba del capital de la empresa, pero no lo hizo. Que tan obligado se sentía a la atención del trabajador, que así ocurrió efectivamente, por voluntad del mismo patrono.

Respecto a la pretendida renuncia del trabajador al tratamiento médico, expresa que todo comentario sobra si se considera el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador conforme a lo previsto por el artículo 340 del Código Sustantivo del Trabajo. Que, además, el hecho de que el trabajador se hubiese trasladado a Medellín para buscar un tratamiento más eficaz al que estaba recibiendo en la población de San Marcos, no puede entenderse como una renuncia a su derecho, máxime si se tiene en cuenta la grave lesión sufrida —traumatismo craneano— aunque se le hubiese exigido u obligado a firmar un documento de renuncia. Dice que si el patrono no estuvo de acuerdo con el traslado, considerando que su obligación no pasaba del tratamiento en San Marcos, ¿por qué razón, entonces, le facilitó pasajes aéreos y atendió a los demás gastos médicos en la ciudad de Medellín? Arguye que la situación sería distinta si Gómez se hubiese mostrado renuente al tratamiento, pero que ocurrió todo lo contrario: ni renunció al derecho, ni fue renuente a la atención y tratamiento médico. Agrega que aun en el supuesto de que el patrono no estuviese obligado a prestar tratamiento médico y hospitalario al trabajador y aunque éste hubiese renunciado válidamente la atención científica, tampoco resultaba debiendo Gómez a Cadavid suma alguna por el concepto alegado por el recurrente, pues que las facturas y comprobantes donde aparecen las cuentas de transporte y servicios médicos, son documentos suscritos por terceros, cuya autenticidad no fue reconocida en el juicio, ni cuya verdad fue aceptada por el empleado. En tales circunstancias no se podría, ni aún en materia civil, derivar de ellos la compensación como modo de extinguir obligaciones.

Se considera.

La Sala no encuentra configurado el primer error de hecho que el recurrente atribuye al Tribunal, en cuanto esta entidad fijó en la suma de $ 26.25 el valor promedio del salario deven-

gado por el trabajador. El Tribunal al liquidar esa suma, no ignoró ni dejó de tener en cuenta como prueba la confesión del demandado contenida tanto en el documento que obra al folio 15 del cuaderno principal, como en la respuesta afirmativa que dio a los hechos primero y cuarto de la demanda, al aceptar que los servicios del trabajador se prestaron entre el 16 de julio y el 11 de septiembre de 1955 y que la remuneración durante todo este tiempo, ascendió a la cantidad de $ 1.443.80. No existe, por tanto, el supuesto error de hecho puesto que el Tribunal no pasa sobre esa prueba como si no se hubiera producido, ni deja de interpretarla con fidelidad objetiva, para desconocerle su propia sustancia, o para restringirle, o ampliarle o cambiarle su contenido real. En efecto, consta del proceso que tanto el demandante como el demandado están acordes en que el primero laboró efectivamente al servicio del segundo desde el 16 de julio hasta el 11 de septiembre de 1955, y que éste pagó al trabajador como remuneración durante ese tiempo, la suma ya mencionada de $ 1.443.80. Si el Tribunal con base en tales elementos al determinar y liquidar el salario diario, llegó a la conclusión equivocada de que éste ascendía en promedio a la suma de $ 26.25, y tal defecto no puede atribuírse, por lo dicho antes, a un error de hecho en la apreciación probatoria sino a un simple error aritmético en que seguramente incurrió al hacer la cuenta de los días comprendidos entre el 16 de julio y el 11 de septiembre de 1955, en total 58, cantidad que tomada como divisor de la suma pagada al demandante durante todo el tiempo de trabajo, arroja un cociente de $ 24.89 que resulta igual al que dedujo el Juez a quo en la sentencia de primera instancia. La Corte en sede de casación, no puede apoyarse en errores aritméticos para anular la sentencia recurrida. La corrección de esos errores, se procura conforme a lo previsto por el artículo 483 del Código Judicial.

Por otra parte, si la suma de $ 26.25 que sirve al Tribunal para liquidar las prestaciones y derechos que reconoce en la sentencia al demandante, no corresponde al promedio de lo devengado por éste en el último mes de servicio, sino al promedio de lo pagado durante todo el tiempo en que laboró, ello implicaría una indebida aplicación no del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, que reconoce a todo trabajador el derecho de auxilio de cesantía y que el recurrente señala como violado, sino de la disposición de derecho material que determina la base para liquidar dicho auxilio, precepto que el acusador no señala, lo que entraña una deficiencia que la Corte no puede suplir oficiosamente. De esta manera, la proposición jurídica contenida en el cargo resulta incompleta, pues al recurrente compete no solo señalar el error y demostrarlo, sino también indicar el precepto legal que resulta infringido. No prospera el cargo por el aspecto que se deja estudiado.

El documento que obra a folios 7 y 8 del cuaderno principal y la declaración de Justiniano Cadavid, folio 85, únicamente demuestran que el accidente sufrido por el demandante Darío Gómez el 11 de septiembre de 1955, al caerse del vehículo en que se le transportaba al campamento de la carretera San Marcos-El Viejano, no tuvo las características de un accidente de trabajo. Estas pruebas que el impugnador señala como no apreciadas en la sentencia, concurren a acreditar, con las otras que apreció el Tribunal, la forma y circunstancias como ocurrió el insuceso que incapacitó para el trabajo al demandante, por lo cual absolvió al demandado de la petición formulada en la demanda referente a la indemnización por accidente de trabajo. Por tanto dichas pruebas ninguna incidencia pueden tener respecto a las condenas que se contemplan en la decisión del Tribunal.

No es exacto, como afirma el recurrente, que los documentos de folios 29, 38 a 42 y 70, no hubiesen sido apreciados por el Tribunal. Por el contrario, ellos fueron tenidos en cuenta para determinar la cuantía total de lo pagado al demandante por concepto de salarios, a fin de deducir el saldo a su cargo por razón de un mayor valor pagado por esta causa, dándole así plena validez a aquellos documentos que fueron reconocidos expresamente por el demandante o que obrando en autos, no fueron objetados por él, siendo parte obligada. Respecto a los comprobantes de gastos que obran a folios 38 a 42, referentes al valor de los pasajes en avión de San Marcos a Medellín por $ 46.00 y la cuenta de la Clínica Santa Ana por suma de $ 70.70, el Tribunal no los tuvo en cuenta para computar su valor, porque no fueron reconocidos por el demandante, ni podía darse aplicación al artículo 645 del Código Judicial, teniéndolos por reconocidos, puesto que no son documentos que emanen directamente de él como parte obligada, sino de terceros. De tal suerte, que desestimados como prueba contra el demandante, no podía ordenarse la compensación de su valor con el monto de las condenas contenidas en la sentencia. Al respecto el Tribunal se expresó, así:

"Hay prueba suficiente de que Gómez Velásquez recibió la cantidad de $ 1.585 como anticipos de salarios, mediante comprobantes que

fueron reconocidos por el actor y otros que han permanecido en autos sin objeción alguna y como lo devengado fue de $ 1.443.80, queda un saldo en su contra de $ 141.20 suma que se deducirá de los valores reconocidos".

El documento del folio 28, dice así: "Hago constar. Que por prescripción médica no necesito trasladarme a Medellín para seguir el tratamiento que hasta el presente me ha hecho el doctor Máximo Zuleta A., por cuenta de la carretera San Marcos-El Viejano desde el 11 de los corrientes día en que sufrí un accidente. El médico garantiza el éxito del tratamiento dentro de la localidad de San Marcos, razón por la cual, al no someterme a continuar el tratamiento, cesa de antemano toda responsabilidad por parte de la Empresa de la carretera San Marcos-El Viejano, ya que viajo a Medellín por mi cuenta y riesgo. San Marcos 17 de septiembre de 1955 (firmado) Darío Gómez".

Estima el acusador que este documento evidencia la renuncia hecha por Darío Gómez al tratamiento médico de la empresa y la asunción de los gastos posteriores al 17 de septiembre de 1955, por lo que el Tribunal debió cargarle a su cuenta el valor de las facturas de folios 38, 40, 42 y 64 a 65 por concepto de un pasaje en Avianca, servicios de clínica y drogas, cuyo total estima en la suma de $ 1.288.16. Debe advertirse nuevamente que la razón que tuvo el Tribunal para no ordenar la compensación del valor de esos gastos con la cantidad que el demandado estaba obligado a pagar al demandante por concepto de los derechos y prestaciones reconocidos en la sentencia, se debió a que las facturas o comprobantes correspondientes no fueron reconocidos en el juicio por el demandante, ni podían tenerse como tal.

Por otra parte, si la empresa a raíz del accidente sufrido por el demandante asumió la prestación de los servicios asistenciales médicos, farmacéuticos y hospitalarios requeridos para el caso, fue porque estimó que ello era una obligación a su cargo, conforme a lo prevenido por el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo y por consiguiente que el trabajador incapacitado por causa del accidente, era el titular de los derechos que la indicada norma consagra. De esta suerte, si el contenido del documento o constancia del folio 28 pudiera entenderse, según pretende el recurrente, como "renuncia" de los derechos del trabajador a que el demandado continuara prestándole asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria, tal renuncia no tendría valor alguno en presencia de los preceptos contenidos en los artículos 14 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo, que, en su orden, establecen lo siguiente: artículo 14 "las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley". Artículo 340 "las prestaciones sociales establecidas en este Código, ya sean eventuales o causadas, son irrenunciables", con las solas excepciones establecidas en los literales a) y b) del mismo ordenamiento legal.

Además, del documento de folio 28, tampoco podría deducirse renuencia injustificada del trabajador a cumplir las prescripciones del facultativo o a recibir la atención médica que le estaba otorgando el patrono, conducta de su parte, que de haber ocurrido habría podido traer las consecuencias previstas en los artículos 208 o 282 del Código Sustantivo del Trabajo, y ocasionar la pérdida del derecho a la prestación en dinero por la incapacidad sobreviniente a esa negativa. Por el contrario, la conducta del trabajador al procurar su traslado de la población de San Marcos para ser atendido en una clínica de la ciudad de Medellín, resulta justificada, por disponerse en esta ciudad de más elementos y personal científico idóneo, para atender con mejores probabilidades de éxito la lesión sufrida en el accidente, que consistió en la ruptura de la base del cráneo.

El recurrente, al desarrollar el cargo y para demostrar que no hubo mala fe del demandado al dejar de consignar la cesantía, hace una presentación no ceñida a la realidad procesal, de los dineros que el demandante le debía al demandado, y luego afirma, que "para el patrono era mayor, mucho mayor, el saldo que quedaba adeudando el trabajador".

Esta apreciación no es correcta, si se tiene en cuenta el valor de los derechos y prestaciones reconocidos al trabajador en la sentencia que asciende a la suma de $ 2.961.68 por concepto de cesantía, indemnización por violación del contrato de trabajo y auxilio de incapacidad por enfermedad, a lo cual debe agregarse la suma de $ 26.25 diarios, como indemnización moratoria a partir del 19 de agosto de 1958. En cambio, el valor de lo debido por el demandante al demandado en razón de salarios pagados de más, se determina en el mismo fallo en la suma de $ 141.20. Y si a esta cantidad se le agregara, como aspira el recurrente, el valor de los pasajes en Avianca y la cuenta de la Clínica Santa Ana en Medellín, por la suma de $ 416.70, se obtendría un valor total de $ 557.90, resultado que demuestra lo equivocado del concepto aludido y

la carencia de todo fundamento probatorio en el cual pudiera apoyarse la supuesta creencia patronal de que el trabajador al tiempo de su retiro le quedaba adeudando un saldo mayor de lo que le correspondía por sus derechos y prestaciones sociales. No resulta la infracción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

La violación del artículo 64 de la misma obra, tampoco se evidencia. En efecto, el Tribunal para producir la condena por perjuicios compensatorios se apoya en la manifestación del demandado de no haber admitido en el trabajo al demandante cuando terminó su incapacidad por el accidente, porque éste no quiso reconocer unos préstamos que se le hicieron en servicio, ni aceptar la liquidación que se le presentó de dineros facilitados para el tratamiento (respuesta a las preguntas en posiciones). Agrega el sentenciador, que tal circunstancia "no justifica en forma alguna dicho despido, pues, si es verdad que se le suministró algunas sumas de dinero para atender a su subsistencia y además, para el tratamiento de su lesión, ya se dejó establecido que el doctor Cadavid estaba obligado a pagar al demandante los salarios por incapacidad a consecuencia de enfermedad no profesional".

Este aspecto de la sentencia, fundamento de la condena por indemnización de perjuicios compensatorios, no lo ataca el recurrente, pues, se limita a afirmar que el demandante faltó a la honradez e incurrió en justa causa de despido, al no reconocer los gastos efectuados por el demandado, y que el trabajador asumió conforme a la constancia consignada en el documento que obra al folio 28 del cuaderno principal, que ya se dejó ampliamente estudiado y analizado. Obsérvase, además, que el Tribunal no pudo violar, por falta de aplicación, "el ordinal 8º" del artículo 63, del Código Sustantivo del Trabajo, porque esta norma no contiene ni consagra el supuesto ordinal que invoca el recurrente.

Por tanto, no aparecen configurados ni demostrados los errores de hecho que el recurrente le atribuye a la sentencia del Tribunal, ni resulta que se hayan infringido las disposiciones de orden laboral y civil que el recurrente señala como violadas. El cargo no prospera.

El recurso del trabajador.

Alcance de la impugnación. Persigue que la Corte case el fallo recurrido, "en punto de indemnización moratoria, y, que en su lugar, condene al demandado a pagar salarios caídos al trabajador, desde la terminación del contrato hasta que el pago de prestaciones, auxilios y el total de las indemnizaciones (lucro cesante y mora) se realice".

Con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, el segundo como subsidiario del primero.

Primer cargo.

Acusa la sentencia "de ser violatoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en forma directa, por interpretación errónea de dicho precepto".

Para fundamentarlo, razona así: "El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, es una disposición de claridad meridiana que no se presta a diversas interpretaciones. Cuando en él se dice que los salarios y prestaciones deben ser cubiertos por el empleador a la terminación del contrato, no se puede entender de otra manera. Repetida y constante ha sido la jurisprudencia nacional en el sentido de que es a la terminación del contrato y no después cuando se han de pagar o consignar al trabajador sus salarios y prestaciones. Pero el Tribunal Superior de Medellín, en el momento de aplicar el artículo 65 a los hechos admitidos en el pleito, le dio una significación y un alcance que no le corresponden, contrariando su espíritu. Por que no se puede entender "notificación de la demanda" donde dice claramente "terminación del contrato". Violó pues, el Tribunal de Medellín, en forma directa el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por interpretación errónea del mismo, al decidir, con base en él, que la indemnización moratoria procedía a partir de la notificación de la demanda al patrono y no desde el momento de la terminación del contrato.

Se observa:

Sobre este extremo de la demanda, dijo el Tribunal:

"En cuanto a la indemnización moratoria, procede ella a partir de la notificación de la demanda ya que el demandado no ha justificado la mora en la solución de las obligaciones laborales con el actor, ni consignado su valor. El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo permite las retenciones de salarios y prestaciones solo en los casos autorizados por la ley o convenido por las partes". Más adelante, agregó lo siguiente: "Por lo expuesto, se sancionará la mora del demandado a partir del día siguiente al de la notificación del libelo, 19 de agosto último a razón de $ 26.25 por cada día que transcurra hasta la solución de las obligaciones laborales deducidas en esta sentencia".

La Sala considera: no se discute en el proceso la fecha en que el contrato de trabajo terminó, o sea, el día 18 de noviembre de 1955, como tampoco la circunstancia de que a la fecha de la expiración, el patrono no pagó al trabajador la deuda por cesantía, ni el auxilio monetario por concepto de incapacidad por causa de enfermedad. *El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, establece claramente que, cualquiera que sea la causa de terminación del contrato, es a la fecha de la terminación y no en otra, que el patrono debe pagar las deudas a su cargo, con excepción de los casos a que el precepto se refiere. Esta es la doctrina constante recibida por la casación del Trabajo. El artículo citado no permite entender que la indemnización moratoria procede a partir de la notificación de la demanda como dice la sentencia acusada. Tal entendimiento del Tribunal, desfigura la norma pues procede contrariando el contenido y la significación que le corresponde.*

Al respecto, en caso semejante al que se debate en este juicio, esta Sala de la Corte, expresó en fallo de casación, lo siguiente: "El artículo 65 opera, conforme a la sentencia, no desde la fecha cierta y precisa que la norma señala (la de expiración del contrato), sino de una posterior indeterminada (la de notificación de la demanda al patrono deudor en el juicio que el trabajador le promueva). Entendida así la disposición, resulta desfigurada, y, de consiguiente, con sentido distinto del que ofrece su texto. El que le asigna el fallador se halla fuera de los términos de la disposición legal la cual no contempla las circunstancias de hecho de que aquel hace mérito", y, agrega luego "el que instituye la previsión legal depende únicamente del hecho contemplado por ella, o sea, el constituído por la expiración del contrato".

La Sala encuentra procedente la acusación que contempla el cargo en estudio y demostrada la infracción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por la sentencia del Tribunal. Por tanto, el cargo prospera y habrá de casarse la sentencia en este punto. Y para reparar el agravio sufrido por la parte demandante recurrente, se dictará el fallo de instancia, modificando la fecha señalada por el Tribunal para que la sanción indemnizatoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se cuente a partir de la terminación del contrato que vinculó a las partes contendientes en este juicio.

Como consideraciones del fallo de instancia, la Sala estima suficientes las que se han expuesto anteriormente para casar la sentencia impugnada.

En mérito de lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrida, en cuanto a la condena por indemnización moratoria, para reformarla en el sentido de que el demandado deberá pagar al demandante la referida indemnización a partir del 19 de noviembre de 1955 y hasta que se verifique el pago total de las prestaciones reconocidas al trabajador en el presente juicio.

No la casa en lo demás.

Costas en el recurso para la parte demandada recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados G., Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION. CORRECCION DE LA DEMANDA. PRUEBA DE HORAS EXTRAS.

1. La demanda de casación debe declarar precisamente el alcance de la impugnación. 2. Oportunidades procesales en que puede ampliarse el alcance de lo pedido en la demanda original. 3. Cómo debe hacerse la impugnación de una decisión de instancia que se apoya en pluralidad de medios probatorios. 4. Prueba de horas extras por medio del testimonio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga).

Por conducto de apoderado, Loie Ragsdale y Beryl Edwin, Glenn Earl Wallace Wayne Ragsdale, la primera en su condición de cónyuge sobreviviente y los segundos como hijos legítimos del finado Glenn Ragsdale, demandaron a "American Pipe and Construction Co.", sociedad extranjera domiciliada aquí, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía y en sentencia definitiva, fuera condenada a pagarles la suma que resultare por concepto de trabajo suplementario.

Refieren en el libelo que, mediante contrato escrito, Glenn Ragsdale suministró sus servicios a la sociedad demandada como técnico de operaciones y mantenimiento de equipo; que estos servicios cubrieron el lapso comprendido entre el 17 de septiembre y el 24 de abril de 1957; que, durante este tiempo, devengó un salario de US$ 550.00 y una pensión de mantenimiento de $ 1.250, ambos pagaderos mensualmente; que mientras estuvo al servicio de la sociedad demandada, trabajó 4.657 horas extras, en su mayoría nocturnas, sin que ésta se las hubiera reconocido; y que murió en California, Estados Unidos de Norteamérica.

"American Pipe and Construction Co.", también por medio de apoderado, se opuso a la condena impetrada y negó todos los hechos. Como excepciones perentorias, propuso las de inexistencia de la obligación y prescripción.

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, en sentencia de fecha 10 de noviembre de 1960 desató el litigio absolviendo a la parte demandada del cargo formulado en su contra por la demandante e impuso a cargo de ésta las costas de la primera instancia.

Esta sentencia fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad por medio de la suya de fecha 12 de diciembre siguiente, que resolvió la apelación interpuesta por la parte vencida.

El recurso de casación.

Contra la providencia anterior la misma parte interpuso entonces recurso de casación. Como fuera concedido por el Tribunal, admitido por esta superioridad y debidamente rituado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

Alcance de la impugnación.

Aspira "a obtener el reconocimiento y pago de las horas extras que resulten probadas y de salarios caídos".

Según se encuentra formulada, esta aspiración no se ajusta a lo establecido en el numeral 4º del artículo 90 del Código Procesal del Trabajo, pues no expresa si la anulación debe ser total o parcial ni qué debe hacer la Corte, como Tribunal de instancia, con el fallo del a quo, *si mantenerlo o modificarlo, y, en este supuesto, en qué medida.*

Acerca del requisito consagrado en el precepto de que se acaba de hacer mérito, esta Sala de la Corte ha dicho:

"En primer término debe apuntarse que el escrito del impugnador no determina el alcance

de su acusación, esto es, si persigue el quebrantamiento total del fallo recurrido o su casación parcial y, en este caso, cuál o cuáles de los ordenamientos del ad quem *son violatorios de la ley y en qué forma deben reemplazarse. Este requisito del libelo de casación constituye el* petitum *de la demanda extraordinaria y su omisión hace inestimable el recurso, pues él es sustancial para conocer su propósito u orientar su examen, sin que pueda suplírsele por el de la demanda inicial o por los objetivos de las instancias". (Gaceta Judicial, números 2171, 2172 y 2173, pág. 557 y siguiente).*

"Determinar con precisión el *petitum* es una carga que al demandante en casación impone el artículo 90, numeral 4º, del Código de Procedimiento Laboral. No se trata de una formalidad intrascendente, susceptible de ser eludida sin consecuencias, porque la Corte no enjuicia el litigio sino el fallo de segundo grado, de manera que no se le puede pedir la resolución de aquél sino la infirmación de la sentencia en las decisiones contrarias a la ley. Si el recurso prospera, se requiere que el impugnante indique cuáles son las decisiones que deben reemplazar las anuladas que en su concepto se ajusten a las disposiciones legales infringidas. Todo ello es así, porque la Corte estudia el recurso dentro de los límites que le trace el impugnante". (Sentencia de 10 de junio de 1963, juicio de Manuel Gustavo Acosta contra la Beneficencia de Cundinamarca).

Importa observar, además, que el libelo promotor de la litis *no solicitó "salarios caídos", ni este extremo fue objeto de adición oportuna de dicho libelo —pues sólo se vino a pedir por el actor a la finalización de la primera instancia, en la cuarta audiencia de trámite—, ni incorporado a la controversia por virtud del fenómeno contemplado en el artículo 50 del Estatuto Procesal citado, esto es, por virtud de condenas* extra petita.

Ahora bien: el recurso extraordinario tampoco es ocasión para adicionar la demanda que promueve el juicio, porque ni constituye una tercera instancia ni, aunque la conformara, es permisible hacer tal cosa sino en la inicial, hasta en la primera audiencia de trámite, conforme a lo previsto en el artículo 28 ibídem. Con otras palabras, a la impugnación que lo desarrolle no es dable imprimirle un alcance mayor que el comprendido dentro de los lindes de las peticiones deducidas en el litigio o de los aumentos de estas peticiones por razón de condenas ultra petita *o de lo agregado a la controversia como resultado de condenas* extra petita.

El recurso es, pues, inestimable. Con todo, por amplitud, se estudia el único cargo que propone, excepto en el aspecto suyo atinente a "salarios caídos", o sea, a la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

El cargo.

Con la salvedad anotada, acusa la providencia impugnada de haber violado indirectamente el artículo 168 de este Código, a consecuencia de una equivocada apreciación de las pruebas.

Los errores de apreciación probatoria los hace consistir en que: a) no dio por acreditado, estándolo, que Glenn Ragsdale laboró durante un año al servicio de la compañía demandada; y b) tampoco dio por demostrado, estándolo, que, durante el lapso indicado, Glenn Ragsdale trabajó dos horas extras diurnas como mínimo.

Puntualiza como pruebas mal apreciadas las declaraciones de Adán López (folios 79 a 80 v.) y R. K. Griffith (folios 81 a 82).

Para comprobar su aserto, de la deposición del primero transcribe los siguientes pasajes: "Allí se entraba a las siete de la mañana hasta las doce del día... volvían nuevamente de doce y media a cinco..."; "en las horas del día ya expliqué a qué horas entraba a trabajar" Glenn Ragsdale; "lo conocí a dicho señor trabajando en la compañía por ahí un año largo". Y de la del segundo, esta respuesta: "Yo fui capataz del señor Gagsdale en Bogotá, Colombia, de enero de 1956 a septiembre de 1956. Durante este tiempo el señor Ragsdale trabajó diez o más horas del día, durante seis días y a veces siete de trabajo, incluyendo los días festivos".

Agrega que las declaraciones anteriores se hallan respaldadas por estos indicios: 1º La estipulación contractual, nula a su entender, sobre no pago de trabajo suplementario, indicativa de que la jornada habría de prolongarse frecuentemente; y 2º El hecho, atestiguado por Julio César Zamora, Jefe de Personal de la sociedad demandada, de que ésta no llevara "record" de tiempo a los empleados de categoría.

El opositor advierte que el testigo R. K. Griffith depone acerca de un tiempo ya prescrito, de acuerdo con la excepción propuesta por la empresa demandada al contestar el libelo primitivo, aparte de que no precisa de veras las horas laboradas por Glenn Ragsdale; que la declaración de Adán López no presta mérito ninguno, ya que él como transportador de "resebo" de la Compañía Constructora de Servicios Públicos, y no de la sociedad llamada a responder, estaba casi siempre por fuera del sitio en que Glenn Ragsdale desempeñaba su oficio; que, por último, al tenor de los testimonios de Julio César Zamora,

Ardis Delbert Scott y Gilberto Jaramillo, Glenn Ragsdale ocupó en la compañía demandada un cargo de dirección y confianza, por lo cual quedaba excluído de la regulación sobre jornada máxima legal.

Se considera.

Para absolver, la sentencia recurrida razonó de este modo:

"Es de observar que el Juez del conocimiento basó la absolución de la demandada en el examen cuidadoso que de la prueba testimonial, documentales y prueba de confesión efectuó y de las cuales si bien se establece que el difunto Glenn Ragsdale, mientras estuvo prestando servicios a la compañía demandada laboró horas extras, no es menos cierto que tales probanzas no tienen virtualidad suficiente para demostrar el número de horas trabajadas y si estas correspondieron a jornadas nocturnas o diurnas (véanse declaraciones visibles (sic) a folios 67 a 70)".

De esta transcripción resulta claro que el fallador de segundo grado no desconoció que Glenn Ragsdale hubiese trabajado durante un año al servicio de la sociedad llamada a juicio. No pudo cometer, en consecuencia, el primer error de estimación probatoria que le imputa el impugnante. El cargo, por lo que respecta a este error, no es susceptible de prosperidad.

Resulta asimismo indudable de la misma transcripción que el *ad quem* tampoco desconoció que Glenn Ragsdale hubiera laborado tiempo suplementario. Sólo que absolvió a la compañía demandada de tal concepto en mérito de la imprecisión del número de horas trabajadas y de su naturaleza diurna o nocturna. Esta consideración fundamental la apoyó en todo el haz probatorio, especialmente en los testimonios de Ardis Delbert Scott y Gilberto Jaramillo, que son los que corren a folios 67 a 70 del informativo.

Es bien sabido que cuando, como en el presente caso, el sentenciador funda su convencimiento en un conjunto de medios de prueba, no basta, para infirmar la decisión consiguiente, que se ataquen, aún con eficacia, sólo algunos de tales medios, ya que su juicio valorativo de los restantes quedaría incólume y, por tanto, con fuerza suficiente para mantener esta decisión. En efecto, el rigor formal que caracteriza al recurso extraordinario le impide a la Corte establecer de oficio si ese juicio valorativo es correcto o incorrecto.

Pero es que ni siquiera es eficaz la acusación que el cargo le hace a la apreciación de la providencia impugnada sobre las declaraciones de Adán López y R. K. Griffith.

Al testimonio del primero no es posible conferirle ningún mérito probatorio, no tanto por haber sido transportador de "resebo" y cemento de una empresa distinta de la demandada, cuando en razón de que, diariamente, según sus propias palabras, permanecía siete horas y media fuera del sitio en que Glenn Ragsdale desempeñaba su cargo de técnico de operaciones y mantenimiento de equipo, lapsos durante los cuales ciertamente no le era factible haber observado si éste trabajaba o no.

Porque la prueba testimonial que se utilice para acreditar trabajo en horas suplementarias tiene que ser de una gran claridad y de una definitiva precisión, como lo ha explicado reiteradamente la jurisprudencia de esta superioridad. Por ello el Juzgador carece de licencia para deducir un número probable de dichas horas mediante cálculos acomodaticios, sin fundamento real.

Esta ausencia de precisión y de claridad también es predicable, aunque en grado menor, del testimonio rendido por R. K. Griffith. Además, la razón de su dicho no es nada atendible: al explicar por qué le consta que Glenn Ragsdale trabajó diez o más horas al día en el lapso comprendido entre enero y septiembre de 1956, dice: "Tengo conocimiento personal de que fue política de la American Pipe and Construction Co. trabajar diez o más horas diarias, 6 o 7 días a la semana, durante todo el tiempo que estaban (sic) en Bogotá, Colombia". Es que de la circunstancia de que hubiera sido política de la sociedad demandada trabajar diez o más horas al día no se sigue, de forma inexorable, la de que Glenn Ragsdale hubiese laborado en esas jornadas. El deponente en examen da cuenta de una conclusión suya no necesaria, pero no de un hecho percibido por él.

Tampoco prospera el cargo, por lo que respecta al segundo error de hecho que le atribuye al *ad quem*.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada.

Costas al recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados Gocnaga, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INFUNDADA RECLAMACION DE SALARIOS Y OTRAS PRESTACIONES. A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL. AUXILIO DE INVALIDEZ. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. El artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, no regula el caso de la remuneración que debe corresponder al trabajador por el desempeño de funciones adicionales a las originalmente pactadas. 2. A la Corte le está vedado establecer de oficio si la prueba señalada como no estimada fue apreciada indebidamente en cambio. 3. Requisitos para que la invalidez permanente parcial dé lugar a la prestación de que trata el ordinal a) del inciso 1º del artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo. 4. Todo porcentaje de invalidez permanente parcial menor al indicado en tal disposición, está especialmente exceptuado del auxilio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiséis de octubre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga).

Asistido por mandatario judicial, Rafael Enrique Donoso demandó a la sociedad denominada "Cine Colombia S. A.", con domicilio principal en esta ciudad, representada por su Gerente, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía y en sentencia definitiva, fuera declarada responsable de la violación de su contrato laboral y, en consecuencia, condenada a pagarle reajuste de salarios, "indemnización por accidente de trabajo" o, en subsidio, auxilio de invalidez por enfermedad no profesional, los conceptos que resultaren por aplicación de los principios *ultra* o *extra petita* y costas.

Refiere en el libelo que ingresó al servicio de la sociedad demandada el 21 de septiembre de 1947, en virtud de un contrato escrito de trabajo, como "Primer Operador y Revisor de Material"; que, conforme a la cláusula primera de dicho contrato, las funciones que le competían eran proyectar las películas en los espectáculos y ensayos, revisar las cintas y atender a la limpieza de las máquinas a su cargo; que el 10 de febrero de 1958 fue trasladado del Teatro Ayacucho al Teatro España, para desempeñar las funciones propias de su cargo pero, además, las de ayudante de operador primero, sin que se le hubiera reajustado su salario por razón de la ejecución de estas nuevas funciones; que el 15 de febrero de 1956 sufrió un infortunio laboral que impuso su inmediata hospitalización y luego dos intervenciones quirúrgicas en la Clínica de Marly; que posteriormente recibió del Instituto Colombiano de Seguros Sociales dos tratamientos sucesivos de fisioterapia, por razón del mismo accidente mencionado; que, como consecuencia del infortunio en cuestión, le ha quedado una incapacidad permanente parcial que le debe ser indemnizada; que sus servicios a la empresa demandada se prolongaron hasta el 6 de noviembre de 1958 y que su último salario ascendió a $ 300.00 mensuales; que, por último, ésta se ha negado a reconocerle las secuelas del accidente de trabajo que le acaeció.

Sustenta sus pretensiones en los artículos 142, 143, 144, 199, 204, 209 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Cine Colombia S. A.", también por conducto de apoderado judicial, se opuso a las condenas solicitadas, negó todos los hechos —excepto el referente a la fecha de terminación del contrato de trabajo y al último salario devengado— y afirmó haber pagado todas las sumas a que se hizo acreedor el actor por concepto de salarios y prestaciones.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sen-

tencia de fecha 6 de septiembre de 1960, desató la controversia absolviendo a la sociedad demandada de todos los cargos formulados en su contra por el demandante e imponiendo a cargo de éste las costas de la primera instancia.

Esta providencia fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad por medio de la suya de fecha 30 de noviembre del propio año, que resolvió la apelación interpuesta por la parte vencida.

El recurso de casación.

La misma parte interpuso, entonces, recurso de casación contra la sentencia anterior. Como fuera concedido por el Tribunal, admitido por esta Superioridad y tramitado en legal forma, ha llegado la oportunidad de decidirlo mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito de la oposición.

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la Corte case totalmente la providencia recurrida, para que, en su defecto, como *ad quem,* revoque la de primer grado, declare, por tanto, laboralmente responsable a la sociedad demandada por la violación del contrato de trabajo que tenía celebrado con el actor y condene a aquélla a pagar a éste el reajuste de salarios reclamado en el libelo inicial del juicio, auxilio de invalidez conforme al dictamen pericial que obra en autos y las costas de ambas instancias y del recurso extraordinario.

Motivos de casación.

Con fundamento en la causal 1ª del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, la impugnación formula tres cargos:

Primer cargo.

Acusa la sentencia recurrida de haber violado indirectamente los artículos 140 y 143 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de error evidente de hecho por falta de apreciación de unas pruebas.

El error de hecho lo hace consistir en que el *ad quem* no dio por acreditado, estándolo, que el demandante desempeñó simultáneamente los cargos de primer operador y segundo operador o ayudante del primer operador —que, dice, para el caso es lo mismo—, en mejores, si no iguales, condiciones de eficiencia que los propios segundos operadores y en jornadas idénticas a las cumplidas por éstos.

Señala como pruebas dejadas de estimar: a) la respuesta 11 de las posiciones absueltas por la compañía demandada a través de su representante legal (folio 52); b) las respuestas de estas mismas posiciones visibles a folio 51; y c) la declaración rendida por Pedro Nel Charry (folios 68 a 70).

De aquella respuesta —que aparece a folio 51 y no 52—, afirma que constituye confesión de que los ayudantes de los primeros operadores o segundos operadores ganaban $ 190.00 mensuales durante los años de 1957 y 1958.

De las respuestas que puntualiza en segundo término sostiene que aceptan los hechos a que se refieren las preguntas correspondientes, por ser claramente evasivas.

Y del testimonio que singulariza transcribe estos pasajes: "yo supe que a él lo trasladaron al Teatro España y me consta que fue cierto porque fui al Teatro España y allí lo ví trabajando";... "allá también trabajan dos operadores, pero lo que pasa es que allá se daban cuatro funciones en ese tiempo, matinal, matiné, vespertina y noche; entonces el segundo operador pasaba dos espectáculos y el primer operador dos; no se turnaban sino que cada uno pasaba solo los dos espectáculos que le correspondían; se turnaban era cada semana; al que le había tocado por ejemplo una semana matinal y vespertina a la otra semana le tocaba matiné y nocturna; no sé si cuando lo trasladaron al España le aumentarían sueldo o no...".

Agrega, para terminar, que del simple cotejo de estas pruebas con el fallo acusado resalta el error de hecho que le imputa y, en consecuencia, la violación por él "del precepto sustantivo que consagra para el trabajador la garantía mínima de que se le pague el salario por trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y eficiencia iguales a otro trabajador que cumple las mismas funciones y que el primero haya reemplazado transitoria o definitivamente" (sic).

El opositor arguye que "ni la prueba de posiciones, suficientemente clara en sus respuestas, ni el testimonio sirven a la pretensión fundamental del recurrente que consiste en reclamar los sueldos de Donoso, como si hubiera desempeñado simultáneamente los cargos de operador 1º y 2º. Ambas probanzas —la confesión y el testimonio— son muy enfáticas en lo relacionado con el trabajo por turnos de los dichos operadores".

Se considera.

Una de las condiciones para aplicar el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo es la siguiente: que un trabajador desempeñe igual función que otro en la misma empresa, en jornadas iguales y con salarios desiguales.

Pero, en concordancia con el libelo promotor del litigio, lo que sostiene la acusación es que el actor, además de sus funciones de primer operador, tuvo adicionalmente, en determinada época, las de segundo operador o ayudante de primer operador, sin que por estas nuevas funciones, se le hubiera reconocido el salario correspondiente.

Admitiendo, pues, en gracia de discusión, que el sentenciador de segundo grado hubiese cometido el error de hecho que se le atribuye, de él no se seguiría la violación de la norma destacada. Con efecto, ella no regula el caso de la remuneración que debe corresponder a un trabajador por el desempeño de funciones adicionales a las originalmente pactadas.

Tal caso podría subsumirse, si acaso, en el artículo 140 ibídem.

Ocurre, sinembargo, que el error de hecho que el cargo le imputa a la providencia impugnada no se cometió.

Sobre el tópico en examen ésta dijo así:

"Reajuste de salarios. Tampoco se probó que el demandante hubiera prestado servicios a la demandada desde el 11 de febrero de 1958 hasta el 6 de noviembre del mismo año, desempeñando simultáneamente las labores de primer y segundo operador en el Teatro España. No puede por tanto decretarse el reajuste solicitado porque la demandada negó el hecho en que esta petición se funda y la parte actora no demostró el aserto".

Ahora bien: a) la respuesta que dio el representante legal de la sociedad demandada a la pregunta 11 del pliego de posiciones a que fue sometido prueba ciertamente que durante los años de 1957 y 1958 los segundos operadores —no los ayudantes de primeros operadores, cuya existencia no se acreditó— ganaban $ 190.00 mensuales, pero no que el actor hubiera desempeñado uno de estos cargos al mismo tiempo que el de primer operador; b) las respuestas de dicho representante visibles a folio 51 de la diligencia de absolución de posiciones o se refieren a un presunto accidente de trabajo —las 12 y 13—, o no admiten que se las tilde de evasivas, ya que la 14 —única que restaría— afirma que "la empresa tiene dos operadores, primero y segundo", ni con ella se comprueba nada de lo que interesa al cargo; y c) la transcripción que el recurrente hace de la declaración de Pedro Nel Charry, comprueba precisamente que, en el lapso de su estadía en el Teatro España, el demandante no desempeñó las funciones de segundo operador sino, exclusivamente, las de primer operador, desde luego que siempre hubo un segundo operador con el cual se repartía la presentación de los filmes y se turnaba, en cuanto a las horas de trabajo diario, semana por semana.

No prospera el cargo.

Segundo cargo.

Acusa la providencia impugnada de haber violado indirectamente el ordinal a) del inciso 1º del artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de evidente error de hecho por falta de apreciación del dictamen pericial que obra a folio 43 del expediente.

Para demostrar su afirmación transcribe, acto seguido, la parte final de dicho dictamen, que dice:

"La secuela de la enfermedad no profesional que sufrió el trabajador Rafael Enrique Donoso le ha dejado una invalidez permanente parcial del quince por ciento (15%) determinadas por esta dirección con los repetidos exámenes médicos que se le han practicado desde el mes de diciembre de 1958, según consta en los respectivos dictámenes, en los cuales se ratifica este Despacho, por cuanto que la situación clínica del paciente no ha variado".

Y, para finalizar, se pregunta: ¿Cómo es posible que de una secuela de la naturaleza expresada "no se desprenda o emerja para el trabajador un auxilio de invalidez como el establecido por el literal a) del artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo?, o es que la incapacidad permanente parcial para trabajar debe ser de tal magnitud que el trabajador que la sufre tenga que quedar imposibilitado para cualquier profesión u oficio?".

El opositor anota que el *ad quem* sí apreció, con apreciación correcta, la prueba que el recurrente reputa como no estimada, por lo cual el cargo no cabe tal como se encuentra formulado.

Se considera.

De conformidad con lo apuntado por el opositor, la providencia acusada sí estimó el dictamen que la impugnación señala como dejado de apreciar. En efecto, acerca de él, se pronunció así:

"...teniendo en cuenta que según el dictamen médico visible a folio 43 del expediente, ren-

dido por la División de Medicina del Trabajo, el cual no fue objetado por las partes, el actor no padece de invalidez susceptible de ser indemnizada, se absolverá a la entidad demandada de esta petición del libelo".

Bien se ve, pues, que el sentenciador de segundo grado no pudo incurrir en el error evidente de hecho por el concepto de omisión que se le imputa, pues no dejó de apreciar la prueba que se indica como no estimada. Pudo, sí, incurrir en dicho error sólo por comisión.

Este aserto imponía en el cargo un planteamiento y una demostración distintos para que hubiera sido viable. Porque, según es sobradamente sabido, dentro del rigor formal del recurso extraordinario de casación, a la Corte le está vedado establecer de oficio si la prueba señalada como no estimada fue apreciada indebidamente en cambio.

La imposibilidad destacada de esta entidad deja incólume, en consecuencia, la estimación que la sentencia acusada hizo del dictamen pericial de folio 43.

Mas, suponiendo que el cargo hubiera formulado un planteamiento y una demostración atinados, debe concluírse, entonces, que la apreciación de la sentencia impugnada sobre el dictamen pericial en cuestión carece de todo vicio. Para que una invalidez permanente parcial dé lugar al auxilio de que habla el ordinal a) del inciso 1º del artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo se requiere que sea producida como consecuencia de enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo o por debilitamiento de las condiciones físicas o intelectuales, no provocados intencionalmente, y que deje al trabajador en imposibilidad de procurarse una remuneración mayor de un tercio de la que hubiese estado devengando, vale decir, que lo incapacite en un 66,66% por lo menos.

Como se vio de la transcripción que hizo el recurrente, la peritación que éste puntualiza como dejada de apreciar señala en el actor una invalidez permanente parcial de un 15% como secuela de la enfermedad no profesional de que padeció. Por tanto, según lo sostiene con tino la providencia acusada, tal invalidez no genera el auxilio que la impugnación pretende, en razón de su grado, que no de su origen.

No prospera el cargo.

Tercer cargo.

Acusa la sentencia impugnada de haber infringido por vía directa el ordinal a) del inciso 1º del artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo por haberlo dejado de aplicar a un hecho claro, demostrado y no discutido, cual es la incapacidad permanente parcial para trabajar de un 15% que le quedó al demandante, incapacidad a la que, por aplicación analógica de la tabla del artículo 209 ibídem, le corresponde un auxilio equivalente a 4 meses de salario.

La oposición replica que el fallador de segunda instancia dejó de aplicar la norma señalada como infringida porque la incapacidad sufrida por el trabajador no alcanzó a impedirle procurarse una remuneración mayor de un tercio de la que devengaba y que, de consiguiente, el cargo debe rechazarse

Se considera.

Según se dijo al examinar el cargo anterior, para que una invalidez permanente parcial producida por enfermedad no profesional —como de la que se trata en el caso *sub judice*— origine el auxilio contemplado en el ordinal a) del inciso 1º del artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo, se requiere que alcance, por lo menos, a un 66,66%. Por manera que, a contrario *sensu*, todo porcentaje menor de invalidez permanente parcial está especialmente exceptuado de la prestación social en que consiste tal auxilio. En estas circunstancias, en las que no existe ningún vacío, está vedado acudir a la aplicación analógica que reclama el impugnante.

Por tanto, la sentencia recurrida no dejó de aplicar sino que aplicó correctamente el ordinal en cuestión al hecho no controvertido de que al actor, por razón de una enfermedad no profesional, le quedó una invalidez permanente parcial de un 15%. En efecto, al comparar este hecho con aquel ordinal encontró que no se avenía con el mismo y que, en consecuencia, no generaba el derecho reclamado, por lo cual absolvió a la parte demandada por ese concepto.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia objeto del presente recurso de casación.

Costas al impugnante.

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

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados Goenaga, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDIVIDUALISMO Y JUSTICIA SOCIAL. EL ESPIRITU SOCIAL EN LAS INSTITUCIONES NACIONALES. PODERES DE LOS ARBITROS EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS. EFECTO JURIDICO Y VIGENCIA DE LOS LAUDOS. RESTRICCIONES LEGALES A LA VOLUNTAD CONTRACTUAL. ELIMINACION DE LA CLAUSULA DE RESERVA.

1. Trascendencia jurídica y social de la Declaración de los Derechos del Hombre. 2. Nuestra Constitución ha acogido ya en buena parte el fuerte espíritu social característico del derecho contemporáneo. En el orden legislativo ha ocurrido otro tanto. 3. Comparación entre las facultades de los jueces ordinarios y las que tienen los árbitros en los conflictos colectivos. 4. Vigencia de los laudos arbitrales. Continuidad en la normación de las condiciones generales de trabajo. 5. Extralimitación de funciones de los árbitros. 6. Cláusula segunda del laudo recurrido. Límites a la libertad contractual. Condiciones de trabajo para los trabajadores de los contratistas en actividades petroleras. Cuáles deberá cumplir la empresa directamente. 7. Cláusula séptima del laudo. Eliminación de la cláusula de reserva.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

El Sindicato de trabajadores de la empresa denominada "Colombian Petroleum Company" Sidelca, con personería jurídica reconocida por medio de la Resolución número 37 de 1937, presentó a dicha empresa el 23 de octubre de 1962 un pliego de peticiones bajo la forma de proyecto de convención colectiva de trabajo, aprobado por la Asamblea General del Sindicato el 19 de los mismos mes y año.

Ambas partes denunciaron previamente, en debida forma, el laudo arbitral del 31 de octubre de 1960, que venía regulando sus relaciones de trabajo.

Terminadas las etapas de arreglo directo y de conciliación, sin que se llegara a un acuerdo, el Ministerio del Trabajo, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado en concepto de fecha 15 de marzo de 1963, consideró vigentes los Decretos 1543 de 1955 y 2056 de 1960, por los cuales el gobierno declaró de servicio público las actividades que la empresa Colombian Petroleum Company realiza en todo el territorio nacional, y en atención al artículo 452 del Código Sustantivo del Trabajo, por medio de su Resolución número 00942 del 17 de mayo del año en curso, ordenó la constitución de un Tribunal de Arbitramento obligatorio para el estudio y decisión del conflicto colectivo a que se ha hecho referencia.

El Tribunal se instaló el 4 de julio último, y después de una prórroga de cinco días, concedida por los interesados y autorizada por el Ministerio, profirió su laudo, por unanimidad, el 9 de julio del presente año.

La empresa, por conducto de apoderado, interpuso el recurso de homologación que va a decidirse.

Solicita el apoderado de la recurrente que se declaren inexequibles las decisiones del laudo recaídas a los puntos segundo y séptimo del pliego de peticiones. Enuncia la acusación así:

"A) La decisión del artículo segundo del pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Trabajadores de la Colombian Petroleum Company, es inexequible porque con ella el Tribunal redujo el ejercicio lícito de la propiedad privada y rebasó el ámbito de su potestad arbitral

limitado no solamente por el pliego de peticiones, sino por los derechos, facultades y garantías constitucionales y legales conferidas a los ciudadanos. Porque la libertad individual en el campo contractual, que es regla general de validez universal, puede, por graves motivos de utilidad pública, verse restringida o menoscabada, pero por ministerio de la ley o por renuncia de su titular o por acuerdo convencional, mas nunca por decisión de los árbitros a quienes les está vedado variar el sistema legal imperante o imponer renuncias a los derechos inalienables que garantizan el ejercicio del dominio, también llamado propiedad.

"B) La decisión dada al artículo séptimo del pliego también deberá ser declarada inexequible, porque el suprimir la facultad conferida por la ley a las partes de dar por terminados unilateralmente sus contratos de trabajo, mediante la utilización o invocación de la llamada 'Cláusula de Reserva', cuando ella ha sido pactada, está quitándole a una de las partes, contra su voluntad, un derecho garantizado en la Carta Fundamental y reglamentado en la ley".

El recurrente comienza por fijar su criterio político y jurídico en torno a la libertad individual y a la propiedad. Sostiene, al respecto, que el derecho contemporáneo, surgido de "las reacciones individuales que culminaron en la revolución francesa y en los movimientos ideológicos característicos del siglo XIX", "ha llevado a establecer hoy como principio universal y válido para todos los países democráticos el de la plena y absoluta libertad del individuo frente al Estado y frente a los demás ciudadanos, para hacer o dejar de hacer todo aquéllo que la ley, por razones de conveniencia pública, que a la postre tienden a tutelar la propia libertad del hombre, no prohibe de manera expresa". Este principio, dice, obra lo mismo en lo político que en lo particular y privado, y la Constitución Nacional lo consagra en el Título Tercero, que trata de los derechos civiles y garantías sociales. Anota que entre los derechos patrimoniales, el primero, ya que no el único, es el de libre contratación, que es una de las formas principales de ejercitar el derecho de propiedad, el cual, como los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes, es intangible, esto es, que no puede ser desconocido ni vulnerado, a menos que ocurra conflicto entre el interés particular y el interés social, caso excepcional en que éste prevalece, "pero con el lleno de las formalidades y requisitos establecidos precisamente en guarda de la intangibilidad del derecho de propiedad". "...todo acto o toda situación —añade— que directa o indirectamente pueda confluír a que una persona determinada no pueda ejecutar su derecho de libre contratación en todos los casos en que tal derecho no esté restringido explícitamente por una ley especial dictada para darle primacía al interés público sobre el interés privado, comporta sin duda el desconocimiento o menoscabo de ese principio general y básico de la libertad del individuo, que es no solo la base sino la razón de ser del derecho colombiano". Cita enseguida las normas de la Constitución relativas a la libertad de industria, a la intervención del Estado, a la prohibición de la pena de confiscación, e igualmente alude a los preceptos del Código Civil sobre relaciones contractuales, patrimoniales y familiares, como ejemplos del desarrollo del principio de la libertad del individuo. Y observa que aún el Código Sustantivo del Trabajo y toda la legislación social, tienen el mismo fundamento, a pesar de las limitaciones que impone a la igualdad económica, a la autonomía de la voluntad, a la renunciabilidad de derechos, a la libertad de vender el trabajo, etc.

I. *La libertad de contratar.*

Se refiere, en primer término, al artículo 2º del laudo, que trata de las relaciones con los contratistas independientes, y cuyo texto es el siguiente:

"Como consecuencia de la solidaridad que tiene con sus contratistas independientes, que desarrollen labores propias de la industria del petróleo conforme al Decreto 284 de 1957 y la Resolución reglamentaria número 0644 de 1959, la empresa responderá de que los trabajadores de dichos contratistas gozarán de los mismos derechos y prestaciones establecidos en este laudo.

"Las diferencias que surjan de la aplicación de esas disposiciones serán conocidas, tramitadas y resueltas por las comisiones de conciliación y arbitraje establecidas en este laudo y con sujeción a los procedimientos para ellas dispuestos.

"No podrán realizarse a través de contratistas las actividades a que se refieren los artículos 16, 46, 69, 70, 81 y 112 del laudo de 1960, pactadas entre las partes como servicios directos que debe prestar la empresa a los trabajadores, ni las mencionadas en las cláusulas XII y XIII del contrato Chaux-Folson, cuya realización a través de contratistas impliquen abandono o enajenación de materiales, maquinarias y elementos de trabajo, objeto de la reversión. Todas las otras actividades podrán ser contratadas por la empresa, con sujeción a lo Constitución y a las leyes".

Sostiene que mediante este artículo, el Tribunal de arbitramento extralimitó sus facultades, pues en parte alguna del pliego los trabajadores pidieron la incorporación a la convención o al laudo de un contrato entre el Estado colombiano y la compañía (contrato Chaux-Folson). Que, por otra parte, esta disposición viola la prohibición contenida en el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 30 y 32 de la Constitución; el Decreto 284 de 1957 y su Resolución reglamentaria 644 de 1959, y los artículos 15, 16, 669 y 1602 del Código Civil y 40 del Código Judicial.

En desarrollo de este primer cargo, anota que el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual el fallo de los árbitros "no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidos por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes", reitera claramente el principio de plena libertad contractual consagrado en la Carta, cerrándole así el paso, aunque ello pueda ser redundante, a cualquiera interpretación tendiente a afirmar que en cuestiones sociales este principio pueda ser desconocido por actos o situaciones diferentes de los previstos por la misma ley. Que los artículos 16, 46, 69, 70, 81 y 112 del laudo arbitral de 1960, que la compañía nunca aceptó explícitamente, no entrañan ninguna limitación sustantiva a su facultad de contratar dentro de las circunstancias propias de las leyes laborales y por un tiempo preciso, pero que en el nuevo laudo cobran un alcance distinto, al dejarlos en firme, dada la explicación de su parte motiva de la que se infiere el propósito de imponer a la compañía no sólo una restricción a esa facultad, sino la obligación de prestar los servicios que se señalan en dichos artículos, de modo determinado y concreto que por serlo, excluyen su prestación en otra forma, con prescindencia total de cualquier contrato que al efecto pudiera celebrar lícitamente con terceros. Que en cuanto al contrato Chaux-Folson, celebrado entre la Nación y la compañía y aprobado por la Ley 80 de 1931, sólo el gobierno, como representante de aquélla en el mencionado contrato, tiene capacidad jurídica para discutir con la otra parte contratante la manera como deben cumplirse las obligaciones contractuales, entre otras las referentes a la reversión, contempladas en las cláusulas doce y trece, y por las vías judiciales de que trata el artículo 40 del Código Judicial, el cual asigna a la "Sala Civil de única instancia" de la Corte el conocimiento privativo y en una sola instancia de las controversias provenientes de esta clase de contratos. Que, en consecuencia, el laudo, al disponer que las diferencias derivadas de las cláusulas doce y trece del contrato citado se tramiten y resuelvan "por las comisiones de conciliación y arbitraje establecidas en este laudo y con sujeción a los procedimientos para ellas dispuestos", desplaza a la Corte en el ejercicio de una de sus funciones legales. Que viola el Decreto extraordinario 284 de 1957 y su Resolución reglamentaria número 0044 de 1959, que reconocen a las empresas dedicadas a la exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos la facultad de realizar las labores esenciales y propias de su negocio o de su objeto social "*mediante el empleo de contratistas independientes*". Que pugna con el contenido del artículo 669 del Código Civil, el cual, al definir el dominio o propiedad, a más de afirmar que es un derecho real, le permite a su titular gozar y disponer de él arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho de terceras personas. Y que igualmente, quebranta los artículos 15, 16 y 1602 del mismo Código, que, en su orden, reglamentan lo concerniente a la renuncia de los derechos conferidos por la ley, no prohibidos y que miren al interés individual del renunciante, la prohibición de derogatoria por convenios particulares de las leyes que atañen al orden público y a las buenas costumbres, y el carácter de ley para las partes que reviste todo contrato celebrado legalmente.

II. *La libertad de terminar unilateralmente los contratos de trabajo mediante la utilización de la cláusula de reserva.*

En este capítulo el recurrente ataca el artículo séptimo del laudo, que dispone:

"Este laudo garantiza la *estabilidad* de los trabajadores en sus respectivos contratos y puestos, como ha sido la política de la compañía; y, por lo tanto, no podrán ser despedidos sino por causales de mala conducta debidamente comprobada, o por las otras causales establecidas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, o por violaciones en las obligaciones del contrato individual de trabajo.

"Las diferencias que surjan sobre la interpretación de lo aquí estipulado serán dirimidas por las Comisiones de Conciliación y Arbitraje de que trata el Capítulo IV de este laudo.

"*Parágrafo.* Quedan excluídos de este artículo los empleados que ocupan cargos de confianza, tales como Superintendentes, Jefes y Subjefes de Campo, pilotos, copilotos, médicos, ingenieros, geólogos, cajeros, pagadores. (Fallo 1960)".

Sostiene el recurrente que la decisión transcrita viola la prohibición del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 30 y 32 de la Constitución; el artículo 48 y el literal g) del artículo 61 del citado Código.

Invoca de nuevo el principio de la libertad individual, que conlleva el régimen de la propiedad privada y el de la libre empresa, "mientras no se desconozcan las leyes que los reglamentan, intervienen o restringen con miras al interés social o a la utilidad pública"; menciona jurisprudencia de la Corte, y se refiere a la tesis de la "propiedad función social", sostenida por Duguit, tesis que califica como "ya revaluada e inaceptable frente a nuestros ordenamientos positivos", pero que en todo caso requiere la intervención del legislador, y que solo éste, y no los jueces y los árbitros pueden limitar el sistema de la propiedad privada y de la libre empresa. Que el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo y el literal g) del 61, facultan a las partes y les confieren derecho para pactar en el contrato individual de trabajo la cláusula de reserva y terminarlo unilateralmente, invocándola. Que ello no obstante, el Tribunal de arbitramento, en el laudo recurrido, suprimió el ejercicio de la cláusula de reserva para la empresa dejándolo vigente para los trabajadores que actualmente tengan pactada dicha cláusula en sus contratos, quienes sí podrán utilizarla cuando les plazca. Que esa fórmula tiende a garantizar una estabilidad mal entendida, puesto que protegería a los malos trabajadores a la vez que consagraría la inestabilidad permanente para el patrono en su industria. Que ni el constituyente ni el legislador han consagrado la estabilidad en el empleo, y que, por ello, sólo mediante acuerdo convencional podría privarse a alguna de las partes del derecho y la facultad de terminar unilateralmente los contratos de trabajo. Y como el artículo 7º del laudo de 1963 dispone que los trabajadores presentes y *futuros* de la Colombian Petroleum Company no podrán ser despedidos sino por causales de mala conducta debidamente comprobada, o por las otras causales establecidas en los artículos 62 y 63, o por violaciones en las obligaciones del contrato individual de trabajo, es claro que el Tribunal de Arbitramento violó la Constitución y el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, y desconoció la jurisprudencia sentada por esta Sala en el fallo bancario, según la cual "el régimen legal deja a las partes en libertad para que matengan el contrato mediante su renovación periódica, o para que lo den por terminado".

Glosa luego el recurrente la motivación del laudo en lo relativo a los artículos 2º y 7º del fallo arbitral, estima equivocados los conceptos en ella contenidos, y se refiere finalmente a los preceptos legales que establecen la temporalidad de las convenciones y los laudos, para concluír que extinguido el plazo de duración de unas y otros, las partes recobran su plena autonomía dentro de los términos constitucionales y legales. Sobre el particular cita y comenta los artículos 467, 468, 435, 461, 479 del Código Sustantivo del Trabajo y 2º del Decreto 616 de 1954.

La oposición.

El apoderado del Sindicato de Trabajadores de la Colombian Petroleum Company, Sidelca, se opone a las peticiones de la empresa recurrente y le hace reparos que en síntesis son los siguientes:

En cuanto al concepto de libre empresa, dice que el recurso tiene un fundamento precario, pues habida cuenta del artículo 30 de la Constitución de 1886, que consagró la prevalencia del interés público o social sobre el individual; del artículo 10 del acto legislativo número 1 de 1936, que introdujo la noción de la función social de la propiedad, y del artículo 32 de la Carta vigente que instituye la intervención del Estado en la explotación de las industrias privadas, no se puede alegar la "libertad" en el ejercicio del derecho de propiedad, ni la omnímoda facultad de los empresarios, limitadas hoy por las disposiciones que tienden a proteger al trabajador, no ya en su integridad física y moral, sino en lo que mira a su posición económica inferior a la del patrono, disposiciones que son de orden público constitucional. Y que en materia de derecho laboral resulta ingenuo hablar de "libertad" de contratar, si se tiene en cuenta que el Código de ese ramo impone al patrono obligaciones, encaminadas a defender el contenido del contrato, el cumplimiento de las prestaciones mínimas decretadas por la ley y las que restringen el poder disciplinario del patrono. En torno al arbitraje obligatorio, tras de señalar los aspectos que distinguen a éste de la conciliación, observa el opositor que dentro de su función de paz y de restablecimiento del orden público, los árbitros sólo tienen un límite; los derechos de las partes, de orden constitucional, legal o convencional, por ejemplo el de propiedad, entendido como función social, y los que en general se denominan derechos patrimoniales, que no pueden ser sino los elementos activos y pasivos del patrimonio que presentan el carácter común de tener un sig-

nificado pecuniario, un valor mercantil, ya que los que no admiten una tal avaluación quedan fuera del patrimonio, son extrapatrimoniales: derechos condicionales, relativos y políticos "los gérmenes de derecho —dice—, las posibilidades que no son todavía realidades y las meras esperanzas de derecho, no constituyen derecho propiamente dicho y menos límite infranqueable para los arbitradores".

El artículo séptimo del laudo. La estabilidad.

Refiriéndose a la acusación dirigida contra esta decisión del fallo, niega el opositor que haya sido violado el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que en el momento de proferirse el laudo del 9 de julio de este año, estaba vigente el de fecha 31 de octubre de 1960, que consagró la estabilidad de los trabajadores y la prohibición de despedirlos por causales distintas a las de mala conducta, o a las establecidas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, de lo cual concluye que la Colombian Petroleum Company carecía ya de los derechos que ahora pretende poseer.

Sobre este punto, dice el escrito de oposición:

"La cláusula de reserva no está actualmente pactada en ningún contrato individual de trabajo, ni puede pactarse mientras esté vigente el laudo arbitral de 1960. El vencimiento del plazo presuntivo no puede ser causal para la terminación unilateral del contrato individual de trabajo, por parte del patrono, en tanto rija el laudo arbitral mencionado. Como es obvio, la incorporación de esa disposición en la nueva sentencia colectiva de trabajo no afecta ningún derecho del patrono, porque la Colombian Petroleum Company, como lo he expuesto, no disfruta, ni goza de ninguno de esos derechos y porque tales derechos no son patrimoniales sino relativos y condicionados. Nadie puede perder lo que no tiene.

"Los árbitros de 1960 estipularon la supresión de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo, porque la Colombian Petroleum Company así lo había aceptado previamente, según se explica en la parte motiva de esa sentencia arbitral, que obra en autos. Notificado ese laudo, la Colombian Petroleum Company lo consintió, no interpuso ningún recurso contra esa providencia. No demandó la inexequibilidad, ni nada. Simplemente aceptó la decisión, que, como lo he manifestado, fue adoptada en razón de que la Colombian Petroleum Company había admitido una cláusula igual en un proyecto de convención colectiva elaborado durante ese conflicto. Algo más, según el texto consentido por la Colpet, hacía tiempo que ella había suprimido en la práctica esas causales de terminación unilateral, por parte del patrono, de los contratos individuales de trabajo, por cuanto se afirma que se garantiza la *estabilidad* de los trabajadores en sus puestos y contratos, porque eso responde a lo que "ha sido la política de la compañía". Si la cláusula de reserva y el plazo presuntivo como causales de terminación unilateral de los contratos individuales de trabajo, por parte del patrono, fueran de los derechos a que se refiere el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, tampoco habría lugar a la inexequibilidad, por cuanto la Colpet se desprendió de esos derechos voluntariamente, y no desde ahora, sino desde hace mucho tiempo.

"... ... ...

"Los trabajadores, en el momento de ser proferido el fallo del 9 de julio de este año, y ahora, disfrutaban y disfrutan de la *estabilidad,* esto es, sus contratos individuales de trabajo no pueden ser terminados unilateralmente por el patrono, sino por las causales de los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, por mala conducta debidamente comprobada o por violación de las obligaciones contractuales, según el artículo 7º del fallo arbitral vigente. Con esto, la cláusula de reserva y el plazo presuntivo han sido suprimidos. Si por omisión, el Tribunal de Arbitramento hubiera dejado de reproducir el artículo 7º del laudo de 1960, los trabajadores habrían sido afectados en sus derechos convencionales que tienen un valor que se incorporó a su patrimonio, en vacaciones, jubilación, prima de antigüedad, etc. Toda vez que el laudo arbitral hace las veces de convención colectiva de trabajo es entendido como un pacto celebrado entre las partes, mediante árbitros, se estaría afectando un derecho convencional de los trabajadores. Al respecto dice Cabanellas: "Se entiende por laudo la decisión o fallo que dictan los árbitros o arbitradores; y se denomina sentencia colectiva de trabajo el laudo dictado con carácter forzoso y para poner término a un conflicto laboral colectivo. *Los efectos de la sentencia colectiva son, en parte, muy semejantes a los convenios colectivos; y se supone que los arbitradores sustituyen la voluntad de las partes al determinar las condiciones que han de regir el trabajo*". (Subraya el opositor).

"... ... ...

"La *estabilidad* es un derecho, y no puede ser afectado por un laudo, si está consagrado

convencionalmente. Pero la cláusula de reserva y el plazo presuntivo, antes de pactarse, no constituyen ningún derecho, ni ninguna facultad. Si el trabajador se niega a estipular la cláusula de reserva o el plazo presuntivo, no existen ni la una, ni el otro. Las facultades provienen de la estipulación de cualquiera de esas cláusulas, sea la referente a la reserva o al plazo presuntivo, que no por ser tácita deja de serlo. Con esto quiero decir que la cláusula observada no es un derecho patrimonial del empleador. Tampoco lo es el plazo presuntivo. No son tampoco prerrogativas exclusivas del patrono. Dependen siempre de la aceptación, o del consentimiento del trabajador. Si el trabajador no firma el contrato individual de trabajo, cuando así lo quiera, no hay cláusula de reserva, ni la facultad aludida. Si el trabajador no consiente en que el contrato de trabajo tenga un plazo indefinido prorrogable de seis en seis meses y estipula plazo determinado, tampoco habrá facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo, por parte del patrono, en razón del llamado vencimiento del plazo presuntivo. "Los derechos y facultades a que se refiere el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, no son los relativos y condicionados cuya existencia depende del consentimiento de la otra parte. Se trata de los derechos y facultades exclusivos de alguna de las partes, que existen, y tienen vida y vigor jurídicos por sí mismos, por su propio valer, independientemente de la voluntad de la contra-parte. A esos derechos y facultades alude el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo. De lo contrario, bastaría que los trabajadores se negaran a estipular la cláusula de reserva o el tácito plazo presuntivo, para que se considerara que la actitud del trabajador está afectando los derechos y facultades del patrono, cercenando de ese modo el derecho, ese sí, del trabajador, a pactar o no la cláusula de reserva o el plazo presuntivo. De allí que el laudo arbitral recurrido en su artículo 7º ni aún si careciera de vigencia sobre las actuales condiciones de los contratos individuales de trabajo, podría considerarse que afecta los derechos o facultades patronales. Tanto mas si se considera que la estabilidad es de la naturaleza del contrato de trabajo, ya que es un contrato de 'tracto sucesivo'. El contrato indeterminado constituye la regla y el de plazo fijo la excepción".

Dice, además, que lo relativo a la cláusula de reserva y al plazo presuntivo hace parte de las condiciones de trabajo, materia propia de las convenciones colectivas y, por tanto, de los laudos arbitrales, por lo cual, estando incluídas en el pliego de peticiones la supresión de la cláusula de reserva y el plazo presuntivo, no hay extralimitación alguna de los árbitros en la decisión de ese punto.

Observa también que el caso sometido ahora en homologación a esta Sala es distinto al que fue objeto de la sentencia del 27 de enero de 1961, que desató el recurso interpuesto contra el laudo que dirimió el conflicto colectivo bancario , porque en éste no existía convención anterior que regulara la supresión de la cláusula de reserva y el plazo presuntivo, en orden a garantizar la estabilidad de los trabajadores, y en cambio, en el que ahora se estudia ha venido rigiendo el laudo del 31 de octubre de 1960, que suprimió las respectivas facultades, que dejaron de operar desde entonces en los contratos individuales de trabajo.

Artículo segundo del laudo. Contratistas.

A este respecto observa el opositor que el Código del Trabajo establece una restricción encaminada a proteger la relación jurídica que liga al empresario con el trabajador y a hacer ciertos sus derechos y obligaciones. Que la práctica del intermediario, en cuanto permite al patrono descargar sus obligaciones en otra persona, generalmente sin responsabilidad, y envilecer el salario, tiene especial gravedad en la industria del petróleo, pues anula los efectos de la estabilidad y de las prestaciones de las convenciones colectivas (servicios médicos, casinos, habitaciones, primas de antigüedad, vacaciones, protección a los familiares), que los contratistas no pueden dar por la naturaleza transitoria de los subcontratos que celebran, y además y principalmente, porque dicha práctica conduce a burlar los derechos de la nación vinculados a la reversión de equipos y maquinarias, que si son empleados por contratistas, quedan fuera del alcance de la reversión. Que para combatir este sistema la ley ha establecido la responsabilidad solidaria entre contratistas independientes y patronos. Que el Decreto 284 de 1957 y la Resolución reglamentaria 644 de 1959, no establecen prerrogativas para los empresarios, sino una sanción consistente en imponer a los contratistas las mismas condiciones de salario, prestaciones y estipulaciones convencionales que corresponden a aquéllos. Que el laudo no establece nada distinto de lo que el Decreto y la Resolución mencionados preceptúan, y que en lo tocante al contrato Chaux-Folson, simplemente recuerda su cumplimiento obligatorio en lo que pueda afectar la estabilidad de los trabajadores, haciendo referencia a las cláusulas 12 y 13, que de todas maneras ten-

drían que ser cumplidas. Que lo que dispone el laudo es que no pueden ser realizadas a través de contratistas las actividades de que tratan tales cláusulas, en cuanto impliquen el abandono o enajenación de materiales, maquinarias y elementos de trabajo, objeto de la reversión. Que no se está controvirtiendo el contrato Chaux-Folson ni se ha planteado un conflicto entre la Colombian Petroleum Company y la Nación. Que los árbitros no impusieron nuevas cargas ni obligaciones a la compañía sino que se limitaron a afirmar lo que dice el Decreto 284 de 1957 y a repetir lo que se estableció en los artículos 16, 46, 69, 70, 81 y 112 del fallo arbitral de 1960, de conformidad con los cuales la compañía acepta realizar por sí misma determinadas labores, esto es, que consiente en no contratar con otras personas la realización de esas labores.

Se considera:

I. *El individualismo y la justicia social.*

Sostiene el recurrente que "las reacciones individuales que culminaron en la revolución francesa y en los movimientos ideológicos del siglo XIX", son la fuente e inspiración del derecho contemporáneo, público y privado. Tales reacciones se traducirían en "la plena y absoluta libertad del individuo frente al Estado y frente a los demás ciudadanos", y, como secuela, en el principio de la libre contratación y en el de la intangibilidad de la propiedad privada, sin otras excepciones que las impuestas "por altas razones de conveniencia pública".

Como esta tesis, proyectada al derecho positivo colombiano, está erigida por el recurrente a manera de base o fundamento de su impugnación, no sobra hacer algunas observaciones previas en torno a élla.

Es bien sabido que el documento en que se concretó el ideario de la revolución francesa fue la llamada "declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano", aprobada por la Asamblea Constituyente en agosto de 1789.

Quizá es un lugar común señalar ese documento como una expresión perfecta de la doctrina individualista, doctrina que fue definida por Littré así: "Sistema de aislamiento en la existencia, opuesto al espíritu de asociación; teoría que hace prevalecer los derechos del individuo sobre los de la sociedad".

Pero sobre el concepto mismo de individualismo, después de un largo e intenso debate, no se ha producido acuerdo entre los autores. Y no son pocos los que opinan que no existe insubsanable contradicción entre la declaración y las modernas exigencias sociales. Así, por ejemplo, Del Vecchio encuentra que la interpretación exclusivamente individualista no se acomoda a la verdad. "Si por individualismo —dice— se entiende la elevación jurídica de la persona humana, *la Declaración, no cabe duda, es un monumento individualista por excelencia. La garantía de la libertad de todos los hombres constituye su pensamiento fundamental. Pero nada está tan lejos del espíritu y letra de la Declaración como el concebir al individuo en oposición a la sociedad. El ideal de la Declaración es eminentemente social y jurídico; no atiende a los hombres como seres que existen por sí en su determinación individual, sino que, sobre todo, mira a la* coordinación política *de su igual libertad. Y precisamente para que esa coordinación sea siempre lo mas sólida y profunda posible, no debe ser mecánica, sino racional. El Estado no debe ser la simple expresión potestativa, sino la síntesis jurídica de la Nación, o lo que es igual, ha de tener su base en un principio objetivo, como es el derecho de los individuos que lo componen".*

"..... .....

"Ahora bien; la igualdad jurídica de los ciudadanos, que, juntamente con la libertad, se afirma en el primer artículo de la Declaración, contiene en germen la idea de la justicia social hasta en sus últimas aplicaciones posibles. Muchas de éstas aún no han sido reconocidas, pero yacen ocultas en aquélla".

"Si el sentido próximo de la Declaración consistía en derribar aquellas vallas políticas (las del régimen feudal) que se oponían a toda manifestación normal de la conciencia pública, después de vencido aquél primer obstáculo no había de tardarse en comprender que el equilibrio económico también pertenecía al intento esencial de la revolución; y que los nuevos principios que habían determinado la nueva situación política, del mismo modo, contenían la indicación generalísima de una nueva situación social".

"..... .....

"Lo ocurrido fue que, realizada una primera revolución jurídica y económica, se formó una nueva malla de intereses bastante fuerte para resistir las presiones hacia nuevas y más radicales reformas... Los que ven en la Declaración de los Derechos un obstáculo para las más amplias reformas sociales que en nuestra época se presentan como necesarias o deseables, tam-

bién cometen el general error que al principio hemos apuntado. Confunden los hechos que inmediatamente siguieron a la Declaración (especialmente el régimen económico que sucedió al feudal), con la interpretación consiguiente y definitiva de ella". (Los Derechos del Hombre y el Contrato Social, páginas 117 y ss.).

En la cuna misma del histórico documento no se ha tenido siempre del individualismo una concepción extrema y reaccionaria, y es así como allí, precisamente se han cumplido en todos los órdenes audaces avances institucionales, sin que haya sido necesario abjurar de él. Al contrario, se advierte que en la Constitución de 1958, Francia expresa su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, "confirmados y completados por el preámbulo de la Constitución de 1946". Y ésta enuncia, entre otros, los siguientes principios:

"Toda persona tiene el deber de trabajar y el derecho a obtener un empleo. Nadie podrá ser lesionado en su trabajo o en su empleo por sus orígenes, opiniones y creencias.

"Toda persona puede defender sus derechos y sus intereses, por la acción sindical y adherirse al sindicato de su elección.

"El derecho de huelga se ejercerá dentro del cuadro de las leyes que lo reglamenten.

"Todo trabajador participará, por intermedio de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo, como también en la gestión de las empresas.

"Todo bien o empresa cuya explotación tenga o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, deberá convertirse en propiedad de la colectividad.

"La Nación garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de su salud, la seguridad material, el reposo y las comodidades. Todo ser humano que en virtud de su edad, estado físico o mental o situación económica, se hallare incapacitado para el trabajo, tendrá derecho a obtener de la colectividad medios convenientes de existencia".

La V República francesa ha efectuado, pues, una aproximación de los Derechos del Hombre, según se entendían en 1789, a raíz de la caída del feudalismo, con los que se le reconocen actualmente, que se fundan en la protección del trabajador y de su familia y en el respeto a sus asociaciones gremiales o profesionales.

Es claro que no puede desconocerse que durante algún tiempo la malla de fuertes intereses opuestos a las reformas progresistas, a la que alude Del Vecchio, deformó el espíritu de la Declaración de 1789 y la encauzó hacia el abuso y la opresión por parte de las nuevas clases que detentaron el poder político y económico.

Fue así como inicialmente se impuso un concepto excesivamente cerrado del derecho de propiedad; se otorgó a los patronos el privilegio conforme al cual, en caso de falta de prueba sobre pago del salario, se debería estar al dicho de aquéllos; se prohibió formar asociaciones de trabajadores; se calificó la huelga como delito, etc., etc.

Mas, desde el mismo siglo XIX se inició en Francia la necesaria rectificación doctrinaria, que se ha acentuado en el presente.

Y la evolución ha sido de tal manera profunda, que le ha permitido a Savatier esbozar su tesis del desplazamiento del Derecho Privado hacia el Derecho Público, tomando pie en las numerosas leyes y reglamentaciones dictadas en los últimos años con relación a las personas, los bienes y la responsabilidad civil.

"La libertad —anota el eminente profesor de la Facultad de Derecho de Poitiers— es el primer atributo del hombre. No constituye por sí misma un fin, sino apenas un medio puesto a disposición de la persona humana para realizar su misión dentro de la sociedad y el país en que vive. Las relaciones del hombre con la sociedad nacional de que hace parte, son del dominio del derecho público.

"La propiedad no es ya el derecho de darse no importa qué satisfacción, aún la de destruír a su antojo los bienes de los cuales se es propietario: la propiedad, es también, para el propietario, un servicio público; el propietario debe obrar de tal manera que su propiedad cumpla un determinado papel, no solamente en su interés, sino en el de la sociedad.

"Y, de igual manera, los contratos no son ya los libres acuerdos de dos voluntades individuales, sino que se integran en la red de la vida social. Los contratos de venta, de compra, de arrendamiento, de mandato, de transporte, concurren todos a cimentar la arquitectura general en que se apoya la vida de la Nación. Y si esta tiene necesidad de mayores restricciones en horas de crisis o de guerra, los contratos adquirirán una significación más social aún; cada contrato estará dirigido a manera de aporte individual al interés social".

"Si, pues, se da al hombre la soberanía sobre los bienes de que es propietario; si se le per-

mite... celebrar con quien a él le plazca los contratos cuyo contenido juzgue bueno, no es exclusivamente en halago de su fantasía. Es también para contribuír, por esa vía, al interés general de la sociedad. De este modo el derecho privado, el derecho civil, va a fusionarse inevitablemente con el derecho público". (Del Derecho Civil al Derecho Público, páginas 7 y 8).

Anteriormente Duguit había sistematizado la doctrina de la propiedad función social, doctrina que, si bien desde un ángulo distinto, preconiza asimismo la Iglesia, como aparece, por ejemplo, de la Encíclica "Mater et Magistra" del sabio Pontífice Juan XXIII:

"...al derecho de propiedad privada sobre los bienes —dice la Encíclica—, le es intrínsecamente inherentes una función social... En nuestro tiempo, tanto el Estado como las entidades de derecho público han extendido y siguen extendiendo el campo de su presencia e iniciativa; pero no por ésto ha desaparecido, como algunos erróneamente se inclinan a pensar, la razón de ser de la función social de la propiedad privada: puesto que ella surge de la naturaleza misma del derecho de propiedad".

La influencia del espíritu democrático sobre el derecho moderno, fenómeno registrado y comentado tan brillantemente por Georges Ripert (El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno), no se ha circunscrito a Francia. El extraordinario poder de irradiación de su pensamiento, ha provocado en muchos otros países una transformación legislativa orientada hacia el predominio del interés social, sin mengua desde luego de la libertad ciudadana en el orden político y de la igualdad de derechos civiles, mas no ya en el mero campo de la teoría sino en la propia realidad, acudiendo, cuando es necesario, especialmente en la órbita de las relaciones económicas, al amparo del débil contra el fuerte, al mecanismo del desigual tratamiento de uno y otro para obtener su igualdad efectiva.

Colombia, que al nacer a la vida independiente recibió el aliento vital de la "Declaración de los Derechos del Hombre", no ha escapado ni podía escapar al influjo renovador o, por mejor decirlo, actualizador de aquellos principios.

La Carta de 1886, como lo recuerda el opositor al presente recurso, dispuso que en determinadas circunstancias el interés privado debía ceder al interés público. Y más tarde, el artículo 10 del acto legislativo número 1 de 1936 agregó como motivo de prevalencia sobre aquél, el interés social, y, lo que es mas importante, asignó a la propiedad una función social.

El mismo acto legislativo número 1 de 1936, en su artículo 9º, le introdujo una importante modificación al artículo 19 de la Constitución de 1886, relativo a la misión esencial de las autoridades.

El precepto reformado dice así:

"Las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". *(Se subraya).*

Específicamente en materia laboral, este acto consagró los dos siguientes preceptos:

"El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado". (artículo 17).

"Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio". (Artículo 20, inciso segundo).

Luego, el acto legislativo número 1 de 1945, en su artículo 4º, estableció que "el Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho". *(Se subraya).*

Así, pues, frente a los indicados mandatos de la Carta fundamental, no resulta exacta la tesis de que en ella sólo tienen resonancia las "reacciones individuales" de que habla el impugnador. La verdad es que, al contrario, nuestra Constitución ha acogido ya en buena parte el fuerte espíritu social, ese sí característico del derecho contemporáneo.

Y en el orden legislativo, aparte de numerosas normas civiles, bastaría citar el llamado Código Sustantivo del Trabajo como una clara demostración de los progresos alcanzados en ese mismo sentido.

Hechas las anteriores observaciones, pasa la Sala a examinar las acusaciones concretas que formula el recurrente.

II. *Los poderes de los árbitros en los conflictos colectivos.*

El extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y esta Sala de la Corte, en algunas sentencias de homologación, han comparado la actividad de los árbitros a la de los jueces ordinarios, cuando los primeros se ven abocados a la decisión de aspectos jurídicos de los conflictos colectivos.

Y en verdad hay cierta afinidad en sus funciones. Los árbitros interpretan y aplican, respecto de tales cuestiones, normas preexistentes, a la manera en que lo hacen los jueces.

Mas ocurre que a los árbitros de los llamados Tribunales Especiales les está atribuída la solución de asuntos que son esencialmente de carácter económico y social, aunque a veces involucren especies jurídicas. A los jueces ordinarios, en cambio, les está adscrito el conocimiento y decisión de controversias relativas a intereses privados o individuales. Sus fallos tienden simplemente a hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustantiva a los sujetos de esos intereses.

A los Tribunales especiales de arbitramento les compete una misión extraña a los jueces: la de establecer equitativas condiciones de trabajo en un determinado sector de la industria o el comercio, en los casos en que ello no se haya logrado total o parcialmente en arreglo directo o en conciliación.

De otra parte, el conflicto colectivo no está subordinado al formalismo del procedimiento; no hay un sistema de ataque o defensa ni rige el principio de contradicción probatoria. En la etapa de arbitramento, como en las que le preceden, se justiprecian oficiosamente, por decirlo así, las demandas de los trabajadores, y se ha de buscar no el triunfo de los empleadores sobre los empleados o viceversa, sino al contrario, una fórmula de entendimiento, de común provecho para unos y otros, y necesaria para asegurar el bienestar social.

Los árbitros representan un nuevo tipo de juzgadores distinto a los ordinarios, con facultades más elásticas y con fines más prácticos desde el punto de vista de la realidad social.

Refiriéndose a este tema, Krotoschin alude a la observación que se ha hecho, según la cual "el influjo de los tribunales judiciales en general ha pasado ya por su cenit y su importancia se desvanece poco a poco en la vida social".

Y añade, coincidiendo con Arnold:

"Los métodos arbitrales (estatales) o administrativos para solucionar los conflictos colectivos de trabajo, prescindiendo muchas veces de su carácter teórico de conflictos jurídicos o de conflictos de intereses, ha hecho reaparecer, lo que quizás se pudiera llamar el viejo sistema bicéfalo representado por la distinción entre derecho estricto y equidad. El primero simboliza el derecho que está por encima del gobierno. La equidad, en cambio, es símbolo de eficaz encauzamiento de los intereses en conflicto, aunque sea a costa de no respetar las formas jurídicas tradicionales. Es el principio inherente, más propiamente, al Estado, garante de la justicia social". (Cuestiones Fundamentales de Derecho Colectivo del Trabajo. Ernesto Grotoschin, páginas 16 y 18).

Entre nosotros el arbitramento obligatorio está instituído únicamente para las empresas de servicio público.

Ahora bien: si a una empresa se la declara de servicio público es porque se la considera vital para toda la comunidad, y en tal evento se impone a quienes de ella hacen parte, ya sean patronos o trabajadores, un comportamiento especial: ni éstos pueden acudir a procedimientos coercitivos, como la huelga, para ejercer presión en favor de sus aspiraciones, ni, en compensación, aquéllos tienen libertad para tomar medidas que, por conducir a una peligrosa hostilidad interna, entorpezcan la prestación regular del servicio, en perjuicio de los usuarios y en desmedro de la armonía obrero-patronal.

Por ello, en el arbitramento obligatorio, los árbitros, al decidir el aspecto jurídico de los conflictos colectivos conforme a las reglas de derecho, no pueden menos que referirlas y adaptarlas a las peculiares circunstancias del medio en que actúan. Deben, por ejemplo, considerar los antecedentes del conflicto, la evolución que hayan tenido las relaciones de las partes en la respectiva empresa, los usos imperantes en ésta, los beneficios alcanzados anteriormente por los trabajadores, etc.

III. *Efecto jurídico y vigencia de los laudos.*

El fallo arbitral, como la convención colectiva, a la cual está asimilado, fija las condiciones que regirán en los contratos de trabajo durante su vigencia, que no puede exceder de dos años, al cabo de los cuales, o bien se prorroga automáticamente por períodos sucesivos de seis en seis meses, si no interviene denuncia oportuna, o bien planteada la denuncia, continúa vigente hasta tanto se firme una nueva convención o se expida un nuevo laudo en lo que fuere pertinente (Ver el artículo 14 del Decreto 616 de 1954, que modifica el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo).

Quiere, pues, la ley que haya continuidad en la normación de las condiciones generales de trabajo, y, en consecuencia, la manifestación de cualquiera de las partes, o de ambas, en el sentido de dar por terminado un laudo o una convención

colectiva, envuelve la de promover inmediatamente un acuerdo que reemplace al anterior.

No se trata, por tanto, de una ruptura de relaciones sino apenas de una revisión de las que han venido practicándose, para atemperarlas a las necesidades sobrevinientes de los trabajadores o de la empresa.

Dadas las particularidades de nuestro régimen legal, el hecho de que, en arreglo directo o en conciliación, haya sido imposible el acuerdo sobre determinadas peticiones, no tiene como efecto includible, en los servicios públicos, el retorno a la libre estipulación individual de las condiciones de trabajo. Ante ese hecho crítico el Ministerio del ramo convoca Tribunal Especial de Arbitramento para que regule colectivamente los puntos que no hayan sido resueltos en aquellas etapas. El Tribunal deberá aplicar entonces la equidad a los de naturaleza económica, y la ley, además, a los de índole jurídica. Pero si respecto de éstos últimos se limita a conservar condiciones ya concedidas o consentidas en la convención colectiva o el laudo que se trata de reemplazar, sería ilógico atacar esa decisión con el argumento de que se violen derechos actuales. En tales circunstancias desaparece, en cierta manera, el interés para ejercitar el recurso de homologación.

Por lo demás, en la doctrina foránea, aún en la que sostiene que la cesación de la convención colectiva automáticamente deja sin efectos las condiciones de trabajo anteriores, se admite la supervivencia de algunas cláusulas, como las que organizan las instituciones de retiro, las que imponen la obligación de no concurrencia o las que garantizan la conservación de sus cargos a los antiguos asalariados de la empresa. (Ver Paul Durand, Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo III, página 575).

IV. *Contratistas.*

El recurrente ataca el artículo segundo del laudo por el doble concepto de extralimitación de funciones y de quebranto de la Constitución y la ley.

a) *Extralimitación de funciones.*

Afirma que el Tribunal de Arbitramento extralimitó el ámbito de sus facultades porque los trabajadores no pidieron la incorporación al laudo arbitral de un contrato celebrado entre el Estado colombiano y la compañía.

El punto segundo del pliego de peticiones dice:

"La compañía se compromete, en lo sucesivo, a no emplear trabajadores ocasionales, y suspender definitivamente el sistema de realizar las labores propias de la industria por el sistema de contratistas, y en consecuencia se obliga a asumir directamente la realización de las labores esenciales y propias de los ramos industriales de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos, labores éstas que corresponden a la enumeración y relación contenidas en la Resolución 644 de 1959 dictada por los Ministerios de Trabajo, de Minas y Petróleos".

La petición se dirige a excluír el sistema de contratistas para todas *las labores propias de la industria* y también a que la compañía asuma directamente la realización de ellas, remitiéndose a las que enumera y relaciona la Resolución 644 de 1959, la cual es tan minuciosa que difícilmente puede darse una actividad de la industria del petróleo que no esté contemplada allí.

Ahora bien, es evidente que las cláusulas doce y trece del contrato Chaux-Folson, aprobado por la Ley 80 de 1931, versan sobre labores o actividades que en su mayor parte cabrían dentro de las que enumera la Resolución 644 de 1959, y por tanto podía, en principio, extenderse la prohibición de realizar por medio de contratistas la ejecución de esas labores, con base en la petición segunda del pliego. De otro lado, es indiscutible que la compañía está obligada al cumplimiento de las citadas cláusulas como de las demás del contrato, aunque no lo haya solicitado así el sindicato. Pero, aparte de que el laudo envuelve por este aspecto una limitación que no fue impuesta en el de 1960, *resulta extraña a la misión de los árbitros y ajena a las necesidades directas de los trabajadores, el tomar medidas conducentes a hacer factible tan solo la integridad de la reversión, porque, a pesar del celo patriótico que revela esta disposición del Tribunal de Arbitramento, no correspondía a él, sino que es atribución propia del Gobierno, por conducto de las autoridades del ramo, impedir la violación de los compromisos adquiridos por la compañía en el contrato Chaux-Folson, sin perjuicio, desde luego, de que el sindicato o cualquier ciudadano que tenga conocimiento de un hecho o acto que de algún modo afecte los intereses nacionales, lo denuncie oportunamente a quien corresponda.*

Por esta breve consideración, la Sala se abstendrá de homologar el artículo segundo, inciso tercero, del laudo acusado, en la parte en que dice: "ni las mencionadas en las cláusulas XII y XIII del contrato Chaux-Folson, cuya realización a través de contratistas implique abandono o enajenación de materiales, maquinarias y elementos de trabajo, objeto de la reversión".

Mas entiende esta corporación, y lo declara expresamente aunque es obvio, que las actividades de que tratan las cláusulas doce y trece mencionadas, sólo podrán ser contratadas por la empresa con sujeción a la Constitución, a las leyes, a los contratos celebrados por dicha empresa con la Nación y a las convenciones colectivas y laudos vigentes.

Está fuera de lugar la acusación del recurrente en cuanto afirma que se violan las normas del Código Judicial que asignan a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de las controversias surgidas de los contratos celebrados por el Gobierno, pues en modo alguno dispone el laudo que esa clase de controversias no sea de competencia de la Corte. Las Comisiones de Conciliación y Arbitraje establecidas en el artículo segundo, sólo reciben el encargo de resolver las diferencias que se deriven de la aplicación del Decreto 284 de 1957 y de la Resolución reglamentaria 0644 de 1959, las cuales prescriben que los trabajadores de los contratistas gozarán de los mismos derechos y prestaciones establecidas en el laudo, para los trabajadores de la empresa.

Acerca de las disposiciones que han impuesto a la empresa la obligación de prestar directamente los servicios que aquellos señalan, se observa:

El artículo 16 del laudo de 1960, propuesto con algunas modificaciones como punto 9º del último pliego de peticiones, se aceptó en arreglo directo según el Acta número 43 y está recogido en el artículo 11 del laudo de 1963.

El artículo 45 del laudo de 1963, propuesto como punto 25 del pliego de peticiones fue aceptado por las partes, en arreglo directo, según consta del Acta número 45, en forma igual al texto del artículo 46 del laudo de 1960.

Los artículos 69 y 70 del laudo de 1960 fueron objeto, en lo fundamental, del punto 49 del pliego de peticiones de 1962. Sobre esta materia no hubo arreglo directo ni conciliación, pero el Tribunal de Arbitramento los reprodujo, respectivamente, en los artículos 71 y 72 del laudo actual.

Los artículos 81 y 112 del laudo de 1960, propuesto el primero como punto 52 y el segundo como punto 89 del pliego de peticiones de 1962, tampoco fueron resueltos en arreglo directo ni en conciliación. El laudo de este año los reproduce, en su orden, en los artículos 83 y 112.

De consiguiente, los artículos 11 y 45 sí tuvieron aceptación explícita por parte de la empresa y los restantes son reproducción de las disposiciones del laudo de 1960, que fue consentido por la recurrente.

b) *Violación de la Constitución y las leyes.*

El laudo no desconoce la propiedad privada de los bienes de la empresa ni vulnera ninguno de los derechos adquiridos por ella con justo título, ni menos consuma una expropiación, ni consagra la intervención del Estado (que no es parte en este negocio), en la explotación de la industria del petróleo que lleva a cabo la Colombian Petroleum Company.

Tampoco limita la libertad de contratar con intermediarios, respecto de actividades distintas a las que la propia empresa ha aceptado prestar directamente, de acuerdo con los artículos pertinentes de los laudos de 1960 y 1963.

En cuanto a esa libertad, no es exacto que los empleadores, y menos los que prestan un servicio público, puedan ejercerla como a bien lo tengan, sino, al contrario, sometidos a las restricciones que las leyes laborales establecen, en desarrollo, precisamente, del artículo 32 de la Carta que ordena "dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho".

Una de estas restricciones está contenida en el Decreto extraordinario número 284 del 7 de noviembre de 1957, de conformidad con la cual los trabajadores de los contratistas independientes en los ramos de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos, "gozarán de los mismos salarios y prestaciones a que tengan derecho los de la empresa beneficiaria en la respectiva zona de trabajo, de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales".

Luego la Colombian Petroleum Company, dedicada a los mencionados ramos, cuandoquiera que ocupe a contratistas independientes, debe responder de que las normas a que se ha hecho referencia, tengan cumplido efecto, como bien lo exige el artículo segundo del laudo acusado.

La Resolución reglamentaria número 0644 del 24 de junio de 1959, indica cuáles son las labores propias y esenciales de la industria del petróleo a que se extiende la obligación, para los contratistas independientes, de dar a sus trabajadores el tratamiento de igualdad que ordena el decreto reglamentado.

A esa clase de labores pertenecen las contempladas en los artículos 16, 46, 69, 70, 81 y 112 del laudo de 1960, que corresponden a los artículos 11, 45, 71, 72, 83 y 112 del actual.

Por lo que hace a los artículos 669 del Código Civil, que define el derecho de propiedad, 15, 16 y 1602, ibídem, que tratan, sucesivamente, de la renuncia de los derechos conferidos por las leyes,

de la prohibición de derogar por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres y del efecto de ley que para los contratantes tienen los convenios que celebren legalmente, observa esta Sala que a virtud del artículo 30 de la Constitución, que asigna a la propiedad una función social, se ha operado entre nosotros la relativización de la propiedad privada, "en el sentido de que ha cesado de ser un derecho absoluto, esto es, jurídicamente inexpugnable, tal como lo consignaba primitivamente nuestro Código Civil", según lo sostuvo la Corte en sentencia de Sala Plena del 10 de marzo de 1938.

Ya no es posible disponer de la propiedad como a bien se tenga, sino que su uso y goce debe sujetarse al imperativo de las necesidades y conveniencias sociales, conforme a la ley.

Así, por ejemplo, las empresas de servicio público no pueden suspender ni paralizar labores sino mediante permiso del Gobierno, el cual, cuando se presenta de hecho la suspensión, está autorizado para asumir la dirección de aquéllas y tomar todas las providencias necesarias para restablecer los servicios suspendidos y garantizar su mantenimiento, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 464 y 465 del Código Sustantivo del Trabajo.

La regla general, con mayor razón en materia laboral, no es tanto la de que puede hacerse todo lo que no esté prohibido, sino la de que solo se permite aquello que consulte las necesidades sociales y "la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores", como lo proclama el artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo.

Igual cosa ocurre con la estructuración del contenido del contrato de trabajo, que ya no resulta del libre juego de la voluntad de las partes, sino que, dado el carácter de orden público que revisten las normas de trabajo, las estipulaciones deben convenirse "dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social", y se entienden incorporadas en ellas, además de las normas vigentes en el momento de celebrarse el contrato, las que se consagren en posteriores leyes y convenciones o pactos o fallos arbitrales, en cuanto sean más favorables al trabajador.

De lo expuesto, se llega a la conclusión de que el artículo segundo del laudo acusado no viola el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 30 y 32 de la Constitución Nacional; 669, 15, 16 y 1602 del Código Civil, y el Decreto extraordinario 284 de 1957 y la Resolución 0644 de 1959. Por lo tanto, se le declarará exequible, menos en la parte de atrás indicada, relativa a las cláusulas XII y XIII del contrato Chaux-Folson.

V. *La estabilidad - Artículo séptimo del laudo.*

Pide el recurrente que se declare inexequible esta decisión del laudo, por ser contraria al artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 30 y 32 de la Constitución; 48 del Código Sustantivo del Trabajo y 61 *ibídem*, en su literal g).

Sobre este punto, en la exposición de motivos del laudo, se hacen las siguientes anotaciones:

"Como todos sabemos el problema de la estabilidad de los trabajadores en sus empleos es uno de los de mayor actualidad en el mundo laboral. A conseguirla se orientan hoy todos los esfuerzos del proletariado. Los trabajadores entienden que sin esa estabilidad su 'seguridad de poder trabajar', que es a la vez, 'la seguridad del salario' correspondiente, no está garantizada. Los empleadores, en cambio, temen que esa estabilidad restrinja el poder que tienen de manejar sus establecimientos con total libertad. Al respecto es conveniente observar que la estabilidad no afecta el derecho del empleador a disminuír o a aumentar el personal, sino que limita su derecho a despedir, en el caso individual, al trabajador, cuando no medie justa causa.

"El problema, estudiado a fondo, es muy espinoso y tiene sostenedores en pro y en contra, muy brillantes por cierto. Algunos hablan del empleo como "forma de propiedad" (Pérez Botija, Antonio Núñez Samper, Deveali); otros sostienen "que el reconocimiento de la propiedad del empleo está dentro de la línea de una evolución que tiende a crear nuevos derechos de propiedad, fundados en el trabajo, mediante una transformación de antiguos derechos obligatorios en derechos reales", como Paul Durand, y no falta quienes con gran sentido de justicia consideren que el derecho al empleo es una de las consecuencias lógicas del derecho a la vida. Sin embargo, la posición que cada cual asuma frente a este problema inquietante, dependerá de su convicción política, social y económica, y a veces religiosa.

"Para el caso que nos ocupa el derecho a la estabilidad de los trabajadores de la Colombian Petroleum Company presenta una faceta distinta. Se discute si un Tribunal de Arbitramento puede o no establecer un régimen de esta clase. El anterior Tribunal, cuyo laudo sustituye el presente, integrado por prestigiosos profesores

de Derecho del Trabajo, como los doctores Blas Herrera Anzoátegui y Alejandro Córdoba Medina, entre otros, reconoció la relativa estabilidad de que hoy gozan los trabajadores de la Colombian y que nosotros mantenemos sin variación de ninguna especie en este laudo. En esa ocasión se discutió también si el Tribunal tenía facultades para pronunciarse o no sobre estabilidad. Para mayor ilustración de todos es conveniente reproducir lo que se consignó en el fallo de ese entonces:

" 'En el seno del Tribunal han surgido discrepancias de carácter doctrinal atinentes al problema de si mediante una decisión arbitral puede imponerse a la parte patronal la obligación de prescindir de lo que parece ser una facultad concedida por la legislación colombiana para terminar unilateralmente la relación laboral, cuando al celebrarse los respectivos contratos se conviene expresamente tal reserva' ".

" 'Dos criterios contradictorios han surgido sobre la materia de que ahora se trata, respaldados ambos por la autoridad de tratadistas que difieren en cuanto al ámbito jurisdiccional de los laudos arbitrales. Para algunos de éstos, Krotoschin entre otros, el Tribunal de Arbitramento está ante un conflicto de esta naturaleza en la misma posición que el propio legislador y tanto a través de estas decisiones, como de las convenciones colectivas puede afectarse la situación que tenían las partes al momento de estallar un conflicto o huelga' ".

(Véase Instituciones de Derecho del Trabajo, Tomo I, página 240).

" 'Por su parte el profesor Alberto Trueba Urbina, en su obra Derecho Procesal del Trabajo, recuerda que la Corte Suprema de Justicia de México, ha admitido que la resolución que se dicte en un proceso de orden económico, en el que se reconozca la existencia de un desequilibrio entre los factores de la producción debe retrotraerse al instante en que se produjo ese desequilibrio' ".

" 'Sin embargo, contra lo anterior puede argüirse que, según la legislación laboral colombiana los fallos arbitrales no pueden afectar derechos reconocidos en la Constitución, en la ley o en las cláusulas contractuales para alguna de las partes. Acaso esta argumentación puede, a su turno, rebatirse con la consideración de que la teoría de la invulnerabilidad de los derechos adquiridos sólo tiene aplicación cuando se trata de derechos patrimoniales' ".

" 'En tales circunstancias, parecería extraño que si el Tribunal tiene conocimiento de las tesis controvertidas a que someramente acaba de aludir decida, como habrá de decidir en la parte preceptiva de este laudo, que la estabilidad de los trabajadores de la Colombian Petroleum Company quede respaldada por la prescindencia de la cláusula de reserva como medio de terminar unilateralmente los contratos de trabajo' ".

" 'Mas lo que ocurre es que si en el terreno simplemente especulativo puede resultar discutible la facultad del Tribunal para adoptar una determinación de tan vastos alcances, en el caso concreto de autos ella encuentra razonable justificación en las siguientes razones: Ya se relató en la primera parte de esta sentencia cómo en virtud de la invitación formulada por el señor Ministro del Trabajo se constituyó una Junta encargada de proyectar ad-referendum una nueva convención colectiva para las partes. Y que de esa Junta hicieron parte un alto funcionario de la compañía, el Superintendente de Relaciones Industriales, que tuvo su representación al menos para tratar, en su nombre, ante las autoridades oficiales' ".

" 'Ahora bien: el artículo 8º de aquella proyectada convención quedó concebido en los siguientes términos: 'Esta Convención garantiza la *estabilidad* de los trabajadores en sus respectivos contratos y puestos, como ha sido la política de la compañía; y, por lo tanto, no podrán ser despedidos sino por causales de mala conducta debidamente comprobada, o por las otras causales establecidas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, o por violaciones en las obligaciones del contrato individual de trabajo' ".

" 'Las diferencias que ocurran sobre la interpretación de lo aquí estipulado serán dirimidas por las Comisiones de Conciliación y Arbitraje de que trata esta Convención' ".

" '*Parágrafo.* Quedan excluídos de este artículo los empleados que ocupan cargos de confianza, tales como superintendentes, jefes y subjefes de campo, pilotos, copilotos, médicos, ingenieros, geólogos, cajeros, pagadores' ".

" 'De modo que ante la situación que se describe, el Tribunal ha estimado que toda consideración simplemente jurídica cede el paso a la cuestión objetiva que aquí contemplamos. Porque aunque es cierto que se hizo la salvedad anteriormente transcrita, o sea la de que el proyecto de convención sólo sería obligatorio para la compañía si en su integridad fuera acogido por el sindicato, no encuentra el Tribunal que esa advertencia tenga fuerza suficiente para desconocerle toda validez a la cláusula en la forma condicio-

nada en que fue aceptada. Porque la circunstancia de que no se cumpliera ese condicionamiento no puede hacer desaparecer de la historia de este proceso el hecho de que en un momento dado la compañía consideró aceptable prescindir en sus despidos de la modalidad específica que implica el ejercicio de la cláusula de reserva' ''.

''A lo transcrito anteriormente, por su claridad, no es menester agregar nada. Queda en pie, sí, un hecho importante: la relativa estabilidad de que hoy gozan los trabajadores de la Colombian fue concedida por la empresa. Sobre esto no puede haber duda alguna. Por el contrario, la que pudo existir hace un tiempo, ha quedado despejada: la empresa no homologó el laudo de 1960, como debió haberlo hecho, si en su sentir afectaba derechos que le reconocían la Constitución o las leyes del país. Esta circunstancia, que no puede dejarse de considerar, está probando hasta la saciedad que la Colombian estableció un régimen de estabilidad, que hoy ampara a sus trabajadores. No cree este Tribunal, tampoco, que hoy pueda sentirse esa compañía perjudicada por lo que ayer consintió''.

Se considera:

Violación de los artículos 30 y 32 de la Constitución. *Son pertinentes al caso las mismas consideraciones que se hicieron en torno a estos preceptos, al examinar el cargo anterior. A ellas podría agregarse la que formuló esta Sala en la sentencia sobre homologación bancaria del 27 de enero de 1961, en el sentido de que la Constitución no se ocupa de ninguna de las dos Instituciones (se refería a la cláusula de reserva y al plazo presuntivo) y de que la supresión de la una o del otro no desconoce el derecho de propiedad.*

La violación del artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo y del literal g) del 61 ibídem. *El artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 1º del Decreto 616 de 1954, dice:*

''En los contratos de duración indeterminada o sin fijación de tiempo, las partes pueden reservarse la facultad de darlos por terminados en cualquier tiempo, mediante preaviso o desahucio notificado por escrito a la otra parte con un término no inferior a cuarenta y cinco (45) días, previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. El patrono puede prescindir del preaviso pagando los salarios correspondientes a cuarenta y cinco (45) días. La reserva de que se trata sólo es válida cuando se consigne por escrito en el contrato de trabajo''.

Así, pues, la facultad o el derecho de dar por terminado el contrato de trabajo, en cualquier tiempo, por decisión unilateral, sin manifestación o motivo, que es lo que en esencia constituye la ''cláusula de reserva'', se genera directamente en el contrato. La ley se limita a determinar las condiciones en que puede ejercerse esa facultad o derecho para que tenga validez la correspondiente estipulación que, desde luego, debe ser obra auténtica del libre consentimiento de las partes.

Podría decirse que la cláusula de reserva vale en definitiva porque está incluída en un contrato que se supone libre y espontáneamente acordado y consentido. Pero considerado el problema desde este punto de vista, la cláusula de reserva no es distinta de cualquiera de las otras cláusulas del contrato de trabajo, por ejemplo de la que fija el salario o de las que establecen los períodos de pago, etc. Todas ellas están subordinadas a la aceptación que les den las partes.

La disposición legal que trata de la mencionada cláusula se explica como norma especial, no porque le atribuya efecto jurídico a una estipulación contractual, pues todas lo tienen, aún en cierto modo las llamadas ''ineficaces'', sino porque regula los requisitos formales de su validez e introduce una excepción al artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo.

Es obvio que cuando las partes han expresado su voluntad en el sentido de reservarse la facultad de poner término al contrato en cualquiera tiempo y sin manifestación de motivo, emerge en favor de cualquiera de ellas el derecho a hacer uso de ese medio especial de extinción del contrato.

A contrario sensu, *si las partes no han estipulado la cláusula de reserva, no cabe hablar de derecho o facultad en esa materia.*

Así, pues, vistos el texto y el alcance del artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 1º del Decreto 616 de 1954, es claro que los árbitros, cuya misión es la de regular colectivamente las condiciones de trabajo, consultando la conveniencia y los derechos de ambas partes, no podían disponer que, por el camino de la negociación individual, la empresa estipulara la cláusula de reserva sin el consentimiento de los trabajadores bajo su dependencia, que la repudian por considerarla perjudicial a sus intereses.

Y como no se trata de que se prohiba a uno de los contratantes hacer uso de la cláusula de

reserva ya pactada, la acusación por quebranto de dicho artículo carece de fundamento y, consecuencialmente, la que se refiere al ordinal g) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, como sugiere el opositor, las facultades o derechos a que se refiere el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, son los que tienen origen en la ley y valen por sí mismos, independientemente de la voluntad conjunta de las partes. Por ejemplo: el derecho de los trabajadores a presentar pliego de peticiones; el derecho de los trabajadores y los patronos a afiliarse a un sindicato, etc. O bien los que se desprenden de la naturaleza misma del contrato laboral, como la potestad del patrono de dar órdenes e instrucciones a los trabajadores en lo atinente a la ejecución del mismo contrato.

Por tanto, la decisión arbitral que se estudia no es contraria a los preceptos constitucionales y legales señalados por la empresa recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley, *resuelve:*

Primero. No es exequible el artículo segundo, inciso tercero del laudo acusado, en la parte que dice: "ni las mencionadas en las clásulas doce y trece del contrato Chaux-Folson, cuya realización a través de contratistas implique abandono o enajenación de materiales, maquinarias y elementos de trabajo, objeto de la reversión".

Segundo. Este laudo se homologa en lo demás.

Copia de la presente providencia y del fallo arbitral objeto del recurso se remitirán al Ministerio del Trabajo.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., con salvamento de voto, *Luis Fernando Paredes A., Luis Gómez Moreno,* Conjuez, *Vicente Mejía Osorio,* Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ROBERTO DE ZUBIRIA C.

Pongo a salvo mi voto en este asunto que, en mi concepto, debió ser de inexequibilidad parcial del fallo acusado por el extremo de haberse violado por éste los artículos 458 del Código Sustantivo del Trabajo y el 143 del Código Penal del Trabajo, en relación con los artículos 48 y 61, ordinales a) y g) del primero de los Códigos citados, por cuanto el laudo arbitral parte de la apreciación errónea de que el patrono no puede dar por terminado el contrato de trabajo en uso de la cláusula de reserva, y no lo extingue el advenimiento del plazo presuntivo.

Establece el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, que el fallo arbitral no puede desconocer derechos o facultades de las partes, reconocidas en la Constitución, la ley o las convenciones vigentes.

En este aspecto la Sala se ha limitado a rectificar la jurisprudencia que estimo admisible, sustentada en la sentencia de fecha 27 de enero de 1961 y que fue proferida en la tan conocida homologación bancaria.

Dijo en ese entonces la Corte:

"...Si las partes tienen facultad para prescindir de la cláusula y el plazo, la afirmación no demuestra que de ella gocen también los árbitros. En capítulo anterior de este fallo se dejó dicho que los poderes del árbitro en el conflicto de tipo jurídico, dependen de la ley y no de la voluntad de los interesados. La iniciativa oficial para que el Parlamento suprima los medios de extinción del contrato de trabajo, es prueba elocuente del respeto al régimen legal imperante, el cual, mientras subsista, debe ser acatado tanto por la jurisdicción ordinaria como por la jurisdicción arbitral".

Demás, al hablar la decisión arbitral de: "...Este laudo garantiza la *estabilidad* de los trabajadores en sus respectivos contratos y puestos, como ha sido lo política de la compañía; y, por lo tanto, no podrán ser despedidos sino...". lógicamente está suprimiendo para la empresa la posibilidad en lo futuro, de estipular la cláusula de reserva, de una parte; y de otra, de hacer uso de ella en los contratos individuales en que ya viene estipulada, imposibilidad ésta que no se extiende al trabajador, porque sobre el particular el laudo guarda absoluto silencio, con lo cual se rompe el equilibrio jurídico que establece el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra la cláusula de reserva pero para ambas partes contratantes.

Se trata, pues, de un argumento más en apoyo de mi creencia sobre la inexequibilidad del laudo arbitral en el punto comentado.

En la forma anterior dejo consignado mi salvamento parcial de voto en relación con el aspecto anotado del fallo de la Sala.

Bogotá, D. E., 6 de noviembre de mil novecientos sesenta y tres. (Firmados): *Roberto de Zubiría C., Vicente Mejía Osorio,* Secretario.

CESANTIA. LUCRO CESANTE. INDEMNIZACION MORATORIA. ERRORES DE HECHO EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS. SE CASA PARCIALMENTE LA SENTENCIA ACUSADA.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., cinco de noviembre de mil novecientos sesenta y tres.

Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo.

Julio Hernando Méndez Muñoz, por conducto de apoderado, demandó al Distrito Especial de Bogotá y a la Empresa Distrital de Aseo, solidariamente, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas: que se le despidió ilegalmente del cargo desempeñado; que, en consecuencia, debe restablecérsele en dicho cargo a partir del 4 de enero de 1959, reconociéndole y pagándole los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones causados y no pagados entre el tiempo del despido y el reintegro; el reajuste de salario, teniendo en cuenta la asignación de $ 16.00 diarios a que tenía derecho en calidad de tractorista-buldozero; los otros aumentos de salario a que hubiere lugar y los subsidios familiar y de transporte. O, subsidiariamente, los aumentos de salarios ordenados por el Decreto nacional 0118 de 1957 y el municipal 259 de 1958; el auxilio de cesantía; las vacaciones causadas y no disfrutadas; examen médico de retiro y certificación; indemnización por lucro cesante y por el no pago oportuno, y dotación de calzado y overol.

Según la relación de hechos, el demandante prestó sus servicios al Distrito Especial de Bogotá en el ramo de aseo, desde el 7 de marzo de 1956 hasta el 4 de enero de 1959; recibió una remuneración diaria de $ 12.85, correspondiéndole una superior de $ 16.00; no obstante haber desempeñado sus funciones correcta y eficazmente, fue despedido sin justa causa; no se le pagó la compensación en dinero de las vacaciones a que tuvo derecho, ni auxilio de cesantía, ni prima de servicios, ni dotación de calzado y overol como tampoco los aumentos de salario a que se hizo acreedor; no se le practicó el examen médico de retiro ni se le expidió la respectiva certificación; con posterioridad a los hechos relatados, fue creada la Empresa Distrital de Aseo de Bogotá, como entidad autónoma, en sustitución de la antigua Dirección Distrital de Aseo; el actor agotó la vía gubernativa, conforme a los términos del Decreto 2733 de 1959.

En derecho invoca los artículos 16, 17 y 62 de la Constitución; la reforma aprobada por el plebiscito del 1º de diciembre de 1957; las Leyes 6ª de 1945 y 24 de 1947; los artículos 1613, 1614, 1616, 2341, 2347 y 2356 del Código Civil, y los Decretos 2127 de 1945 y 2733 de 1959.

La entidad demandada, por conducto del Delegado del Personero Distrital, dio contestación a la demanda. Sin referirse a los hechos, examina las distintas peticiones y propone para las de reintegro, lucro cesante y salarios caídos, la de carencia de acción y de título e inexistencia de la obligación; para la de aumento de salarios y calzado y overol, la de pago; y para prestaciones sociales, la de inepta demanda. Propone, además, la de declinatoria de jurisdicción, por tratarse, a su juicio, de una relación de derecho público.

El Juzgado Cuarto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, que conoció del negocio, condenó a las entidades demandadas al pago de las siguientes cantidades: a) $ 46.22, por reajuste de salarios; b) $ 1.002.85, por auxilio de cesantía; c) $ 385.50, por vacaciones causadas y no disfrutadas; d) $ 807.55, por el lucro cesante, y e) $ 12.85 diarios, desde el 22 de abril de 1959 hasta cuando se efectúe el pago, como indemnización moratoria, numeral 1º. La absolvió de las demás peticiones, numeral 2º, declarando no probadas las excepciones propuestas, numeral 3º y no condenó en costas (numeral 4º). Apeló de esta providencia el apoderado del demandante.

Al decidir el recurso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—,

confirmó los ordinales a), b), d) y e) del numeral primero del fallo apelado; modificó el ordinal c) del mismo numeral, en el sentido de fijar la condena por vacaciones en la suma de $ 192.75; revocó el numeral segundo, y en su lugar condenó al pago de la suma de $ 830.70 por concepto de reajuste del salario. Absolvió de las demás peticiones y confirmó los numerales tercero y cuarto. Sin costas.

El apoderado de la parte actora interpuso el recurso de casación, que concedido, admitido y tramitado debidamente, va a resolverse por esta Sala, previo el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Pretende que esta Sala, *case* la sentencia acusada y que convertida en Tribunal de instancia condene solidariamente a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de la cesantía y de las indemnizaciones de lucro cesante y moratoria, en los términos legales, y teniendo en cuenta el último salario de $ 16.00 diarios, causado desde el 16 de abril de 1958 hasta el 4 de enero de 1959, día del despido del actor.

Con base en la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, formula tres cargos:

Primer cargo.

Acusa de infracción directa por defectuosa aplicación de las siguientes disposiciones: artículo 24 de la Ley 83 de 1931; artículo 1º de la Ley 6ª de 1945; artículos 4º y 26, numeral tercero, del Decreto 2127 del mismo año y artículo 1º del Decreto 289 del 30 de abril de 1958 del Alcalde Mayor de Bogotá; y no aplicación de los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946; artículo 1º del Decreto 2567 de 1946; artículos 1º y 6º del Decreto 1160 de 1957; artículo 61 del Decreto 2127 de 1945 en concordancia con el 11 de la Ley 6ª de 1945 y 2º y 3º de la Ley 64 de 1946; y artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y el sustitutivo de éste, artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949.

Transcribe lo siguiente de la parte motiva de la sentencia acusada:

"...Reajuste de salarios ordenados por el Decreto número 299 de abril 30 de 1958.

"Solicita el demandante se condene a las demandadas a pagarle los salarios a que tiene derecho, en calidad de 'tractorista-buldozero' según el Decreto 299 de abril 30 de 1958.

"Se considera:

"De acuerdo con las probanzas aportadas al juicio se establece que el actor sirvió a las demandadas en calidad de 'buldozero'. El Decreto anteriormente citado ordena el aumento de salarios para los tractoristas-buldozeros, lo cual dio lugar a que el inferior considerara que una cosa es ser tractorista y otra bien diferente ser buldozero. Empero si se estudia el punto, con algún detenimiento, bien se ve que el tractor como máquina que produce tracción es el género y el buldozer la especie. Dicho en otras palabras: el buldozer es ante todo, un elemento que le da al tractor calidades específicas y por lo tanto el llamado buldozero es necesariamente un tractorista. En estas circunstancias, la súplica en estudio debe prosperar. Hechas las operaciones aritméticas, el valor de la condena asciende a la suma de $ 830.70. Se revoca en esta forma, la absolución hecha por el *a quo*"".

El recurrente anota a continuación que el Tribunal no fue consecuente con el reconocimiento que hizo de que el demandante tuvo la calidad de "tractorista-buldozero", puesto que al efectuar las condenas relativas a cesantía e indemnización por lucro cesante y por mora, no tuvo en cuenta que el salario asignado a ese cargo, conforme al Decreto distrital número 299 de 1958 era el de $ 16.00 diarios, y no el de $ 12.85 que le sirvió de base para la liquidación.

El Procurador 2º Delegado en lo Civil, opositor en este recurso, comenta las disposiciones que cita la acusación, y observa que el cargo es improcedente e inocuo.

Se considera:

El planteamiento que hace el recurrente tiende a demostrar simplemente que la sentencia incurrió en error al fijar el valor de la condena tomando como base un salario de $ 12.85 diarios en vez del de $ 16.00, que dice le correspondía al demandante de conformidad con el Decreto 299 del 30 de abril de 1958, dictado por el Alcalde Mayor de Bogotá, D. E.

Se trata, pues, de una cuestión de hecho, y por tanto, la modalidad escogida para la impugnación no es adecuada, porque como bien se sabe la infracción directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria.

En consecuencia, este cargo no prospera.

Segundo cargo.

Se formula por infracción indirecta a través de error de hecho, que condujo a la aplicación indebida de los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946; 1º del Decreto 2567 del mismo año;

1º y 6º del Decreto 1160 de 1947, en concordancia con el 26, numeral 3º, del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 299 de 1958, originario del Alcalde Mayor de Bogotá.

Señala como pruebas mal apreciadas el certificado 00981 del Archivo General de la Contraloría Distrital sobre tiempo de servicio, cargo desempeñado, salario devengado y prima de navidad pagada al actor (folio 45), y los Anales del Concejo de Bogotá número 276, en que aparece publicado el Decreto 299 de 1958 de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

El error de hecho, proveniente de la equivocada apreciación de tales pruebas, lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal no dio por demostrado, estándolo:

"1º Que la remuneración última de Julio Hernando Méndez M. como 'tractorista-buldozero o buldozero-tractorista, era de $ 16.00 diarios moneda corriente.

"2º Que Julio Hernando Méndez M. recibió en el año de 1958 una prima de navidad de $ 385.00 moneda corriente, cuya doceava parte es $ 32.08 moneda corriente.

"3º Que el salario último de Julio Hernando Méndez M., para los efectos de su computación y liquidación de la cesantía fue la suma de $ 480.00 moneda corriente mensuales más la suma de $ 32.08, o sea un salario promedio mensual último de $ 512.08.

"4º Que la cesantía de Julio Hernando Méndez M., correspondía a esta liquidación: del 7 de marzo de 1956 al 30 de junio de 1957, con un sueldo mensual de $ 320.10, la suma de $ 420.35; y del 1º de julio de 1957 al 4 de enero de 1959 con un sueldo mensual promedio de $ 512.08, la suma de $ 808.12 lo que daría un total de $ 1.228.47".

Añade que el Tribunal, al confirmar la condena de cesantía pronunciada por el *a quo*, perdió de vista que los factores que éste tomó en consideración para liquidarla eran equivocados, puesto que el salario que devengó últimamente el demandante fue de $ 16.00 diarios y no de $ 12.85 y porque no incluyó en la liquidación la doceava parte de la prima de navidad de 1958.

El opositor hace reparos de técnica tanto a este cargo como al tercero, que examina conjuntamente, y estima que no puede prosperar.

El impugnador refiere este cargo únicamente al auxilio de cesantía.

Conforme a las disposiciones de carácter nacional que cita, el auxilio de cesantía a que tienen derecho los trabajadores municipales se liquida sobre el último salario devengado o, si ha tenido modificaciones en los últimos tres meses, sobre el promedio de lo devengado en los últimos doce meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce meses. Además, en el cómputo debe incluírse lo que el trabajador reciba por concepto de primas, cuyo monto, cuando ellas no tengan el carácter de mensuales, se divide por 12.

Las pruebas que señala el cargo demuestran que el demandante Julio Hernando Méndez M. prestó sus servicios en el ramo de aseo del Distrito Especial de Bogotá, en el cargo de buldozero que, como lo anota el Tribunal, equivale al de tractorista-buldozero, desde el 7 de marzo de 1956 hasta el 4 de enero de 1959; que recibió en 1958, por concepto de prima de navidad, la suma de $ 385.50; que se le pagó durante el último mes un jornal de $ 12.85 (certificado de folio 45) y que el jornal asignado a los trabajadores de su clase por el Decreto distrital 229 de 1958, que regía en el momento del retiro, era de $ 16.00 diarios.

Como el fallador, al hacer la liquidación del auxilio de cesantía del demandante, no tuvo en cuenta el último salario devengado ni la doceava parte de la prima de navidad, incurrió en error de hecho, que deberá corregirse casando la sentencia acusada para acomodar la referida liquidación a las normas legales pertinentes.

Prospera este cargo.

Tercer cargo.

Acusa de violación indirecta a través de error de hecho y por aplicación indebida de los artículos 26, numeral 3º, 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945; 11 de la Ley 6ª de 1945; 2º y 3º de la Ley 64 de 1946; 1º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949, en concordancia con el artículo 1º del Decreto distrital 299 de 1958.

Dice el recurrente que la infracción se produjo por haber apreciado mal el fallador el documento de folios 51 y 53, constituído por los Anales del Concejo de Bogotá número 276, en los que aparece el Decreto 299 del 30 de abril de 1958 de la Alcaldía Distrital, y que a consecuencia de ese error condenó por concepto de lucro cesante e indemnización moratoria sobre la base de un salario de $ 12.85 y no de $ 16.00, que correspondió al actor desde el 16 de abril de 1958 hasta el 4 de enero de 1959, día de su retiro.

Se considera:

El Tribunal condenó por lucro cesante y por mora, en los términos que se transcriben a continuación:

"Probado el despido sufrido por el trabajador, folios 11 y 45, le correspondía a la parte demandada la carga de la prueba en orden a demostrar la causal justa alegada al dar por terminado el contrato de trabajo que la ligó con el actor. Y como el expediente se encuentra huérfano de pruebas en lo que atañe a este punto, debe concluírse que el despido fue injusto y por lo tanto procede la condena que por lucro cesante se solicita en la demanda. Hechas las operaciones aritméticas correspondientes, teniendo en cuenta el tiempo faltante para vencerse el último plazo presuntivo su valor asciende a la suma de $ 807.55, confirmándose así la sentencia apelada.

"Con base en el Decreto 797 de 1949 y teniendo en cuenta que en el expediente no existe prueba alguna tendiente a demostrar que las demandadas hubieran pagado los salarios y prestaciones causados se impone la condena que a título de indemnización moratoria ordenó el juez del conocimiento".

Se considera:

El Tribunal condenó a indemnización por lucro cesante y por falta de pago oportuno de los salarios y prestaciones adeudados al trabajador, precisamente en desarrollo de los preceptos que cita el recurrente, que fueron bien aplicados al caso, menos en cuanto a la estimación de la retribución que devengaba aquél.

En efecto, al hacer la liquidación de las respectivas condenas olvidó que en su propia providencia admitió que el empleo del demandante era asimilable al de tractorista-buldozero y que, en consecuencia, la asignación que le correspondía, cuando terminó su relación de trabajo, era de $ 16.00 diarios, conforme al Decreto número 299 de 1958 del Alcalde Mayor de Bogotá, D. E.

Incurrió, pues, en manifiesto error de hecho, que lo llevó a la violación del artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, en armonía con la primera parte del artículo 2º de la Ley 64 de 1946 y del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en cuanto no los hizo producir la totalidad de los efectos que tales disposiciones persiguen.

Prospera también este cargo.

Para fallar en instancia, además de las observaciones ya hechas, se considera:

Auxilio de cesantía. El recurrente acepta la liquidación efectuada por el *a quo* y confirmada por el Tribunal respecto del lapso comprendido entre el 7 de marzo de 1956 y el 30 de junio de 1957. Por tanto, solo es el caso de revisar la liquidación en cuanto hace al tiempo transcurrido desde el 1º de julio de 1957 hasta el 4 de enero de 1959, para lo cual se tomará como base el jornal de $ 16.00 que correspondía últimamente al empleo de tractorista-buldozero y la prima anual de navidad pagada al demandante en el año de 1958, cuyo monto fue de $ 385.00.

Así se tiene:

Salario mensual 16 x 30 = $ 480.00; doceava parte de $ 385.00 ÷ 12 = 32.08. Suma $ 512.08.

Aplicado este promedio mensual a un tiempo de servicio de 1 año, 6 meses y 4 días, a que se extendió el segundo período, se obtiene la suma de $ 773.80, que agregada a la de $ 420.35, valor de la cesantía del tiempo anterior al 1º de julio de 1957, arroja un total de $ 1.194.15.

Lucro cesante. Siendo de dos meses y tres días el tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo del contrato de trabajo, esta indemnización, sobre la base de un jornal de $ 16.00 diarios, alcanza a la suma de $ 1.008.00.

Indemnización moratoria. El salario diario que deberá cubrirse al demandante por cada día de retardo en el pago de lo que se le adeuda, será de $ 16.00, que era el que le correspondía a la terminación del contrato.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia recurrida y en su lugar, reformando la del *a quo* en los ordinales b), d) y e) de su numeral primero, condena al Distrito Especial de Bogotá y a la Empresa Distrital de Aseo, solidariamente, a pagar al demandante señor Julio Hernando Méndez M., las siguientes cantidades: mil ciento noventa y cuatro pesos con quince centavos ($ 1.194.15) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía; mil ocho pesos ($ 1.008.00) moneda corriente, como indemnización por lucro cesante, y diez y seis pesos diarios ($ 16.00) por cada día de retardo en el pago de lo que las demandadas adeudan al actor, contada la mora desde el veintidós (22) de abril de mil novecientos cincuenta y nueve (1959). No la casa en lo demás.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados C., Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PENSION DE JUBILACION DE LOS TRABAJADORES FERROVIARIOS. DERECHO DE CESANTIA POR EL TIEMPO EXCEDENTE. REINTEGRO DE SUMAS RECIBIDAS. VIOLACION DIRECTA DEL DECRETO 2340 DE 1946.

1. Oportunidad de optar por el derecho de cesantía en lugar de la pensión según el artículo 9º del Decreto 2340 de 1946. 2. Auxilio de cesantía para los ferroviarios por el tiempo de servicios que exceda del necesario para adquirir el derecho a la pensión. 3. Reintegración de sumas recibidas por concepto de cesantía.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., cinco de noviembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Por medio de apoderado, Zacarías Tobar Díaz demandó a los Ferrocarriles Nacionales, para que se les condenase a pagarle: el auxilio de cesantía correspondiente al tiempo que exceda a los 20 años de servicios; una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 200.00 a partir del 20 de noviembre de 1952; y, las costas del juicio. Solicita también, se declare que el actor debe hacer el reembolso total a los Ferrocarriles, de la suma de $ 5.139.99 recibida por concepto del auxilio de cesantía.

Para fundamentar su acción, relató quince hechos que pueden resumirse, así: que el demandante nació el 11 de julio de 1900 en el Municipio de Chía; que prestó sus servicios a la entidad demandada desde el 1º de agosto de 1926, hasta el 19 de noviembre de 1952, lapso durante el cual desempeñó diversos cargos, con un sueldo promedio, en el último año de $ 267.00; que el tiempo de servicios fue discontinuo como aparece de la liquidación que hizo el Departamento Administrativo —Departamento de Prestaciones— de los Ferrocarriles Nacionales; que no obstante, de acuerdo con el mismo documento, aparecer que trabajó 7.254 días y de figurar como fecha de retiro el 20 de diciembre de 1951, está demostrado que fue sometido a tratamiento médico por cuenta de la entidad demandada y que se le pagó el sueldo en la proporción legal, hasta el 19 de diciembre de 1952; que los Ferrocarriles Nacionales redactaron la Resolución número 9827 de febrero 8 de 1952, expediente número 29434, originaria del Departamento de Personal de los mismos, por medio de la cual se le reconocía una pensión mensual vitalicia de jubilación (folio 47 de dicho expediente); que el día 27 de mayo de 1952, folio 50 del expediente, ante el Juzgado Primero del Trabajo de Cali, se llevó a término la "renuncia de la prestación de jubilación" por parte del actor, con asistencia del representante de los Ferrocarriles Nacionales, "como si con ello la opción, que en este caso equivale a la renuncia de prestaciones sociales, tuviera valor alguno ante la ley y la Constitución, por más que esté autorizada con la firma de un juez y de un representante del patrono"; que en carta de los Ferrocarriles Nacionales, de junio 9 de 1952, se indica la resolución por medio de la cual se reconoció al demandante la pensión de jubilación y la decisión de revocarla por parte de los mismos Ferrocarriles; que el 22 de septiembre de 1952, por Resolución número 11308 se le reconoció al demandante la suma de $ 5.139.99 por concepto de auxilio de cesantía; que desde el 19 de septiembre de 1955, el actor reclamó el reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación, sin que hasta la fecha haya sido posible lograr dicho reconocimiento; que la petición anterior fue negada por medio de la "disposición número 3064" de enero 12 de 1956, originaria de los Ferrocarriles Nacionales, hoy Ferrocarriles de Colombia; que contra la anterior providencia, se interpuso el recurso de apelación para ante la Gran Comisión de Con-

ciliación y Arbitraje de los Ferrocarriles de Colombia, la que fue confirmada en todas sus partes por la citada corporación, mediante providencia de 19 de febrero de 1957, en virtud de la Convención Colectiva de trabajo suscrita entre la parte demandada y la Federación Nacional de Ferrovías, de 30 de agosto de 1956. Finaliza la relación de hechos así: "Como el fallo de la Gran Comisión se profirió con posterioridad a los noventa días de término que le da la Convención Colectiva de trabajo aludida, y no obstante que presenté la demanda de homologación contra tal providencia ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, ésta se declaró incompetente para fallar sobre el negocio por haber perdido la competencia y la jurisdicción, por haber transcurrido más de noventa (90) días, sin que la Gran Comisión de Conciliación y Arbitraje hubiera fallado". "Por lo anterior es por lo que se ha recurrido nuevamente a la jurisdicción especial del trabajo, no obstante la convención colectiva vigente sobre el particular".

Fundó su derecho en: Decretos extraordinarios 2663, 3743 de 1950, Código Sustantivo del Trabajo, Decretos 616 y 617 de 1954, Decreto-ley 2158 de 1948, Código de Procedimiento Laboral, Ley 1ª de 1932, Ley 6ª de 1945, Decreto 652 de 1935, Resolución 5687 de 1944 del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, Ley 49 de 1943, Ley 53 de 1945, Ley 206 de 1938 y demás leyes y decretos vigentes, reglamentarios y concordantes.

La demandada, por medio de apoderado, al dar respuesta al libelo, se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas, negó los fundamentos de derecho, y en cuanto a los hechos manifestó que no le constaban los señalados con los números 1, 2, 3, 4, aceptó como ciertos los indicados con los números 5, 10, 12, 13,, 14 y 15. En cuanto al hecho 7º lo respondió así: "pudo haber sido cierto que los FF. CC. Nales. redactaran la Resolución a que se refiere el hecho que contesto, pero es preciso advertir, si ello fue así, que dicho proyecto no tuvo operancia jurídica alguna, en virtud del ejercicio del derecho de opción por parte del demandado"; de la misma manera dejó contestado el hecho 9º. En relación con el hecho 8º manifestó: "Es cierto, pero debo aclarar que el contenido del acta a que se refiere el presente hecho no constituye, jurídicamente hablando, una renuncia de una determinada prestación como pretende insinuarlo el señor apoderado del actor. Simplemente se trata de la escogencia de una de dos prestaciones a las cuales simúltaneamente podría tener derecho. En tal virtud el derecho de optar consagrado expresamente tanto en la ley como en las disposiciones reglamentarias vigentes en la fecha de la manifestación de opción, era una facultad consagrada exclusivamente en favor del trabajador, y por ende, no implicaba al ejercitar tal derecho una renuncia, sino pura y simplemente la escogencia de una prestación determinada". Finalmente en cuanto al hecho 11, dijo: "No es cierto en la forma como está redactado. La empresa sí resolvió la petición a que se refiere el presente hecho negándola con fundamentos legales".

Tramitada la controversia, correspondió decidirla al Juzgado Segundo Laboral del Circuito, que fue el del conocimiento, mediante sentencia de 30 de mayo de 1960, por la cual declaró la nulidad de todo lo actuado, por considerar que la justicia laboral no era competente para conocer de la acción instaurada, dada la circunstancia de que ella es de competencia privativa de la Comisión de Conciliación y Arbitraje. Condenó en costas al actor y ordenó archivar el expediente.

Contra la sentencia del Juzgado interpuso recurso de apelación el apoderado del actor. Correspondió decidir el recurso al Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— el que por sentencia de fecha 25 de julio de 1960 revocó en todas sus partes la providencia apelada, declaró no probada la nulidad de lo actuado, por considerar que la justicia laboral sí es competente para conocer del presente juicio, y ordenó devolver los autos al Juzgado de origen para que se dictase sentencia de fondo. Se abstuvo de condenar en costas en ambas instancias.

De nuevo los autos en el Juzgado del conocimiento, éste, por sentencia de 5 de septiembre de 1960, absolvió a la entidad demandada de todos y cada uno de los cargos formulados y condenó al actor en costas.

Apelada nuevamente la sentencia del Juzgado por el apoderado del demandante, el Tribunal Superior de Bogotá, decidió el recurso mediante sentencia de 21 de noviembre de 1960, confirmatoria del fallo apelado. No condenó en costas.

El apoderado del actor recurrió en casación. Concedido el recurso por el *ad quem*, ha sido admitido y tramitado en legal forma por esta Corporación, a quien corresponde ahora decidirlo, previo estudio de la demanda y del escrito de réplica.

El recurso.

Alcance de la impugnación. En la última parte de la demanda, lo consigna, así: "La sentencia debe ser casada totalmente, en el sentido de or-

denarse el pago total de la pensión jubilatoria de Zacarías Tobar; ordenándose simultáneamente el reintegro de lo recibido por cesantía y decretándose el pago del auxilio por el tiempo excedente de los 20 años de servicio. Debe ordenarse las costas a cargo de los Ferrocarriles".

Con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula dos cargos contra la sentencia recurrida, el segundo en subsidio del primero.

Primer cargo.

Lo presenta así:

"Al negarse a ordenar la pensión de jubilación materia de este pleito, el Tribunal incurrió en falta de aplicación del aparte b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, lo mismo que de los artículos 1º de la Ley 1ª de 1932, 1º del Decreto 1471 del mismo año, y 1º de la Ley 49 de 1943, todas las cuales conforman el derecho a la pensión jubilatoria de los trabajadores ferroviarios, falta de aplicación a la cual fue conducido el Tribunal por haber incurrido en infracción directa del artículo 9º del Decreto 2340 de 1946. Estas infracciones son absolutamente independientes de toda cuestión de hecho".

En la demostración del cargo, dice el impugnador que el Tribunal niega el derecho a la jubilación a favor del actor, porque en su sentir, éste optó por la cesantía y por creer que esa opción se verificó en legal forma. Agrega, que en el pleito no existe discusión respecto a que el escrito de opción de folio 11, es de fecha 27 de mayo de 1952, como tampoco en cuanto a que la Resolución de folio 16, sobre otorgamiento de la cesantía, liquida este auxilio por un tiempo de servicios contado hasta el 30 de junio del mismo año, "fecha ésta última en que fue retirado —Zacarías— del Ferrocarril del Pacífico". Es decir, que el retiro o despido del demandante, fue posterior a la pretendida opción, por lo que se tiene entonces que ésta se hizo en forma ilegal, porque la opción debe ser posterior al retiro, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9º del Decreto 2340 de 1946, cuyo texto transcribe y comenta.

Manifiesta que la citada norma hay que interpretarla "en el sentido con que el legislador ha establecido entre nosotros el derecho a la pensión jubilatoria". Agrega que el legislador ha considerado, en cierto modo, que la jubilación es una prestación más importante y de finalidad más definida que el auxilio de cesantía, hasta el punto que recibida esta última, se puede optar por la pensión, más no al contrario. Considera el impugnador que en el caso de autos, el ejercicio del derecho de optar fue prematuro y por consiguiente inoponible a la aspiración del actor a que se le conceda la pensión. Finalmente, reitera lo solicitado en el alcance de la impugnación.

Por su parte, el opositor manifiesta que según la jurisprudencia y la doctrina, para que se configure la infracción directa de la ley sustantiva, es indispensable que la sentencia impugnada contenga disposiciones ostensiblemente contrarias a los preceptos legales que se consideran violados, lo que no acontece en el fallo objeto del presente recurso, porque el Tribunal no ha negado al demandante "el derecho a la pensión jubilatoria que las normas legales consagran, ni ha resuelto que el recurrente no satisface los dos requisitos esenciales que configuran el derecho a esta prestación: cincuenta años de edad y veinte años de servicios".

Que la sentencia parte de la base de que Zacarías Tobar Díaz sí adquirió el derecho a la pensión jubilatoria pero que también se hizo acreedor en forma simultánea y alternativa a la cesantía definitiva por el mismo tiempo de servicios, y que al optar por esta última prestación, liberó a la empresa demandada de la primera, o sea, de la jubilación. Agrega lo siguiente: "Si entre las normas legales que el recurrente estima infringidas y la situación jurídico procesal del juicio, no existiera ningún hecho distinto que produzca el desplazamiento del problema jurídico-abstracto al terreno de los hechos, podría considerarse el primer cargo como formulado correctamente desde el punto de vista de la técnica de casación, pero como ese hecho sí existe y constituye precisamente el fundamento del fallo recurrido, no puede estimarse que hubo violación directa de la norma legal sin consideración a hecho alguno. Ese hecho que el mismo recurrente acepta en su alegato es el de la opción". Concluye, en consecuencia, que el cargo así formulado debe desestimarse porque tratándose de una cuestión de hecho no es procedente la violación directa de la ley.

Se considera:

El Tribunal, al verificar el análisis de las pruebas aportadas al proceso, expresó lo siguiente:

"De la lectura del acervo probatorio se desprende que a Tobar Díaz se le reconoció por Resolución número 9827, una pensión mensual vitalicia de jubilación por la suma de $ 200.00 a partir del retiro definitivo de este del servicio de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Pu-

do constatarse en la inspección ocular extra juicio (fl. 11), que con fecha 27 de mayo de 1952 el demandante compareció ante el Juzgado Primero del Trabajo de Cali y manifestó que optaba por el auxilio de cesantía en vez de la jubilación. Como consecuencia de la anterior manifestación los FF. CC. NN., dictaron la Resolución número 11308 de septiembre 22 de 1952, por medio de la cual se revocó la número 9827 que reconocía la pensión mensual de jubilación, y, reconoció la suma de $ 5.139.99 por concepto de auxilio de cesantía, con la previa declaración de que el contrato de trabajo existente entre las partes quedaba terminado. A folio 79 del expediente obra el original de una diligencia denominada renuncia de una prestación que es la misma a que ya se ha hecho referencia".

El mismo sentenciador, para negar el derecho reclamado en la demanda, razona así:

"Pretende el actor que la justicia laboral ordene que la entidad demandada le pague la pensión mensual vitalicia de jubilación que no recibió por haber resuelto optar por el auxilio de cesantía. Bien sabido es que la pensión de jubilación y el auxilio de cesantía son dos derechos que se excluyen y por tanto no es posible cobrar la una y la otra sino cuando el tiempo servido excede del requerido para la jubilación.

"Quedó plenamente demostrado en el expediente que en la fecha de terminación del vínculo laboral que ligó a las partes de este juicio, el actor reunía los requisitos exigidos por la ley para que la demandada le reconociera la pensión vitalicia de jubilación pues, tenía más de cincuenta años de edad (fl. 75) y más de veinte años de servicios a los FF. CC. Además al terminar el contrato necesariamente se hacía acreedor al auxilio de cesantía del tiempo laborado. Como es obvio siendo igualmente exigibles las dos prestaciones el demandante podía escoger cualquiera de ellas y fue así como solicitó se le reconociera la de jubilación con el resultado a que ya se ha hecho mención. Con posterioridad a esta manifestación de voluntad dijo expresamente optar por el auxilio de cesantía y la entidad demandada procedió a reconocérselo y pagarlo.

"Por ministerio de la ley, el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación son incompatibles y por tanto quien opta por uno de estos derechos exonera a la otra parte del pago del otro. Y no es que la ley, haya otorgado al trabajador el derecho de opción entre el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación sino que es la jurisprudencia la que así lo ha establecido en forma reiterada, y es más, solo ha considerado que tiene este derecho de escoger la prestación que más convenga a sus intereses el trabajador.

"El Tribunal, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, acoge la decisión del *a quo* por ajustarse a derecho y en consecuencia la confirmará, porque considera que Zacarías Tobar Díaz ya optó por el auxilio de cesantía, que le fue pagado y no puede legalmente seguir reclamando en forma indefinida ora la pensión de jubilación, más tarde el auxilio de cesantía con ostensible carencia de seriedad que no puede propiciar la justicia".

Como afirma el recurrente, es cierto que en el sub-lite las partes no discuten los siguientes hechos, que a su vez acepta el Tribunal:

Que los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, expidieron la Resolución número 9827 de fecha 8 de febrero de 1952, por medio de la cual se reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a Zacarías Tobar Díaz, a partir del día en que se produjera su retiro definitivo de esa empresa. Que esta disposición no tuvo operancia jurídica porque fue revocada por los Ferrocarriles mediante Resolución número 11308 de 22 de septiembre de 1952. Que con fecha 27 de mayo de 1952, en diligencia practicada ante el Juzgado Primero del Trabajo de la ciudad de Cali, Tobar Díaz manifestó su decisión de optar por el auxilio de cesantía en vez de la jubilación que pudiera corresponderle por sus servicios prestados a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Que con fecha 22 de septiembre de 1952 y por medio de la Resolución 11308 ya mencionada, los Ferrocarriles le reconocieron a Zacarías Tobar Díaz la suma de $ 5.139.99 como auxilio de cesantía, por servicios prestados en el período comprendido entre el 16 de diciembre de 1935 y el 30 de junio de 1952 "fecha esta última en que fue retirado del F. C. Pacífico". De este último documento, resulta evidente que el trabajador Zacarías Tobar Díaz prestó sus servicios a la empresa demandada, hasta el 30 de junio de 1952, fecha en la cual se le retiró definitivamente del servicio. Además, esta fecha aparece corroborada por la propia afirmación del demandante, contenida en el documento que, en copia, obra al folio 19 del cuaderno principal, relativo a la solicitud formulada a los Ferrocarriles Nacionales, para el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, y con el documento que obra al folio 29, del cual aparece que el demandante trabajó hasta el 30 de junio de 1952, con la empresa demandada.

Así las cosas, resulta acreditado y sin que ello se discuta, que la opción o escogencia del

derecho de cesantía en lugar de la pensión de jubilación, hecha por el trabajador Zacarías Tobar Díaz mediante diligencia efectuada ante el Juez del Trabajo de Cali, el día 27 de mayo de 1952, se verificó cuando éste aún no había sido retirado de la empresa a la cual prestaba sus servicios, contrariándose, en esa forma, lo dispuesto en la última parte del artículo 9º del Decreto 2340 de 1946, que preceptúa lo siguiente: "Solamente cuando el trabajador se ha retirado definitivamente de la empresa, deberá manifestar si opta por la cesantía o por la pensión sin que los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que haya recibido a cuenta de cesantía, signifiquen que ha optado ya por ésta".

La pensión de jubilación solicitada por el demandante, se sustenta en lo dispuesto por las Leyes 1ª de 1932, 49 de 1943, 6ª de 1945 y en los Decretos 1471 de 1932 y 2340 de 1946. El Tribunal para negar la pretensión del demandante se basa en que éste "ya optó por el auxilio de cesantía" según manifestación hecha ante el Juez del Trabajo de Cali el día 27 de mayo de 1952, cuando aún prestaba sus servicios a la empresa demandada. Estima la Corte que con esta decisión el ad quem infringió directamente lo dispuesto por el artículo 9º del Decreto 2340 de 1946, en cuanto decidió con desconocimiento u olvido de lo ordenado en este precepto. A su vez, esta infracción hizo que dejara de aplicar las demás disposiciones legales sustantivas que consagran el derecho a la pensión reclamada por el demandante, con violación directa de tales normas. Por lo expuesto el cargo prospera y habrá de casarse la sentencia.

No se estudia el segundo cargo, pues él persigue la misma finalidad del primero, que prospera.

Decisión de instancia.

Para dictar el fallo de instancia que ha de reemplazar al proferido por el Tribunal de Bogotá, en su Sala Laboral, por haber prosperado la acusación contenida en el primer cargo, además de las consideraciones que se han hecho en casación, la Corte expresa lo siguiente:

Zacarías Tobar Díaz nació en Chía el 4 de julio de 1900 y se le bautizó el 11 de los mismos mes y año, según consta de la partida de origen eclesiástico que obra al folio 75 del cuaderno principal. Es decir, que para el día 19 de septiembre de 1955, en que solicitó al administrador general de los FF. NN. el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación (fls. 19 a 26 del cuaderno principal), tenía cumplidos más de cincuenta años de edad (art. 1º, Ley 53 de 1945).

El demandante Zacarías Tobar Díaz prestó sus servicios a los Ferrocarriles Nacionales, en forma discontinua, así: desde el 1º de agosto de 1926 hasta el 15 de marzo de 1931, en una primera etapa y, posteriormente, desde el 16 de diciembre de 1935 hasta el 30 de junio de 1952, sin interrupción en esta segunda época. O sea, que trabajó al servicio de la empresa demandada, durante 21 años 2 meses. (Inspección ocular extra juicio de 21 de febrero de 1959, fls. 7 a 27 y anexos de folios 28, 29 y 30).

De acuerdo con los documentos citados antes, el último salario devengado por el trabajador fue de $ 267.00 mensuales. De conformidad con el artículo 4º de la Ley 53 de 1945, le correspondería, en principio, el 80% de dicho salario, como monto de la pensión. Pero como este porcentaje excede el máximo de la pensión que señala el mismo artículo, se le reconocerá únicamente ese máximo, que equivale a la suma de $ 200.00 mensuales. Esta pensión se pagará a partir del 19 de septiembre de 1955, día en que ya retirado del servicio el trabajador hizo la solicitud correspondiente a la administración de los Ferrocarriles Nacionales, puesto que, en esa fecha, tenía reunidas las condiciones para adquirir el derecho a la pensión, todo de acuerdo con lo previsto por el artículo 17 del Decreto 1471 de 1932. Lo anterior, sin perjuicio de que la empresa demandada quede obligada a efectuar el aumento de la pensión aquí decretada y a verificar los reajustes correspondientes por lo que respecta a las mesadas causadas a partir del 1º de enero de 1960, en la forma y proporción establecida por la Ley 77 de 1959, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 171 de 1961.

El actor pide, además, el pago de la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido sobre el indispensable para el goce de la pensión de jubilación.

Conforme a lo preceptuado por el artículo 2º de la Ley 53 de 1945, cuando la jubilación ocurriere después de una etapa de servicios mayor de veinte (20) años, el trabajador recibirá, además de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido. En forma semejante, había establecido este derecho en favor de los trabajadores ferroviarios, el artículo 2º del Decreto 2340 de 1946. Como de autos aparece que Zacarías Tobar Díaz trabajó en los FF. NN. de Colombia por un tiempo de 21 años 2 meses, si se descuenta de ese tiempo el requerido para gozar el derecho a la pensión de jubilación, re-

sulta un tiempo excedente de servicios, de un año dos meses, sobre el cual deberá liquidarse el auxilio de cesantía, a razón de un mes de salario por el año trabajado y proporcionalmente por la fracción de año, tomando como base el último salario mensual devengado, que fue de $ 267.00. Verificadas las operaciones aritméticas corresponde al demandante un auxilio de cesantía por el tiempo excedente a los veinte años, equivalente a la suma de $ 311.50.

El demandante afirma en la demanda que al tiempo de su retiro de la empresa, recibió de ésta, por concepto de auxilio de cesantía, la suma de $ 5.139.99, suma que le fue reconocida por Resolución número 11308 de 22 de septiembre de 1952. (Hecho 10 de la demanda). Este hecho fue aceptado por la empresa demandada, y está acreditado en el proceso. Por tanto, es el caso de admitir esta cantidad como el valor total de la cesantía recibida por el trabajador para deducirle la suma de $ 311.50 que corresponde a la cesantía por un año dos meses de servicio, tiempo excedente sobre los veinte años requeridos para el goce de la pensión. En esta forma, se determina con precisión el valor de la cesantía definitiva correspondiente al tiempo de servicios computado para la jubilación, suma que el trabajador deberá reintegrar a los Ferrocarriles Nacionales para tener derecho al goce de la pensión, por excluírse ambos derechos. Efectuadas las operaciones aritméticas, resulta la cantidad de $ 4.828.49 que constituye el valor total que debe reintegrar, por la cesantía recibida.

La devolución o reintegro de estos $ 4.828.49, se hará permitiendo al trabajador compensarlos con el valor de las mesadas de jubilación, que se le deben desde que su derecho se hizo exigible, según lo dispuesto en este fallo y de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala de la Corte y también del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo. (Véanse sentencias del Tribunal Supremo de fechas 18 de diciembre de 1954 y 18 de junio de 1957 y fallo de esta Sala de 28 de abril de 1958, entre otras).

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* la sentencia de fecha 21 de noviembre de 1960 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, *revoca* el fallo de primera instancia, de fecha 5 de septiembre de 1960, recaído en este juicio y en su lugar condena a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, persona jurídica, con domicilio principal en esta ciudad, a pagar al demandante Zacarías Tobar Díaz lo siguiente:

1º Una pensión vitalicia de jubilación, a partir del día 19 de septiembre de 1955, equivalente a la suma de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales, más el aumento decretado por las Leyes 77 de 1959 y 171 de 1961, según lo expresado en la parte motiva de esta sentencia.

2º La suma de trescientos once pesos con cincuenta centavos ($ 311.50) correspondiente al auxilio de cesantía durante un año dos meses de tiempo excedente sobre el requerido para el goce de la pensión de jubilación. Esta suma le será imputada al valor ya recibido por concepto de auxilio de cesantía y que le fue reconocido por los Ferrocarriles Nacionales mediante Resolución número 11308 de 22 de septiembre de 1952.

3º Se dispone que del valor de las mesadas de jubilación que la empresa demandada debe pagar a Zacarías Tobar Díaz a partir del 19 de septiembre de 1955, compense la suma de $ 4.828.49 que éste recibió por concepto de cesantía definitiva correspondiente a parte de los primeros veinte años de servicio requeridos para la jubilación, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas en las instancias y en el presente recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados G., Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR DESCONOCIMIENTO DEL PLAZO PRESUNTIVO. TECNICA DE CASACION.

1. El equivocado planteamiento de la vía directa en vez de la indirecta, es bastante para rechazar el cargo. 2. El no señalar ni determinar por su contenido la norma o normas sustantivas que a juicio del recurrente hubieren resultado indirectamente infringidas, a consecuencia de errores de hecho o de derecho, es omisión que torna inestimable el cargo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., siete de noviembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga).

Por conducto de apoderado judicial, Pedro José Rangel V. demandó a la sociedad "Mora Hermanos & Compañía Comercial Limitada", representada en Ibagué por José Osorio Bedoya, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, fuera condenada a pagarle lucro cesante y "salarios caídos", aparte las costas en caso de oposición.

Refiere en su libelo que trabajó para la sociedad demandada, por medio de contrato escrito de término indefinido, como agente vendedor, desde el 30 de octubre de 1959 hasta el 18 de mayo de 1960; que durante este lapso devengó un salario promedio mensual de $ 1.582.50; que fue despedido sin causa justificativa alguna cuando hacían falta 5 meses y 18 días para cumplirse el segundo plazo presuntivo de su contrato de trabajo; y que la sociedad demandada no le ha pagado el lucro cesante que le corresponde.

Apoya sus súplicas en los artículos 47, 49, 64, 65 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

"Mora Hermanos & Compañía Comercial Limitada", también por intermedio de mandatario judicial, se opuso a las condenas impetradas y negó todos los hechos. No propuso excepciones de ninguna clase.

Durante el curso de la primera audiencia de trámite, el actor prescindió de su solicitud de "salarios caídos".

El Juzgado Unico Laboral del Circuito de Ibagué, que fue el del conocimiento, en sentencia de fecha 22 de mayo de 1961 condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante la suma de $ 8.545.50 a título de lucro cesante y las costas de la instancia.

Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad por medio de la suya de fecha 13 de septiembre del propio año, que resolvió la apelación interpuesta por la parte vencida.

El recurso de casación.

Contra la sentencia anterior la misma parte interpuso, entonces, recurso de casación. Como fuera concedido por el Tribunal, admitido por esta Superioridad y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo mediante el examen de la demanda correspondiente y del escrito de la oposición.

Alcance de la impugnación.

Aspira a que se infirme la providencia recurrida y, en consecuencia, se absuelva de todo cargo a la sociedad demandada.

Motivo de casación.

Invoca, como tal, la causal 1ª del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo.

Con fundamento en él formula dos cargos contra la sentencia impugnada.

Primer cargo.

Acusa el fallo recurrido "por violación directa de la ley sustantiva consistente en interpretación

errónea, aplicación indebida y no aplicación debiendo ser aplicada". Señala como infringidos los artículos 47, 62, 64 y 66 del Código Sustantivo del Trabajo.

Desarrolla la acusación, en síntesis, así:

Es principio universal de derecho que todo contrato debe ejecutarse de buena fe. Cuando una de las parte desconoce esta norma moral incumple el contrato y coloca a su contraria en condición de ejercitar los derechos consiguientes. Estos derechos son los que nacen de la condición resolutoria tácita o de las causales de terminación del vínculo laboral establecidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

La sociedad demandada tenía un claro derecho, emanado de las relaciones contractuales, de su reglamento interno de trabajo y de las disposiciones legales, para dar por terminado el contrato que la ligaba con el actor, desde luego que él había observado una conducta inmoral desde el punto de vista comercial y violado, por tanto, las normas de dicho contrato.

Si el sentenciador hubiera tenido en cuenta estos principios habría reconocido el derecho de la sociedad demandada y dado aplicación al artículo 62 del Código en cita. Al mismo tiempo, habría dejado de aplicar los artículos 47 y 64 *ibídem,* ya que proveniendo el incumplimiento del contrato del trabajador no tenía por qué reconocérsele plazo presuntivo.

El opositor se limita a afirmar que este cargo "no es posible... estudiarlo porque el demandante no especifica el concepto de la violación de cada una de las normas citadas".

Se considera:

Para condenar por el concepto de lucro cesante la providencia impugnada razonó de este modo:

"El caso en estudio se concreta a saber si Pedro José Rangel —demandante —fue despedido en forma injusta e ilegal, y, por ende, si tiene derecho al monto de los salarios faltantes para completar el tiempo presuntivo de seis meses.

"La entidad demandada despidió al actor de esta litis en nota fechada el 16 de mayo de 1960, en la cual le increpa la actitud asumida por él en la venta de una nevera a todas luces, según la entidad demandada, inconveniente para la empresa. Tres días después, en nota de fecha 19 del mismo mes de mayo, entera la entidad demandada al demandante, de las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y del reglamento de trabajo, en las cuales se apoyó la entidad para tenerlas como justas causas de despido y por consiguiente no pagarle el preaviso.

"Veamos (sic) si las causales invocadas por la parte demandada inciden en el hecho o motivo que dio lugar al despido de Pedro José Rangel y si ese hecho tuvo real ocurrencia.

" 'Grave indisciplina en que incurre el trabajador'. Esta causal cuando se demuestra, faculta al patrono para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo sin previo aviso. 'Todo vicio habitual del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento'. Esta causal faculta al patrono para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo con previo aviso dado por escrito.

"En la primera causal se puede prescindir de los servicios del trabajador, unilateralmente y sin previo aviso, en la segunda, solamente con previo aviso se puede dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo. De tal manera que la segunda de las causales no opera porque no se le dio aviso por lo menos con antelación igual al período que regula el pago del salario, ni se demostró por otra parte, el vicio habitual que pudiera perturbar la disciplina de la entidad demandada.

"Así que en el caso *sub judice* se hace necesario examinar el haz probatorio que obra en el expediente para concluír si a la parte demandada le asistía facultad para prescindir unilateralmente de los servicios de su empleado Pedro J. Rangel.

"El caso alegado para tal determinación se basa en el hecho de haber querido interferir la venta de una nevera por parte de Rangel y adelantada por Alirio Orozco con el doctor Valencia.

"Para el caso es pertinente transcribir los testimonios de los esposos Valencia quienes nos pueden Dar (sic) el verdadero sentido de esta disputa.

"Dice el doctor José Joaquín Valencia, página 54: a) Compré la nevera a Mora Hermanos de Ibagué, es decir, al vendedor Orozco, sin que en este negocio hubiera interferido el vendedor Rangel de Girardot, pues, repito, a este último señor sólo lo conocí personalmente algún tiempo después de haber negociado con el vendedor de Ibagué. Por la época de tal negociación, solo conocía a Rangel por las referencias que mi esposa me hizo, con relación a un vendedor en Girardot, que le ofrecía una nevera 'Icasa' a precio más cómodo que el precio a que me lo

ofrecía el vendedor de Ibagué. A este último respecto, me permito anotar que dio la especial coincidencia de que el mismo día que yo viajé a Ibagué a negociar la nevera viajó también a Girardot mi esposa, con la mira de comprar algunos artículos y mirar neveras".

"Agrega la señora Doris de Valencia, al folio 64, punto 5º: 'El precio que desde un principio le fijó a la nevera el señor Rangel fue exactamente el mismo por el cual la negoció posteriormente en Ibagué mi esposo, doctor José Joaquín Valencia, según tuvimos oportunidad de confrontarlo mi esposo y yo, estando él en Ibagué y yo en Girardot el día del negocio, y en comunicación telefónica que sostuvimos precisamente para comparar precios, facilidades de pago, etc. entre la agencia de Girardot y la de Ibagué. La única diferencia entre las dos negociaciones consistía en que en Girardot el señor Rangel convenía en comprarme una máquina de coser marca Paff y abonarme su valor al precio de la nevera".

"Del contenido de estos testimonios, tanto por la calidad de los deponentes como su desinterés e independencia con lo que hacen, ofrece serios motivos de credibilidad. De donde se concluye que Rangel no interfirió la negociación ya adelantada por Orozco, pues es muy explicable su situación si se tiene en cuenta que el centro o radio de acción donde le tocaba ejercitar sus facultades, era la ciudad de Girardot, ya que precisamente el empleo dispensado por Mora Hermanos, era el de vender los elementos dados o puestos en venta en sus almacenes, que naturalmente eran los mismos que sus agencias vendían en Ibagué, y si hubo la coincidencia de ser la misma persona compradora, sin proponérselo los agentes de las distintas agencias pero de una misma casa central, mal podía culpársele de interferencia o grave indisciplina. Y es más, el agente vendedor de Ibagué adelantó y culminó la negociación del doctor Valencia —Juez del Circuito de Purificación— y el agente vendedor de Girardot que para el caso es el demandante, gestionó la venta de una nevera con la señora del doctor Valencia, persona y sitio, diferentes en la tramitación comercial. Que el agente Rangel, estaba en antecedentes de la negociación de la nevera por parte del agente de Ibagué, y por ende estaba interfiriendo la venta, no hay prueba para tal aserto.

"De otra parte, están los testimonios de los señores Jaime Garal, Alirio Orozco, el primero administrador del almacén Mora Hermanos de Girardot, y el segundo, agente vendedor de la misma casa en Ibagué, y además el mediador en la venta de la nevera tantas veces relacionada en este litigio. Estos declarantes dicen que Rangel sí ofreció dar la nevera por un precio inferior al autorizado por la casa vendedora; sin embargo, dadas las circunstancias de estar estas personas vinculadas a la casa Mora Hermanos, se hacen sospechosos de estar diciendo la verdad con entera libertad, al paso que el de los esposos Valencia quienes dicen lo contrario, hay razón para creer en sus testimonios.

"Es de tener en cuenta, que si evidentemente la nevera fue ofrecida por menos precio y aquí es donde reside el reclamo de la casa Mora Hermanos, no la hayan adquirido los compradores a quienes no les interesaba la disputa interna de los vendedores, sino como es natural obtener mayor comodidad en el precio".

De la transcripción anterior se ve con claridad que el fallo recurrido no desconoció los principios que el impugnante echa de menos ni que, de otra parte, los hubiera mal interpretado. Solo que al examinar el haz probatorio con el objeto de establecer si a la sociedad demandada le había asistido o no derecho para prescindir unilateralmente y sin previo aviso de los servicios del actor, encontró que éste, al contrario de lo sostenido por aquélla, no había incurrido en la causal de mala conducta que se le imputó. Así las cosas, si alguna violación de ley sustantiva se hubiera cometido por dicho fallo, tal violación tendría que haberse producido por vía indirecta, que no, de ninguna manera, por la directa que plantea su acusador. Aunque podrían formulársele otros varios reparos de orden técnico, el apuntado es bastante, dada su importancia, para rechazar el cargo.

Segundo cargo.

Acusa la sentencia impugnada "por violación indirecta de ley sustantiva a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba".

Entra, de inmediato, a desarrollar la acusación, sin cuidarse de señalar, en parte alguna, ni de determinar por su contenido la norma o normas sustantivas que, a su juicio, hubieren resultado indirectamente infringidas.

Como lo anota el opositor, tal omisión torna inestimable este segundo cargo. En efecto, entre los requisitos necesarios que debe contener toda demanda sustentatoria de recurso extraordinario como el presente se cuenta, según el numeral 5º del artículo 90 del Código Procesal del Trabajo,

"la expresión de los motivos de casación, indicando: a) el precepto legal sustantivo de orden nacional, que se estime violado...".

Se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia objeto del presente recurso de casación.

Costas al impugnante.

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

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados Goenaga, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PROVIDENCIAS QUE NO ADMITEN RECURSO DE CASACION.

Un auto de la especie del que se examina, dictado en el negocio sub judice **por el** ad quem **y en el que se limita, de un lado, a negar el estudio de la apelación interpuesta por el representante legal de una de las partes contendientes —la demandada—, y, de otro, admite el desistimiento del mismo recurso —el del demandante—, contra la sentencia de primer grado, no reúne los requisitos de sentencia definitiva a que hace alusión el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral, modificado por el artículo 9º del Decreto legislativo número 1762 de 1956, para que sea viable o susceptible del recurso de casación, máxime es el propio mandatario judicial de la parte demandada quien reconoce que se trata de un auto interlocutorio, sin que sea de recibo su tesis planteada en el escrito sustentario sobre la preclusión de instancia por cuanto, en el** sub lite, **lo que se halla en el fondo es una situación procesal diferente.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., noviembre ocho de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Va a decidirse el presente recurso de hecho interpuesto por el apoderado judicial del "Instituto Geográfico Agustín Codazzi", contra el proveído de fecha 18 de marzo de 1963, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena —Sala Laboral—, por medio del cual se denegó el de casación propuesto contra la providencia del 13 de los mismos mes y año, dictada por el mismo Tribunal, en el juicio ordinario laboral incoado por el demandante Gerardo Gómez Amaya contra el citado Instituto.

Antecedentes:

Durante el trámite o desarrollo del juicio en referencia, iniciado ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Cartagena, se han llevado a cabo las siguientes actuaciones procesales:

1º Gerardo Gómez Amaya demandó al "Instituto Geográfico Agustín Codazzi", por medio de apoderado, a fin de que la citada entidad pública, representada por el señor Director Seccional de Catastro, fuese condenada al pago de diferentes sumas de dinero por los siguientes conceptos: lucro cesante, indemnización moratoria, el auxilio monetario de que trata el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por enfermedad no profesional adquirida y la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria de que habla la misma norma; auxilio de gran invalidez de que trata el artículo 278 *ibídem,* en su aparte c), o en subsidio el del aparte b) del artículo en cita; reembolso de $ 70.00, valor de un pasaje en avión efectuado por el demandante; y, por último, los gastos del juicio, lo mismo que sus costas incluyendo agencias en derecho. Posteriormente se introdujeron reformas a la demanda inicial que constan en el expediente.

2º Notificado el representante legal de la entidad demandada, Ingeniero doctor Manuel Castillo Blanco, para evacuar el traslado correspondiente, dio respuesta que no le fue admitida a causa de no ser Abogado y ya que su conducta en el juicio está establecida por la ley laboral como de asesor del Agente del Ministerio Público.

3º El negocio se adelantó hasta la tercera audiencia de trámite, en situación de contumacia para el Instituto, ante el rechazo efectuado por el Juez *a quo* de la respuesta a la demanda, y solamente en dicha audiencia en que se cerró el debate probatorio se apersonó del juicio por

intermedio del doctor Agustín Linares Flórez en su doble calidad de Secretario General y Procurador Judicial de la Institución.

4º El Juzgado del conocimiento desató la controversia en fallo de fecha 28 de enero de este año, condenando a la entidad demandada a pagar a favor de la parte actora las siguientes cantidades: por concepto de lucro cesante, $ 3.386.69; $ 474.49 por concepto de cesantía; y, $ 4.106.67 por concepto de auxilio monetario por incapacidad ocasionada por enfermedad no profesional. Se absolvió por los conceptos de sanción moratoria, auxilio de gran invalidez y reembolso del pasaje reclamado en la demanda, y, se impusieron costas del juicio a cargo del Instituto demandado.

5º De la sentencia dictada por el *a quo* apelaron tanto el mandatario judicial de la parte demandante como el doctor Manuel Castillo Blanco, éste en su carácter de representante legal del Instituto Geográfico, y el recurso les fue concedido.

6º El honorable Tribunal Superior de Cartagena —Sala Laboral—, con el fin de resolver el incidente (sic) promovido por el doctor Mercado Avila, apoderado del demandante, se constituyó en audiencia pública el día 13 de marzo del año en curso. En la diligencia en cita, el *ad quem* resolvió admitir el desistimiento de la apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandante y no estudiar el que propuso el doctor Manuel Castillo Blanco por no ser éste Abogado titulado e inscrito. Para ello en la parte motiva de la providencia se refirió al artículo 35 del Código de Procedimiento del Trabajo en armonía con el artículo 1º del Decreto extraordinario número 1209 de 1954, haciendo el análisis correspondiente de que otorgado el poder respectivo al abogado doctor Agustín Linares Flórez era a éste como mandatario judicial de la Institución demandada a quien la ley lo facultaba para haber efectuado la interposición del recurso de alzada.

7º Durante la misma diligencia de audiencia pública, el doctor Agustín Linares Flórez, una vez notificado del proveído a que se alude en el punto anterior, propuso el recurso de reposición contra dicho auto del *ad quem* y sustentó el recurso con diversas alegaciones orales anotando irregularidades de carácter procedimental en el informativo. A su turno, el doctor Mercado Avila, apoderado de la parte demandante, hizo diversas confutaciones contra los argumentos esgrimidos por el mandatario de la parte contraria, entre otras, la de que los gerentes, directores, etc., de establecimientos públicos son meros asesores del Agente del Ministerio Público, quienes en su carácter de tales no pueden abrogarse las funciones del asesorado. Además, en relación con los empleados del Instituto Geográfico, manifestó que el doctor Linares, es Secretario General de dicha entidad y que si es un empleado público, entonces no puede ejercer en su condición de Abogado, porque la ley no se lo permite.

8º El Tribunal, al resolver la reposición impetrada, expresó que la sentencia de 28 de enero de 1963, de primera instancia, sin la asistencia del doctor Agustín Linares Flórez como apoderado del Instituto, fue notificada en estrados a las partes sin más requisito legal. Que, por otra parte, la interpretación correcta del artículo 35 del Código de Procedimiento Laboral, en armonía con lo dispuesto en los artículos inmediatamente precedentes, 33 y 34 *ibídem*, es la de que los directores o gerentes de entidades de derecho público, como asesores del Agente del Ministerio Público, podrían intervenir en juicio, cuando como representantes legales del establecimiento conforme a sus estatutos, comparecen al proceso por medio de Abogado inscrito. En virtud de dicha consideración, ordenó, en conclusión, no reponer la providencia recurrida.

9º Enterado del último proveído el procurador judicial del Instituto demandado propuso recurso extraordinario de casación contra el auto de fecha marzo 13 de 1963, por considerar que éste "es en su forma si no en el fondo una sentencia" (sic). En subsidio, solicitó que se ordenara la compulsación de copias para recurrir de hecho. El Tribunal denegó el recurso de casación y accedió a que se compulsaran las copias pedidas.

10. Para sustentar el recurso de hecho ante esta Superioridad, el recurrente plantea, en síntesis, el argumento de que la asesoría de los representantes legales de las entidades de derecho público aunque no se trate de Abogados inscritos, por ministerio de la ley pueden interponer recursos y, para ello, cita doctrinas de tratadistas.

Dentro de la misma sustentación, el doctor Linares Flórez expuso que, aunque el *ad quem* se abstuvo de estudiar el aspecto relacionado con el grado de jurisdicción denominado de consulta, la providencia contra la cual interpuso recurso extraordinario de casación la consideraba como un auto interlocutorio, éste tiene fuerza de sentencia porque pone término a la instancia y hace imposible la continuación del juicio, según lo establecido en el artículo 467 del Código de Pro-

cedimiento Civil en concordancia con el 145 del Código de Procedimiento del Trabajo, sobre aplicación analógica.

Para resolver, se considera:

Concretado el debate de este asunto al ordinal 10 de los antecedentes enumerados, esta Sala de la Corte expone:

Un auto de la especie del que se examina, dictado en el negocio sub judice *por el* ad quem *y y en el que se limita, de un lado, a negar el estudio de la apelación interpuesta por el representante legal de una de las partes contendientes —la demandada—, y, de otro, admite el desistimiento del mismo recurso —el del demandante—, contra la sentencia de primer grado, no reúne los requisitos de sentencia definitiva a que hace alusión el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral, modificado por el artículo 9º del Decreto legislativo número 1762 de 1956, para que sea viable o susceptible del recurso de casación, máxime cuando es el propio mandatario judicial de la parte demandada quien reconoce que se trata de un auto interlocutorio, sin que sea de recibo su tesis planteada en el escrito sustentatorio sobre la preclusión de instancia por cuanto, en el* sub lite, *lo que se halla en el fondo es una situación procesal diferente.*

Y, al respecto, esta Superioridad se permite transcribir la siguiente jurisprudencia que explica con acierto lo que debe entenderse por sentencia definitiva y cuyo pronunciamiento acoge nuevamente:

"...Ahora bien: según el estatuto de procedimiento laboral (art. 86), modificado por el 9º del Decreto legislativo 1762 de 1956, están sujetas al recurso extraordinario las sentencias definitivas *(subraya la Sala) dictadas por los Tribunales Seccionales del Trabajo (hoy Tribunales Superiores, Sala Laboral) en los juicios ordinarios de cuantía superior a $ 4.000.*

"El Código de Procedimiento Civil (466-2) denomina sentencia, *la resolución que decide definitivamente la controversia que constituye la materia del juicio o lo principal de éste. Por tanto, una providencia que no tenga ese alcance, aunque adopte la forma de la sentencia, no es un acto procesal de tal naturaleza.*

"Para los fines de la casación laboral la sentencia sujeta al control de la Corte debe ser definitiva. Por tal ha entendido la doctrina y la jurisprudencia la que estima o desestima las pretensiones materia del pleito, declarando, en todo o parte, en el primer caso, la existencia de la voluntad de la ley en favor del actor, o la inexistencia, en todo o parte, de esa voluntad, en favor del demandado, en el segundo caso...". (Auto de 22 de agosto de 1961. Francisco Evelio Huertas contra el Municipio de Guateque).

Y también esta otra la cual reitera y considera aplicable al caso en estudio:

"Se entiende por sentencia definitiva la resolución judicial que decide sobre la controversia, esto es, sobre el fondo del asunto litigioso, sea porque acoja la demanda del actor dirigida a obtener el reconocimiento de la existencia de una voluntad de ley que le garantice un bien, sea porque la rechace en atención a que esa voluntad de ley no existe o es inaplicable, o su mandato se lo garantiza al demandado (artículo 466 del C. J.; José Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I, página 177, Editorial Reus; Tomo II, página 301; Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 164, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid)". (Auto del T. S. del T., mayo 9/59, reproducido en auto de mayo 5 de 1960).

Hecha la transcripción anterior, de incidencia sobre el proveído denegatorio de casación en examen, que no es de sentido estimatorio o desestimatorio sobre las pretensiones objeto de la demanda inicial y sus posteriores adiciones o reformas, esta Sala habrá de declarar bien denegado el recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, *declara bien denegado* el recurso de casación interpuesto por el mandatario judicial del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal Superior de Cartagena, para que conste en autos y archívese el expediente.

Notifíquese, cópiese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados G., Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES CONTRA EL INSTITUTO NACIONAL DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y FOMENTO ELECTRICO. HA DEBIDO DIRIGIRSE LA ACCION CONTRA LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL. RELACION CONTRACTUAL DE TRABAJO Y RELACION DE DERECHO PUBLICO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., noviembre 14 de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga).

Ofelia Arenas Sánchez demandó por medio de apoderado, al Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, representado por su Gerente, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía y en sentencia definitiva, fuera condenado a pagarle: 1º Auxilio de cesantía por el tiempo comprendido entre el 7 de marzo de 1956 y el 18 de junio del mismo año; 2º Prima de servicios por el mismo lapso indicado en el punto anterior; 3º Auxilio de cesantía por el tiempo comprendido entre el 18 de junio de 1956 y el 11 de junio de 1957; 4º Prima de servicios por el mismo lapso indicado en el punto anterior; 5º Compensación de vacaciones por los servicios prestados entre el 7 de marzo de 1956 y el 3 de julio de 1959; 6º Auxilio de cesantía por el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1957 y el 3 de julio de 1959; 7º Prima de servicios por el mismo lapso indicado en el punto anterior; 8º Lucro cesante; y 9º "Salarios caídos".

Refiere en el libelo que ingresó al servicio de la entidad demandada el 7 de marzo de 1956, en virtud de contrato escrito de trabajo, como mecanotaquígrafa, con un sueldo mensual de $ 330.00; que en este cargo permaneció hasta el 18 de junio del año mencionado, en que tomó posesión del de mecanotaquígrafa 2ª del Departamento de Aguas y Fomento Eléctrico de la Corporación Nacional de Servicios Públicos, con un sueldo de $ 360.00; que prestó estos servicios de mecanotaquígrafa 2ª hasta el 30 de junio de 1957, en que fue declarado insubsistente su nombramiento por disolución de la Corporación Nacional de Servicios Públicos; que por Resolución número 13 de 5 de julio de 1957, originaria de la entidad demandada, fue designada para ocupar el cargo de Auxiliar de Archivo y Correspondencia de la Secretaría General, con un sueldo mensual de $ 500.00; que de este destino tomó posesión con retroactividad al 1º de julio anterior; que la entidad demandada, con fecha 2 de julio de 1959, la declaró insubsistente en el cargo que venía desempeñando, sin preaviso y sin invocación de causal ninguna; que, por último, su ex-patrono, no le ha pagado ninguno de los derechos por los conceptos indicados.

Funda sus súplicas en los artículos 22 y siguientes, 64, ordinal 2º, 249, 306, 186 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en la Ley 6ª de 1945 y en el Decreto 2127 del mismo año.

El Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, también por conducto de mandatario judicial, se opuso a las condenas impetradas, se abstuvo de aceptar los hechos y propuso, como perentorias, las excepciones de prescripción, pago, enriquecimiento injusto e indebido e inepta demanda sustantiva.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, en sentencia de fecha 7 de diciembre de 1960 dirimió la controversia así: a) condenó a la entidad demandada a pagar a la actora $ 1.661.11 por concepto de auxilio de cesantía y $ 16.67 diarios, desde el 3 de julio de 1959 hasta la fecha en que verificara el pago de la condena anterior, a título de "salarios caídos"; b) la absolvió de los restantes cargos deducidos en su contra; y c) impuso a su cargo las costas en un 40%.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el apoderado del Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo desató por medio de la

suya de fecha 3 de abril de 1961, que revocó el fallo de primer grado y, en su defecto, dispuso absolver en su totalidad a la parte demandada y condenar a la demandante en las costas de la primera instancia. No hizo condena ninguna por razón de costas de la alzada. Salvó su voto la Magistrada Aydeé Anzola Linares.

El recurso de casación.

La actora interpuso, entonces, recurso de casación contra esta sentencia. Como fuera concedido por el *ad quem*, admitido por esta Superioridad y debidamente rituado, ha llegado la oportunidad de decidirlo mediante el estudio de la demanda correspondiente. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la acusación.

Pretende el impugnante que la Corte case totalmente la providencia recurrida para que en su lugar, convertida en Tribunal de Instancia, confirme la que profirió el a quo.

A esta aspiración, así deducida, importa observar, de una vez, lo siguiente: la sentencia de primer grado apenas acogió cuatro (en una las tres de auxilio de cesantía y la de "salarios caídos") de las nueve peticiones formuladas en el libelo que promovió el juicio. Si, pues, sólo para que se confirme ésta se debe anular la de segunda instancia, la infirmación no puede ser total sino parcial. En la circunstancia en examen, para que la casación hubiera admitido que se la tildara de total, era de necesidad que se hubiese solicitado, al mismo tiempo que la confirmación de las condenas del fallo del a quo, *la revocatoria de sus absoluciones y el acogimiento por la Corte de todas las súplicas de la demanda inicial del litigio.*

Motivos de casación.

Con fundamento en la causal 1ª del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, el recurrente formula dos cargos.

Primer cargo.

Acusa la providencia impugnada de haber violado directamente los artículos 4º del Decreto 2127 de 1945 en su aparte final, 12, literal f), de la Ley 6ª del mismo año, 52 del Decreto 2127 ya citado, 1º del Decreto 797 de 1949 y 2º del Decreto 0243 de 1951, en concordancia con los artículos 1º y 2º de la Ley 80 de 1946, 2º del Decreto 1428 de 1947, 1º de la Ley 151 de 1959, 13 y 18 del Decreto 1368 de 1957 y 5º de la Ley 4ª de 1913.

En síntesis, este cargo persigue demostrar que la relación de trabajo habida entre el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico y la demandante tenía que reputarse contractual, como lo sostiene la Magistrada disidente, que no de derecho público, según lo mantiene la sentencia recurrida, como cuestión previa a su aspiración de que se anule y, en su lugar, se confirmen las condenas de cesantía y "salarios caídos" decretadas por el a quo.

Sobre el particular, esta Sala de la Corte ha dicho:

"La distinción entre las dos categorías de empleados es cuestión de hecho, que debe definirse según las circunstancias del caso, tomando en cuenta, primordialmente, la naturaleza de las actividades en que el trabajador presta sus servicios. Si ellas caben dentro de cualquiera de las hipótesis previstas en la norma de derecho objetivo, la relación laboral queda bajo el imperio del contrato de trabajo, sin que su origen sea capaz de desvirtuarla". (Gaceta Judicial Nos. 2217-2218-2219, páginas 1.052 y siguientes).

El aserto anterior de esta Corporación lo confirma el propio impugnante al consignar, en el desarrollo del cargo, el siguiente pasaje:

"En cada caso, pues, ha de examinarse si la relación del empleado con la Administración puede quedar incluída dentro de las excepciones que consagra la norma (artículo 4º del Decreto 2127 de 1945). Si esto sucede, la relación no es de derecho público sino netamente contractual laboral y aquí la Administración asume el carácter de patrono y el empleado el de trabajador".

Por consiguiente, si alguna violación de ley sustantiva se hubiera cometido por el fallo recurrido, tal violación tendría que haberse producido por vía indirecta, que no, de ninguna manera, por el camino que plantea su acusador en este cargo. Porque, como lo tiene explicado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, la infracción directa de la ley ocurre con independencia absoluta de toda cuestión probatoria o fáctica y sólo se configura cuando, frente a hechos no debatidos, se aplica la norma legal a una hipótesis no regulada por élla, o deja de aplicarse, siendo el caso de hacerlo.

No se recibe el cargo, por tanto.

Segundo cargo.

Acusa la sentencia recurrida de haber violado, por vía indirecta, los artículos 4º del Decreto

2127 de 1945, 12, literal f), de la Ley 6ª del mismo año, 52 del Decreto 2127 ya citado, 1º del Decreto 797 de 1949 y 1º del Decreto 243 de 1951, en concordancia con los artículos 1º y 2º de la Ley 80 de 1946, 2º del Decreto 1428 de 1947 y 5º de la Ley 4ª de 1913, a consecuencia de errores evidentes de hecho por falta de apreciación de unas pruebas y defectuosa estimación de otras.

Puntualiza los errores evidentes de hecho cometidos, a su juicio, por el *ad quem* así: a) haber dado "por establecido, sin estarlo, que la demandante era una empleada pública no vinculada al Instituto mediante contrato de trabajo"; y b) haber dado "por no demostrado, estándolo, que la demandante ingresó al servicio de la entidad demandada mediante contrato escrito de trabajo y permaneció a su servicio en desarrollo de ese contrato hasta la fecha del despido, aunque con cambio de funciones y sueldo".

Agrega que las pruebas mal apreciadas son las documentales visibles a folios 9 a 18 y 21 del expediente y la demanda inicial de la litis; y las dejadas de apreciar, las documentales de folios 50 y 56 del mismo expediente.

Atendiendo a lo ordenado en el inciso 2º de la causal 1º del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, arguyé en seguida tratando de acreditar la comisión por el sentenciador de los errores evidentes de hecho que le imputa.

Si bien, como se vio al hacer el análisis del anterior, es técnicamente correcta la vía, de infracción indirecta, escogida en este cargo, adolece él del defecto insalvable de no contener una proposición jurídica completa, con virtualidad para quebrantar el fallo impugnado, como se verá de inmediato:

En efecto, al igual que el primero persigue demostrar que la relación de trabajo habido entre las partes fue contractual y que, de consiguiente, la actora tiene derecho a los conceptos de auxilio de cesantía y "salarios caídos" decretados por el *a quo*. Su formulación ha debido comprender, pues, fundamentalmente, el señalamiento de los preceptos de derecho material referentes, en su orden, a la prestación social y a la indemnización acabadas de mencionar; además, como antecedente necesario, el de la norma legal que define el contrato de trabajo, no importa que élla no cree, extinga o modifique relaciones jurídicas ningunas.

Sin embargo, en cuanto al vínculo laboral, se limita a indicar como violado el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, con olvido de que es apenas un desarrollo reglamentario del 1º de la Ley 6ª del propio año. La existencia de tal vínculo, emana, por consiguiente, de esta norma y no de aquel precepto. De esta suerte, su señalamiento como infringido sólo procedía en el presente recurso a condición de que se hubiere citado igualmente como tal el texto de la citada ley que reglamenta.

Respecto del auxilio de cesantía reputa violado, según se vio, el ordinal f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945. Ocurre, empero, que el mandato pertinente no es ese sino el a) del artículo 17 *ibídem*. Es que, como lo ha sostenido de manera invariable esta Corporación, aún para los servidores oficiales que se estimen vinculados a la Administración Pública por contratos de trabajo las prestaciones sociales correspondientes son las que consagre este artículo. Resulta, por tanto, ineficaz la invocación de aquel ordinal f) para los fines de anular la providencia acusada en el aspecto que se examina.

Por último, acerca de los denominados "salarios caídos" debe anotarse, en primer lugar, que sin tino, señala como infringido el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, desde luego que él fue sustituído por el 1º del 797 de 1949; y, en segundo lugar, que si bien juzga violada esta última norma, élla, como su antecesora, es de naturaleza puramente reglamentaria. Luego la fuente de los perjuicios moratorios en estudio, de existir, tiene que encontrarse en las normas de la ley reglamentada, vale decir, de la 6ª de 1945. En consecuencia, la acusación en punto a tales perjuicios resulta también incompleta y, por lo mismo, ineficaz para producir la quiebra de la sentencia recurrida.

Como el impugnante indica también como violado el artículo 1º del Decreto 243 de 1951, no huelga agregar que tanto la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como la de esta Corporación ha sido constante y reiterada en el sentido de que la materia relativa a costas no es objeto del recurso extraordinario de casación.

Ahora bien, suponiendo bien formulado el cargo y, aún más, su prosperidad, de ello no se seguiría, en el presente caso, la anulación de la providencia recurrida.

Ya se vio que el alcance del recurso está limitado a que se case parcialmente la sentencia acusada para que, en su defecto, como *ad quem*, la Corte confirme la del *a quo* y que esta providencia acogió cuatro (en una las tres de cesantía, además de la de "salarios caídos") de las nueve peticiones deducidas en el libelo promotor de la *litis* y absolvió de las restantes.

Por manera que a esta entidad, como Tribunal de instancia, sólo le competiría examinar si las

condenas fulminadas en la sentencia de primer grado se ajustan o no a los hechos del proceso y al derecho.

De conformidad con su absolución de posiciones (folios 39 a 42) la demandante recibió los auxilios de cesantía correspondientes a su período original de trabajo al Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, comprendido entre el 7 de marzo de 1956 y el 17 de junio del mismo año, y al subsiguiente prestado a la Corporación Nacional de Servicios Públicos, comprendido entre el 18 de junio de 1956 y el 30 de junio de 1957 (respuestas 2ª y 12ª).

Sólo se le debería, pues, al tenor de sus propias palabras (respuesta 12ª indicada), el auxilio de cesantía atinente a su segundo período de trabajo al Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, comprendido entre el fenecimiento de la Corporación Nacional de Servicios Públicos —1º de julio de 1957— y el 2 de julio de 1959, en que fue declarada insubsistente.

Pero ocurre que, a términos de lo mandado en el artículo 27 del Decreto-ley 1368 de 1957, "los trabajadores de los Institutos de Fomento Municipal, de Crédito Territorial y de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, continuarán como afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1806 de 1956".

Por lo demás, que, durante el último lapso en estudio, fue afiliada forzosa de esta Caja lo admite la propia actora en su citada absolución de posiciones (respuesta 3ª).

De todo lo anterior se sigue, sin duda, que no está a cargo de la entidad demandada ni el reconocimiento ni el pago del auxilio de cesantía que, según sus palabras, se le debe a la demandante; que ésta dirigió contra persona distinta de la llamada a responder —la Caja Nacional de Previsión Social— la acción que lo persigue; y que, por último, a esta acción le falta una condición esencial, cual es la legitimatio in causa *pasiva para obrar.*

Ahora bien: si el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico nada debe a la actora por cesantía, de acuerdo con lo expuesto, ni por ninguna otra prestación, ni por salarios, ni por lucho cesante, si se tienen en cuenta los fallos de instancia en tales aspectos —no debatidos en este recurso extraordinario e intocables por la Corte—, debe concluírse, con caracteres de necesidad, que no puede ser reo de la sanción denominada de "salarios caídos". Porque, como es de sobra sabido, ésta únicamente procede por renuencia injustificada del patrono a pagar las deudas laborales a su cargo, a la finalización del contrato de trabajo o de los términos legales o voluntarios subsiguientes estatuídos o concedidos para ese fin.

Así, las condenas de la sentencia de primera instancia no podrían ser acogidas por esta Corporación, la que, en consecuencia, estaría en imposibilidad de infirmar la decisión acusada.

En mérito de lo que viene dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Costas al impugnante.

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

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados Goenaga, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECURSO DE CASACION. NULIDADES. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. SUSPENSION DE TERMINOS.

Se resuelven las peticiones formuladas por el apoderado judicial de la parte recurrente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diciembre cuatro de mil novecientos sesenta y tres.

Ha vuelto nuevamente a este Despacho el presente negocio para efectos de resolver sobre las peticiones formuladas por el doctor Miguel Antonio Constaín, como apoderado judicial de la parte recurrente Luis Carlos Galofre Franco. Tales peticiones se concretan a lo siguiente:

a) Solicitud de nulidad a partir del auto admisorio del recurso de casación, inclusive, (escrito de folios 22 a 25 del cuaderno número 9) y, en subsidio, la continuación del término del traslado para sustentar la demanda del recurso extraordinario el cual quedó interrumpido el 23 de marzo de 1962, según nota de Secretaría que pasó el expediente al Despacho para reconocimiento de apoderado sustituto doctor Hernando Rojas Otálora y,

b) Estudio sobre el pedimento formulado sobre suspensión de términos a que se refiere el memorial de fecha 30 de agosto del año en curso, el cual corre a folios 5 a 7 del cuaderno número 10, proveniente del mismo mandatario judicial, para el caso de que no prospere la impetración nulitiva a que se contrae el literal a).

Prolegómenos de esta situación de autos son los que siguen:

1º De conformidad con el ordinal 2º del artículo 147 del Código Judicial, aplicable por analogía en el procedimiento laboral según las voces del artículo 145 del Código de la materia, el Juez o Magistrado en quien concurre una causal de impedimento, así sea ella inallanable, tiene competencia para conocer del asunto de que se trate hasta tanto lo manifieste o reciba la noticia oficial de haber sido recusado.

2º Ocurrido uno de estos dos eventos al Magistrado o Juez en cuestión se le suspende simplemente la competencia para conocer del asunto de que se trate.

3º Si la jurisdicción es prorrogable o si la recusación es rechazada, el Magistrado o Juez recupera la competencia que tenía suspendida, de acuerdo con el mismo ordinal 2º destacado.

4º En consecuencia, el doctor Luis Alberto Bravo tuvo competencia para conocer del presente asunto desde la iniciación del trámite de este recurso extraordinario hasta el momento en que expresó estar impedido. Luego, en el dicho lapso, no pudo existir la nulidad por incompetencia, cuya declaración impetra el memorialista.

5º El doctor Luis Alberto Bravo dejó de actuar por completo durante el período en que tuvo suspendida la competencia para conocer de este asunto, es decir, durante el tiempo comprendido entre la manifestación por él del impedimento y el auto de fecha 19 de octubre de 1963 que lo reincorporó al conocimiento del mismo. Por tanto, no pudo incurrirse en la nulidad por incompetencia reclamada por el memorialista.

6º Es así, que, de acuerdo con el auto anteriormente cuestionado, el doctor Luis Alberto Bravo fue reincorporado al conocimiento de este negocio por ser allanable el impedimento manifestado por él y haberle sido prorrogada la jurisdicción por la parte a quien interesaba directamente su separación —la opositora en este recurso—, luego, tampoco cabe hablar de nulidad por incompetencia de esa fecha en adelante.

Visto lo anterior, se resuelve:

a) No se accede al pedimento formulado por el procurador judicial de la parte recurrente sobre declaración nulitiva a partir del auto ad-

misorio del recurso extraordinario de casación, inclusive, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, sin perjuicio de que la reclamación subsidiaria para que continúe el traslado a la misma parte por el resto del término legal le sea concedida, según información que deberá verificar la Secretaría de esta Sala, y así pueda disfrutar de él una vez se haya tramitado la articulación a que se alude en el literal subsiguiente, y,

b) Como la suspensión de términos a que se hace referencia en este juicio, durante el trámite del presente recurso extraordinario, debe hacerse al tenor de lo establecido en el artículo 372 del Código Judicial, córrase traslado de la solicitud mencionada a la parte demandada como opositora, por el término legal de dos (2) días, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 395 *ibídem*.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Roberto de Zubiría C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES SOCIALES. PRUEBA DE LA DURACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., noviembre treinta de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Ante el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín, Pedro Nel Posada, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral contra la señora Helena Mejía vda. de Uribe, para que por sentencia definitiva se declare que la demandada está obligada a pagarle el valor de sus prestaciones sociales, por concepto de: auxilio de cesantía, vacaciones causadas y no disfrutadas, prima de servicios, "descansos dominicales y en los demás días festivos, tanto nacionales como religiosos", calzado, "vestido para trabajo, indemnización por presuntivo, etc.". Además, las costas del juicio y, subsidiariamente, cuanto se probare y se dedujere en el mismo.

Refiere la demanda, que el actor prestó su "capacidad de trabajo", en la finca llamada "Los Tilos", de propiedad de la señora Helena Mejía vda. de Uribe, situada en el Municipio de Heliconia (Antioquia), desde el 10 de enero de 1940 hasta el 5 de abril de 1954, y de modo continuo e ininterrumpido en labores tales como cultivo de café, "desyerbas", etc.; que el demandante devengó un salario fijo de $ 3.30 diarios, en el último año de labores; que no le fueron cancelados los descansos dominicales y de días festivos, a pesar de haber prestado sus servicios durante todos los días laborables de la semana y en casi todos los festivos del año; que al terminar la relación de trabajo, el demandante no recibió el valor completo de sus prestaciones sociales, ya que solamente se le pagó la cantidad de $ 40.00; que fue despedido sin justa causa.

En derecho adujo las siguientes disposiciones: Ley 6ª de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Decreto 2127 de 1946, artículos 23, 24, 65, 127, 67, 149, 172, 177, 186, 249, 306, y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

En la respuesta que a la demanda dio el apoderado de la señora Helena Mejía vda. de Uribe, contestó a los hechos manifestando que no le constaban, se opuso a todas las pretensiones del actor y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y pago.

El juzgado del conocimiento, por sentencia de 25 de febrero de 1957, desató la litis, y condenó a la señora Helena Mejía vda. de Uribe a pagar a Pedro Nel Posada las siguientes sumas de dinero: $ 1.354.50 por auxilio de cesantía, $ 514.80 por descanso dominical, $ 128.40 por laborar en días festivos así religiosos como nacionales, $ 139.50 por prima de servicios, $ 139.50 por vacaciones causadas y no disfrutadas, $ 3.234.00 por concepto de indemnización moratoria; facultó deducir de las anteriores sumas la cantidad de $ 40.00 que el demandante había recibido por los conceptos citados. Condenó también a la misma parte demandada a pagar al actor 6 pares de zapatos y 6 overoles, por no haber sido suministrados oportunamente. Absolvió de las otras peticiones de la demanda y declaró probadas las excepciones de pago (ésta parcialmente) y la de prescripción, en lo pertinente.

Ambas partes apelaron de la sentencia de primer grado. Correspondió conocer del recurso al Tribunal Superior de Medellín —Sala Laboral—, mediante sentencia de 18 de marzo de 1957 por la cual revocó la de primera instancia y en su lugar absolvió a la demandada de todos los cargos formulados por Pedro Nel Posada.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso la parte demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido éste y tramitado en legal forma, la Corte pasa a decidirlo previo estudio de la correspondiente demanda. No se presentó escrito de réplica.

Motivos de casación.

Está declarado así: "Aspiro a obtener, para el caso de que lleguen a prosperar los dos cargos atrás formulados, que la sentencia impugnada

sea casada totalmente; y a que la honorable Corte, como juzgador *ad quem,* proceda a resolver sobre todas y cada una de las peticiones consignadas en la demanda inicial, accediendo a ellas, y que, además, confirma la condenación extra-petita hecha por el *a quo* y consistente en la indemnización por mora que consagra el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuantía de $ 3.234 moneda legal".

Primer cargo.

Bajo el título de *violaciones indirectas de la ley sustantiva* lo formula así: "La sentencia recurrida, a causa de un error de hecho que aparece manifiesto en los autos y consistente en la equivocada apreciación de dos pruebas testimoniales, violó indirectamente los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo al no declarar la existencia de un contrato de trabajo con sus elementos esenciales, allí donde éste sí existía, y consecuencialmente la dicha sentencia infringió también las disposiciones contenidas en los artículos 47, 64, 65, 172, 177, 189, 249, 306, 193, 230, y 232 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 7º del Decreto-ley 617 de 1954 al dejar de aplicar tales disposiciones cuando era el caso de hacerlo".

Las pruebas que, según el recurrente, fueron equivocadamente apreciadas por el Tribunal, son las declaraciones de Heriberto Holguín (fs. 41 y ss.), y de Libardo Castaño (fs. 44 y ss.). Después de trascribir algunos fragmentos de éllas, afirma que esos testimonios no han sido desvirtuados en el informativo; que, por el contrario, el certificado de desempleo expedido por la demandada (fs. 10) y las posiciones absueltas por la misma (fs. 22) tienden a confirmar la existencia del contrato de trabajo entre demandante y demandada y "en nada infirman los acertos de los testigos sobre los posibles extremos de dicho contrato".

Luego agrega lo siguiente: "La equivocada apreciación de la prueba testimonial que hemos citado y en la cual incurrió según nuestro concepto el Tribunal de Medellín —equivocación consistente en afirmar que mediante dicha prueba no pudo saberse por cuánto tiempo ni en qué época el demandante laboró al servicio de la demandada— es de tal manera ostensible y evidente que el propio Tribunal de Medellín, en la misma sentencia impugnada, reconoce que los testigos, en sus declaraciones calificadas como contestes, espontáneas y explicativas 'afirmaron el hecho del servicio durante 14 años entre 1940 y 1954 (fol. 60) prestado por el trabajador a la demandada' ".

"Nos parece necesario insistir en la cuestión de que el error de hecho a que nos venimos refiriendo, y en el cual en concepto nuestro incurrió el Tribunal de Medellín, consistió en afirmar la ausencia de elementos probatorios ciertos en cuanto a la duración y a la época de los servicios prestados por el trabajador demandante en favor de la demandada; queremos, así, dejar bien en claro que el presente cargo por error de hecho no hemos pretendido hacerlo extensivo al problema de la continuidad en el trabajo, problema que abordaremos en el siguiente cargo al tratar de las violaciones directas de la ley, en las cuales, según nuestra afirmación, incurrió el juzgador de la segunda instancia".

Segundo cargo.

Acusa el fallo por "violación directa de la ley sustantiva al interpretar erróneamente el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al no tener en cuenta (infracción directa) el artículo 24 de la misma obra y el artículo 1757 del Código Civil, y, consecuencialmente, el dejar de aplicar cuando era el caso de hacerlo (infracción directa) los artículos 47, 64, 65, 172, 177, 189, 249, 306, 193, 230, y 232 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 7º del Decreto-ley 617 de 1954".

Manifiesta luego, que en el tan conocido, llevado y traído artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, se encuentran los tres elementos necesarios para la existencia del contrato de trabajo. Que en el caso *sub judice,* como acertadamente lo acepta el fallador de instancia, se encuentran configurados el elemento prestación del servicio personal y el elemento salario como remuneración por dicha prestación; que en cuanto al otro elemento, esto es, continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto al patrono, el Tribunal, siguiendo la pauta trazada por el personero de la parte demandada, ha entendido la "continuada subordinación" de que habla el citado artículo 23 "como la exigencia de que el trabajador demuestre que estuvo laborando día a día, hora a hora y minuto a minuto al servicio del empleador".

"Ya es punto definitivamente esclarecido por la jurisprudencia nacional el de que la continuada subordinación a que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo consiste, esencialmente, en la facultad que, como situación jurídica correlativa a tal subordinación, tiene el empleador para exigirle en cualquier momento al trabajador el cumplimiento de órdenes en cuanto a la manera de realización del trabajo.

Nada más contrario a la norma general de interpretación consagrada en el artículo 18 del mismo Código, relacionada con el artículo 1º de dicho estatuto, que esta forma de intérpretación del artículo 23 adoptada por el Tribunal de Medellín al exigir al trabajador la prueba, en la práctica imposible, de la subordinación efectiva y material, objetivada en la labor diaria, constante e ininterrumpida bajo las órdenes del patrono. Esta prueba que, lo repetimos, es de por sí prácticamente imposible, en la generalidad de los casos, lo es más en tratándose de relaciones laborales en el campo, y mucho más cuando tales relaciones se extienden, como en el caso presente, a un período tan prolongado como es el de diez, catorce o más años".

Concluye el cargo manifestando que al exigir la referida prueba, el Tribunal no solo interpretó erróneamente el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que violó también por infracción directa, el artículo 24 *ibídem* al no concluír aceptando en el fallo la existencia de un contrato de trabajo entre las partes de este juicio, estando probados los extremos fundamentales del mismo, dando aplicación así a la presunción consagrada en esta norma, puesto que el sentenciador aceptó que "el demandante laboró al servicio de la demandada".

Se estudian los cargos:

El Tribunal, después de verificar el examen de los elementos probatorios aportados al proceso, y principalmente de analizar las declaraciones rendidas por Heriberto Holguín y Libardo Castaño Jaramillo, que el recurrente señala como apreciadas equivocadamente, llega a la conclusión de que estos testimonios no son suficientes para apoyar en ellos las condenas pedidas en la demanda, puesto que se observa contradicción e incertidumbre en sus afirmaciones.

Luego expresa lo siguiente: "No se sabe si estos testigos declararon en forma tan contradictoria y defectuosa por falta de una adecuada atención en el funcionario comisionado para ello, o si en verdad los hechos que pretendían asegurar no los conocían tan perfectamente, en punto a la continuidad de servicio. Pero de toda suerte, al convencimiento del fallador no llega la verdad de los cargos tal como fueron formulados, y esto es lo que importa para concluír en que no hay comprobación sobre derechos ciertos, que puedan concretarse en una sentencia. La impresión general es la de que el demandante laboró al servicio de la demandada, pero al no saberse por cuánto tiempo, ni en qué época, si continuamente o con algunas interrupciones, es del caso tener que impartir una absolución".

"En resumen, si los testigos no se atrevieron a afirmar nada sobre la continuidad del vínculo, si la demandada niega la permanencia del demandante en sus funciones, únicas pruebas del proceso, menos puede el intérprete o fallador dar por bien comprobados los cargos, pues ni siquiera por simples presunciones de hombre pudo llegar al convencimiento sobre la vigencia del contrato laboral por algún tiempo determinado, que no estuviera sujeto a la prescripción parcial o total de los derechos impetrados".

De acuerdo con lo que se deja transcrito de la sentencia impugnada, se aprecia claramente que el Tribunal no desconoció la existencia de una relación de trabajo subordinado entre las partes de este juicio. Estimó simplemente, que los derechos reclamados por el actor no pueden concretarse en la sentencia, por no ser posible determinar la extensión de los mismos, en razón de no existir la prueba que evidencie durante cuánto tiempo el demandante prestó sus servicios a la demandada. Por tanto, para la resolución del presente recurso no puede perderse de vista la declaración que se contiene en la sentencia, sobre los hechos que el Juzgador encontró probados y la aseveración de los que no lo están.

La duración del contrato de trabajo, es extremo de la acción para los efectos de los derechos reclamados en la demanda, y su prueba completa y evidente corría a cargo del demandante, según los principios generales que informan el derecho probatorio. En efecto, la duración en el empleo es la base del cálculo para determinar los derechos que pueden darse tanto durante el desarrollo de la relación laboral (vacaciones, prima de servicios, descanso dominical, etc), o al término de la misma (cesantía, indemnización por ruptura ilegal del contrato, etc.). La antigüedad en el empleo es un producto de la continuidad en el servicio. Ella constituye una cuestión de hecho, de la cual se derivan derechos para el trabajador. Para conocer ese tiempo, también es necesario determinar la iniciación del trabajo, o sea, el momento en que los servicios son efectivamente prestados y considerar igualmente cuándo termina el contrato de trabajo.

La prueba que el recurrente señala como equivocadamente apreciada por el Tribunal, consistente en las declaraciones de Heriberto Holguín (fl. 41) y de Libardo Castaño (fl. 44) no fue suficiente para producir el convencimiento del fallador sobre los hechos aseverados en la demanda, en forma que resultara la comprobación

"sobre derechos ciertos, que puedan concretarse en una sentencia".

La Sala estima acertado el criterio del *ad quem* en la valoración de los testimonios a que se ha hecho referencia, y la conclusión a que llegó de ofrecer contradicción y no permitir fundamentarse en ellos para proferir la condena solicitada en la demanda. Al efecto, el testigo Heriberto Holguín, después de afirmar que el demandante Pedro Nel Posada fue trabajador en las haciendas de "Los Tilos" y "San Juan", durante 14 años, lo que le consta porque el declarante trabajó en esas fincas desde el año de 1940 hasta el de 1953; aclara que "no se si fue de manera continua durante todo el tiempo que indiqué" y luego, al contestar a las repreguntas formuladas por el apoderado de la parte demandada, sobre el punto que se trata de dilucidar (tiempo de servicio), manifestó lo siguiente: "Yo no puedo asegurar si el señor Pedro Nel Posada trabajó en esas haciendas durante los catorce años que reclama y de manera continua". Por su parte el testigo Libardo Castaño Jaramillo, en su declaración dijo lo siguiente: "Durante el tiempo que yo trabajé en las haciendas 'Los Tilos' y 'San Juan', es decir, desde 1943 hasta 1953, me tocó ver que el señor Pedro Nel Posada trabajaba en dichas haciendas, lo que sí no puedo asegurar es que haya trabajado en forma permanente o no, puesto que trabajábamos en labores distintas"; y más adelante agregó lo siguiente: "Lo único que puedo manifestar fue que en el tiempo en que yo trabajé en dichas fincas, por espacio de diez años, Posada también trabajaba allí; no puedo asegurar si trabajaba en forma continua y permanente, ya que nos ocupabamos en labores diversas".

El error de hecho alegado como fundamento del recurso, no se demuestra ni resulta del examen de los testimonios, que se han analizado. Esas declaraciones que el recurrente considera mal apreciadas por el sentenciador, no demuestran en forma inequívoca el hecho que éste encontró no probado en el juicio, o sea el tiempo durante el cual el demandante prestó sus servicios a la demandada. De los testimonios citados no se desprende cosa contraria a los acertos que como probados se declaran en la sentencia. En tales condiciones y de acuerdo con la reiterada doctrina de la Corte respecto a que el error, de la naturaleza alegada en el cargo que se examina, exige que entre las apreciaciones del Tribunal y lo que aparece en las pruebas en que se fundamenta la decisión haya radical oposición, que permita descubrir opuestas conclusiones a las contenidas en la sentencia, el cargo no puede prosperar.

El claro resultado de los hechos que el Tribunal estimó probados, y que por su ineficaz impugnación debe mantenerse, denota, por otra parte, el acierto del fallo recurrido al aplicar los preceptos legales tenidos en cuenta para llegar a la absolución de la demanda, sin que pueda estimarse cometida ninguna de las infracciones que se alegan por el recurrente.

En el segundo cargo, el impugnador estima que la sentencia violó directamente, por interpretación errónea, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y que al no tener en cuenta el artículo 24 de la misma obra y el 1757 del Código Civil, incurrió en infracción directa de estas disposiciones, por cuyo motivo dejó de aplicar, las demás normas legales que también cita.

En primer término, se observa que el recurrente involucra en el mismo cargo distintos motivos o conceptos de violación de la ley, al acusar la sentencia por errónea interpretación de una norma, y por infracción directa de otras, contrariando, de esta manera, las exigencias de orden técnico que deben tenerse en cuenta para que el recurso sea viable. No obstante lo anterior, la Corte, por amplitud, examina la acusación.

Al estudiar el primer cargo, se dejó claramente establecido que la razón fundamental que tuvo en cuenta el sentenciador para absolver a la demandada, fue la de que en el juicio no se comprobó, en forma fehaciente e inequívoca la duración de los servicios prestados por el demandante. Este punto entraña, por tanto, una cuestión de hecho, referida a la demostración probatoria. De esta manera, si se tiene en cuenta que el cargo en estudio acusa violación directa de la ley, se deduce que resulta ineficaz la vía escogida por el recurrente para desquiciar la sentencia.

Por otro aspecto, es de observar que el acusador atribuye al Tribunal la manifestación de un concepto o razonamiento que la sentencia no contiene y es en este supuesto juicio en donde encuentra la interpretación errónea del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Dice al respecto el recurrente: "El honorable Tribunal de Medellín, siguiendo en ello la pauta trazada por el muy distinguido jurista que llevó la personería de la parte demandada en las instancias de este juicio, ha entendido la 'continuada subordinación, de que habla el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo como la exigencia de que el trabajador demuestre que estuvo laborando día a día, hora a hora y minuto a minuto al servicio del empleador".

Ocurre, sin embargo, que el Tribunal en ninguna parte se refiere a los elementos esenciales cuya concurrencia se requiere para que se configure el contrato de trabajo, conforme a lo preceptuado por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Cuando la sentencia habla de "continuidad", es para referir este vocablo exclusivamente a la duración o continuidad del vínculo jurídico, en el tiempo de la relación denominada contrato de trabajo. En ninguna parte del fallo, se contiene la manifestación de no haberse aportado la prueba para establecer la continuidad en la subordinación o dependencia del trabajador. Ya se dijo que el Tribunal no pone en duda la existencia del contrato, ni niega que la relación de trabajo personal existente entre las partes, sea una relación subordinada o dependiente. Por el contrario, se repite, el Tribunal acepta que el demandante prestó sus servicios dependientes a la demandada, pero estima que no se demostró el tiempo de su duración. Sabido es, que trabajador permanente es el que ostenta la calidad de continuo, es decir, que es un elemento normal del establecimiento o empresa que utiliza sus servicios. Esta continuidad se refiere a la relación jurídica, en el tiempo y no a la aplicación del esfuerzo del trabajador según lo tiene entendido la doctrina y lo consigna así la jurisprudencia.

Si el Tribunal en ninguna parte de su fallo se refiere a la ausencia probatoria del segundo elemento requerido para que se configure el contrato de trabajo, o sea a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, de que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que no niega la existencia de un contrato de esta clase entre demandante y demandado, no se ve cómo pueda haber violado, por el concepto de infracción directa, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues la presunción que esta norma consagra, se dirige a probar ese elemento de la subordinación o continuada dependencia. Por otra parte es evidente que para que el trabajo sea subordinado no se requiere que el trabajador esté en forma continua e inmediata bajo el reiterado y activo ordenamiento del patrono, pues esa subordinación se entiende como la posibilidad jurídica de éste para dar órdenes e instrucciones al trabajador y la obligación de acatarlas por parte de éste.

No apareciendo, por tanto, la errónea interpretación del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, ni la violación de las otras normas legales que menciona el cargo, se rechaza la acusación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Alvaro Díaz-Granados G., Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REMUNERACION DEL TRABAJO DOMINICAL. RETENCION DEL AUXILIO DE CESANTIA. EXAMEN DEL ARTICULO 11 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL SOBRE SUSPENSION DEL PROCESO LABORAL. PRUEBA DEL TRABAJO DISCONTINUO O INTERMITENTE. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Jorge Supelano, por medio de apoderado, demandó a Mercedes de Cifuentes y Helena de González, en forma solidaria, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se condenase a las demandadas a pagarle diversas sumas de dinero, así: $ 1.680 o la cantidad que se pruebe en juicio por concepto de dominicales y festivos; $ 1.200 o lo que se pruebe por auxilio de cesantía; $ 4.000 valor de horas extras; $ 600.00 por concepto de prima de servicios; $ 600.00 por vacaciones causadas y no disfrutadas; "las prestaciones ultra y extra petita que resulten debidamente comprobadas en el expediente" y las costas del juicio.

Para fundamentar la acción, relató los siguientes hechos:

Que el actor prestó servicios personales a las demandadas como expendedor de leche, así: a Mercedes de Cifuentes desde el 1º de febrero de 1948 hasta el 15 de febrero de 1953 y de esta fecha en adelante a Helena de González "en el mismo negocio", hasta el 5 de febrero de 1955, día en que fue despedido; que devengó un sueldo mensual de $ 120.00, "más la alimentación y el alojamiento"; "que la alimentación fue estimada, de común acuerdo entre las partes, en $ 80.00 mensuales y el alojamiento en $ 20.00 mensuales"; que el demandante trabajó todos los domingos y festivos sin disfrutar de descanso compensatorio; que el actor no ha gozado de vacaciones ni le ha sido cancelada la prima de servicios; que la jornada diaria de trabajo era de 5 a. m., a las 9 p. m., en forma continua, excepto media hora de que disponía para almorzar, y que a pesar de haber sido despedido, no se le han pagado sus prestaciones sociales.

En derecho invocó el Código Sustantivo del Trabajo, especialmente los artículos 249, 172, 64, 306, 186, 67, 68 y demás concordantes.

Las demandadas no dieron respuesta a la demanda, pero el apoderado de las mismas, en la primera audiencia de trámite, propuso las excepciones perentorias de "carencia de acción", compensación, prescripción y solución o pago.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, desató la controversia, por sentencia de 9 de julio de 1956, así:

"*Primero:* No decidir sobre el fondo de la acción instaurada por el apoderado de Jorge Supelano contra Elena Cifuentes Iregui de González y Mercedes Iregui de Cifuentes por cuanto fue mal entablada.

"*Segundo:* Dejar viable la acción para su ejercicio en forma legal.

"*Tercero:* Consultar esta sentencia con el honorable Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, si no fuere apelada.

"*Cuarto:* Condenar en costas al actor".

Ambas partes apelaron del fallo anterior. Decidió el recurso el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, por sentencia de 6 de diciembre de 1956, en la que se dispuso, lo siguiente:

"Revócase en todas sus partes el fallo apelado y en su lugar condénase a Elena de González a pagar a Jorge Supelano las siguientes sumas:

"Por valor de trabajo efectuado en días domingos $ 216.00; por cesantía $ 243.00; por prima de servicios $ 115.00; por vacaciones $ 60.00.

"Declárase probada la excepción de pago en cuanto hace relación a la demandada Mercedes de Cifuentes.

"Declárase no probada las excepciones de carencia de acción, compensación y prescripción propuestas por el apoderado de Elena de González.

"Absuélvase a la demandada Elena de González de pagar suma alguna por concepto de trabajo efectuado en días festivos.

"Absuélvese a la misma demandada de la petición por horas extras.

"Condénase a Elena de González a pagar las costas de primera instancia".

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de casación, el que le fue concedido oportunamente. Admitido y tramitado en legal forma, corresponde a la Corte decidirlo, con base en la demanda de casación y el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Aspira a que se case la sentencia del Tribunal y a que la Sala, como fallador de instancia, revoque la de primer grado en sus ordinales 1º y 2º y en su lugar absuelva a la parte demandada de todo cargo, o subsidiariamente, "ordene la suspensión del presente juicio hasta que se pronuncie penalmente auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable, previa anulación de lo actuado a partir del 14 de septiembre de 1946 (fl. 153 vlto.)".

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral formula seis cargos que se estudiarán, por razones de método, en dos grupos, así: el primero, segundo y quinto cargos, conjuntamente y luego el tercero, cuarto y sexto, en que se acusa violación indirecta de la ley a consecuencia de errores de hecho.

Primer cargo.

Lo presenta, así:

"Directamente, por aplicación indebida, los artículos 57, ordinal 4º, 175, 179 y 182 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 132 *ibídem,* que dejó de aplicar".

Para sustentarlo, manifiesta que el sentenciador admite que el demandante "por requerirlo así su oficio", estaba obligado a trabajar cuatro horas diarias todos los domingos y que, además, ganaba sueldo mensual. Con base en este supuesto, saca la siguiente conclusión: "Luego si estaba contratado para trabajar todos los días laborables y además cuatro horas todos los domingos, el sueldo mensual pactado bajo la libertad de estipulación que consagra el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo 'comprendía y remuneraba forzosamente esa especial modalidad de su tarea' ". Dice que por no tomar en cuenta la norma citada, el sentenciador condenó a su mandante a "volverle a pagar" al actor, por separado, el valor de cuatro horas diarias de trabajo dominical, "aplicando así indebidamente las reglas que ordenan ese pago sólo en caso de que el trabajo dominical no esté retribuído en el salario convenido".

Segundo cargo

Lo expone de la manera siguiente:

"Directamente, por interpretación errónea, los artículos 132, 175 y 182, en relación con los artículos 57, ordinal 4º y 179 del Código Sustantivo del Trabajo, éstos indebidamente aplicados".

Dice el impugnador que si no se trató de ignorancia del verdadero sentido de las normas citadas en el cargo anterior o de rebeldía contra las mismas, entonces la aplicación del artículo 57, ordinal 4º y del 179 del Código Sustantivo del Trabajo, obedeció a una equivocada inteligencia de los artículos 132, 175 y 182 del Código "en relación con ellos mismos".

Agrega que él no propugna que todo sueldo mensual lleva implícita la remuneración del trabajo dominical, sino que, en virtud de la libertad de estipulación de la cuantía del salario, con la única restricción referente al "salario mínimo", cuando un trabajador se obligue a laborar una o más horas *todos los domingos,* "por requerirlo así su oficio", las partes pueden lícitamente adoptar uno de estos dos sistemas: o estipular por separado un salario básico para el trabajo en los días laborables y un adecuado suplemento compensatorio del trabajo dominical, o estipular un salario fijo que, por referirse a la específica modalidad del servicio contratado, englobe la remuneración del trabajo dominical.

Finaliza el cargo diciendo que si así no fuera, no habría base para liquidar la hipótetica sobrerremuneración del trabajo dominical habitual cuando el trabajador no puede ser reemplazado, porque "dividir el sueldo mensual por 30 para buscar aquella base aritmética entrañaría una petición de principio, pues partimos del supuesto de que el empleado ha sido contratado para trabajar 30 días al mes, y no 25 días apenas con 5 de descanso".

Quinto cargo.

Acusa la sentencia de ser violatoria, por vía directa y por falta de aplicación, de los artículos 11 y 45 a 49 del Código de Procedimiento Penal

y 412 del Código Penal, en relación con los artículos 193, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo.

Manifiesta el recurrente que el sentenciador admite que la demandada denunció al actor por abuso de confianza y que en la investigación respectiva no se ha dictado auto de sobreseimiento ni sentencia definitiva, providencias que según las disposiciones que estima violadas "correspondería dictar a los Jueces del crimen y no a los funcionarios de Policía". Sin embargo, en vez de dar aplicación al artículo 11 del Código de Procedimiento Penal que obliga a la suspensión del proceso laboral mientras se decide la investigación penal, el sentenciador resolvió "fallar" aquel proceso, condenando a su mandante a pagar la cesantía prescrita por los artículos 193, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo.

Tercer cargo.

Lo presenta como subsidiario de los dos primeros, de la manera siguiente:

"Indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 57, ordinal 4º, 175, 179 y 182 del Código Sutantivo del Trabajo, en relación con los artículos 161 y 162 *ibídem,* como consecuencia de evidentes errores de hecho provenientes de la mala apreciación de las posiciones de folios 114 a 117 y 131 a 134 y de la demanda, y de la falta de apreciación de la declaración de Pastor Cortés (fs. 107 a 108) y de los recibos de folios 65, 65 v., 67, 71 v., 72 v., 76, 77 v., 89, 90, 91, 92 y 93. Esos errores fueron:

"a) No dar por demostrado, estándolo, que con el sueldo mensual quedó pagado el trabajo de los domingos;

"b) No dar por demostrado, estándolo, que el trabajo del actor era discontinuo o intermitente por naturaleza;

"c) Dar por establecido, sin estarlo, que durante todo el tiempo el actor devengó $ 120.00 mensuales;

"d) No dar por demostrado, estándolo, que de febrero a julio de 1953 el actor devengó $ 80.00 mensuales; en agosto y septiembre del mismo año, $ 85.00 mensuales; y de octubre a diciembre de 1953, $ 90.00 mensuales".

Para sustentarlo dice que las pruebas citadas en el cargo configuran el trabajo del actor como el de un "carretillero que salía a repartir leches en su vehículo por las calles, sin posibilidad de control por la propietaria de la agencia o expendio", o sea, "un típico trabajo intermitente"; que esas mismas piezas dan cuenta de que el trabajador por los requerimientos de su oficio estaba obligado a trabajar todos los domingos algunas horas.

Que el sentenciador computa a $ 0.50 cada "hora sencilla", trabajada, al dividir "a $ 120.00 por 30, $ 4.00, y esto por 8, y no por 12, que es la jornada ordinaria intermitente". Que además los recibos firmados por Supelano, "evidencian las modificaciones de salarios enunciadas en el cargo".

Agrega que aún el supuesto de que el sueldo global no compensó el trabajo dominical habitual, las cuatro "horas sencillas" de que habla la sentencia en los domingos de 1953, no habrían podido valer más de $ 120.90; y que hasta suponiendo de 8 horas diarias la jornada ordinaria del actor, no obstaste su condición de empleado de manejo, de confianza e intermitente, el valor máximo del trabajo en esos 106 domingos sería $ 182.16. Termina diciendo que no se trata de error aritmético sino de la indebida aplicación de las normas que ordenan remunerar el trabajo dominical en relación con las que señalan la jornada ordinaria, como consecuencia de los errores de hecho que denuncia.

Cuarto cargo.

Acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo. indirectamente y por aplicación indebida, "a consecuencia del evidente error de hecho de dar por demostrado, sin estarlo, que el sueldo del actor fue de $ 120.00 mensuales durante todo el tiempo de servicio, y de no dar por demostrado, estándolo, que fue de $ 80.00 mensuales de febrero a julio de 1953, de $ 85.00 mensuales en agosto y septiembre de ese año y de $ 90.00 mensuales de octubre a diciembre del mismo, por equivocada apreciación de la demanda y de las posiciones de folios 114 a 117 y 131 a 134, y por falta de apreciación de los recibos de folios 71 v., 73, 76, 77 v., 89, 90, 91, 92 y 93 del cuaderno principal".

Afirma el recurrente que la norma que obliga al pago de la prima de servicios se refiere necesariamente al promedio de salarios devengados en el respectivo semestre; el sentenciador la aplicó sobre la base de que todas las semanas de trabajo del actor valieron $ 28.00, a consecuencia del error de hecho aludido, siendo que en realidad según los salarios respectivos, la prima de febrero-junio de 1953, valió $ 13.85; la de julio-diciembre (semestre en el cual devengó el actor $ 520.00, o sea un promedio mensual

de $ 86.66) $ 20.16 y cada una de las de 1954, $ 28.00, lo que da un total de $ 90.01.

Sexto cargo.

Lo presenta, así:

"Indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 193, 249, y 252 del Código Sustantivo del Trabajo y por falta de aplicación del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, como consecuencia del evidente error de hecho de dar por demostrado, sin estarlo, que la investigación originada por el denuncio de la demandada contra el actor ha sido decidida en favor de éste, por equivocada apreciación del certificado de folio 153 vuelto y por falta de aplicación (infracción medio) de los artículos 45 a 49 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 412 del Código Penal".

Dice el recurrente que el sentenciador le da al certificado de folio 153 vuelto el valor de un sobreseimiento o de una sentencia, ya que admite el hecho del denuncio penal pero manifiesta que los cargos no fueron probados. Ello implica la infracción medio invocada, pues desconoce que solo los funcionarios judiciales, y no los de policía, pueden conocer, calificar y fallar en los denuncios por abuso de confianza. "Infracción-medio que sumada a la errónea interpretación o apreciación del certificado de folio 153 vuelto condujo al evidente 'error de hecho' enunciado, el cual, a su turno, llevó al sentenciador a aplicar, indebidamente, las normas sobre censantía".

Al finalizar la demanda, manifiesta el impugnador que la Sala al casar la sentencia, habrá de reparar también en la absurda condena sobre costas de la primera instancia, que la ley procesal no permite.

La Sala considera:

Sobre el extremo referente a la remuneración por trabajo en dominicales, el Tribunal expresó lo siguiente:

"Al preguntársele en posiciones a la demandada si es verdad que Supelano trabajó todos los domingos por requerirlo así su oficio, aceptó el hecho preguntado con la salvedad de que solamente laboraba cuatro horas. Y como no aparece en el informativo prueba alguna tendiente a demostrar que el valor del trabajo efectuado en tales días le hubiera sido cubierto, es el caso de efectuar la liquidación advirtiendo que le deben ser cubiertas las cuatro horas que laboró cada domingo en forma sencilla, puesto que en la mensualidad que recibía se entiende comprendida la remuneración del descanso. Verificadas las operaciones aritméticas el valor del descanso en días domingos asciende a $ 216.00".

Es hecho probado, no discutido, que el trabajador prestó sus servicios a la demandada Elena de González, durante cuatro horas todos los domingos comprendidos entre el 1º de febrero de 1953 y el 9 de febrero de 1955, lapso durante el cual existió la vinculación de trabajo subordinado entre el demandante y la mencionada demandada, hecho que también da por establecido la sentencia y que tampoco es materia de controversia en casación. Así las cosas, el sentenciador condenó a la señora Elena de González a pagarle al trabajador la remuneración a que tenía derecho por el tiempo que laboró cada domingo, pago que dispuso efectuar en forma sencilla, pues, admitió que en el sueldo mensual estaba comprendido lo correspondiente al descanso dominical. Advirtió, igualmente, que se producía la condena por no aparecer en el informativo "prueba alguna tendiente a demostrar que el valor del trabajo efectuado en tales días le hubiera sido cubierto" al trabajador. Resulta así, sin lugar a dudas ni a interpretaciones de distinto orden, que la decisión de condena por trabajo en dominicales, se fundamenta en cuestiones de puro hecho, a saber: que está probado el trabajo del demandante en tales días y que no está acreditado el pago correspondiente a esos servicios.

El recurrente, en el primer cargo, y con referencia a la condena por trabajo en días domingos, impugna el fallo por estimar que el Tribunal violó en forma directa por aplicación indebida el ordinal 4º del artículo 57 y los artículos 175, 179 y 182 del Código Sustantivo del Trabajo, disposiciones que regulan, en su orden, la obligación patronal de pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos; las situaciones de excepción en que se permite el trabajo durante los días de descanso obligatorio; la remuneración por el trabajo ejecutado en domingos o días de fiesta; la reglamentación de los casos en que no opera el descanso compensatorio por trabajo en esos días, y la remuneración que corresponde a ese trabajo. Se acusa también la sentencia, de haber dejado de aplicar el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, que regula las formas y libertad de estipulación del salario, para indicar que el patrono y el trabajador pueden convenirlo libremente en sus diversas modalidades, como por unidad de tiempo, por obra o a destajo y por tarea, pero respetando siempre el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Sabido es que la violación directa de la ley, por el concepto de aplicación indebida, tiene ocurrencia cuando entendida rectamente una norma en sí misma y sin que medien errores de hecho o de derecho, se hace aplicación de la regla jurídica a un hecho probado pero no regulado por ella o cuando se aplica dicha regla a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley, según lo tiene establecido la jurisprudencia constante de la Corte.

Teniendo en cuenta las cuestiones de hecho y los principios jurídicos antes expuestos, no se ve cómo la sentencia del Tribunal pueda haber violado, al aplicarlo, el artículo 175 del Código Sustantivo del Trabajo. En efecto, si el sentenciador aceptó que la labor ejecutada por el demandante, consistente en el expendio y distribución de leche no solo en los días laborables sino además, durante determinadas horas de todos los días domingos, constituye trabajo que, aunque permitido para los días de descanso obligatorio, debe retribuírse a quien lo ejecuta, no hizo más que aplicar correctamente la disposición citada que así lo establece. Tampoco se ve cómo pueda haber violado, al aplicarlo, el artículo 179 del mismo Código, si sólo ordenó pagar la parte de la jornada trabajada en los días domingos, en la forma dispuesta por la regla segunda de dicho artículo. Menos se descubre violación por aplicar el Juzgador el artículo 182 *ibídem*, si la sentencia aceptó que el demandante, por razón del trabajo que le correspondía ejecutar, debía trabajar los domingos, pues la norma manda que ese trabajo debe remunerarse conforme a lo dispuesto por el artículo 179 del mismo estatuto. La Sala tampoco encuentra que la sentencia haya violado, por falta de aplicación, el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, precisamente, a la aplicación de las demás disposiciones que el cargo cita llegó el sentenciador por haberle dado primero aplicación al artículo 132, en cuanto encontró demostrado un salario libremente estipulado entre la demandante y el trabajador, referido ese estipendio a la modalidad de una unidad de tiempo (salario mensual) y por cuantía superior al salario mínimo legal, vigente a la época en que el trabajador prestó sus servicios a la demandada. Finalmente, la Sala no encuentra que la sentencia haya violado por aplicación indebida el numeral 4º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto dispuso el pago de la retribución correspondiente al trabajador por haber laborado al servicio de la demandada en días domingos.

Estima el acusador que el sueldo mensual pactado por el trabajador conforme a lo permitido por el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, "comprendía y remuneraba forzosamente" el trabajo realizado por el demandante, no sólo el de los días laborables sino también el de los domingos, por lo cual deduce que el Tribunal condena a la demandada a "volverle a pagar" al actor las horas diarias de trabajo dominical, aplicando indebidamente las normas que ordenan ese pago sólo en caso de que el trabajo dominical no esté retribuído en el salario convenido. Este planteamiento desplaza la cuestión debatida del campo estrictamente jurídico que debe corresponderle (violación directa de la ley) al de una situación de facto, referida exclusivamente a la cuestión probatoria. Porque, en efecto, saber si se estipuló que en el sueldo mensual pactado por el trabajador y la demandada quedaba incluída la remuneración por el trabajo que le correspondía desarrollar al primero durante cuatro horas de la jornada en los días domingos, es cuestión de hecho, que debe aparecer acreditada de las pruebas aportadas al proceso. Esa prueba no la encontró aducida el sentenciador, ni la señala el recurrente. Y de haberla indicado éste, la acusación no sería procedente por el concepto de violación directa de la ley que se predica en el cargo. Por todo lo expuesto, no prospera la acusación contenida en el primer cargo.

El recurrente, en el segundo cargo, acusa la sentencia de haber interpretado erróneamente los artículos 132, 175 y 182 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual aplicó indebidamente el ordinal 4º del artículo 57 y el artículo 179 de la misma obra.

Toda la argumentación del acusador tendiente a demostrar la equivocada inteligencia de las citadas normas por parte del Tribunal, se reduce a manifestar que, conforme a lo previsto en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes pueden convenir la retribución del trabajo efectuado en días domingos, bien sea estipulando un salario básico para el trabajo en los días laborables y un suplemento compensatorio para el trabajo dominical, o bien pactando un salario fijo que "englobe la remuneración del trabajo dominical". Tal razonamiento, constituye apenas una simple alegación de instancia que por sí sola no establece ni demuestra cual fue el desconocimiento o el conocimiento equivocado del sentido y alcance de las disposiciones legales que en su concepto interpretó erróneamente el sentenciador. El acusador se abstiene de transcribir, o siquiera de indicar, la parte del fallo en donde el Tribunal incurre en la falta interpretativa de las normas que el cargo considera

violadas. Porque, aceptando como jurídico el planteamiento que el recurrente hace referido a una sola de las normas acusadas (el art. 132 del C. S. T.), y que el alcance por él señalado sea el que corresponde al contenido de esa norma, de ello no puede seguirse ni suponerse, que el juzgador al producir la condena por concepto de trabajo en dominicales, haya desconocido o negado la posibilidad de que entre patrono y trabajador se acuerde libremente, con la única restricción relativa al salario mínimo, una retribución global que comprenda no solo la correspondiente a los días laborables sino también la del trabajo que deba ejecutarse durante la jornada de descanso dominical. Al examinar el cargo anterior, se dejó claramente establecido que el sentenciador condenó al pago de la retribución correspondiente al trabajo dominical ejecutado por el demandante, porque en el juicio no encontró prueba que demostrara ese pago conforme a lo previsto por el artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo. El cargo no prospera.

En el quinto cargo el recurrente acusa la sentencia de violar directamente, por falta de aplicación, los artículos 11 y 45 a 49 del Código de Procedimiento Penal, y las demás disposiciones que en él se relacionan, pues, estima que al estar adelantándose una investigación penal a virtud de denuncio presentada por la demandada Elena de González contra Jorye Supelano, por el supuesto delito de abuso de confianza, no podía dictarse sentencia ni producirse condena por auxilio de cesantía, porque lo indicado era decretar la suspensión del proceso laboral mientras se decide la investigación penal.

Sobre el punto referente al pago del auxilio de cesantía, el Tribunal expresó lo siguiente:

"*Cesantía.* La señora de González al absolver la pregunta 10 del pliego de posiciones que se le formuló contestó que no le había pagado la cesantía al demandante porque él le debe un envase que no le entregó por lo cual lo tiene demandado en una Inspección. A folio 153 vuelto aparece el informe expedido por la Inspección Octava Distrital de Bogotá de la cual consta que la demandada formuló denuncia penal contra Jorge Supelano sindicándolo del delito de abuso de confianza, cargo que no aparece demostrado con los testimonios que se recibieron dentro de la respectiva investigación. Así las cosas el Tribunal debe condenar a la demandada a pagarle al demandante el valor del auxilio de cesantía que se liquida a razón de un mes por cada año de trabajo pues por ser el negocio de lechería de índole comercial no puede incluírsele dentro de las excepciones que trae el artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo para efecto de las cesantías restringidas".

El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal invocado por el recurrente, dispone lo siguiente: "Cuando en el curso de un proceso civil o administrativo se presentare algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, el Juez o funcionario correspondiente dará noticia de él inmediatamente a la autoridad competente, suministrándole todas las informaciones del caso y acompañándole copia autorizada de los autos o documentos conducentes. Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiere influír en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable".

Conforme a lo transcrito y de la confrontación entre lo admitido en la sentencia y el contenido de la disposición legal, resulta evidente que las circunstancias de hecho en que se apoya el Tribunal para producir la condena por cesantía, son diferentes a las que contempla la hipótesis legal contenida en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal. De esta suerte si los dos supuestos son diferentes, no se ve cómo pueda aplicarse la referida disposición al caso concreto y resultar violación de esa norma por el concepto indicado en el cargo, no siendo aplicable al caso controvertido.

En efecto, la mencionada norma se refiere al hecho delictuoso perseguible de oficio descubierto por el juez o funcionario en el curso de un proceso civil o administrativo y no al hecho criminoso denunciado por un particular que lo imputa al personero de su contraparte en el proceso civil o administrativo. En el caso de autos se trata de la denuncia penal promovida por una de las demandadas en este juicio, por un supuesto delito que le atribuye a su extrabajador demandante, y que, por lo que hace a los derechos controvertidos dentro del proceso laboral y emanados del contrato de trabajo, sólo podría dar ocasión a la pérdida del derecho de cesantía si el contrato de trabajo hubiese terminado por una de las causas que se contemplan en el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, eventos en los cuales "el patrono podrá abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida". De esta autorización para retener la cesantía solo puede hacerse

uso en el caso de que el patrono haya invocado expresamente para la terminación del contrato de trabajo cualquiera de las causas previstas en el citado artículo 250, pues, una vez que han cesado las obligaciones de las partes, los motivos que no se expresaron en la oportunidad legal, como suficientes para la terminación del contrato no constituyen hechos que deban de tenerse en cuenta por el juzgador para exonerar al patrono del cumplimiento de sus obligaciones, ni para justificarle la facultad de retención que se consagra en ese artículo. Así tuvo oportunidad de expresarlo esta Sala de la Corte en sentencia de 25 de mayo de 1960, al decidir el juicio promovido por José Alvarez contra la Clínica Bautista de Barranquilla (Gaceta Judicial número 2225-2226).

Estando claramente establecido que el presupuesto de hecho en que se funda la suspensión del proceso civil, al tenor del mandato legal invocado en el cargo, no tiene ocurrencia en el presente juicio laboral, se sigue que ninguna incidencia ni aplicabilidad puede tener al caso de autos ni menos producir el fenómeno de prejudicialidad que persigue el recurrente en el cargo que se examina. No prospera la acusación.

El tercer cargo lo presenta el recurrente como subsidiario de los dos primeros, y como éstos, está dirigido a obtener la quiebra de la sentencia en cuanto el Tribunal condena a la demandada Elena de González a pagar el valor correspondiente al trabajo ejecutado por el demandante en días domingos. En él se acusa violación de las mismas normas que se señalan en el primero, y en relación con los artículos 161 y 162 del Código Sustantivo del Trabajo, por el concepto de aplicación indebida, a consecuencia de los errores de hecho que atribuye al sentenciador.

La Sala no encuentra configurados los errores de hecho que se enuncian en el cargo. Respecto al primero de tales vicios que se hace consistir en no dar por establecido, que con el sueldo mensual quedó pagado el trabajo del demandante en los días domingos, ninguna demostración hace el recurrente, ni de las pruebas que señala resulta que entre las partes contendientes de este juicio se hubiese estipulado expresamente, que dentro de la remuneración pactada de $ 120.00 mensuales, se comprendía la retribución por el trabajo que debía ejecutar el demandante en los días domingos. Aunque la estipulación contenida en un contrato de trabajo en que se haga constar un salario global, con inclusión de trabajo por días domingos y festivos no está expresamente autorizada por la ley, como ocurre para el caso del trabajo nocturno (art. 170 del C. S. T.), es lo cierto que con esa estipulación sobre retribución global no se hace un pacto violatorio de las leyes, siempre que la remuneración convenida para el trabajo en días de descanso no sea inferior a la remuneración legal por tales días, de acuerdo con lo que se haya estipulado como salario en días comunes. Pero esta modalidad debe pactarse expresamente entre las partes y aparecer plenamente demostrada en el proceso, por cualquiera de los medios probatorios establecidos por la ley. Esta no es la situación que se confronta en el caso de autos, pues ninguna prueba se adujo por la parte interesada en acreditar ese hecho. Por tanto, no aparece demostrado el primer error que contempla el cargo.

No se demostró en el proceso que la labor desarrollada por el demandante fuese discontinua o intermitente. Las pruebas que señala el recurrente no acreditan lo anterior que debe demostrarse y no simplemente suponerse. Por otra parte, tampoco fue alegada esta modalidad como hecho exceptivo dentro del juicio, pues solo ahora en casación se argumenta sobre ella. En efecto, la ley al fijar en ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, se inspira principalmente en el criterio de protección al trabajador que ordinariamente ejecuta su labor en forma continua. Es decir, la ley presupone que lo ordinario, lo general, es la continuidad en el trabajo, considerada esta modalidad por lo que respecta a la aplicación del esfuerzo del trabajador. El trabajo discontinuo o intermitente, constituye la excepción. Así lo establecen los artículos 161 y 162 del Código Sustantivo del Trabajo, al permitir una duración mayor de la jornada ordinaria de trabajo, en los casos en que se ejerciten actividades discontinuas o intermitentes. Si lo anterior es evidente, jurídicamente también lo es que toda situación exceptiva requiere demostración, por parte de quien aspira a beneficiarse de ella. No aparece configurado el segundo error.

Respecto a la determinación del salario, el sentenciador dijo lo siguiente: "En cuanto al sueldo se establece con el recibo que obra a folio 54 vuelto que fue de $ 120.00 en el último mes". Los recibos suscritos por Jorge Supelano, que el recurrente señala como dejados de apreciar por el Tribunal, y que obran a folios 65 y 65 vuelto, acreditan los pagos hechos al demandante por la demandada Elena de González, correspondientes a varios meses de servicio en los años de 1954 y 1955. De esos documentos aparece clara y expresamente que el sueldo devengado por el actor fue de $ 120.00 mensuales. Los otros recibos que indica el recurrente acreditan pagos efectua-

dos por la señora Mercedes de Cifuentes, quien fue absuelta de los cargos que se le formularon en la demanda. De los documentos que se han examinado y, de las demás pruebas que cita el cargo, no resultan demostrados los errores tercero y cuarto que se atribuyen al sentenciador. Por tanto, el cargo no prospera.

En el cuarto cargo el recurrente repite los mismos errores de hecho, mencionados en el tercer cargo en los literales c) y d), y que atribuye al Tribunal como consecuencia de la equivocada apreciación de la demanda y de las posiciones, y de la falta de apreciación de los recibos de pago señalados y analizados en el cargo anterior, todo lo cual, en su concepto, condujo a violar, de manera indirecta, y por aplicación indebida, el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo. El examen y análisis de los referidos documentos efectuado con ocasión del estudio del tercer cargo, que permitió a la Sala afirmar que no aparecen demostrados los errores de hecho que se repiten en el cuarto cargo, hace innecesario el que la Sala se detenga nuevamente en este punto de la acusación. Por tanto se rechaza el cargo.

Finalmente el recurrente acusa la sentencia de violar, por aplicación indebida, las mismas normas que señaló como infringidas en el quinto cargo, pero, con la diferencia, de que en la acusación que se examina, considera que la violación de la ley se produjo de manera indirecta, como consecuencia de evidente error de hecho, que hace consistir en que el Tribunal dio por demostrado, sin estarlo, "que la investigación originada por el denuncio de la demandada contra el actor ha sido decidida en favor de éste, por equivocada apreciación del certificado que obra al folio 153" del cuaderno principal.

Se considera: la certificación que el recurrente estima como equivocadamente apreciada, dice lo siguiente: "Inspección Octava Distrital de Policía. Bogotá, D. E., doce de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis —visto el informe— que antecede y revisadas que fueron las diligencias en referencia, se pudo constatar que la denuncia fue formulada en la averiguación por el delito de abuso de confianza y de los testimonios que se han recibido no aparece cargo concreto alguno contra el señor Jorge Supelano a quien la denunciante trata de sindicar. Anótese la salida y cúmplase. (Fdo.) Leonor Ramírez. Jaime Sampedro B.". Al analizar esta prueba el Tribunal manifiesta lo siguiente: "A folio 153 vuelto aparece el informe expedido por la Inspección Octava Distrital de Bogotá de la cual consta que la demandada formuló denuncia penal contra Jorge Supelano sindicándolo del delito de abuso de confianza, cargo que no aparece demostrado con los testimonios que se recibieron dentro de la respectiva investigación".

Obsérvase de lo transcrito, que el Tribunal se limitó a reproducir casi literalmente el contenido del certificado que obra al folio 153, por lo que no resulta exacta la afirmación del recurrente al decir que el sentenciador le da a ese documento "el valor de un sobreseimiento o de una sentencia".

Por lo demás, al analizar el quinto cargo se vio cómo el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal no podía tener aplicación en el presente juicio, porque las circunstancias de hecho tenidas en cuenta por el Tribunal para producir la condena por cesantía, son diferentes a los supuestos, también de hecho, que contempla el citado precepto legal. Por tal razón, se dijo, que no era posible para el juzgador de instancia suspender la solución de la controversia que es materia de este juicio, como pretende el recurrente en casación. Las razones expresadas en esa oportunidad conservan su valor y eficacia, para resolver el cargo que se examina en forma adversa a las pretensiones del recurrente. La Sala no encuentra demostrado el error que se atribuye a la sentencia, ni menos, con la característica de manifiesto o evidente que exige la ley. Tampoco encuentra infringidas las disposiciones legales que el recurrente cita. En consecuencia, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, proferida en el presente juicio.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Roberto de Zubiría C., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REAJUSTE DE SALARIOS Y PRESTACIONES. SALARIO MINIMO Y DURACION DE LA JORNADA DE TRABAJO. TECNICA DE CASACION.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, diez y seis de diciembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Baudelino Mendoza, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra el doctor Elías Sabogal, para que por sentencia fuera condenado a pagarle lo siguiente: reajuste de salarios, dominicales y festivos, primas de servicios, vacaciones, auxilio de cesantía e indemnización moratoria.

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda que Mendoza le prestó servicios personales a Sabogal, en un inmueble de propiedad de éste, situado en el Municipio del Guamo, desde el 30 de octubre de 1953 hasta el 9 de marzo de 1959; que devengó un salario de $ 30.00 mensuales durante todo el tiempo de vigencia del contrato; que laboró en domingos y festivos, sin recibir la correspondiente remuneración; que el contrato terminó por despido del trabajor; y que el patrono, al operarse la desvinculación, no le pagó al empleado las vacaciones y prestaciones sociales que le reclama.

En derecho invoca el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas pertinentes, y los Decretos 2214 de 1956 y 118 de 1957.

La respuesta a la demanda acepta la vinculación laboral pero sólo de octubre de 1955 a octubre de 1958, fecha en que el empleado fue detenido por el delito de abigeato cometido en semovientes del patrono; que no laboró tiempo completo sino en el cuidado de unas reses, y, además, que a la vez fue trabajador de otras personas. Expresa que la remuneración convenida para retribuír los servicios fue la de $ 30.00 mensuales, habiendo disfrutado también, a título de salario, de casa de habitación, pastaje para unos animales y el usufructo de una sementera. Niega la existencia de deudas laborales al expirar el contrato, y advierte que el patrono consignó en la Caja de Crédito Agrario lo que estimaba deberle al trabajador. Como excepciones perentorias propuso la de prescripción.

El demandado, a su turno, promovió demanda de reconvención contra el actor. Suplica en ella la condena de éste al pago de perjuicios por retención indebida de bienes de propiedad de Sabogal, realizada después de haber terminado el contrato de trabajo entre las partes. El libelo enumera los hechos en que se apoyan las pretensiones y cita las normas legales que las sustentan.

No fue contestada por el actor la demanda de reconvención.

Trabada la doble relación procesal en los términos expuestos y surtido el trámite propio de la primera instancia, terminó ésta por sentencia del 31 de mayo de 1960. El fallo absuelve al demandado Sabogal de todos los cargos que contra él formula la demanda principal, y condena en costas al actor. Guarda silencio sobre la demanda de reconvención.

Contra la anterior providencia sólo la parte demandáda interpuso el recurso de apelación, que le fue concedido, del cual desistió ante el superior. El desistimiento fue admitido, pero como el fallo del *a quo* fue adverso al trabajador, en su totalidad, quedó sujeto al remedio legal de la consulta. Decidió ésta el Tribunal Superior de Ibagué, Sala Laboral, por sentencia del 20 de septiembre de 1960.

El fallo, en su parte resolutiva, (numeral 1º) condena al demandado doctor Elías Sabogal a pagar al demandante Mendoza, lo siguiente:

a) Por reajuste de salarios ...	$ 2.349.60
b) Por primas de servicios ...	288.78
c) Por vacaciones	188.10
d) Por cesantía	592.80
Total	$ 3.419.28

Absuelve al demandado (numeral 2º) de los demás cargos, y se abstiene de la condena en costas.

La sentencia no contiene pronunciamiento alguno sobre la demanda de reconvención. Con todo, la rechaza en la parte motiva.

Recurrió en casación la parte vencida. El Tribunal le concedió el recurso y ordenó la remisión de los autos a esta Superioridad. Preparado aquí debidamente, se pasa a decidir.

La demanda de casación.

Persigue la quiebra parcial de la sentencia y solicita en su lugar que la litis se decida con estas declaraciones: a) Que se absuelva al patrono del pago de salarios; b) Que se reforme la condena por primas de servicios, fijando su importe en la cantidad de $ 70.00, tomando como salario el de $ 30.00 mensuales; c) Que se reforme la condena por vacaciones, señalando la cuantía en la suma de $ 45.00, tomando la base salarial indicada en el literal anterior. Solicita, por último, que el valor total de la condena ($ 115.00) se haga efectiva sobre la suma consignada por el patrono en la Caja Agraria, y se ordene devolver al demandado la diferencia entre el valor del depósito y el de la deuda a cargo del demandado. Suplica también la condena en costas del actor.

En los términos indicados señala el recurrente el alcance de la impugnación.

La demanda formula dos cargos por la causal primera, que se examinan a continuación.

Primer cargo.

Reajuste de salarios. Expone el recurrente:

El Tribunal afirma que están probados estos hechos: a) Que el actor no tenía comprometida toda la jornada, pues laboraba al servicio de Sabogal en uno o dos días de la semana y en pocas horas; b) Que por tal motivo podía prestarle servicio a otras personas u ocuparse en asuntos propios; c) Que los diferentes salarios mínimos aplicables según las diversas épocas, están regidos por los decretos que cita.

Analiza en seguida los textos legales sobre salario mínimo, así:

El Decreto reglamentario 71 de 1950, en su artículo 2º, dice que la garantía del salario mínimo se entiende establecida para los empleados mayores de 16 años obligados a trabajar jornadas completas de 8 horas en adelante. El Decreto 2214 de 1956, en el artículo 3º preceptúa que los salarios mínimos señalados por ese estatuto rigen para la jornada ordinaria de trabajo, que es la convenida por las partes, o, en su defecto la máxima legal. Por último, el Decreto 118 de 1957, artículo 5º, repite que el salario mínimo se entiende establecido para los empleados que trabajan la jornada máxima legal, agregando que cuando la jornada ordinaria fuere inferior a la legal, se aplicarán los salarios mínimos en proporción al número de horas trabajadas, es decir, el salario hora y no el salario día, tal como lo tenía establecido el inciso 5º, artículo 2º del Decreto 71 de 1950.

Las citadas normas legales fueron violadas por la sentencia de modo directo, pues a pesar de que ordenan pagar el salario mínimo en consideración a la jornada laborada y de haber admitido la sentencia que Mendoza realizó la labor en uno o dos días de la semana, en pocas horas, y que no tenía comprometida la totalidad de la jornada, prescinde de las horas trabajadas y aplica el salario mínimo como si se tratara de jornada máxima legal.

Reconoce el fallador que el salario convenido por las partes fue de tipo mixto, así: parte en dinero ($ 30.00 mensuales) y parte en especie, pero con el fundamento de que no fue demostrado el importe del segundo, opta por el salario en dinero. La decisión en tal sentido infringe directamente el artículo 2º del Decreto 2214 de 1956, y el 2º del Decreto 71 de 1950, inciso final, porque ellos no rigen para el caso del salario mixto.

Aun aceptando que opera el salario mínimo legal para el tipo de remuneración mixta, el avalúo de la retribución en especie no podía desplazarse sobre el patrono. El actor en la demanda (hecho 2º) afirma que sólo devengó un salario de $ 30.00 mensuales. Por tanto le bastaba al demandado demostrar que con el salario en dinero le pagaba también al actor salario en especie, como efectivamente lo acreditó. El sentenciador invirtió la carga de la prueba, pues obliga al patrono a probar una negación, exonerando al actor de probar su afirmación, todo lo cual conduce a la infracción directa del artículo 595 del Código Judicial y 1757 del Código Civil. En el fondo el Tribunal corrigió la demanda inicial, porque cambió el salario en dinero, contra la evidencia de las pruebas, por uno en especie, agregando que éste era inferior al mínimo legal. Admitida la corrección de la demanda, ha debido el fallador hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 54 del Código de Procedimiento Laboral, en armonía con el 51 *ibídem*, esto es, ordenar la estimación pericial del salario en especie.

Termina el cargo con estas conclusiones:

Viola la sentencia por infracción directa, el artículo 2º del Decreto 71 de 1950 (incisos 4º a 6º) "lo mismo que el 2º del Decreto 2214 de 1956 y la primera parte del artículo 5º del Decreto 118 de 1957, por errada interpretación consistente en que fijando estas normas el salario mínimo para la jornada máxima legal, entiende que rige sin consideración a ella, esto es, toma en cuenta el salario mes, con prescindencia del que fijan dichos preceptos". Violó también, por infracción directa, el inciso 5º del artículo 2º del Decreto 71 de 1950 y la segunda parte del inciso 1º del artículo 5º del Decreto 118 de 1957, por falta de aplicación, ya que las normas son enfáticas al declarar que el salario mínimo se fija con referencia a las horas trabajadas. Infringió directamente lo preceptuado en el inciso final del artículo 2º del Decreto 71 de 1950 y el 2º del Decreto 2214 de 1956, por falta de aplicación al caso de autos, pues siendo terminantes al indicar que el salario mínimo no rige cuando el pactado es de tipo mixto, los hizo sin embargo, inoperantes, a pesar de haber reconocido que a Mendoza se le pagaba un salario parte en dinero y parte en especie.

Violó el artículo 24 del Decreto 118 de 1957, por errada interpretación, pues creyó que había derogado o modificado el artículo 2º del Decreto 2214 de 1956, lo cual es inexacto.

Segundo cargo.

A) *Primas de servicio.* Sostiene el cargo que la sentencia violó directamente el artículo 306, literal a) del Código Sustantivo del Trabajo, porque habiendo reconocido las primas con base en el salario mínimo legal, de $ 30.00, que era el pertinente, las decreta tomando en cuenta sumas superiores ($ 114.00 y $ 131,101 aumentada la segunda en un 15%), y quebranta también el artículo 1524, inciso 1º del Código Civil, de modo directo, porque las obligaciones, en cuanto exceden del salario mínimo legal, carecen de causa.

B) *Vacaciones.* Afirma la acusación que el Tribunal infringió de manera directa el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 7º, inciso 2º y 8º, inciso 1º, del Decreto 617 de 1954 y el artículo 1524 —del Código Civil—. Se produjo el quebranto de las normas porque decreta las vacaciones, no con base en el salario mínimo legal de $ 30.00, que era el procedente, sino tomando sumas mayores, en la cuantía indicada en el punto anterior.

C) *Cesantía.* Dice el acusador que el *ad quem* violó directamente los artículos 250, literal a) numeral 1º y 253 del Código Sustantivo del Trabajo y el 1524 del Código Civil, de modo directo. Sustenta el cargo expresando que el quebranto de la primera norma se produjo porque habiendo perdido el actor el derecho a la cesantía a causa de delito cometido contra el patrono, consistente en la sustracción de una res de propiedad del demandado, hecho aceptado por el fallador y acreditado con las copias de los fallos penales de folios 54, 55 y 59, reconoce en favor del trabajador el derecho a la indicada prestación. Anota que el contrato laboral lo dio por terminado el patrono unilateralmente y con justa causa, alegando como tal la detención preventiva del trabajador por más de 30 días, hecho probado con la carta del folio 1º, admitido por el Tribunal. En subsidio —dice el recurrente— para el caso de que no se acepte la pérdida de la cesantía, la condena por tal concepto debe rebajarse, tomando como base para su liquidación el salario de $ 30.00 mensuales. Agrega que la infracción del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo se causó, porque en vez de haber liquidado el Tribunal la prestación con el salario mencionado, utilizó sumas superiores. Motiva el quebranto del artículo 1524 del Código Civil en las mismas razones expuestas en los dos puntos que preceden.

D) *Pago.* Este aparte del cargo acusa violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación, porque habiendo consignado el patrono lo que estimaba deberle al trabajador, según comprobantes de folios 39 y 40, la sentencia no ordena descontar del valor de la condena el del depósito ni tampoco dispone que éste se devuelva al consignante. De acuerdo con el nombrado precepto la consignación equivale al pago.

Alega también violación directa del artículo 1663 del Código Civil, por falta de aplicación porque según su texto "la consignación válida constituye un verdadero pago".

Se estudian los cargos.

Se refiere el primero al salario mínimo. Lo subordina al lleno de estas condiciones: a) a la jornada de trabajo, que no debe ser inferior a ocho horas al día; y b) al tipo de remuneración, que debe ser pactada en dinero efectivo, con expresa exclusión del salario mixto. Se examinan en el orden indicado.

A) *Jornada de trabajo.*

Acerca de élla la sentencia admite, como lo dice el recurrente, que Mendoza sólo trabajaba

dos días a la semana y en pocas horas. Con todo, lo que en realidad toma en cuenta el fallador es el trabajo mensual, sin reparar en el número de días semanales ni de horas de la jornada diaria, para lo cual se basa en la confesión expontánea del demandado, pues acepta éste, en la respuesta al hecho 2º de la demanda inicial, que el trabajador devengó un salario mensual de $ 30.00, afirmado por aquél en el hecho mencionado.

Aunque la confesión agrega un hecho distinto, el de que con el salario en dinero, el trabajador recibía también salario en especie, tal modalidad no tiene incidencia en la cuestión relativa a la duración de la jornada de trabajo.

Es verdad que el Decreto 71 de 1950 condiciona el derecho al salario mínimo a jornadas de ocho horas en adelante (art. 2º, incisos 2º y 5º). Al respecto esta Sala de la Corte, en sentencia del 5 de marzo de 1962 (juicio de Custodia Gutiérrez Otero contra Manuel A. Munar), dijo lo que se transcribe a continuación:

"a) El artículo 1º del Decreto 3871 de 1949, de derecho material, comprende a todos los empleados, sin subordinar la garantía del salario mínimo al tiempo de duración de la jornada de trabajo. La única restricción es la de que reciban la totalidad de la asignación en dinero efectivo. Al respecto ningún cambio introdujo el artículo 1º del Decreto legislativo 70 de 1950.

"b) El Decreto 71 de 1950 es simplemente reglamentario de los dos anteriores. Por tanto, en el supuesto de que para adquirir el derecho al salario mínimo, el trabajador debe rendir jornadas de ocho horas en adelante, como lo dispone el inciso 3º del artículo 2º, debe prevalecer la norma citada del Decreto 3871, de superior jerarquía.

"c) El Decreto 2214 de 1956 suprimió, en cuanto a jornada, lo dispuesto en el 71 de 1950, atemperándose a lo que sobre el punto dispone el Código del Trabajo en sus artículos 158 y 161..".

Sobre el tema en estudio reza el artículo 3º del nombrado Decreto, en lo pertinente: "Los salarios mínimos fijados por el presente Decreto solo se entienden establecidos para los trabajadores mayores de diez y ocho (18) años, por su jornada ordinaria de trabajo, que es la que convengan las partes, o, en su defecto, la máxima legal, de ocho horas al día y de cuarenta y ocho a la semana...".

Lo que el Tribunal da por demostrado en el juicio conforme a los testimonios de la parte demandada, es que el trabajador ejecutaba la labor en dos días de la semana y en pocas horas del día. Si eso fue lo convenido por los litigantes, quiere decir que la jornada fue inferior a la máxima legal, circunstancia que no impide el nacimiento del derecho al salario mínimo legal, al tenor de la disposición transcrita.

Se deduce de las anteriores consideraciones que hasta la vigencia del Decreto 2214 de 1956, el derecho al salario mínimo no imponía la obligación de observar la jornada máxima legal de 48 horas semanales.

Huelga decir que la jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o a falta de convenio la máxima legal, como lo previene el artículo 158 del Código del ramo. Luego no puede entenderse, con base en el estatuto que viene citado, como lo hace el recurrente, que durante su vigencia, para efectos del salario mínimo, la jornada debía ser siempre la de ocho horas diarias.

Modificó la situación legal expuesta, el Decreto extraordinario 118 de 1957, vigente desde la fecha de su expedición (junio 21). De acuerdo con su artículo 5º los salarios mínimos se entienden establecidos para trabajadores mayores de 16 años que laboran la jornada máxima legal, es decir, la de 48 horas semanales.

Para ordenar el reajuste del salario de junio de 1957 a octubre de 1958, fecha de expiración del contrato, no tuvo en cuenta la sentencia la nombrada disposición, pues prescinde de la jornada realmente laborada por el actor, inferior a la máxima legal.

Sin embargo, el cargo no es atendible por estas razones:

El recurrente acusa el texto legal citado por dos conceptos: primero, por violación directa, fundada en que la sentencia lo aplica a situación de hecho que la norma no contempla; y segundo, por su errónea interpretación, por haber entendido el Tribunal que rige sin tener en cuenta la jornada máxima legal.

Los dos conceptos de violación de la ley son distintos. *Se produce el quebranto directo, cuando a un hecho que no se discute o debidamente acreditado, no se aplica la norma que lo regula; y se presenta la interpretación errónea cuando se le da a la norma legal, con independencia de toda cuestión de hecho, una significación que pugna con su recto sentido.*

Los dos motivos no pueden alegarse simultáneamente en un solo cargo, en relación con la misma disposición legal, pues sus fundamentos no son iguales, como se deduce de su estructura, destacada por la doctrina en la forma ya expli-

cada. La censura, como se ve, ofrece defectos de orden técnico.

En cuanto hace a la violación del artículo 1757 del Código Civil, se observa que no fue el actor sino el demandado quien alegó el salario en especie. Por tanto, era de su resorte la prueba de la afirmación y no de la incumbencia del actor, como lo entiende el recurrente. No puede, pues, sostenerse que la sentencia invirtió la carga de la prueba, ni tomar pie en tal concepto para hablar de corrección de la demanda por el Tribunal, fenómeno procesal que no ha tenido ocurrencia en el juicio.

El reparo de que, en últimas, el *ad quem* ha debido decretar la prueba pericial para obtener por ese medio la fijación del salario en especie, con apoyo en los artículos 51 y 54 del Código de Procedimiento Laboral, cuya violación acusa el cargo, es simple alegación de instancia, sin trascendencia en casación. Por lo demás, el hecho de que el juzgador esté facultado para decretar pruebas de oficio y el de que la pericial la ordena a su arbitrio, no invalida el principio dispositivo, a virtud del cual es deber de las partes suministrarle al juzgador el material de conocimiento para la demostración de los hechos conducentes de la controversia.

También alega el recurrente violación de los artículos 127 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo y 595 y 601 del Código Civil, de manera directa, porque dejó de aplicarlos siendo el caso. Expone las razones para su demostración. Para su rechazo basta la consideración de que los primeros no son creadores de derechos u obligaciones, por lo cual no inciden en casación. El 127 define el salario y el 129 el salario en especie. Las citadas normas del Código Judicial no son tampoco de derecho material, y ello basta para el rechazo de su violación.

Conviene anotar que la violación de los preceptos de los Códigos Civil y Judicial, no se asocia a disposiciones de la ley laboral, como es de rigor hacerlo, pues en casación juegan, primordialmente, las del derecho del trabajo, y solo en función de ellas puede estudiar la Corte el quebranto de leyes de otro género, como violación medio.

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

Con referencia al segundo cargo, observa la Sala:

En cuanto a las condenas por primas de servicio y vacaciones, el recurrente señala como violados, directamente, los artículos 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con primas; 186 *ibídem* y las normas pertinentes del Decreto 617 de 1954, en cuanto a vacaciones.

La Sala observa que si no era del caso reconocer los derechos con base en el salario mínimo legal, sino con uno inferior, el de $ 30.00 mensuales, la acusación es ineficaz, porque es cuestión de hecho determinar la cuantía de la asignación, lo cual coloca el cargo en ámbito distinto al de violación directa. Resulta además incompleta, porque los preceptos citados no son los que fijan el salario mínimo, sino disposiciones legales distintas, que la acusación no menciona.

En relación con la cesantía, cuya pérdida por el trabajador alega la acusación, observa la Sala: No se pide, al indicar el alcance de la impugnación, la quiebra de la sentencia por la condena a la prestación. Con todo, puede considerarse subsanada la omisión al sustentar el cargo.

La norma infringida, que cita el recurrente, es la del artículo 250, literal a), inciso 1 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dice la disposición que el trabajador perderá el derecho al auxilio de cesantía cuando el contrato de trabajo termina a causa de acto delictuoso cometido contra el patrono o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, o el personal directivo de la empresa.

El texto legal requiere, para su aplicación, la demostración de estos hechos: la comisión de un delito por el trabajador en perjuicio del patrono o de las demás personas que relaciona; y la terminación del contrato por tal causa.

Los dos presupuestos aparecen demostrados en el juicio, dice el recurrente, así: la infracción delictuosa, con las copias de los respectivos fallos penales dictados en el proceso contra el trabajador por la Alcaldía del Guamo y la Gobernación de Ibagué; y la expiración del contrato de trabajo con la carta del 9 de marzo de 1959, que en esa fecha dirigió Sabogal a Mendoza. En ella le hace saber que da por terminado el contrato con justa causa, alegando como tal su detención preventiva por más de 30 días. El impugnante afirma que los hechos relatados fueron admitidos por el fallador.

En su parte motiva la sentencia hace una relación de las pruebas aducidas por los litigantes; incluye, al enumerar las del demandado, los dos fallos penales mencionados, sin emitir concepto alguno sobre su incidencia en el presente juicio. Con relación a la carta de marzo de 1959, el Tribunal le niega valor probatorio, porque no fue reconocida por el signatario en su contenido y firma.

La realidad procesal no es, pues, la que presenta la acusación. Aun aceptando que el actor cometió el delito de abigeato, de que dan cuenta

las providencias ya citadas, quedaría por demostrar que la comisión del delito fue la causa de la expiración del contrato laboral.

Así las cosas, el cargo no puede ser examinado dentro de la modalidad de infracción directa de la ley, pues ésta se produce cuando la hipótesis que contempla es extremo aceptado por los litigantes o debidamente acreditado en el proceso, a pesar de lo cual la sentencia deja de aplicar la norma que la regula.

También se acusa violación del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, porque la condena por cesantía toma en cuenta un salario superior al de $ 30.00 mensuales. A lo cual observa la Sala que la disposición ordena tomar, para liquidar la prestación, (inciso 1) el último salario mensual devengado por el trabajador. Saber cuál es éste es cuestión de hecho, que no puede estudiarse dentro del campo de la infracción directa de la ley, sino a través de un motivo de casación distinto. El salario que para liquidar la prestación utiliza la sentencia, es el mínimo legal, y el recurrente no acusa violación de las normas legales que lo establecen con indicación de la cuantía, de manera que por este otro aspecto la proposición jurídica resulta incompleta.

Es extraño a la cuestión debatida el punto que regula el artículo 1524, inciso 1 del Código Civil. Como causa de las obligaciones reclamadas en la litis la demanda inicial señala el contrato de trabajo, extremo que no es materia de debate en casación. No se puede, pues, hablar de falta de causa, como lo afirma la acusación.

En cuanto a la errónea interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por una parte, y la violación directa del artículo 1663 del Código Civil, observa la Sala:

No se puede deducir erróneo entendimiento de la primera de las citadas normas por el hecho de que no hubiera ordenado el Tribunal, o la deducción del monto de la condena del valor del depósito de que dan cuenta los comprobantes de folios 39 y 40, o su devolución al consignante, como lo afirma el acusador, ni violación directa de la segunda por el mismo motivo. No es concepto de la sentencia el de que la consignación no equivalga el pago, como el cargo lo asevera.

Los documentos de los folios citados dan cuenta de que el patrono consignó en la Caja de Crédito Agrario del Guamo la suma de $ 290.00 con destino al pago de prestaciones sociales del trabajador; no la hay de su entrega al demandante.

No dispuso la sentencia descontar su importe del valor de la condena. No era pertinente que lo hiciera, porque el valor de la consignación no ha sido entregado al acreedor. Ello no obsta para que al cumplir la sentencia se haga el descuento del caso, previa entrega de la suma depositada al demandante.

El cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, Roberto de Zubiría C., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE SALARIOS INSOLUTOS. PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. TECNICA DE CASACION. INDEMNIZACION MORATORIA.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y ocho de diciembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Policarpo Medina promovió juicio ordinario contra la "Casa de las Pinturas", sociedad de responsabilidad limitada —domiciliada en Bogotá— para que con audiencia de su representante fuera condenada al pago de salarios, primas de servicio, vacaciones, cesantía, perjuicios, auxilio monetario por enfermedad profesional, o, en subsidio por enfermedad no profesional, e indemnización moratoria.

El apoderado judicial del actor relata en la demanda estos hechos:

Policarpo Medina le prestó servicios personales a "La Casa de las Pinturas", según contrato verbal de trabajo celebrado con el Gerente; el salario que devengó durante el último año de labores fue el de $ 700.00 mensuales; el contrato se inició el 1º de enero de 1955 y terminó el 31 de diciembre de 1956 por despido del trabajador, según consta en carta del Gerente de la sociedad del 15 de noviembre de 1956; al expirar el contrato el patrono le quedó debiendo al trabajador trece meses de salario, las primas de servicio del año de 1956, las vacaciones y la cesantía causados durante la vigencia de la relación laboral (dos años), el auxilio monetario por enfermedad profesional o el correspondiente a la enfermedad no profesional, a juicio de la medicina del trabajo, en atención a que fue despedido hallándose enfermo. También le debe la sociedad al demandante a título de perjuicios, el valor del tratamiento médico a causa de la enfermedad de que padece, que el Seguro Social no ha tratado, porque aquélla no lo inscribió en la institución oportunamente. Durante la vigencia del contrato el actor padeció varias lesiones de orden no profesional, que la empresa no atendió; tampoco fueron tratadas por el Seguro Social, porque no fue inscrito en éste debido a negligencia de aquélla. En tal virtud le causó perjuicios que debe repararle. La empresa no le ha pagado al demandante las prestaciones sociales e indemnizaciones causadas y por tal motivo le debe los correspondientes salarios caídos.

La respuesta a la demanda acepta la vinculación laboral y su duración, advirtiendo que tuvo interrupciones por enfermedad del actor, el salario de $ 700.00 mensuales durante el último año de labores y la terminación del contrato por voluntad del patrono, agregando que éste incurrió en error al preavisarlo, formalidad que no debía cumplir por tratarse de contrato verbal sujeto al plazo presuntivo. Niega los demás hechos.

Decidió la controversia en primera instancia el Juzgado 1º del Trabajo de Bogotá por sentencia del 10 de marzo de 1959. En su parte resolutiva (numeral 1º) condena a la sociedad a pagar al actor lo siguiente: a) $ 930.00 por salarios insolutos; b) $ 700.00 por primas de servicio de los dos semestres de 1956; c) $ 700.00 por vacaciones causadas y no disfrutadas; d) $ 1.400 por auxilio de cesantía; e) $ 4.200 en concepto de auxilio monetario por enfermedad profesional; y f) $ 2.356.33 por salarios caídos. El numeral 2º absuelve a la sociedad de los demás cargos; el 3º la condena en un 80% de las costas; y el 4º dispone que del valor de las condenas se deduzca la suma de $ 3.655.55, consignada por el patrono a favor del demandante.

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado. Lo resolvió el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia del 19 de octubre de 1960. La resolución, en su numeral 1º, revoca el numeral 1º del fallo del *a quo* y, en su lugar, condena a la sociedad demandada a pagar al actor, lo siguiente: a) $ 1.400.00 por cesantía; y b) $ 350.00 por vacaciones. El literal c) absuelve a la compañía de las peticiones por salarios insolutos, primas de servicio, auxilio monetario por enfermedad profesional y no pro-

fesional, e indemnización moratoria. El numeral 2º confirma el 2º del fallo apelado; el 3º modifica el 3º del mismo fallo en el sentido de limitar la condena por costas al 40%; el numeral 4º confirma el 4º de la citada sentencia. Le impone las costas de la segunda instancia a la parte demandante. La decisión fue adoptada por mayoría, pues salvó el voto uno de los miembros de la Sala de Decisión, en cuanto a la absolución por indemnización moratoria.

Contra la anterior providencia interpuso la parte demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

La demanda de casación.

Aspira a que la Corte case parcialmente la sentencia del Tribunal en su numeral 1º, letras b) y c) y, en su lugar, confirme la de primer grado en su numeral 1º, literales a), b), c), e) y f), fija así el alcance de la impugnación.

Invoca la causal primera de casación.

Formula cinco cargos, que se examinan a continuación:

Primer cargo.

Violación directa de los artículos 204, literal a) del numeral 2º, y 217, numeral 2º, del Código Sustantivo del Trabajo.

Para sustentarlo dice el recurrente que el Tribunal violó las normas legales por haber incurrido en evidente y ostensible error de hecho al no apreciar una prueba y haber estimado equivocadamente otras, "lo que le permitió dar por establecido un hecho distinto del que se encuentra probado dentro del juicio".

A continuación señala el cargo la prueba no apreciada y las que el fallador estimó equivocadamente a intento de demostrar el error de hecho que le imputa.

El opositor refuta el cargo y afirma que no incurrió la sentencia en el yerro que se le atribuye, dando a conocer el contenido de las pruebas y la estimación que de ellas hace el Tribunal.

Se considera:

Se abstiene la Sala de examinar el cargo, porque en su planteamiento y desarrollo adolece de defectos de orden técnico. En efecto: acusa violación directa de la ley a causa de errores de hecho en la actividad probatoria del sentenciador. La infracción de la ley, por el concepto indicado, no se vincula a errores de hecho, pues aquella se produce cuando el supuesto o hipótesis que la norma contempla no se discute o aparece acreditado en el proceso, a pesar de lo cual el fallo se abstiene de aplicarla. Cuando median errores en la valoración de las pruebas o por su inestimación, el quebranto de la ley se produce de modo indirecto.

No prospera el cargo.

Segundo cargo.

Violación indirecta del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, a causa de error de hecho en la estimación de unas pruebas.

De la argumentación que presenta el recurrente para sustentar el cargo se deduce que el error de hecho consistió en negar la sentencia que el actor padeció enfermedad no profesional, sin derecho al auxilio monetario por tal causa, demostrando las pruebas del juicio lo contrario.

Dice al sustentar el cargo que el fallador no apreció la confesión del Gerente de la sociedad, contenida en la respuesta a la pregunta catorce del cuadro de posiciones (f. 83), la cual demuestra que despidió a Medina hallándose gravemente enfermo; que esa enfermedad, de tipo no profesional, la acredita el dictamen del médico doctor Guillermo Sarmiento López (fs. 209 a 211), el cual expresa que la enfermedad incapacitó al actor para trabajar, prueba que, según la acusación, tampoco tuvo en cuenta el Tribunal; que, en opinión de éste, a Medina le fueron pagados los salarios de todo el año de 1956, y que como aquél, en las posiciones que absolvió (f. 122) dice, al contestar la pregunta segunda, que trabajó hasta mediados de 1956, el valor del auxilio por enfermedad quedó cubierto con el pago de los salarios de todo el año. Al respecto el impugnador expresa que el Tribunal estimó erróneamente la confesión de Medina, porque lo declarado por él fue que trabajó hasta mediados del mes de noviembre de 1956, no que el servicio lo hubiera prestado hasta mediados de ese año. Por otra parte, continúa diciendo, según consta en la carta de preaviso del 15 de noviembre de 1956 (f. 143 del cuaderno número 2º), que la sentencia no tuvo en cuenta, el contrato de trabajo debía terminar el 31 de diciembre de ese año, luego si la vigencia del vínculo abarcó todo el año mencionado, el actor adquirió el derecho al auxilio monetario que le otorga el artículo 227 del Código.

El opositor, al refutar el cargo, manifiesta que la sentencia, en los apartes que dedica al estudio de las peticiones relativas al auxilio por en-

fermedad no profesional y salarios insolutos, llegó a la convicción de que Medina estuvo enfermo por más de 180 días, durante los cuales recibió salario completo. Así resulta del análisis que hace la sentencia de las declaraciones de Jorge Ricaurte, Ismael Mora y Jesús L. López (fs. 224 y ss.). Se basa en tales argumentos para concluír que el Tribunal no incurrió en el error de hecho que alega la acusación ni en la consiguiente violación del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se considera:

Con referencia a la súplica sobre pago de auxilio por enfermedad no profesional, expone la sentencia: "Se comprobó en autos que al demandante se le pagaron salarios hasta la terminación del contrato, no obstante en su absolución de posiciones el demandante (f. 122) admite que prestó servicios hasta mediados de 1956, 'cuando ellos me despidieron por no ir a trabajar'. Esto quiere decir que recibió por encontrarse enfermo más de lo que ordena el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo...". Le sirve la anterior premisa para concluír que la petición no puede prosperar.

Deduce el Tribunal el pago de los sueldos durante todo el tiempo de la vinculación laboral, de la diligencia de inspección ocular en los libros y documentos de la sociedad y de las declaraciones rendidas en el juicio por los testigos Ismael Mora, Jorge Ricaurte y José Lires López.

El auxilio de que se trata es inferior al monto de la remuneración, de manera que si Medina recibió el valor total de los sueldos por todo el tiempo de la prestación de sus servicios a la sociedad, es lógica la conclusión del Tribunal de que la deuda por el auxilio debe estimarse cancelada.

No ataca el cargo los verdaderos fundamentos de la sentencia, motivo suficiente para mantenerla.

Es evidente que lo confesado por el demandante en posiciones es el hecho de haber prestado servicios hasta mediados del mes de noviembre de 1956, no hasta mediados de ese año, como lo afirma el Tribunal. Sin embargo, el error no incide en la decisión, pues en el supuesto de que el actor hubiera trabajado hasta noviembre de 1956, dejando de servir por enfermedad desde esa fecha hasta el mes de diciembre inclusive, la situación procesal de que habla el Tribunal sería la misma, ya que durante el indicado lapso de tiempo, según su concepto, el demandante recibió el total de la remuneración convenida, esto es, una suma superior al monto del auxilio por enfermedad.

El cargo no prospera.

Tercer cargo.

Violación indirecta del artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, y 51 *ibídem,* por aplicación indebida, a causa de error de hecho en la estimación de unas pruebas.

Para demostrar el cargo, alega el impugnador:

Al apreciar el Tribunal los testimonios de Martín Mora (fs. 144 a 146); Ismael Mora (fs. 151 a 152), Jesús L. López (fs. 152 a 156) y Jorge Ricaurte (fs. 94 a 96), da por sentado que Medina estuvo largo tiempo enfermo.

Algunos o casi todos los testigos afirman que el actor a veces faltaba al trabajo por enfermedad, sin indicar el tiempo de la ausencia. Luego erró de hecho el fallador en la estimación de la prueba; no acreditando éste el lapso de la enfermedad, el tiempo servido durante un año fue completo, por lo cual Medina adquirió el derecho a la compensación en dinero de las respectivas vacaciones.

El contrato entre las partes tuvo una duración de dos años, sin solución de continuidad. Para efectos de vacaciones y cesantía, cuando hay suspensión del contrato, puede descontarse el tiempo de la suspensión, pero como tal cosa no ocurrió, el trabajador adquirió el derecho a las vacaciones. Al negarlo el Tribunal, aplicó indebidamente el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo. "Corresponde a la honorable Corte subsanar este error".

De su lado el opositor manifiesta que los testigos afirman que Medina estuvo enfermo durante la relación laboral. Destaca de ellos apartes de sus declaraciones en el sentido indicado y concluye diciendo que demuestran la suspensión del contrato de trabajo durante largo tiempo, por lo cual fue correcta la conclusión del fallador al estimar que el demandante no adquirió el derecho a las vacaciones.

Se considera:

Sobre la cuestión en examen la sentencia impugnada dice que por no haberse comprobado el disfrute de las vacaciones en tiempo correspondientes al año de 1955, se le deben compensar al actor en dinero. Y agrega: "pero como consta en el expediente que no prestó sus servicios durante todo el año de 1956, puesto que está acre-

ditado que durante ese año faltó en diversos períodos a su trabajo, y como las vacaciones se deben por años completos de servicio, únicamente se condenará a la demandada al pago de la compensación por un año, o sea a la cantidad de $ 350.00".

No es concepto de la sentencia el de que la enfermedad sea causa de suspensión del contrato de trabajo, como lo asevera el recurrente. Por tanto, el reparo de que violó el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo por haber sostenido la tesis enunciada, no es conducente. Además, de haber expresado el Tribunal la opinión expuesta, cabría la censura contra el fallo por errónea interpretación de la norma, de modo directo, no en forma indirecta como consecuencia de error de hecho en la estimación de pruebas.

No es afirmación de la sentencia la de que las faltas en el trabajo por parte del demandante durante el año de 1956, con la consecuencia de que el servicio prestado no fue completo en ese año, impidiendo el nacimiento del derecho a las vacaciones, lo acrediten las declaraciones de los testigos que el cargo cita. No se refiere concretamente a esa prueba, sino a las que sobre el punto corren en el expediente. Acerca de este extremo de la litis y propósito del examen de la petición sobre reconocimiento de auxilio monetario por enfermedad común u ordinaria, había anotado ya la sentencia, al referirse a la confesión provocada del demandante, que en ella admitió el hecho de que prestó servicios hasta mediados del año citado, fecha en que el patrono lo despidió por faltas al trabajo. En todo caso, se funda el cargo en supuestas apreciaciones del fallador, motivo suficiente para su rechazo.

Cuarto cargo.

Violación indirecta del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, como consecuencia de error de hecho en la estimación de unas pruebas y por inestimación de otras.

Al sustentar la acusación, dice el impugnador que la sentencia no apreció la nota de despido del demandante (f. 143) según la cual el patrono dio por terminado el contrato el 31 de diciembre de 1956. Agrega que si Medina prestó servicios durante todo ese año, adquirió el derecho a la prima semestral del segundo semestre. Anota asimismo que, para efectos de cesantía, el fallador acepta que el tiempo de servicios comprendió dos años (enero de 1955 a diciembre de 1956) reconociendo el derecho a la prestación por ese lapso, luego rechazarlo para no decretar la prima por el segundo semestre de 1956, implica error de hecho ostensible.

De la réplica al cargo dice el opositor que el contrato estuvo suspendido por enfermedad del trabajador durante la mayor parte del año de 1956; que la nota de despido no es prueba concluyente de que Medina hubiera trabajado todo el año mencionado, y además, que la decisión del fallador se funda en que no hay prueba segura sobre el trabajo de Medina en el segundo semestre.

Sobre el punto a que la acusación se contrae, dice el Tribunal que el demandante reclama las primas de 1956, y agrega: la del primer semestre le fue pagada, como lo acredita la inspección ocular. "En cuanto al segundo semestre no se puede deducir del haz probatorio si el actor trabajó realmente durante ese lapso, debido a su prolongada enfermedad, por lo cual no procede condena alguna contra la demandada por este concepto".

Se considera:

La nota que se estima no apreciada (fl. 143 del cuaderno número 2º), de fecha 15 de noviembre de 1956, la dirige el Gerente de la sociedad al demandante, y en ella le expresa que los socios han resuelto liquidar la compañía en 31 de diciembre siguiente, y que, por tal motivo, desde esa fecha prescinde de sus servicios en el empleo que desempeña.

La nota demuestra el hecho de que la sociedad daba por terminado el contrato mes y medio después de la fecha en que la comunicación fue entregada al destinatario, no el trabajo del empleado entre el 15 de noviembre y el 31 de diciembre de 1956. Por tanto, si la sentencia aprecia la prueba no habría podido llegar a la conclusión de que el actor laboró durante el período comprendido entre las dos fechas. De esa premisa inexacta no emerge el error que sostiene el recurrente. Es cierto que para liquidar la cesantía la sentencia toma como tiempo de servicio dos años (1955 y 1956); no sigue el mismo criterio para la liquidación de la prima de servicio del segundo semestre de 1956. Sin embargo, su punto de vista, expuesto en los apartes que dedica al estudio de las súplicas sobre pago de auxilio monetario por enfermedad no profesional y vacaciones, es el de que el trabajo del empleado tuvo soluciones de continuidad, debido a los quebrantos de salud de que padeció. Si esa es la realidad procesal, desatendida al decretar el auxilio de cesantía, ello no autoriza para sostener que la equivocación, favorable a la parte recu-

rrente, prevalezca sobre el pensamiento dominante en la sentencia, expuesto con base en diversos medios probatorios.

El cargo no prospera.

Quinto cargo.

Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error de hecho ostensible en la estimación de las pruebas.

Para demostrarlo dice el recurrente que la sentencia da por sentado, con apoyo en la respuesta dada por el demandante a la décima pregunta del cuadro de posiciones, que las partes tuvieron conversaciones enderezadas al arreglo de las prestaciones sociales entre el 1º de enero y el 12 de abril de 1957. Al hacer esa afirmación incurrió en error de hecho en la estimación de la prueba, porque el absolvente no dijo lo que la sentencia le atribuye. Agrega que ésta no apreció la confesión del demandado, contenida en el hecho quinto de la demanda de instancia, en donde afirma que consignó el valor de las prestaciones el 12 de abril de 1957, y dejó de estimar también la prueba documental de folios 141 a 143, la cual demuestra la fecha en que se efectuó la consignación. Luego si ésta —continúa el acusador— no se hizo al terminar el contrato, la sentencia incurrió en error de hecho al no dar aplicación al artículo 65.

Manifiesta el opositor que hubo una etapa de conversaciones amistosas entre las partes para precaver el litigio, como lo acepta en posiciones el demandante, lo cual demuestra la buena fe de la sociedad, capaz de librarla de la sanción por mora, aparte de que la suma que consignó para el pago de prestaciones supera el de la condena. Se funda en las razones expuestas para sostener que no violó el Tribunal el artículo 65.

La sentencia se abstuvo de aplicar la citada norma legal con fundamento en estas consideraciones:

Confesó el demandante al absolver posiciones (respuesta a la pregunta 10ª), haber celebrado varias conversaciones con la parte demandada a fin de llegar a un arreglo amistoso, "de lo cual es forzoso deducir que la demora en la consignación que posteriormente efectuó la demandada tuvo por causa este período de discusión amistosa, por lo cual no procede la aplicación de la sanción a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, tanto más que no se podría fijar tampoco, con precisión, el lapso de la mora, si es que la hubo, pues no hay medio alguno probatoria que indique cuando cesaron las conversaciones de arreglo amistoso".

Se considera:

No es hecho discutido en el juicio el de que la parte demandada consignó el valor de las prestaciones sociales varios meses después de la fecha de expiración del vínculo laboral; también es extremo aceptado por la sentencia y los litigantes, que entre éstos se celebraron conversaciones destinadas al arreglo de las deudas laborales. Así las cosas, si la dilación en el pago de ellas es extremo probado en el proceso, a pesar de lo cual la sentencia absuelve a la sociedad de la indemnización por mora, la cuestión ya no es de hecho sino de naturaleza jurídica. Situada en ese campo, el ataque contra el fallo del ad quem *no es viable por violación indirecta de la norma, sino por infracción directa, ocasionada por su errónea interpretación, pues para abstenerse de aplicarla estimó que las conversaciones amistosas purgaban la mora y constituían motivo suficiente para exonerar al patrono de la sanción establecida en el artículo 65. El ordenamiento legal no subordina su aplicación a la circunstancia que se deja anotada, pues cuando no se produce acuerdo acerca del valor de las obligaciones, el medio de impedir la sanción es el de efectuar la consignación de lo que el patrono confiese deber. Deja ver la anterior observación que la censura contra la decisión no es pertinente hacerla a través de violación indirecta del precepto.*

El cargo no es viable y, por tanto, se desecha.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, Roberto de Zubiría C., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESTACIONES SOCIALES. INDEMNIZACION MORATORIA. AMBITO TEMPORAL DE LA APLICACION DE LA LEY LABORAL.

Las normas laborales no tienen efecto retroactivo pero sí aplicación general inmediata.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Hernando Castellanos, por medio de apoderado, instauró juicio ordinario en contra de la sociedad denominada "Empresa de Transportes J. I. Tovar Reyes & Cía. Limitada", representada por sus socios José Ignacio Tovar Reyes y Adalide Cifuentes de Tovar y a estos solidariamente, a fin de que fueran condenados a pagarle las cantidades que resultaren por concepto de cesantía, primas de servicio, vacaciones, dominicales y festivos, valor de los pasajes de él y del ayudante, de Medellín a Bogotá, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Como hechos para fundar su acción, expuso los siguientes:

Hernando Castellanos prestó servicios personales a la entidad demandada en virtud de contrato verbal de trabajo, desde el 11 de diciembre de 1957 hasta el 20 de enero de 1961, fecha en la que fue despedido intempestiva e injustamente. El actor comenzó a prestar sus servicios a la sociedad denominada "Transportes Tovar y Compañía Limitada" y continuó prestándolos, sin solución de continuidad, a la "Empresa de Transportes J. I. Tovar Reyes y Compañía Limitada", entidad que sustituyó a la anterior.

La labor desarrollada por Castellanos consistió en la conducción de vehículos de propiedad de la sociedad demandada, en las rutas de Bogotá-Buenaventura y Bogotá-Girardot-Medellín, principalmente, habiendo devengado un salario mensual de $ 500.00 durante los primeros meses y de $ 600.00 en el tiempo restante.

El día 18 de enero de 1961, el señor Alvaro Hernández, Agente de la sociedad demandada en Bogotá, le ordenó al demandante que se trasladara de esta ciudad a Girardot a cargar 150 sacos para transportarlos a Buenaventura. Pero al llegar a ese lugar, y como no hubiere la carga prevista, la oficina de la sociedad en Girardot lo despachó para Medellín con carga de la empresa "Rápido Gigante Ltda.", habiéndole puesto el visto bueno en la respectiva planilla. Cuando llegó a Medellín, el día 20 de enero, el señor Evelio Arango, representante del patrono en esa ciudad, le ordenó la entrega del camión, exhibiendo al efecto, un marconigrama que había recibido de la oficina de Bogotá. En vista de lo anterior, el trabajador entregó el vehículo y se regresó a Bogotá, costeando su propio pasaje y el del ayudante, a quien le suministró para su traslado, la suma de $ 50.00.

El actor trabajó durante todos los días domingos y festivos transcurridos entre el 11 de diciembre de 1957 y el 20 de enero de 1961, pero nunca se le dieron los descansos compensatorios correspondientes, ni se le remuneraron en la forma legal. Tampoco se le dio explicación alguna sobre su despido, ni se le ha reembolsado el valor de los gastos de regreso a Bogotá, en donde fue contratado, ni la suma que entregó al ayudante, ni le han sido cubiertos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que reclama.

Como fundamentos de derecho citó los artículos 22, 32, 47, 49, 55, 64, 65, 67, 127, 172, 177, 186, 249, 306 y demás disposiciones concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

La empresa y socios demandados, se opusieron a las pretensiones del libelo, negaron los hechos en que se funda y propusieron las siguientes excepciones: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de acción, prescripción, ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada e inepta demanda.

El Juzgado Segundo Laboral de esta ciudad decidió el litigio, mediante providencia de fecha

8 de marzo del año en curso, en la cual condenó a la empresa demandada y solidariamente con ésta, a sus socios José Ignacio Tovar Reyes y Adalide Cifuentes Gámez de Tovar, a pagar al actor las siguientes cantidades: a) $ 1.864.94 por cesantía; b) $ 1.350 por primas de servicios; c) $ 1.800 por compensación monetaria de vacaciones; d) $ 3.420 por lucro cesante; y e) $ 20.00 diarios a partir del 21 de enero de 1961 y hasta cuando el pago de las anteriores cantidades se verifique. Absolvió a la sociedad y a los socios demandados de los restantes cargos del libelo. Declaró no probada la excepción de prescripción en cuanto se relaciona con las primas de servicio ocasionadas con anterioridad al 25 de agosto de 1958, e igualmente declaró no probadas las restantes excepciones. Impuso condenación en costas a la demandada en un 80%.

Ambas partes apelaron del anterior proveído y el Tribunal Superior de este Distrito —Sala Laboral—, confirmó el fallo apelado, con la única modificación de que la condena por vacaciones era la suma de $ 900.00. Decretó condenación en costas a cargo de la parte demandada.

La parte vencida interpuso en tiempo el recurso de casación que pasa a decidirse mediante el estudio de la demanda respectiva y del escrito de oposición presentados en tiempo.

Alcance de la impugnación.

Según el recurrente, la "acusación tiene como fin obtener la anulación completa de la sentencia absolviendo a los demandados". Y añade: "La acusación la hago por errores de hecho en la apreciación de pruebas las que singularizaré en su debida oportunidad, y por aplicación indebida de la ley".

La acusación.

El casacionista divide su acusación en capítulos (tres: uno principal y dos subsidiarios).

Capítulo primero. Se enuncia en esta forma: "El artículo 15 de la Ley 15 de 1959 no puede aplicarse a las relaciones jurídicas antes de empezar dicha ley a regir, porque no puede darse efecto retroactivo a tal artículo. Lo dispuesto en él no puede aplicarse sino a los contratos celebrados con posterioridad a la sanción de la Ley el 30 de abril del año citado. Esa disposición no regula las relaciones nacidas de contratos celebrados con anterioridad a su vigencia". Y agrega: "Por haberle dado efecto retroactivo al artículo 15 de la Ley 15 de 1959, el Tribunal violó el artículo 28 de la Ley 153 de 1887 que respeta los derechos adquiridos, y por no haberlo tenido en cuenta, como también y por lo mismo, el artículo 2683 del Código Civil que manda que las controversias y los pleitos se decidirán con arreglo a las leyes sustantivas que estaban vigentes cuando se ejecutó el acto, se adquirió el derecho, se contrajo la obligación o se celebró el contrato... Y como consecuencia de lo dicho el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 54, 65, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 15 de la Ley 15 de 1959".

Se considera:

Todas las acusaciones de la demanda que se examina se pueden estudiar conjuntamente pues todas ellas giran alrededor de un punto principal: la aplicación indebida del artículo 15 de la Ley 15 de 1959 porque a esta disposición no puede dársele efecto retroactivo. Esta tesis planteada en la primera acusación se repite en las otras y en la segunda manifiesta el casacionista que es el "motivo fundamental para casar el fallo acusado". Sin embargo, la Sala estudiará por separado cada cargo o capítulo, como lo denomina el impugnador.

Observa la Sala que la primera acusación parece proponerse por aplicación indebida de la ley, por la vía directa, sin considerar problemas de hecho o probatorios. Lo mismo ocurre con la segunda. En la tercera, en cambio, se plantea infracción legal a través de error de hecho.

Aclarado lo anterior, la Sala hace estas consideraciones previas:

Para la adecuada solución del problema jurídico que plantea la acusación, conviene recordar estos extremos de la litis:

a) Que la demanda inicial se presentó contra la sociedad Empresa de Transportes J. I. Tovar Reyes Ltda., representada por sus socios José Ignacio Tovar Reyes y Adalide Cifuentes Gámez de Tovar, solidariamente con los mismos citados socios y a estos entre sí.

b) Que José Ignacio Tovar Reyes y Adalide Cifuentes Gámez de Tovar, eran socios de la nombrada sociedad, como lo acredita el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá que reposa en autos.

c) Que el promotor del juicio prestó sus servicios desde el 11 de diciembre de 1957 hasta el 20 de enero de 1961.

d) Que la Ley 15 de 1959 fue expedida en abril de 1959.

Ante estos hechos, cabe inquirir si ciertamente al darle aplicación el ad quem *en el* sub lite *al*

artículo 15 de la Ley 15 de 1959, incurrió en el acto ilegal de hacerle producir efectos retroactivos a la norma en cuestión o, si lo acontecido es un fenómeno distinto previsto en la legislación laboral.

La Sala se inclina por esto último, de conformidad con las razones que pasa a exponer.

No debe perderse de vista que en el ámbito de la aplicación temporal de la ley, aparte de las normas generales que rigen sobre la materia, en el campo laboral existe la disposición especial del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone en su inciso 1º: "Las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores...".

Y ocurre que el sub lite *encaja cabalmente dentro de lo preceptuado por la disposición transcrita puesto que, como se ha visto, el promotor del juicio tenía su contrato de trabajo vigente cuando empezó a regir la Ley 15 de 1959. Luego, al aplicar el Tribunal dicha ley al caso controvertido no estaba dándole efecto retroactivo, como lo pretende el recurrente, sino cumpliendo con el ordenamiento expreso de aplicación inmediata de la ley laboral.*

Como se ve, resulta infundada la acusación en su aspecto fundamental y por ello, no puede prosperar.

Capítulo segundo. Comienza en esta forma: "Aun cuando lo que diré en este capítulo bien pudiera formar parte del anterior, quiero exponer mis puntos de vista independientemente y como cargo subsidiario para el caso en que no fuere atendible el *motivo fundamental para casar el fallo expuesto en el capítulo anterior* (Subraya la Sala). Y sigue el recurrente:

"Acuso la sentencia por aplicación indebida de los artículos 15 de la Ley 15 de 1959 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo, violación a la que llegó el Tribunal al no tener en cuenta el inciso segundo del artículo 2079 del Código Civil y el primero de la Ley 124 de 1937, lo mismo que violó por aplicarlos indebidamente los artículos 64, 65, 186, 249 y 306 del citado Código". Y continúa el recurrente: "Como resalta de autos y lo expresé atrás, hay un hecho debidamente comprobado: Hernando Castellanos prestó sus servicios a José Ignacio Tovar dueño de un camión afiliado a la Empresa tantas veces mencionada en esta demanda, servicios contratados personalmente y no con la sociedad ni con Tovar como socio".

Se considera:

La posición del recurrente en este cargo, después de referirse a distintas clases de pruebas, se orienta a sostener la tesis de que Castellanos fue contratado por José Ignacio Tovar y a éste a quien prestó servicios y no a la sociedad demandada ni a Tovar como socio.

En este camino, el casacionista llega a hacer esta inexacta afirmación: "No hay un solo hecho de la demanda que trate de comprometer a Tovar personalmente, y sin embargo, el actor encaminó la prueba a demostrar el contrato de trabajo no con la sociedad sino con el tercero, José Ignacio Tovar; y no demandó a éste en su carácter particular, sino como socio. Siendo ésto así, la sentencia no podía condenar por tal aspecto".

Observa la Sala:

Acerca de la última afirmación que hace el recurrente en párrafo anterior deben tenerse en cuenta estos hechos: 1) La demanda inicial se dirige contra la sociedad "Empresa de Transportes J. I. Tovar Reyes y Cía. Limitada", entidad domiciliada en Bogotá, representada por sus socios José Ignacio Tovar Reyes y Adalide Cifuentes Gámez de Tovar, o por quien haga sus veces, solidariamente con los mismos citados socios y a éstos entre sí; 2) El *ad quem,* en la parte motiva de su sentencia, hace esta consideración; "Mediante la documental de folios 11 y ss., contentiva de una certificación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá, se establece la existencia de la sociedad Transportes Tovar y Cía. Ltda., que luego se transformó en Empresa de Transportes J. I. Tovar Reyes y Cía. Ltda., así como la calidad de socios de los demandados"; 3) También dice el Tribunal: "Obra también en autos la declaración rendida por el señor Alvaro Hernández quien manifiesta que el actor prestó servicios a José Ignacio Tovar, como chofer de un camión de propiedad de este último y afiliado a la Empresa J. I. Tovar Reyes y Cía Ltda.".

Ahora bien, ni el certificado de la Cámara de Comercio ni la declaración de Alvaro Hernández mencionados antes, apreciados por el Tribunal para deducir la solidaridad entre la empresa transportadora y los socios demandados, es mo-

tivo de ataque por parte del impugnador. Con la especial circunstancia de que, según lo expresa el certificado de la Cámara de Comercio antes mencionado, los demandados son únicos socios de la Compañía Transportadora J. I. Tovar Reyes y Cía. Ltda. Esta circunstancia indica que han quedado sin impugnación, dentro de la acusación por error de hecho, soportes de importancia de la decisión recurrida. Por lo mismo la acusación resulta incompleta y sin suficiente poder para quebrantar el fallo impugnado. No prospera el cargo.

Capítulo tercero. Así denomina el recurrente el último aspecto de su acusación, que se presenta en esta forma: "La acusación de este capítulo la presento como segunda subsidiaria, y es la de que el Tribunal cometió un evidente error de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas para dar por demostrado que la sociedad contrató con Castellanos y por tanto hacer solidarios a sus socios en la responsabilidad solidaria". En seguida, el impugnador cita las pruebas en que hace consistir el error de hecho (posiciones absueltas por Tovar, declaración de Alvaro Hernández, planillas, acta de la Inspección del Trabajo de Bogotá). Y saca la siguiente conclusión:

"Como consecuencia del error de hecho en la apreciación de las pruebas dichas por parte del sentenciador y de las cuales aparece demostrado que Castellanos prestó sus servicios a José Ignacio Tovar y no a la sociedad, ni a Tovar como socio, resultó que el Tribunal violó el artículo 606 del Código Judicial, 609 del mismo Código y entonces llegó a la violación de los artículos 36, 64, 65, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y 15 de la Ley 15 de 1959 que no podía aplicar al hecho demostrado en el juicio".

Se considera:

El recurrente atribuye al sentenciador un hecho que éste no ha afirmado. En efecto aquél sostiene que el *ad quem* dio por demostrado que "la sociedad contrató a Castellanos y por tanto hace solidarios a sus socios en la responsabilidad solidaria". No ha sostenido tal costa el Tribunal; lo que dice es ésto:

"Importa pues definir en el presente caso si existe la figura de la solidaridad, ya que el actor trabajó como chofer de un camión afiliado a una empresa de transportes, y los demandados son socios de una sociedad legalmente constituída". En seguida se refiere al texto del artículo 15 de la Ley 15 de 1959; luego expresa: "Sentadó lo anterior se pasa a establecer los extremos de la relación laboral y a estudiar las peticiones impetradas".

Ha examinado la Sala las pruebas que el recurrente dice que fueron mal apreciadas por el Tribunal; pero lo que ellas demuestran es que el contrato de trabajo se celebró y desarrolló entre el actor y la sociedad demandada. No aparece, pues, configurado el error de hecho de que habla el impugnador.

Se ve claramente, pues, que el recurrente parte de una base inexacta en el cargo y sobre ella construye la argumentación de su acusación, concluyendo que no podía ser aplicado el artículo 15 antes citado. Pero ya se ha visto que sí podía darse aplicación a esa norma y que ello no constituye retroactividad sino la modalidad de la aplicación inmediata de la ley laboral, fenómeno expresamente contemplado en el Código de la materia.

La acusación es, pues, infundada y no puede ser acogida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Roberto de Zubiría C., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE HONORARIOS PROFESIONALES DE UN MEDICO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diciembre diez y nueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, por medio de apoderado, el doctor Rafael Peña Peña demandó a la sucesión de Eufemia Rivera de Valbuena, representada por Luis Enrique Valbuena, para que mediante la tramitación de juicio ordinario laboral, se le pagase la cantidad de veinticinco mil pesos moneda corriente ($ 25.000), por concepto de honorarios profesionales a causa de servicios médicos prestados. Pidió asimismo la condenación en costas del juicio.

Los hechos de la demanda fueron expuestos de este modo:

"1º Mi poderdante, como médico graduado y especializado en la técnica médica de la cardiología, atendió con sus servicios profesionales y como médico de cabecera a la señora Eufemia Rivera de Valbuena, desde el día cinco (5) de marzo de 1951, hasta el día diez y nueve (19) de octubre de 1957, fecha de su muerte.

"2º Mi poderdante doctor Rafael Peña Peña, atendió a la paciente señora Eufemia Rivera de Valbuena, en forma constante y permanente durante el lapso señalado en el punto primero, tratándola en la enfermedad cardiovascular que padecía.

"3º En desarrollo del tratamiento y atención médica, mi poderdante obtuvo en los cuatro primeros meses, es decir, desde el 5 de marzo de 1951, hasta el 5 de julio del mismo año, que la paciente señora Eufemia de Valbuena se salvara del estado gravísimo en que se encontraba, es decir en peligro de muerte.

"4º Mi poderdante, quien tiene su residencia principal en Bogotá, por solicitud de la paciente, le hizo en promedio, durante el lapso señalado en el punto anterior, tres visitas diarias, debiendo efectuar viajes expresos desde Bogotá y en altas horas de la noche con promedio de dos veces en la semana tales viajes.

"5º Pasado el grave estado relacionado en el punto tercero, mi poderdante continuó por propia solicitud de la señora Eufemia de Valbuena, atendiéndola en la continuación del tratamiento y riguroso chequeo clínico hasta el día de su muerte, o sea hasta el día 19 de octubre de 1957, llevando a cabo un examen detenido con un promedio constante de cuatro (4) veces por semana y teniendo que realizar sus visitas la mayor parte de las veces al propio domicilio de la enferma, ubicado en el perímetro rural de Facatativá, en sitio distante del centro de la población de un kilómetro aproximadamente.

"6º El chequeo clínico y los esfuerzos realizados por mi poderdante, para la defensa de la salud de la señora Eufemia de Valbuena, exigieron del mismo doctor Rafael Peña Peña una consagración especial y esfuerzo profesional, pues a más de la enfermedad crónica que la paciente sufría, ésta se complicaba permanentemente por el hecho de tener la señora Eufemia una marcada tendencia a ingerir bebidas alcohólicas y comidas cloruradas muy condimentadas, a pesar de las prohibiciones que el médico mi poderdante le formulara al respecto, ya que tales infracciones eran y son las más contraindicadas para un cardíaco.

"7º En desarrollo de su obligación profesional, mi poderdante doctor Rafael Peña Peña durante el período de seis años y siete meses que atendió a la señora Eufemia Rivera de Valbuena aplicó toda su capacidad científica, no ahorrando recursos médicos indicados, para lo cual recurrió las veces que fueren necesarias a los métodos científicos complementarios e indicados, tales como visitas en domicilio, exámenes de laboratorio, electrocardiogramas, consultas con colegas, etc...

"8º La señora Eufemia Rivera de Valbuena, solicitó y obtuvo y exigió durante el lapso seña-

lado en el hecho primero, los servicios profesionales de mi poderdante, por la razón principal, de que mi poderdante a más de ser médico graduado en la Universidad Nacional de Colombia, se especializó con su propio peculio en el exterior, en la técnica científica de la cardiología, ya que la enfermedad que aquejaba a la paciente señalaba la necesidad y conveniencia de un especialista.

"9º La señora Eufemia Rivera de Valbuena, murió de repente el día 19 de octubre de 1957, sin haber pagado a mi poderdante los servicios profesionales prestados por éste a aquélla durante seis años y siete meses, a pesar de que en varias ocasiones quiso hacerlo, y lo cual no se pudo llevar a término en primer lugar por su misma enfermedad y en segundo lugar por haber muerto la señora Eufemia en forma repentina".

Como fundamentos de derecho fueron citados el Decreto ejecutivo nacional número 0456 de 1956, y en procedimiento los artículos 74 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral. En lo pertinente los artículos 1568, 1584, 2063, 2067, 2144 y concordantes del Código Civil.

La parte demandada igualmente por medio de apoderado judicial, dio respuesta a la demanda oponiéndose a que se accediera en su totalidad a las peticiones formuladas en ella. Respecto de los hechos negó la mayoría de ellos, de algunos no constarle y admitió parcialmente otros. Propuso además la excepción de prescripción. Posteriormente se corrigió la demanda para ser dirigida contra la señorita Elvira Valbuena Otálora.

El Juzgado del conocimiento desató la controversia por medio de fallo de 4 de noviembre de 1959, en el que se condenó a la parte demandada a pagar los honorarios profesionales prestados por el demandante, cuya regulación se haría con base en el artículo 553 del Código Judicial. Igualmente condenó en costas a la misma parte y declaró no prosperar la excepción propuesta.

Ambas partes apelaron del proveído de primera instancia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, en sentencia fechada el 12 de septiembre de 1960, resolvió el recurso de alzada así: declaró extinguida por compensación la deuda contraída por el demandante con la parte demandada por la cantidad de $ 2.500; revocó lo atinente a la condena hecha en abstracto por el Juzgador de primera instancia y, en su lugar, dispuso que se condenara a la referida sucesión al pago de la suma de catorce mil cuatrocientos ocho pesos con treinta y dos centavos ($ 14.408.32), saldo resultante de la compensación. Asimismo confirmó lo atinente a la excepción de prescripción y costas de primer grado. No se condenó en costas de segunda instancia.

Conviene aclarar que hubo corrección de demanda en el sentido de cambiar el nombre de la persona designada como representante legal de la sucesión, o sea, el de Luis Enrique Valbuena, por el de Elvira Valbuena Otálora (folio 13 del cuaderno número 1).

Los apoderados judiciales de ambas partes interpusieron el recurso extraordinario de casación contra el proveído del *ad quem*. Concedido el recurso por éste y admitido y tramitado por esta Superioridad, sólo el de la parte demandada fue sustentado en tiempo el de la parte demandante fue declarado desierto. El escrito de oposición del demandante fue presentado oportunamente.

Corresponde, pues, en vista de que el recurso de la parte demandada se sustentó en oportunidad procesal, entrar a decidirlo.

Con el título motivos de impugnación de la sentencia, el recurrente entra a atacar la decisión de segundo grado y presenta una primera acusación que enuncia así:

Primer cargo.

Dice de este modo:

"*Las causales que alego como fundamento de esta casación están contempladas en el numeral primero del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo y en los numerales primero y sexto del artículo 520 del Código Judicial,* desde luego que el fallo sobre el cual versa este recurso, entre otras disposiciones que más adelante mencionaré, violó el artículo 2542 del Código Civil que dispone la prescripción de los honorarios de los médicos y cirujanos y, en el caso de que me ocupo, aceptando en gracia de discusión que el demandante tenía derecho al pago de sus servicios, asunto que trataré más adelante, se operó el fenómeno jurídico de la prescripción, al menos para lo que respecta a parte de ellos y el honorable Tribunal desconoció la prueba, o mejor incurrió en el error de no apreciar la prueba que establece dicha prescripción".

En seguida, el recurrente cita las pruebas en que fundamenta el error alegado, que son: a) Certificado del Hospital de San José en que consta que Eufemia Rivera estuvo allí hospitalizada por espacio de un mes y un día; b) Varias fórmulas con membrete de dicho Hospital, por el doctor Aguilera (sic) para doña Eufemia; c)

Historia clínica de doña Eufemia elaborada en el mismo Hospital; d) La confesión del demandante en que acepta que la nombrada estuvo hospitalizada en el mencionado Hospital; sobre estas pruebas, el casacionista llega a esta conclusión: "Y todos los documentos anteriores nos llevan a concluír que hubo falta de apreciación de la prueba mencionada que motiva el recurso de casación por violación manifiesta de la ley o disposición legal aludida".

Y agrega:

"Pero hay algo más. Lo anteriormente dicho sirve también para deducir que los testimonios presentados por el demandante están en desacuerdo con la verdad, cuando dicen que los servicios prestados por el demandante a Eufemia Rivera fueron continuos y sin interrupción ninguna desde 1951 hasta cuando ella murió". Inmediatamente critica los testimonios del declarante Méndez, de Piñeros y de Escobar, y sobre éste dice esto: "Y por último Escobar manifiesta que solo una noche fue llamado el doctor Peña Peña por Eufemia, como a las once no obstante que los otros dicen que varias veces, al propio tiempo agrega que Eufemia sí estuvo en el Hospital de San José y en La Samaritana, pero tan solo ocho días. Lo que está en desacuerdo con los documentos a que arriba hice referencia. De donde se deduce que los tales testimonios que se adujeron como pruebas por el demandante, no pueden tenerse en cuenta, según los artículos arriba mencionados...".

Expresa que no es normal ni corriente que los honorarios profesionales se dejen de cobrar tanto tiempo. Y remata el cargo con estas palabras:

"Todo lo anteriormente demuestra que se violaron por la sentencia los artículos 662, 663 y 664 del Código Judicial que establecen como pruebas las presunciones y de los hechos y documentos aducidos hay base legal suficiente para comprobar que no es cierto lo sostenido por el demandante y por lo tanto, la sentencia al desechar esta prueba debe casarse por los motivos anotados y alegados y que tienen su fundamento en las causales ya mencionadas que tratan los artículos 520 del Código Judicial y 87 del Código de Procedimiento del Trabajo".

Se considera.

Tal como lo anota el oposicionista, el recurrente mezcla en su acusación las causales del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral y del Código Judicial sobre casación, lo que no es adecuado por cuanto es bien sabido que sólo son admisibles las contempladas en el primero de los estatutos citados. Otra falla del ataque es que alega "el numeral primero del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo", pero ocurre que esta causal tiene varias modalidades como son: infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de la ley; y no precisa el recurrente a cual se acoge.

En cuanto al mérito que le da el *ad quem* a las pruebas relacionadas por el impugnador, es conveniente destacar que es un tanto acomodaticia la versión que éste último da del testimonio del declarante Escobar, ya que la realidad procesal demuestra que se trata de una declaración muy diferente a lo que de ella comenta el recurrente, ya que le merece al sentenciador, el calificativo de responsiva, clara y sencilla. En efecto, el nombrado testigo expone así: "Que trató por espacio de veinte años a Eufemia Rivera a quien le atendía todos los negocios porque el deponente era el encargado de comprarle y venderle el ganado. Refiriéndose concretamente al doctor Rafael Peña Peña, dijo que éste atendió a la nombrada señora desde el año de 1951 hasta la fecha en que murió. Cuando el citado médico no la podía atender, buscaba otro para que la atendiera en caso de urgencia, pero el médico de cabecera era el doctor Peña Peña. Agrega que doña Eufemia estuvo hospitalizada en La Samaritana y en el Hospital de San José 'unos ocho días'. Cuando estuvo grave hubo ocasiones en que llamaron al doctor Peña Peña a Bogotá para que se trasladara a Facatativá e inclusive una noche fue llamado a eso de las once. Finalmente agregó: Que cuando la trajeron a Bogotá para hospitalizarla en La Samaritana y San José estuvo atendida por otros médicos pero el que regularmente la trataba era el doctor Peña Peña a quien conducían hasta la casa de la señora Eufemia, en un carro de plaza, casa que queda situada como a un kilómetro de distancia de Facatativá sobre la carretera que va para La Vega. La noche en que murió dicha señora, el 19 de octubre de 1957, a eso de las siete u ocho de la mañana cuando el testigo regresó a la casa a golpear en la puerta nadie le abrió, la llamó por su nombre y como no contestó se vino al pueblo a llevar al doctor Peña Peña. El deponente agrega que aun cuando no vivía en la casa de doña Eufemia, cuando ésta se enfermaba, a veces la acompañaba algunas noches con la sirvienta. Como puede verse, este testigo relata los hechos en forma responsiva, de manera clara y sencilla y obtuvo el conocimiento de lo que relata, en forma personal, por haber sido persona destinada a atender unos negocios de la señora

Eufemia. De su dicho se desprende, si bien no se establece la fecha exacta, que por lo menos en el año de 1951, salvo el lapso en que fue atendida en el Hospital de San José y aquellos casos de urgencia en que llamaban médicos diferentes al doctor Peña Peña por no encontrarse éste en Facatativá, que él fue su médico hasta el día en que murió".

Observa la Sala que la notoria falta de concordancia entre lo que realmente expone el testigo Escobar y lo tomado en cuenta por el recurrente, y habida consideración de la importancia que el Tribunal da a su testimonio, sin duda, justificada por las especiales relaciones del deponente con la señora Eufemia de Valbuena, pone de manifiesto la falta de consistencia del cargo puesto que se dejan sin impugnación aspectos importantes de la declaración; lo que indica que han quedado intactos soportes sustanciales de la sentencia acusada. Por lo anotado, la Sala considera que no se ha producido el error de hecho que alega el casacionista, ni menos que revista caracteres de evidente, como lo exige la jurisprudencia.

En relación con las pruebas que se dice no apreció el Tribunal constituye aseveración que no está conforme con la realidad procesal pues de autos aparece que el *ad quem* tuvo en consideración todo el acervo probatorio. Además, el recurrente no precisa las consecuencias de la falta de estimación probatoria que le atribuye injustificadamente al fallador. No prospera el cargo.

Segundo cargo.

Se enuncia en esta forma:

"Este cargo lo hago consistir en que en el juicio se incurrió en una de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial relacionada por el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial, vale decir, alego la ilegitimidad de la personería de mi poderdante para representar a la sucesión de Eufemia Rivera, causal de nulidad que contempla el segundo numeral del artículo 448 citado, debido a que la señora Elvira no es la representante de la sucesión contra quien podía seguirse el juicio que inició el doctor Peña Peña, sino el señor Luis Enrique Valbuena, de conformidad con los artículos 1551 y 1412 del Código Civil. Este es el verdadero representante de la sucesión y de ahí que al principio estuvo bien encaminada la acción contra él, pero luego se cambió de parecer y se modificó la demanda en cuanto al representante de la sucesión, sin duda porque Luis Enrique Valbuena le traspasó sus derechos a mi poderdante; pero, a mi entender, el verdadero representante de aquélla es Luis Enrique y la señora Elvira es un tercero que carece de facultad legal para ejercer el cargo mencionado...".

Se considera.

El recurrente incurre en la impropiedad de apoyarse en las causales de nulidad del artículo 448 del Código Judicial en concordancia con el numeral 6º del artículo 520 ibídem *que, como es sabido, constituyen formas del llamado "error in procedendo" que no es de recibo en la casación laboral, pues ésta tiene sus causales o motivos de casación expresamente determinadas en el artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo. Además, la ilegitimidad de personería que ahora se propone no fue presentada en oportunidad procesal ni debatida en las instancias, lo que la convierte en un medio nuevo que no es admisible en el trámite de la casación. Por lo anotado, la acusación carece de eficacia para quebrantar el fallo acusado. No prospera el cargo.*

Con los dos cargos relacionados, el recurrente justifica el recurso de casación pues, a su entender con la sentencia del Tribunal "...se han violado varias disposiciones legales y se han desconocido y no se han apreciado pruebas presentadas en defensa de la parte demandada, de acuerdo con los razonamientos que a continuación me propongo exponer".

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Roberto de Zubiría C., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Extractos de jurisprudencia a cargo del Relator de entonces doctor Luis Ignacio Segura A.

ACCION DE NULIDAD DE LA ADJUDICACION DE UNA MINA DE ORO DE ALUVION. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE ESTE ASUNTO. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PROSPERIDAD DE LA ACCION INSTAURADA.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 25 de julio de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

1. El señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, actuando a nombre de la Nación, de conformidad con autorización dada al efecto por el Gobierno Nacional, demandó ante dicho Tribunal a los señores Gerardo Roldán Bernal y Jesús Guevara H., vecino el primero de Medellín y el segundo de Támesis, para que contra ellos se hicieran los siguientes pronunciamientos:

"1º Que el Estado Colombiano o Nación colombiana es dueño de los metales preciosos existentes en la zona de un kilómetro de latitud a partir del cauce normal del río Cauca, ubicada en la margen izquierda de éste, en los Municipios de Támesis y Jericó del Departamento de Antioquia, desde el mojón situado 'a unos cincuenta metros de los ríos Cauca y Cartama en la finca o hacienda llamada 'La Cortés', hasta el mojón número dos colocado 'a 230 metros de distancia de la casa de dicha finca' ('La Guamo'), zona esta que forma parte de la reserva minera nacional establecida por el artículo 1º de la Ley 13 de 1937' ".

"2º Que, en consecuencia, son absolutamente nulos el aviso, el denuncio y la adjudicación y consiguiente tradición del dominio de la mina 'La Sombra', de oro en aluvión, situada en los Municipios de Támesis y Jericó, a que se refieren los hechos primero, segundo, sexto y octavo de la presente demanda, en cuanto tales actos afectan la zona de la reserva minera del Estado descrita en la petición que antecede".

"3º Que, por lo tanto, queda cancelado el título número 2 expedido el 12 de abril de 1956 por la Gobernación de Antioquia a favor de los señores Gerardo Roldán Bernal y Jesús Guevara H., en cuanto incluye la zona de la reserva minera del Estado que se especifica en el numeral primero de esta parte petitoria; y que se ordene tomar nota, por lo mismo, de esa cancelación parcial, al pie de las inscripciones correspondientes al citado título".

"4º Que los demandados están en la obligación de restituír a la Nación Colombiana o Estado colombiano, dentro del término que se les fije en la sentencia, la zona de la reserva minera nacional que se especifica en el numeral 1º de esta parte petitoria".

"5º Que los demandados están en la obligación de restituír al Estado Colombiano o Nación colombiana, dentro del plazo que se les fije en la sentencia, los frutos civiles y naturales de la zona perteneciente a la reserva minera del Estado que ellos ocupan y que se describe en la petición primera, desde la fecha en que iniciaron la explotación de esa zona hasta que la restitución de esta se efectúe, y no sólo los percibidos sino los que el Estado hubiera podido percibir con mediana diligencia y actividad teniendo esos

minerales en su poder, o a falta de tales frutos, el valor que tuvieron o hubieran tenido a tiempo de su percepción".

"6º Como subsidiaria de la petición anterior: que los demandados deben devolver a la Nación Colombiana o Estado colombiano, dentro del término que al efecto se les fije, las utilidades producidas por la explotación de la zona de la reserva minera nacional que se especifica en la petición 1ª de esta demanda, devolución que deben efectuar en la forma que indica el capítulo XV del Código de Minas".

"7º En *subsidio* de las dos peticiones que anteceden: que los demandados deben devolver al Estado, dentro del plazo que se les fije, los frutos civiles y naturales de la zona minera del Estado que ellos ocupan, desde la fecha de la contestación de esta demanda hasta que la restitución de esa zona se efectúe, y no sólo los percibidos sino los que el Estado hubiera podido percibir con mediana diligencia y actividad teniendo esa mina en su poder y, a falta de tales frutos, el valor que tuvieron o hubieran tenido al tiempo de su percepción; o, en *subsidio,* las utilidades producidas por la explotación de esa zona, desde la fecha de la contestación de la demanda, en la forma que establece el capítulo XV del Código de Minas".

"8º Que los demandados deben pagar las costas de este juicio".

Como fundamentos de hecho expuso los siguientes:

"*Primero.* El trece de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, el señor Carlos E. Zapata avisó ante el señor Alcalde de Támesis, para sí y para los señores Jesús Guevara H., Fabio Escobar y José Dolores Vásquez, una mina de oro de aluvión, de antiguo descubrimiento y abandonada, situada en los Municipios de Támesis y Jericó, 'en el paraje de 'Careperro', 'La Cortés' y otras fincas que dan base al río o ríos Cartama y Cauca'. Dijo el evisante que ignoraba el nombre de la mina y los de sus últimos poseedores y que, en lo sucesivo, la denominaría 'La Sombra' ".

"*Segundo.* El diez y siete (17) de los mismos mes y año, el señor Zapata denunció la mina ante el señor Gobernador del Departamento, para sí y para los señores Guevara, Escobar y Vásquez, por iguales partes. En su denuncio, dijo:

'Esta mina debe tener una base de tres kilómetros en la margen izquierda del río Cauca, y la base de la mensura es la siguiente: Un mojón de piedra que se colocó en la finca o hacienda 'Careperro' como a cincuenta metros distante del río aludido, río abajo a buscar el desemboque de la quebrada La Guamo al mismo Cauca, siguiendo dicha quebrada hacia arriba a buscar la carretera que viene del Puente de Jericó a Támesis, tres Kms. de aquí, por la carretera hacia Támesis o en línea paralela a esta carretera, en extensión de tres kilómetros; donde de esta medida, en ángulo, se doblará a buscar el mojón punto de partida' ".

"*Tercero.* Afirmó el denunciante, sin aducir prueba alguna de ello, que 'el río Cauca en este paraje no es propiamente nevegable, ya que el trayecto no llena las condiciones que exige la Ley 13 de 1937' ".

"*Cuarto.* La Gobernación de Antioquia admitió el denuncio y comisionó al señor Alcalde de Támesis para dar posesión de la mina".

"*Quinto.* Mientras se practicaron las diligencias preparatorias de la posesión, los señores Guevara, Escobar y Vásquez cedieron al señor Gerardo Roldán B. los derechos emanados del denuncio a que me vengo refiriendo".

"*Sexto.* Surtidas estas diligencias preparatorias el señor Alcalde de Támesis, en asocio de peritos, efectuó el veintitrés de marzo de mil novecientos cincuenta y seis (1956) la mensura de la mina e hizo entrega de ella al señor Gerardo Roldán B. Los linderos aparecen descritos así en el acta respectiva:

'Como primero se estableció un mojón de piedra que está colocado a unos cincuenta metros de los ríos Cauca y Cartama, en la finca o hacienda llamada 'La Cortés', en jurisdicción del Municipio de Támesis, y el cual se destina como punto de partida para la mensura de la mina, y se denomina el mojón número uno, finca que es de propiedad de herederos de Nepomuceno Arias; de allí se procedió a medir por la ribera izquierda del río Cauca hacia abajo y de Sur a Norte, hasta completar una extensión de cinco (5) kilómetros, sobre las fincas 'La Cortés', de propiedad de los mencionados herederos de Arias, 'Careperro' de propiedad de la señora Anatalia Jaramillo vda. de Arias, y 'La Guamo' de propiedad de unos señores Boteros y Arias, finca esta última, donde fue colocado el mojón número dos, a unos doscientos treinta (230) metros de distancia de la casa de dicha finca; de allí se continuó la medida formando escuadra, o sea de Oriente a Occidente, y en línea recta, y por terrenos de la misma finca, 'La Guamo', hasta completar dos (2) kilómetros, donde fue colocado el mojón número tres; de allí se voltió de Norte a Sur y en línea paralela con la primera

medida, ocupando terrenos de las mismas propiedades antes mentadas, o sean, 'La Guamo', 'Careperro' y 'La Cortés', hasta completar otros cinco (5) kilómetros, donde fue colocado el mojón número cuatro (4), en la finca 'La Cortés' y de conformidad con la distancia de otros dos kilómetros, se continuó la medida ya de Occidente a Oriente y por terrenos de la misma finca 'La Cortés', hasta llegar al mojón número uno (1), punto de partida. Estos mojones fueron colocados provisionalmente de piedra bien visible, quedando obligado el interesado a sustituírlos por de cemento. Oportunamente, se hace constar que así fue elegida por el interesado esta medida, y que hasta el momento de esta diligencia no se ha presentado ninguna oposición por nadie' ".

"*Séptimo.* En resolución de fecha nueve (9) de abril del mismo año (1956), el señor Gobernador ordenó expedir el título de la mina 'La Sombra', a favor de los señores Gerardo Roldán B. y Jesús Guevara H., en la proporción de diez y ocho (18) acciones —se supone que de veinticuatroava parte— para el primero y seis (6) para el segundo".

"*Octavo.* El título fue expedido el doce (12) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956), con el número dos (2), e inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Támesis, en el Libro 1º, Tomo 2º, con el número 275, el día 14 de mayo del mismo año y en el duplicado del Libro 1º, el mismo día con el número 4".

"*Noveno.* Los señores Bernal y Guevara figuran actualmente como poseedores inscritos de la mina 'La Sombra'. Y han establecido en ella labores de explotación".

"*Décimo.* Dentro del área de la mina 'La Sombra' adjudicada y entregada a los señores Roldán y Guevara, se halla una zona de cinco kilómetros de longitud por uno de latitud, contado éste desde el cauce normal del río Cauca, que pertenece a la reserva minera del Estado y era y es —por ello— inenajenable. Los metales preciosos ubicados en esa zona no son adjudicables y su explotación sólo puede efectuarse mediante concesión del Gobierno Nacional".

"*Undécimo.* En efecto, la mina 'La Sombra' se halla ubicada en la margen izquierda del río Cauca, en un sector de éste, mayor de quince kilómetros, que, de manera efectiva y en ambos sentidos, sirve o puede servir habitualmente de vía de comunicación con embarcaciones de tracción mecánica".

"*Duodécimo.* No es cierta, pues, la afirmación que hizo el denunciante de la mina 'La Sombra' en el sentido de que el río Cauca es innavegable en el sector en cuya margen izquierda se halla situada dicha mina. Hubiera sido conveniente que la Gobernación exigiera la prueba del caso. Por haber dado fe a la afirmación del interesado, adjudicó a los señores Roldán y Guevara metales preciosos inenajenables, y esa adjudicación adolece, por lo mismo, de nulidad absoluta".

"*Decimotercero.* Los trabajos de explotación de los señores Bernal y Guevara se hallan localizados a trescientos cincuenta metros de la orilla izquierda del río Cauca, es decir, dentro de la reserva minera del Estado".

"*Decimocuarto.* A petición de un interesado, el Ministerio de Minas y Petróleos comisionó a uno de los funcionarios técnicos al servicio de ese Despacho para efectuar una inspección ocular a la mina 'La Sombra' 'a fin de verificar la navegabilidad del río Cauca en el trayecto correspondiente a dicha mina, en las condiciones señaladas por el artículo 2º de la Ley 13 de 1937 y si, por consiguiente, ésta se encuentra comprendida total o parcialmente dentro de la reserva nacional establecida en el artículo 1º de dicha Ley' (Resolución número 381, de 2 de abril de 1957)".

"*Decimoquinto.* La inspección ocular la practicó el ingeniero Vicente Mutis Jurado, a quien el Ministerio designó para el efecto en Resolución número 400, de 5 de abril del presente año. El doctor Mutis rindió el informe el día 22 de los mismos. Sus conclusiones son las siguientes:

'... ... ...'.

"*Decimosexto.* En atención al informe del ingeniero Mutis el Ministerio de Minas y Petróleos dictó la Resolución número 512, de 15 de mayo último, cuya parte dispositiva dice:

'Artículo 1º Por conducto de la Procuraduría General de la Nación, remítanse las presentes diligencias al señor Fiscal del Tribunal Superior de Medellín a fin de que proponga la acción o acciones que considere necesarias para la defensa de los derechos de la Nación en relación con la mina denominada 'La Sombra' a que se refiere la parte motiva de esta providencia'.

'Artículo 2º Este Ministerio por conducto de sus secciones jurídica y técnica le prestará al señor Fiscal la colaboración necesaria'.

'Cópiese y notifíquese' ".

"*Decimoséptimo.* Y, por medio de la Resolución ejecutiva número 101, de 2 de septiembre de

1957, la honorable Junta Militar de Gobierno dispuso:

'Autorízase al señor Fiscal del Tribunal Superior de Medellín para promover y sostener las acciones que considere necesarias en defensa de los derechos e intereses del Estado, vinculados a la mina denominada 'La Sombra', de que trata el título de adjudicación número 2, fechado el 9 de abril de 1956, expedido por la Gobernación del Departamento de Antioquia y a que se refiere la parte motiva de la presente providencia, observando las instrucciones que para ello reciba del Gobierno.

Notifíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. E., a 2 de sep. 1957' ''.

''*Decimooctavo*. El señor Procurador General de la Nación remitió con oficio número 4069 de 7 de octubre del corriente año las diligencias relacionadas con la mina 'La Sombra' que se han mencionado, en 28 folios útiles y un sobre con un plano, a la Fiscalía del Tribunal Superior de esta ciudad para el cumplimiento de lo ordenado, las cuales fueron repartidas al suscrito Fiscal Segundo''.

En cuanto a fundamentos de derecho citó el artículo 4º de la Ley 38 de 1877 del Estado Soberano de Antioquia; el artículo 1º de la Ley 38 de 1887; el artículo 1º de la Ley 13 de 1937; el artículo 2º de la Ley 13 de 1937; el Decreto 805 de 1947; el artículo 19 del Código Fiscal; los artículos 674, 1740, 1741, 1519, 1521 y 1523 del Código Civil.

Al contestar el traslado del libelo los demandados aceptaron algunos hechos y negaron otros. Abierto el negocio a prueba, se practicó una inspección ocular con intervención de peritos y se allegaron otras probanzas.

En sentencia de 28 de agosto de 1959 el Tribunal puso fin a la primera instancia, haciendo los siguientes pronunciamientos:

''1º Decláranse no probadas las excepciones propuestas por los demandados: Gerardo Roldán y Jesús Guevara H.''.

''2º Declárase que el Estado Colombiano o Nación Colombiana es dueño de los metales preciosos existentes en la zona de un kilómetro de latitud a partir del cauce normal del río Cauca, ubicada en la margen izquierda de éste, en los Municipios de Támesis y Jericó del Departamento de Antioquia, desde el mojón situado 'a unos cincuenta metros (50 mts.) de los ríos Cauca y Cartama en la finca o hacienda llamada 'La Cortés', hasta el mojón número dos (Nº 2) colocado a doscientos treinta metros (230 mts.) de distancia de la casa de dicha finca ('La Guamo'), zona esta que forma parte de la reserva minera nacional establecida por el artículo 1º de la Ley 13 de 1937' ''.

''3º Declárase que es nula la adjudicación y consiguiente tradición de dominio de la mina 'La Sombra', de oro en aluvión, situada en los Municipios de Támesis y Jericó (Ant.), en cuanto afecta la zona de la reserva minera del Estado Colombiano y descrita en el numeral anterior''.

''4º Como consecuencia de la declaración anterior, queda cancelado parcialmente el título número 2, expedido el 12 de abril de 1956 por la Gobernación de Antioquia a favor de los señores Gerardo Roldán Bernal y Jesús Guevara H. en cuanto incluye la zona de la reserva minera del Estado Colombiano que se especifica en el ordinal segundo de esta providencia''.

''5º Inscríbase esta providencia en los libros de registro número primero, de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de los Circuitos de Támesis y Jericó, y háganse las anotaciones correspondientes en las matrículas respectivas''.

''6º Dentro de los seis días (6) siguientes al de la ejecutoria de esta providencia, los demandados Gerardo Roldán Bernal y Jesús Guevara H. están obligados a restituír a la Nación o Estado Colombiano, la zona de la reserva minera nacional, que se delimita en el ordinal segundo de la parte resolutiva de esta providencia''.

''7º Condénase a los señores Gerardo Roldán Bernal y Jesús Guevara H. a pagar al Estado Colombiano, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la providencia que los regule, los frutos civiles y naturales provenientes de la zona de reserva minera nacional que ocuparon y explotaron, a partir de la fecha de contestación de la demanda, considerados como poseedores de buena fe hasta que la restitución se efectúe. A falta de tales frutos, el valor que tuvieron o hubieran tenido a tiempo de la percepción. Tasación y regulación que se hará conforme a lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial y Capítulo XV Código de Minas''.

''8º Ordénase la cancelación del registro de la demanda, verificado en los Circuitos de Registro de Támesis y Jericó (Ant.), el 23 de enero de 1958 en el Libro de Demandas Civiles, a folios 1, bajo partida número 1, y anotada en la matrícula número 6711 de mayo 4 de 1956 al folio 62. Tomo XXIII de Támesis; y el 16 de enero de 1958 en Jericó, en el Libro de Registro de Demandas Civiles, folio 125, bajo partida número 1''.

"9º Costas a cargo de la parte opositora".

La sentencia fue apelada por los demandados. Durante el trámite de esta segunda instancia se reconoció como coadyuvante a la señora Isabel Arias de Correa, y se practicaron pruebas, entre ellas una nueva inspección ocular con peritos.

En su vista de fondo el representante de la Nación, el Procurador Segundo Delegado en lo Civil, pide la confirmación de la sentencia apelada. Igual cosa impetra el apoderado de la coadyuvante. Por su parte, el apoderado de los demandados solicita la revocatoria y la consiguiente absolución de sus patrocinados.

2. Tanto en esta como en la primera instancia se ha puesto en tela de juicio por el apoderado de los demandados la competencia de la justicia ordinaria para conocer del presente negocio.

Dentro del sistema vigente en Colombia en punto a juzgamiento de las controversias de la administración que distingue entre las de derecho privado y las de derecho público o administrativas, para llevar las primeras a la justicia ordinaria y las segundas a la administrativa, no ha sido fácil encontrar un preciso criterio de distinción entre unas y otras —como tampoco en Francia—, y de ahí las diversas vías conceptuales que se han tomado para ir ubicando en una u otra jurisdicción las controversias de los entes públicos. Sin embargo respecto a litis como la presente en que, en definitiva, se controvierte si una mina de oro es de propiedad particular como resultas de una legítima adjudicación, o si es de propiedad de la Nación, por no ser adjudicable sino contratable, por pertenecer a la reserva nacional, debe considerarse como de derecho privado —del conocimiento, por tanto de la justicia ordinaria, a tenor de los artículos 76, ordinal 1º, y 37, ordinal 1º, del Código Judicial— por haberlo así decidido el legislador. En efecto, el artículo 1º de la Ley 85 de 1945, después de referirse a las formalidades que deben cumplirse cuando es aceptada la propuesta que una persona hace al Gobierno para "explorar y explotar yacimientos de metales preciosos, metales no preciosos o substancias minerales no metálicas, de la reserva nacional", preceptúa que, caso de que alguien formule oposición a la propuesta con fundamento en la propiedad de los minerales "el Ministerio enviará las diligencias al *Tribunal Superior de Distrito Judicial, de la jurisdicción en la cual estuviere situado el respectivo terreno,* para que allí se decida por medio del juicio ordinario de mayor cuantía si es el Estado o el opositor el dueño del yacimiento de que se trata". Y agrega: "En este juicio será actor el opositor y el proponente podrá coadyuvar la causa de la Nación. *Ante la Corte Suprema de Justicia se surtirán las apelaciones que se interpusieren en estos juicios".* Ahora bien, no hay razón alguna para que de la misma controversia sobre la propiedad del mineral conozca una jurisdicción distinta, por el mero hecho de que quien la promueva no sea un particular sino la Nación (se ha subrayado).

3. Ha sostenido también el apoderado de los demandados que la demanda "no se dirigió contra todos los dueños de la mina, pues por escritura pública número 4176 de 6 de noviembre de 1957 de la Notaría 6ª de Medellín, debidamente registrada, el señor Jesús Guevara transmitió parte de sus acciones al señor Américo Marán Garlatti, quien no fue señalado como demandado y no ha intervenido, por consiguiente, en el juicio". Agrega que "esa escritura obra en autos (Cuad. número 7, fls. 42 y ss.) y de ella resulta que fue registrada, tanto en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Támesis, como en la de Jericó, Circuitos donde está comprendida la mina". Y termina: "El Tribunal de primera instancia, al estudiar la excepción de ilegitimidad de personería de la parte demandada, no la encontró fundada, invocando el artículo 2673 del Código Civil, ya que no aparecía constancia de que la escritura de venta de acciones de la mina a favor del señor Marán Garlatti hubiese sido registrada en Jericó. Pero esa prueba, que había sido solicitada en la primera instancia y no pudo practicarse entonces, ya está completa y de autos resulta que la escritura número 4176 citada, sí fue registrada en ese Circuito de Jericó, de donde se desprende que hubo una venta válida, de una porción de la mina, antes de iniciado el litigio, a favor de Marán, quien no figura como demandado".

"Esta excepción debe estudiarse nuevamente y declararse que está suficientemente probada".

Ciertamente, a folios 42 y 43 del cuaderno número 7 aparece la escritura pública 4176, corrida ante el Notario Sexto de Medellín el 6 de noviembre de 1957, por la cual Jesús Guevara H. vendió a Américo Marán Garlatti, "seis (6) acciones de veinticuatroava parte cada una, de la mina denominada 'La Sombra' ", "en jurisdicción de los Municipios de Támesis y Jericó" sobre que versa la demanda; pero también es verdad que si fue registrada en Támesis el 10 de enero de 1958 no lo fue en Jericó sino el 21 de septiembre de 1960, transcurridos más de dos años de notificada la demanda a las partes (a Guevara lo fue el 7 de mayo de 1958, y a Roldán,

el 22 de agosto del mismo año). Ahora bien, de conformidad con los artículos 2652 y 2653 del Código Civil, la aludida escritura debió ser registrada tanto en la Oficina de Registro de Támesis como en la de Jericó; y como a tenor del artículo 2673 *ibídem* "ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado *en la respectiva o respectivas oficinas*" (se ha subrayado), y el de la venta de acciones de la misma debió ser registrado en las aludidas oficinas, de conformidad con el artículo 2653 del Código Civil. Es por demás claro que cuando se presentó la demanda y cuando fue notificada a los demandantes Guevara y Roldán, éstos eran los únicos propietarios de la mina, y que por tanto, quedó debidamente trabado con ellos el lazo jurídico de instancia.

4. El artículo 1º de la Ley 13 de 1937 preceptúa: "La Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. La explotación de estas minas se llevará a cabo en conjunto con el lecho del río o separadamente, por medio de contratos celebrados con el gobierno que serán sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a la ulterior revisión del Consejo de Estado".

Según el artículo 2º de la misma Ley 13 "se entiende por río navegable, para los efectos de esta ley, todo trayecto fluvial no menor de quince kilómetros que de manera efectiva y en ambos sentidos sirva o pueda servir habitualmente de vía de comunicación con embarcaciones de tracción mecánica".

El artículo 19 del Código Fiscal establece que "la prohibición que respecto a la adjudicación de ciertos bienes nacionales establezca la ley, comprende la de denuncio o de cualquier otro acto que pueda constituír derechos sobre ellos".

De conformidad con la doctrina del artículo 6º del Código Civil, "son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley".

El artículo 4º de la Ley 38 de 1877 del Estado Soberano de Antioquia, adoptado para toda la Nación en virtud del artículo 1º de la Ley 38 de 1887, dispuso: "En lo sucesivo no se concederá a particulares la propiedad de las minas formadas en el lecho y playas del río Cauca, hasta donde alcance en sus mayores corrientes, ni los sobrantes de las minas denunciadas hasta ahora en dicho río".

5. Al tenor de las anteriores disposiciones legales la plena prosperidad de la acción principal está condicionada a que se compruebe: 1º Que la mina "La Sombra" está ubicada en una de las riberas del río Cauca dentro de una zona de un kilómetro de ancho, medida desde el cauce normal del río; y 2º que el río, en el sector de ubicación de la mina, es navegable en un trayecto no menor de quince kilómetros por embarcaciones de tracción mecánica, tanto en subida como en bajada, de manera efectiva y habitual. En caso de no aparecer comprobado lo segundo, la acción prosperará parcialmente, en cuanto a la porción de la mina que estuviera ocupando las playas del río.

6. De conformidad con las observaciones efectuadas durante las inspecciones oculares practicadas en una y otra instancia, la mina de oro "La Sombra", adjudicada a los demandados según título número 2 de 1956 de la Gobernación de Antioquia, está situada en la margen izquierda del río Cauca, con una base de un kilómetro y una altura de cinco, paralela al río, y en el sector de éste comprendido entre la estación ferroviaria de "La Pintada" y el puente de "Jericó o Iglesias", sector que mide más de quince kilómetros. Está, pues, comprobado el primero de los hechos básicos anotados antes, y parte del segundo. Queda por dilucidar lo relativo a la navegabilidad.

7. En las inspecciones antes aludidas se comprobó plenamente que el río no es actualmente objeto de navegación por ninguna embarcación de tracción mecánica, y que apenas es navegado por una canoa, para pasar de una orilla a otra, frente a la finca "La Cortés". En la diligencia de la primera instancia el personal que la practicó navegó en la aludida canoa desde "La Pintada" hasta la hacienda "La Guamo", pero quedó sin recorrer el sector que de esta última se extiende hasta "Puente Iglesias", "debido a que los bogas o personas encargadas de conducir la canoa se negaron a continuar su labor de miedo a unos rápidos o chorros que existen en el sector antes indicado". En otras palabras, no se pudo comprobar que el río es navegable a lo menos en canoa, embarcación que, como bien es sabido, carece de motor y se mueve gracias al impulso que resulta de la acción de remeros. El perito Ferrer precisa en su dictamen que la extensión navegada comprendió unos diez kilómetros. Fue, por tanto cerca de la tercera parte lo que dejó de navegarse. Esta tercera parte tan sólo fue observada desde *algunos* puntos de la orilla por el perito Ferrer, como claramente lo

da a entender al referirse a las posibilidades de navegación de la aludida tercera parte. "En *algunos sitios* en que alcancé a ver el río comprobé esta creencia", dice (se ha subrayado). En la inspección practicada en esta segunda instancia no se hizo intento alguno de navegación. En ambas diligencias se dejó constancia de la existencia en el río de numerosos rápidos o chorros.

El resultado de las inspecciones oculares es, pues, absolutamente negativo respecto a la pretendida navegabilidad del sector "La Pintada-Puente Iglesias".

8. La prueba pericial tampoco logra establecerla. Los peritos Ferrer y Rada que intervinieron en la "vista de ojos" de la primera instancia, estuvieron en desacuerdo y rindieron dictámenes divergentes, el primero favorable a la navegabilidad y el segundo adverso a ella. El perito tercero, Muñetón, conceptuó en el mismo sentido que Ferrer.

Los fundamentos del concepto de Ferrer son, en síntesis los siguientes: a) La pendiente del río entre "La Pintada" y "Puente Jericó o Iglesias", de un dos por mil, es favorable a la navegación; b) los rápidos que existen en el trayecto no son obstáculo para la navegación a tracción mecánica, pues conoce ríos en el Chocó, como el Andágüeda y el Bagadó, que son navegables por lanchas de tracción mecánica, a pesar de que sus condiciones de navegabilidad "son mucho más precarias", y los cuales han sido declarados navegables por el Gobierno; c) en época pasada existió en el río navegación por embarcaciones de motor, y "las condiciones físicas del río no han cambiado".

El perito Muñetón fundamenta su conclusión favorable a la navegabilidad en las siguientes consideraciones, parecidas a las anteriores: a) La pendiente del río no sobrepasa del dos por mil; b) los chorros o rápidos que existen en el trayecto "no son obstáculo, ni mucho menos objeciones para funcionar una navegación, dentro de lo establecido por la Ley 13 de 1937, que no determina tonelaje o capacidad de las embarcaciones"; c) a pesar de hacer un fuerte verano el río tiene una profundidad mínima de tres pies, calado suficiente para embarcaciones menores y de tracción mecánica; d) hay pruebas de que el Ferrocarril de Antioquia mantuvo un servicio de lanchas de tonelaje apreciable para carga y pasajeros en el sector del río examinado; y e) en ríos como el Andágüeda, y Nechí y otros, según le consta personalmente, hay navegación en condiciones más desfavorables y precarias.

Con relación a tales fundamentos se observa:

a) Ninguna razón seria dan los peritos para sostener que los rápidos o chorros no son obstáculo para la navegación en embarcaciones de tracción mecánica, pues no puede aceptarse como tal la comparación que hacen, puramente empírica, con otros ríos del país; máxime estando en presencia del hecho inconcluso de unos rápidos o chorros que amedrantaron a los bogas que conducían la canoa en que iba el personal de la inspección.

b) No dice Muñetón cómo obtuvo el dato de que la profundidad mínima de las aguas era de tres pies. A la verdad este perito ni siquiera afirma que hubiera ido personalmente al río y que hubiera deliberado con los otros, y su dictamen de la impresión de que se atuvo a los datos suministrados por Ferrer. Sea lo que fuere a este respecto, es lo cierto que no navegó el río, ni siquiera el trayecto que navegó Ferrer, y nada dice sobre los medios de observación que empleó.

c) De que en el sector del río examinado hubiera habido navegación en lanchas de motor en época pasada, no puede colegirse, sin más, que actualmente es navegable por dichas embarcaciones. Habría ante todo que determinar el tiempo en que tal navegación ocurrió y en caso de que hubiera sido algo remoto, precisar si las condiciones físicas de que depende la navegabilidad permanecieron desde entonces sustancialmente inalteradas. Porque pertenece a la categoría de los hechos notorios el que dichas condiciones (caudal, velocidad de las aguas, curso, etc.), suelen cambiar apreciablemente con el transcurso de los años. Tan cierto es esto que el perito Ferrer consideró indispensable hacer la afirmación de que respecto al sector del Cauca objeto de su dictamen esas condiciones no habían cambiado desde la época en que fue navegable, alrededor de 1930, pero sin la más mínima razón para fundamentar ese aserto. En cambio, los peritos que intervinieron en la segunda instancia, Gómez y Trujillo, sostienen lo contrario con razones de peso, a saber: "... puede decirse que las condiciones del río son todavía más desfavorables que las de la época en que el Ferrocarril de Antioquia sostuvo en el trayecto Pintada-Puente Iglesias un servicio de navegación mecánica. Deben hacerse constar dos modificaciones notables del cauce: la primera en la desembocadura del Poblanco del Cauca, donde el material arrastrado por el primero de los ríos citados, proveniente de su hoya y de una cascajera del Ferrocarril de Antioquia ha rechazado el río hacia su banda izquierda, destruyendo totalmente una extensa vega que había en la hacienda Montenegro, y

creando el rápido que hoy existe a unos centenares de metros del puente de La Pintada, que no fue visitado. También la quebrada de Rosala, que desemboca en el Cauca por su margen derecha, en la hacienda 'La Blanquita', en el chorro de 'Maña', ha estrechado notablemente con su carga el río Cauca" (F. 40, cuad. Nº 7). Ahora bien, según las declaraciones de quienes mencionan esa navegación pretérita, y de un fragmento de un informe que rindiera el Gerente de los Ferrocarriles a la Asamblea de los mismos, ella tuvo lugar en los alrededores del año de 1930, como se dijo, o sea hace unos treinta años, tiempo durante el cual pudieron ocurrir las modificaciones en las condiciones físicas del río anotadas por Gómez y Trujillo y muchas otras. No puede, pues, inferirse la navegabilidad actual de la navegabilidad habida hace treinta años.

De aceptarse en gracia a la discusión, que de la navegabilidad de hace treinta años puede inferirse la actual, se tendría que en el caso de autos no resultaría establecida en los términos exigidos por la Ley 13 de 1937. Pues si bien es cierto que de las declaraciones de Tulio Arbeláez, Ricardo de la Cuesta Cock, Teodoro Arango y Agapito Betancour y del informe, ya aludido, del Gerente de los Ferrocarriles, se desprende que, efectivamente, entre "La Pintada" y "Puente Jericó" existió un servicio regular de carga y pasajeros en lanchas de motor, no lo es menos que también aparece establecido, que tal navegación no fue en los términos de la citada Ley 13 de 1937. Pues de los dichos de Vitalino González y Alfonso Arismendi, quienes declararon durante la inspección ocular de la segunda instancia practicada para esclarecer el punto de la navegabilidad del río, resulta que en determinados lugares las lanchas tenían que ser remolcadas desde tierra, mediante el empleo de unos malacates: cuando el río estaba crecido, para poder salvar determinados chorros peligrosos, y cuando las aguas escaseaban, para poder sobrepasar los bajos fondos. Es decir, que la navegación era en parte a tracción humana, pues es de presumir que, como es lo normal, los malacates eran accionados por hombres. Ahora bien, entre las condiciones de la navegación exigida por el artículo 2º de la Ley 13 de 1937 figura la muy importante de que debe ser en embarcaciones de tracción mecánica, lo que indudablemente sugiere la exigencia de un motor dentro de la embarcación que la impulsa. El dicho de los testigos González y Arismendi merece crédito, ya que ambos trabajaron en las lanchas, el uno como cargador y el otro como maquinista, y suministran importantes detalles sobre el empleo de los malacates, como el de los sitios donde estaban instalados y el de que el cable de acero empleado para el remolque estaba sujeto a una boya para evitar un hundimiento que habría entorpecido las labores.

Conviene anotar que no se trata propiamente de dar preferencia a las declaraciones de González y Arismendi sobre las de los otros, sino más bien de armonizar éstas con aquéllas, pues a la verdad no hay contradicción entre los dos grupos de deponentes, ya que unos se refieren en términos generales a la existencia del servicio de navegación en lanchas, sin entrar en muchos detalles, y los otros revelan circunstancias especiales con las que estuvieron familiarizados por razón de su trabajo.

d) Como ya se anotó, el trayecto "La Pintada-Puente Jericó" sólo fue examinado en embarcación en sus dos terceras partes, y el resto sólo fue observado desde algunos puntos de la orilla. Tratándose de determinar la navegabilidad en embarcaciones de motor de la totalidad del aludido trayecto, es obvio que la incompleta y lejana observación sobre un tercio de él constituye una muy seria deficiencia en la fundamentación general del dictamen.

9. En cuanto a la peritación practicada en esta segunda instancia, ella fue, como se dijo, adversa a la navegabilidad. Sus fundamentos fueron, en síntesis, los siguientes: a) la navegación que hubo en el río hace más de treinta años en lanchas de motor no fue efectiva ni habitual, y por haber constituído un verdadero fracaso hubo de ser supendida, pues una de las dos lanchas en que se prestaba el servicio se hundió, la otra sufrió grave accidente, y algunas personas perecieron ahogadas; además, la navegación se hacía generalmente en bajada; b) desde la época en que se terminó la construcción del Ferrocarril ha habido ausencia total de navegación en el río, que ni siquiera ha sido utilizado por embarcaciones motorizadas de deporte; c) aunque la pendiente media del río es del dos por mil, en los rápidos es mucho mayor, quizá del tres al cuatro por mil y esos rápidos, en los que hubo siniestros graves durante la navegación de hace treinta años, constituyen un grave peligro para ella. Enumera los rápidos más peligrosos, dando las características de algunos de ellos. Igualmente, y como ya se dijo, consideran, dando razones para ello, que las condiciones físicas del río han cambiado en sentido todavía más desfavorable para la navegación con relación a la época en que el Ferrocarril mantuvo en servicio las lanchas de motor.

Los peritos Gómez y Trujillo, que rindieron el dictamen que se comenta, al responder a una ampliación propuesta por el señor apoderado de la parte coadyuvante, manifestaron que no experimentaron personalmente la navegación por el río en canoa, por haberlo considerado peligroso, dado lo crecido de la corriente, "y porque nada representa para la demostración de la navegabilidad del río viajar a lo largo de él, en una simple canoa, accionada únicamente con canalete, sin carga y aguas abajo". Precisaron que "para determinar la navegabilidad de algunos ríos, como el Medellín en el sector del Ancón de Copacabana, no es necesario intentar la navegación en el mismo, ya que a simple vista, dadas las condiciones del río, la navegación aparece imposible, como en realidad de verdad lo es". Y continúan: "con un razonamiento idéntico, y teniendo en cuenta la pendiente general del río Cauca en el sector tantas veces citado, la pendiente en sus chorros y las dificultades de navegación en otros ríos, como el mismo Cauca arriba de 'La Pintada', no vacilamos en afirmar que este río no es navegable al tenor de lo señalado por el artículo 2º de la Ley 13 de 1937, en el tramo objeto de este litigio". Estos peritos observaron el río desde sus márgenes junto con los magistrados del Tribunal de Medellín que por comisión de la Corte practicaron la inspección ocular pedida en esta instancia, de que ya se habló.

Respecto al primer fundamento de la peritación, el señor Procurador Delegado y el abogado de la parte coadyuvante han formulado la tacha de que carece de base científica, y que más bien serviría para sostener que sí es navegable, puesto que en época anterior lo fue. Ya se vio cómo la navegabilidad de hace más de treinta años no puede servir de premisa para inferir la actual, y que de hecho aquélla no se realizó en las condiciones exigidas por el artículo 2º de la Ley 13 de 1937. Debe precisarse, además, que aparte de que la navegación debe ser efectuada en embarcaciones de tracción mecánica, tanto en subida como en bajada, la ley exige que debe ser efectiva y habitual. Son términos algo generales, ciertamente, pero sí proporcionan una cierta determinación o especificación al concepto de navegabilidad. Por lo menos sugieren una cierta permanencia y estabilidad, incompatibles con riesgos graves, riesgos cuya existencia, comprobada por los peritos a través del estudio que hicieron de los archivos del Ferrocarril de Antioquia, los llevó a concluír que nunca había habido la navegación efectiva y habitual exigida por la ley. Sin embargo, y sea de ello lo que fuere, es lo cierto que ellos habían sido llamados a dictaminar sobre la navegabilidad actual, con base en las condiciones del río; y así como con relación a la otra peritación se rechazó la pretendida navegabilidad pretérita como indicio de la actual, con igual criterio deberá rechazarse una fracasada navegación pasada como premisa de una conclusión sobre la no navegabilidad del presente.

En cuanto al segundo fundamento, es evidentemente muy pobre, pues la ausencia actual de navegación, como ellos mismos lo admiten en la ampliación al dictamen, se debe principalmente a que no es necesaria por la existencia del ferrocarril.

Por lo que hace al tercer fundamento, puede decirse que adolece del mismo defecto de empirismo que se le señaló al fundamento análogo de la primera peritación, no obstante que en él se encuentra un cierto número de consideraciones objetivas.

Se impone, pues, por todo lo dicho, rechazar también esta peritación, favorable a la no navegabilidad del río. Se tiene, en consecuencia, que no se ha probado en forma positiva nada sobre la navegabilidad o no navegabilidad del río. Pero como uno de los fundamentos de la acción incoada es la navegabilidad y "actori incumbit probatio", es claro que el rechazo de una y otra peritación a quien en definitiva perjudica es al demandante, quien no ha podido establecer ese extremo esencial de sus pretensiones. A la verdad hay más motivos para considerar, objetivamente hablando, que el río no es navegable, cuales son la no navegabilidad actual en embarcaciones de motor y la imposibilidad de navegar todo el trayecto siquiera en canoa, por la existencia de chorros o rápidos. Tampoco es desdeñable la consideración de que entre cinco peritos que observaron el río, tres conceptuaron favorablemente a la no navegabilidad, siendo de advertir que el perito Rada, uno de los principales nombrados en la primera instancia, se sale un tanto del plano simplemente empírico en que los otros se situaron y hace una serie de consideraciones serias sobre las características que según la técnica debe reunir un río navegable y que le faltan al sector del Cauca objeto de la observación. En todo caso, lo importante para los fines de la providencia es que, se repite, el demandante no comprobó el fundamento de la navegabilidad del río y que esa comprobación era indispensable para la prosperidad de la acción, como se dijo. La acción principal no puede, pues, prosperar.

Prosperaría, parcialmente, si se hubiera establecido que la mina "La Sombra" ocupa alguna parte de las playas del río, las cuales pertenecen a la reserva nacional juntamente con el lecho del río Cauca, no ya en virtud de la Ley 13 de 1937, sino de la 38 de 1877 del Estado Soberano de Antioquia, adoptada para toda la Nación por la 38 de 1887. Sobre el particular los peritos de la segunda instancia conceptuaron que sólo una parte de la mina, la vega aledaña al mojón número 1, podría ser inundada por crecientes *excepcionales* del río. Según el artículo 4º de la citada Ley 38 de 1877, la prohibición de adjudicar a particulares minas de oro se extiende al "lecho y playas del río Cauca hasta donde alcance en sus mayores crecientes". Naturalmente hay que entender esto dentro de lo ordinario y normal. El caudal de los ríos suele crecer y decrecer periódicamente dentro de ciertos límites, pero una que otra vez, en el curso de varios años, esos límites son sobrepasados de manera excepcional, sin que ello quiera decir que, en el caso de tales crecientes excepcionales las tierras inundadas se puedan considerar como playas del río. Son sencillamente tierras inundadas, cosa bien distinta. De consiguiente, no habiéndose determinado que la mina "La Sombra" ocupa terrenos de los que habitualmente cubre el río en sus mayores crecientes, no puede tampoco prosperar parcialmente la acción principal incoada.

En cuanto a las accesorias, cae de su peso que igualmente deben desestimarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Revócase la sentencia apelada.

Absuélvese a los demandados de los cargos de la demanda.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

EMBARGO PREVENTIVO DE LOS DEPOSITOS BANCARIOS DE UN DEPARTAMENTO.

Requisitos que exige el ordinal 2º del artículo 274 del Código Judicial para que pueda decretarse el embargo preventivo. No debe aplicarse esta medida contra entidades de derecho público, tales como los Departamentos y los Municipios. Respecto de tales entidades no se cumplen los aludidos requisitos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 25 de julio de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado del doctor Alejandro Burgaleta García, solicitó al Tribunal Superior de Quibdó, con fundamento en un pagaré por valor de ciento cincuenta mil pesos, que "se sirva decretar el embargo y secuestro preventivos de la totalidad de las de dinero que el Departamento del Chocó tenga o llegare a tener en los Bancos de la República, del Comercio y Popular de esta ciudad, por concepto de cuentas corrientes, depósitos a término o cualquier otro, bien sea por fondos comunes o especiales".

Para demandar el embargo, el apoderado dice: "El acreedor ha venido solicitando repetidamente el pago de esta obligación y siempre se ha eludido hacerlo".

Con el mismo memorial sobre embargo preventivo, la parte demandante presentó la garantía bancaria número 22 por la suma de quince mil pesos, expedida por el Banco del Comercio para responder de los perjuicios que el embargo ocasionare al demandado o a terceros, pero con validez, únicamente, hasta el pasado 14 de julio de 1963.

La mayoría de la Sala Civil del Tribunal *a quo,* aceptando la caución por la cuantía y en la forma que tuvo a bien rendirla el demandante, decretó el embargo preventivo en auto de fecha 18 de marzo de este año, respecto del cual salvó el voto el Magistrado doctor Neftalí Mosquera Mosquera.

En virtud de la citada providencia se embargaron al Departamento del Chocó, las siguientes cantidades: $ 3.851.139.79 de acuerdo con el informe número 146 de 22 de marzo de 1963 del Banco Popular; y la de $ 2.938.118.05 según comunicación del Banco del Comercio número 2322 de 25 del pasado mes de marzo; en total $ 6.789.257.84.

La citada providencia del Tribunal de Quibdó debe revisarla esta Sala en virtud del recurso de apelación concedido al Gobernador del Departamento.

De acuerdo con el artículo 274 del Código Judicial, el que intente demandar o haya demandado a otro para el cumplimiento de una obligación personal, puede pedir el embargo y secuestro de bienes muebles, "en cantidad suficiente para seguridad del pago", pero para esto debe llenar los siguientes requisitos:

"1º Que el acreedor presente o haya presentado prueba, siquiera sumaria, de la existencia del crédito con calidad de exigible.

"2º Que afirme una de las circunstancias siguientes: que el deudor está en mala situación de negocios, o que se ha ausentado sin dejar representante, o hay temor fundado de que se ausente, o que de algún modo trata de eludir el pago; y

"3º Que preste caución suficiente que garantice la indemnización de los perjuicios que el embargo y secuestro puedan causar al demandado o presunto demandado o a terceros".

Como el primer requisito será objeto de estudio en otra providencia, procede estudiar los motivos que justifican el embargo preventivo, enumerados taxativamente en el ordinal 2º antes copiado; y al efecto, dada su naturaleza, la doctrina y la jurisprudencia se han orientado en el sentido de que tal medida no debe aplicarse a las entidades de derecho público, como a los depar-

tamentos y municipios, porque, como no tienen negocios no incurrirán en una mala situación de éllos, lo cual sí sucede a los particulares con grave riesgo para sus acreedores; tampoco podrá ausentarse de su sede o territorio, ni menos eludir el pago mediante el empleo de procedimientos fraudulentos, por cuanto la disposición de bienes de tales entidades está sujeta a precisas formalidades administrativas, en las cuales deben intervenir varios funcionarios u organismos, como las asambleas, los concejos, los alcaldes, gobernadores, secretarios, contralores, etc., que hacen imposible la consumación de un fraude en perjuicio de los justos y honestos derechos de sus respectivos acreedores.

La anterior interpretación, aceptada antes en varias providencias judiciales, algunas citadas en el salvamento de voto del Magistrado doctor Mosquera, se ratifica y confirma con la consideración de que los dineros depositados por las entidades de derecho público en los bancos, están destinados a satisfacer las necesidades del servicio público; por lo cual, aun dentro del juicio ejecutivo no son embargables las dos terceras partes de las rentas del respectivo municipio o departamento; y en consecuencia, tampoco son embargables las dos terceras partes de los dineros depositados en los bancos que representan rentas percibidas por tales entidades con destino al pago de los servicios públicos, como lógica aplicación a lo dispuesto por el artículo 1003 del Código Judicial; y, además, con la limitación de que la cantidad trabada no exceda de la que fuere necesario para asegurar la cancelación de la deuda.

Por otra parte, el artículo 273 del Código Judicial solamente autoriza el embargo preventivo de la cantidad suficiente; de manera que cuando, como en este caso, se pone fuera del comercio una cantidad como cuarenta veces mayor, se incurre en un abierto abuso del derecho, con la ineludible consecuencia de que debe indemnizar los perjuicios ocasionados "al demandado o presunto demandado o a terceros", según palabras textuales del numeral 3º del dicho artículo.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte revoca el auto de fecha 18 de marzo de 1963 del Tribunal Superior de Quibdó, por el cual se decretó el embargo preventivo de los dineros depositados por el Departamento del Chocó en los Bancos Popular y del Comercio, con sede en la dicha capital.

Ejecutoriada esta providencia, se harán las comunicaciones de rigor para que surta sus efectos el desembargo ordenado por medio de esta providencia respecto de la totalidad de las sumas antes trabadas.

Para notificar al Gobernador del Chocó esta providencia se comisiona al Tribunal de Quibdó, con cinco días de término, para lo cual se librará el despacho de regla.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL HASTA TANTO SE DECIDA EL CORRESPONDIENTE PROCESO PENAL.

Distinción entre las dos situaciones jurídicas que contemplan los artículos 11, 25 y 28 del Código de Procedimiento Penal. El artículo 11 se refiere a aquellos hechos delictuosos que se descubren en el curso del juicio civil. Suspensión del juicio civil sobre indemnización de perjuicios mientras se decide el proceso penal. Incongruencia entre las normas civiles y las penales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 6 de agosto de 1963.

El apoderado del doctor Antonio J. Fernández ha solicitado se declare la nulidad de lo actuado, a partir de la sentencia de primera instancia, en el juicio ordinario adelantado contra la Nación con fundamento en una responsabilidad extracontractual, fallado por el Tribunal Superior de Popayán el 29 de marzo de este año, en el sentido de absolver a la Nación de las pretensiones del demandante.

Como la acción de indemnización de perjuicios tiene por fundamento el delito de lesiones personales, imputado al exteniente de la Policía Néstor Mora G., el articulante sostiene que el Tribunal *a quo* debió suspender el procedimiento en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal; pero como así no lo hizo, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 448 del Código Judicial en armonía con el ordinal 1º del artículo 370 y el 3º del artículo 147, todos del Código Judicial.

Para demostrar los elementos de hecho, con el memorial sobre nulidad de lo actuado, se adjuntó copia del auto de 13 de marzo de 1963 proferido por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Popayán, según el cual se llama a responder en juicio criminal por el delito de lesiones personales, al ex-subteniente de la Policía Néstor Mora G., consumado en la persona del doctor Antonio José Fernández Pérez, quien tuvo una incapacidad definitiva de cuarenta y cinco días.

Considera el articulante, para deducir la nulidad de lo actuado, que el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal impone la suspensión legal del proceso que se ha iniciado con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito; y de esta premisa, mediante la aplicación de las citadas disposiciones del Código de Procedimiento Civil (ord. 1º art. 448; 1º art. 370 y 3º art. 147), deduce la nulidad de lo actuado; sin embargo, falla la dicha premisa fundada en el citado artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, porque no es aplicable a esta clase de procesos, como pasa a verse.

Para la debida inteligencia del tema, precisa transcribir las disposiciones conducentes, en las cuales se subrayarán las expresiones que servirán para elucidar el punto cuestionado.

Dice el artículo 11 citado: "Cuando *en el curso de un proceso civil* o *administrativo* se presentare algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, el juez o funcionario correspondiente dará noticia de él inmediatamente a la autoridad competente, suministrándole todas las informaciones del caso y acompañándole copia autorizada de los autos o documentos conducentes.

"Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiera influír en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable".

Según el artículo 25 del mismo Código: "*La sentencia ejecutoriada proferida en juicio penal,* prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles

para obtener el pago de la indemnización de perjuicios.

"Pero si el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal *y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización,* podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil. El que iniciare en esta forma la acción civil, no podrá pedir la ejecución de la sentencia penal en lo tocante a la indemnización".

El artículo 28 del citado Código, advierte: "La acción civil no podrá proponerse ante el juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima". De acuerdo con las disposiciones transcritas, la indemnización por delitos o culpas de carácter penal no puede demandarse ante el juez civil, cuando el interesado no se conforma con estimación del proceso criminal, sino cuando se haya ejecutoriado la sentencia de condena proferida contra el encausado.

Las disposiciones transcritas contemplan dos situaciones jurídicas: la una cuando en el curso de un juicio civil, administrativo, etc., se descubre un hecho que se considera delictuoso, el cual debe investigarse; y el segundo cuando se demanda la indemnización de perjuicios, ante el juez civil, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria proferida en el proceso penal.

En este segundo caso, la indemnización de perjuicios solicitada por la víctima del delito requiere, como condición indispensable para su prosperidad, la previa sentencia condenatoria dictada contra el sindicado, para que el juicio civil tenga una base cierta, ya que el juez que conoce de este último proceso no tiene competencia para juzgar sobre la responsabilidad penal, ni determinar la clase del delito cometido, ni las circunstancias que rodearon el hecho, o las especiales modalidades en que se consumó el ilícito.

De manera que en estos casos no cabe invocar el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, porque no se trata de un hecho descubierto en el *curso de este juicio,* sino que el delito imputado al ex-subteniente Mora Guerrero se cometió antes; y la indemnización de perjuicios es una consecuencia o efecto de aquélla causa, que debe estar reconocida en la correspondiente sentencia ejecutoriada de que habla el artículo 25 citado.

El artículo 11 del citado Código tendrá aplicación, por ejemplo, si en el curso de una diligencia de inspección ocular a un inmueble se halla el cadáver de una persona con signos de violencia; o bien aparece mutilado el expediente que contiene el propio juicio, o se han consumado otros hechos ilícitos en el curso del proceso mismo, como el cohecho de testigos, etc., que requieren una orden para ser investigados por el juez competente en la forma impuesta por el artículo 11 mencionado, para que se decida sobre la responsabilidad de los sindicados; pero si el delito investigado no tiene relación alguna con el juicio civil, administrativo o laboral, como en el caso del posible homicidio, no existe motivo alguno para suspenderlo; en cambio si atañe o afecta a los medios de prueba presentados por las partes o a otro elemento intimamente ligado al juicio, en la oportunidad legal, el juez del conocimiento puede ordenar la suspensión hasta que se decida en definitiva el proceso penal; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la investigación la ordena el juez que conoce del proceso civil, administrativo, etc., como él también decreta la suspensión cuando lo estime necesario según la relación entre los dos procesos, con el fin de evitar que las partes presenten denuncios criminales infundados con el solo fin de demorar indefinidamente el proceso civil, aún los mismos juicios ejecutivos ocurriendo al subterfugio de promover un juicio penal por supuesta falsedad o falsificación del título ejecutivo.

La sentencia condenatoria del proceso penal, respecto del civil para el pago de los perjuicios ocasionados por el directamente responsable, podría calificarse como un "acto prejudicial", porque tiene el fin de dar certeza al interés sustancial de la víctima del delito o culpa; por tanto, el proceso civil no puede iniciarse sino después de ejecutoriada la sentencia condenatoria dictada contra el responsable del delito o culpa (inc. 2º art. 25 C. de P. P.); y el mismo principio habría que aplicar cuando la acción de indemnización de perjuicios tiene el carácter de indirecta o refleja por cuanto se ejercita contra quien responde de un acto ajeno, según el artículo 2347 del Código Civil; sin embargo, en estos casos, aún antes de que se dicte sentencia condenatoria en la causa penal, surge en la presunta víctima o posible titular del derecho, el interés procesal de interrumpir la prescripción de la acción, mediante la notificación de la demanda, por que "las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra ter-

ceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto''.

De manera que si la víctima del delito o culpa, para ejercitar la acción indirecta, tuviese que esperar a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, ya la civil estaría prescrita, lo cual no sucede respecto del responsable directo, porque, si el perjudicado no se conforma con la apreciación de perjuicios hecha en la causa penal, ''podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil'', es decir, el interés sustancial *nace* una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, que prescribirá en veinte años a contar de esta fecha, no de la ''perpetración del acto'', como en la indirecta (art. 2358 C. C.).

En consecuencia, para salvar esta falta de armonía entre las leyes civiles y penales, debe admitirse que la acción civil por responsabilidad indirecta se ejercite antes de que se dicte sentencia en el proceso penal, pero como tampoco puede fallarse aquélla sin allegar copia de ésta, no queda otra solución sino la de suspender el juicio civil hasta que se resuelva el penal, una vez que el juez civil no puede prejuzgar sobre la comisión del delito o culpa, ni respecto de las modalidades que puedan modificar o desplazar determinadas circunstancias de hecho, como las agravantes o atenuantes.

Por los motivos expuestos se niega la declaración de nulidad de la actuación; en subsidio, según lo suplicado por el articulante, se decreta la suspensión del presente juicio, a partir de la ejecutoria de esta providencia, hasta la fecha en que alguna de las partes presente copia de la sentencia definitiva y ejecutoriada proferida en el proceso penal adelantado contra el ex-subteniente de la Policía Néstor Mora Guerrero, según auto de proceder dictado por el Juez 1º Penal del Circuito de Popayán, citado ya en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Efrén Osejo Peña.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LA NACION. LA CAPACIDAD PARA SER PARTE. SOCIEDAD DE HECHO Y SOCIEDAD DE DERECHO.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 16 de agosto de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

Luis Carlos Castrillón V., demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán a la Nación para que, previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y con audiencia del Fiscal de dicha Corporación, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera*: La Nación Colombiana es responsable, civilmente, ya directa o ya indirectamente, de los perjuicios causados al patrimonio del señor Luis Carlos Castrillón V., por la ilegal e indebida intervención del señor doctor Jorge Enrique Salazar Salamanca, Agente del Estado en la Auditoría de Guerra de la Tercera Brigada del Ejército Nacional, quien en ejercicio de sus funciones y por medio de órdenes telefónicas y escritas, impidió el cumplimiento de los mandatos de la justicia civil ordinaria, ordenando la suplantación del Secuestre Judicial, señor Tito Mamlio Burbano H., designado por el señor Juez Municipal de Caloto, dentro de la diligencia de embargo y secuestro preventivos, verificada el día diez y siete (17) de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), por comisión impartida a éste por el señor Juez Primero Civil del Circuito de Palmira, diligencias promovidas por el señor Miguel A. Jaramillo contra el señor Luis Carlos Castrillón V.".

"*Segunda*: Por consiguiente, la Nación Colombiana está obligada a indemnizar al demandante los perjuicios materiales y morales que ha sufrido por la actuación ilegal del mencionado Auditor de Guerra de la Brigada de Cali, Agente del Gobierno Nacional".

"*Tercera:* En consecuencia, condénase a la Nación Colombiana, a pagar de los fondos del Tesoro Nacional, al señor Luis Carlos Castrillón V., ciudadano colombiano, casado, mayor de edad, vecino de Popayán, cedulado bajo el número 1427691 de la Registraduría Municipal del Estado Civil de Popayán, la cantidad de cincuenta y cuatro mil ochocientos setenta y cinco pesos moneda colombiana ($ 54.875), por indemnización de los perjuicios de orden material o económico y de orden moral sufridos por el actor, o la cantidad que resulte probada en juicio".

"*Cuarta:* La suma mencionada será pagada por la Nación Colombiana al señor Luis Carlos Castrillón V., por conducto de la Administración de Hacienda Nacional de Popayán, una vez ejecutoriada la sentencia, con sus intereses legales a partir de la ejecución de la sentencia hasta el día del pago total".

"*Quinta*: Subsidiariamente pido a ese honorable Tribunal, haga éstas o parecidas declaraciones:

"Se ordena el pago de la indemnización de los perjuicios a que se refieren los puntos anteriores, a favor de la sociedad o corporación arrocera denominada 'Tiznés y Castrillón Limitada', en la persona del socio Luis Carlos Castrillón V., quien acredita con las pruebas presentadas ser el único perjudicado con las ilegales actuaciones del señor doctor Jorge Enrique Salazar Salamanca, Agente del Gobierno de las Fuerzas Armadas en la Auditoría de la Tercera Brigada de Cali, como se acredita con los hechos siguientes, que obran en la demanda: a) Como el injusto encarcelamiento del señor Manuel José Castrillón C., representante del socio Luis Carlos Castrillón V., en la sociedad, como consta de la escritura respectiva, apresamiento que se operó en los días y momentos del corte del arroz y transporte del mismo; b) Con el encarcelamiento del secuestre señor Tito Mamlio Burbano, en las mismas condiciones y circunstancias del representante Castrillón Castrillón C.; c) Al prescindir del nombre del socio Luis Carlos Castrillón V., al hacer la entrega del arroz a los molinos por la tropa; d) Al suplantar, por medio

de órdenes escritas firmadas por el Auditor al secuestre señor Burbano, nombrado por el Juez comisionado; e) Al poner el Auditor todo el poder de su autoridad y de las armas en forma ilegal contra los intereses sociales y personales de mi mandante, ya que si el Agente del Gobierno no hubiese obrado en esta forma arbitraria, otra sería la acción establecida y otros los resultados. Pero todos los hechos consumados hacen imposible negar la existencia de un plan preconcebido contra el haber social de mi mandante, ya que todos ellos guardan una estrecha concomitancia, una perfecta sincronización, cabalmente con el resultado perseguido contra su patrimonio. Precisamente por esto, por cuanto el socio Tiznés estaba defendido con las ilegales actuaciones del Auditor cumplidas por la tropa y nada perdió, por esto no suscribe esta demanda, y pido se paguen los perjuicios en la persona del socio Lúis Carlos Castrillón V.''.

''*Sexta*: También pido se haga por esa honorable entidad cualquier otra declaración que resulte comprobada del proceso''.

Adujo el actor como hechos fundamentales y sustentadores de las súplicas impetradas en la demanda, los que a continuación se sintetizan así:

1º y 2º Luis Carlos Castrillón V. y Benicio Tiznés, por medio de documento privado suscrito en Puerto Tejada el día 2 de enero de 1954 y luego protocolizado en la Notaría Unica de la citada población el 27 del mismo mes (escritura número 34), hicieron constar la celebración del siguiente contrato: ''...Tiznés, aporta a la sociedad tres lotes de terreno aptos para cultivos de arroz, cuya extensión no se ha medido, aún, pero de común acuerdo se han calculado en setenta (70) plazas mínimo, terrenos éstos que Tiznés ha sub-arrendado en los sitios denominados 'Taula', perteneciente al Municipio de Caloto, cuyo arrendador es Sociedad Arrocera 'La Bolsa', representada en este caso por don Alberto Montoya, y el otro lote está ubicado en la hacienda denominada 'El Guayabal', y subarrendatario, don Abelardo Mejía. Por este subarriendo los socios Castrillón y Tiznés, pagan a La Bolsa y a Mejía el 31,1/2% y 25% del producido de la cosecha, respectivamente. *Segundo*. El término de duración de la sociedad será de un año mínimo o sea el tiempo necesario para adelantar dos cosechas y se prorrogará a voluntad de las partes. *Tercero*. Los gastos que demanda la sociedad como compra de semilla, pago de arada, y rastrillada de tierras, gasolina, jornales, repuestos, etc., etc., se pagarán por los socios por partes iguales y lo que quedare líquido se distribuirá por partes iguales también entre los socios. *Tercero*. Declaramos que desde el mes de septiembre del año pasado fue arado y sembrado todo el terreno adquirido por la sociedad; cada socio ha cumplido sus obligaciones y los cultivos se desarrollan normalmente. *Cuarto*. Para los efectos de la sociedad se fija el capital en la suma de treinta mil pesos ($ 30.000) moneda legal, que han aportado los socios, en partes iguales. *Quinto*. Esta sociedad funcionará bajo la razón social que se denominará 'Agrícola Tiznés y Castrillón Limitada'. *Sexto*. Para cubrir cualquier gasto que demande la sociedad, los socios de común acuerdo podrán ejercitar operaciones de préstamos bancarios o particulares, que se pagarán con el producido de las cosechas. *Séptimo*. Los socios de común acuerdo vigilarán, cosecharán y venderán la cosecha, pudiendo también nombrar la persona que los represente. Por su parte el socio Castrillón lo hace en la persona de su hijo Manuel José a quien autoriza para tales efectos. Toda diferencia que resulte del presente contrato será resuelta de común acuerdo entre los socios o en último caso, por un tercero, nombrado de común acuerdo entre los socios, y si este no fuere posible se dirimirá, para lo cual las partes se someten a la jurisdicción del Juez competente en Puerto Tejada. *Octavo*. Se fija como fecha para elevar este contrato a escritura pública treinta días a partir de la fecha del presente contrato. *Noveno*. Cada socio podrá enajenar sus derechos en la sociedad, siempre que obtenga el asentimiento del otro y que el comprador acepte las condiciones pactadas en el presente contrato. *Décimo*. La Sociedad Agrícola Tiznés - Castrillón Limitada, debe a la Caja Agraria de Puerto Tejada, tres mil pesos ($ 3.000) y a la Caja Agraria de Caloto, tres mil quinientos pesos ($ 3.500) con término de un año, a partir del día quince de los corrientes. Para constancia se firma el presente contrato en la población de Puerto Tejada, por los que en él han intervenido y ante dos testigos rogados por las partes, a los dos días del mes de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro. (Firmados). Los contratantes: Benicio Tiznés. Luis Carlos Castrillón V. Los testigos: Tito Manlio Burbano. Ricardo Cardona R.''.

3º, 4º, 5º y 6º Después de haberse realizado en forma normal la siembra y luego la siega de la primera cosecha de arroz en los últimos días del mes de febrero de 1954, se dio principio a la preparación y riego de tales tierras a fin de aprovecharlas para el mismo cultivo. Posteriormente, el Juez Primero Civil del Circuito de Palmira, en razón de medidas preventivas soli-

citadas por Miguel A. Jaramillo con fundamento en una letra de cambio girada por Luis Carlos Castrillón V., decretó el secuestro y embargo preventivo de los derechos pertenecientes al presunto demandado Castrillón, en los arrozales de "Taula" y "El Guayabal", como socio de la Compañía Agrícola Tiznés y Castrillón Limitada, diligencia que mediante Juez comisionado se llevó a cabo el 17 de mayo de 1954, designándose como secuestre a Tito Manlio Burbano, quien entró a ejercer las funciones inherentes a tal cargo.

7º y 8º Dos meses llevaba Burbano interviniendo en la marcha de esa explotación agrícola, cuando el 17 de julio de 1954 tuvo conocimiento de que personas distintas a Tiznés y Castrillón habían iniciado el corte y la recolección del arroz, por lo cual denunció el hecho al Comandante de la Guarnición Militar de Puerto Tejada, quien le prestó el amparo y protección solicitados.

9º "El secuestre y la tropa almacenaron el arroz en la creencia de que lo ocurrido no significaba sino una tentativa de abuso. Mas al día siguiente y cuando el secuestre se proponía seguir en la faena del corte, recibió una orden militar, terminante, de la Auditoría de Guerra de la Tercera Brigada, desde Cali, y procedente del doctor Jorge E. Salazar Salamanca, en la cual se le intimaba a suspender inmediatamente toda actividad y se encargaba (óigase bien), del corte y transporte del arroz, al señor Teniente del Ejército Luis Alberto Andrade, primero, y luego al Sargento Luis Alirio Lombo. Al efecto me basta copiar: 'Fuerzas Armadas de Colombia - Ejército Nacional - Brigada Comando - Cali, 23 de julio de 1954. Asunto: Sobre el problema del arroz. Al señor Teniente Andrade —Puerto Tejada—. *De acuerdo con nuestra conversación telefónica* (subrayo) quiero exponerle nuevamente los puntos de la siguiente manera: 1º Ver de buscar una fórmula amigable entre los interesados, y de acuerdo con ella, como lo embargado *no es sino la mitad* de las mejoras, según la certificación del Juzgado que hay en esta oficina, *entregar la mitad de estas mejoras,* al señor Benicio Tiznés, y la otra mitad al secuestre para que lo realice, y que en el mismo molino se le dé la orden de que el precio de esa mitad sea puesto a órdenes del Juzgado Civil del Circuito de Palmira en donde cursa el juicio. 2º Si esto no es posible, entonces todo el arroz debe ser llevado al molino de Palmira para que allí se beneficien, *pero con la condición* de que todo el precio de ese arroz sea puesto a órdenes del Juzgado ya referido, para que éste despacho disponga lo conveniente de acuerdo con los fallos que sean proferidos en el juicio. Por la patria, la paz y la justicia y la libertad. (Fdo.) Jorge Enrique Salazar Salamanca, Auditor Principal de Guerra' (folios 12 del C. 2º de p.)".

"10, 11 y 12. En tal forma se consumó la sustitución violenta del secuestre, se suplantó la acción de la justicia y se cambió una decisión judicial de embargo y secuestro preventivos, lesionando intereses patrimoniales del actor Castrillón y, además, se cumplieron estas otras órdenes en desarrollo de esa misma intervención ilegal: a) Puerto Tejada —23 de julio de 1954— Cabo 2º Ortiz: No es necesario movilizar ese arroz. Usted debe presentarse aquí inmediatamente y dejar el personal de soldados que sigan cumpliendo las mismas consignas. Luis Alberto Andrade A. Cdante. de la 1ª Ca." (F. 13 de c. 2º de p.). b) "Puerto Tejada, julio 23 de 1954 Orden: El arriero encargado de sacar el arroz hasta donde don Telésforo Viveros, en donde debe almacenarse en tal forma que no se moje. Sargento 2º Luis A. Lombo - Comandante Puesto". (f. 14 del C. 2º de p.). c) "Puerto Tejada, julio 27 de 1954. Boleta de captura. Los señores Tito Manlio Burbano y Manolo Castrillón permanecerán detenidos hasta nueva orden en la cárcel del Circuito, por contravención a una orden de la Tercera Brigada impartida a la Comisión del Ejército del Batallón Junín. Luis Alirio Lombo C. Comandante del Puesto". (F. 15 del C. 2º de pruebas). d) "Fuerzas Armadas de Colombia Ejército Nacional. Tercera Brigada —Comando— Cali, agosto 6 de 1954. Asunto: Se autoriza al señor Tito Manlio Burbano para que el Molino Aguilar de Cali, y el 'Molino de Arroz de Palmira Limitada' negocien al mejor precio de las plazas setenta y siete (77) bultos de arroz del Molino Aguilar de Cali, y doscientos noventa y uno (291) bultos del Molino de arroz de Palmira Limitada. Este arroz es materia de un pleito que se lleva en el Juzgado Civil del Circuito de Palmira y en el cual figura el señor Burbano como secuestre. (Fdo.) Jorge Enrique Salazar Salamanca - Auditor de Guerra". Tiene el respectivo sello. (F. 17 del C. 2º de pruebas)".

13, 14 y 15. La audaz intervención del Auditor de Guerra de la Tercera Brigada de Cali es la causa de los perjuicios que se demandan, pues si bien éste autorizó en un principio al secuestre Burbano "para negociar" con las referidas trilladoras los bultos de arroz antes indicados, luego dio contraorden y el producto siguió reposando en los Molinos Aguilar y Palmira Limitada. Además, los recibos otorgados por los due-

ños o administradores de dichas empresas y por quienes transportaron el arroz, confirman la suplantación del secuestre y el desconocimiento de los del actor por parte del prenombrado Auditor de Guerra, como aparece de recibos expedidos por diversos molinos.

16, 17 y 18. La entrega que del arroz recolectado se hacía en las trilladoras por orden del Auditor de Guerra de la Tercera Brigada a Benicio Tiznés, persona ésta a quien no le pertenecía, indica el claro propósito de causar perjuicios al demandante, sin que valieran recursos o quejas para que dicho funcionario modificara su caprichoso proceder a este respecto. Por ejemplo, el doctor Alfredo Muñoz Acosta, mandatario judicial de Miguel A. Jaramillo en las medidas de secuestro y embargo preventivos ya indicados, le dirigió una enérgica comunicación de protesta, que quedó sin respuesta.

19 a 24. "Vistos los hechos anteriores hay que dar la parte de la cosecha perteneciente a mi mandante por pérdida, ya que aceptando que las plazas de tierra sembradas fueran 60 y no 70, tendríamos que las sesenta plazas, arrojando un promedio de cuatro (4) hanegas por plaza, darían 240 hanegas en total. Teniendo en cuenta que una hanega la componen ocho (8) bultos".

"Como estas 240 hanegas deben dividirse por dos (2), componentes legales de la sociedad, una parte para el socio Castrillón V. y la otra para el socio Tiznés, tendríamos que al actor Castrillón V. le corresponderían 120 hanegas, que vendidas al precio de cosecha en esa época, o sea a la suma de $ 250.00 cada hanega, serían $ 30.000 moneda colombiana".

"Pero mi mandante da por recibida su parte de los 368 bultos, que fue lo único que entregó el Auditor de Guerra de la 3ª Brigada de Cali, por conducto de la tropa, de los 1.920 bultos que debió ser el producto en bultos, a razón de cuatro (4) hanegas por plaza. Y da también por recibido el valor de esa mitad, o sea 184 bultos, que equivalen a 23 hanegas de arroz, o lo que es lo mismo de su respectivo valor, o sean $ 5.750 moneda colombiana. Es decir, el valor de 23 hanegas de arroz vendidas a $ 250.00 cada una. Suma esta que debe deducirse del valor total: $ 30.000, quedando líquidos la cantidad de $ 24.250, que es el valor que reclama mi mandante por concepto de la cosecha".

"Los daños o perjuicios materiales que reclama mi mandante residen en la parte de cosecha que se esfumó debido a la intervención ilegal del señor Auditor de Guerra. Y esa parte del actor es la mitad de 1920 bultos de arroz, o sea, 960 bultos, de los cuales se le restan 184 que es la mitad de 368, que fue lo único que entregó el Auditor por conducto de la tropa a los molinos y al Juez de Circuito de Palmira (no al secuestre), y queda reducida su parte en bultos a 776, o sean 97 hanegas, que vendidas al precio de cosecha ($ 250.00 c/u.), suman $ 24.250 moneda legal, valor de los perjuicios materiales".

"Fuera del daño material que se deja enunciado, mi mandante ha sufrido gravísimos perjuicios de índole moral. En efecto: conocida la situación en que se le colocó, derrumbado su patrimonio y sin medios de obtener una pronta indemnización, se le han cerrado las puertas del crédito... Ha quedado simple y sencillamente sin cómo atender a sus más apremiantes necesidades familiares. Todo ello como derivación o consecuencia de los hechos relatados y que escuetamente presente sin comentarios. Fuera de ello la depresión espiritual y anímica que trae consigo el derrumbamiento insólito, inesperado e injusto para un padre de familia de catorce (14) hijos, que había logrado una posición a base de tantos esfuerzos y sacrificios".

"Y todo ello es perfectamente objetivo y apreciable. Esos daños de orden moral los aprecia mi mandante en la cantidad de treinta mil seiscientos veinticinco pesos ($ 30.625)".

Admitida la demanda y corrido el traslado de ella al Fiscal *ad hoc* del Tribunal de Popayán, como representante de la Nación, la contestó en el sentido de oponerse a que se hicieran las declaraciones impetradas por el querellante hasta tanto se demuestren plenamente los hechos substentadores de la acción propuesta.

Trabada así la litis, recibido el negocio a pruebas, producidas durante la etapa procesal respectiva las que constan en los cuadernos números 2 y 3 por petición de la parte actora, el Tribunal del conocimiento, agotado el trámite del juicio, desató el negocio en fallo de 25 de enero de 1960, cuya parte resolutiva expresa:

"*Primero*: Por no haberse demostrado en juicio la existencia de la sociedad comercial denominada 'Agrícola Tiznés & Castrillón, Limitada', en la forma legal, ni el derecho que asiste al demandante para representar a dicha sociedad, el Tribunal declara que la falta de esos presupuestos procesales lo inhiben para proveer en el fondo sobre las peticiones de la demanda".

"*Segundo*: No es el caso de hacer condenación en costas".

Son consideraciones fundamentales del fallador las siguientes:

"Como atrás se dejó visto, en la demanda se instauraron dos acciones: una principal y otra subsidiaria. En la primera, la indemnización de perjuicios impetrada se pretende para el señor Luis Carlos Castrillón V., en su carácter de socio de la sociedad o corporación arrocera denominada 'Tiznés & Castrillón, Limitada'; y en la segunda, o sea la subsidiaria, dicha indemnización se pide en favor de la aludida sociedad, pero en la persona del socio Luis Carlos Castrillón V.".

En ambas acciones, como se ve, se apoya el petitum de la demanda en el hecho fundamental de la existencia de una sociedad comercial entre el actor Castrillón V. y Benicio Tiznés. Y si bien es cierto que la demanda acusa una falta de claridad absoluta al plantear la litis, del contexto de ella se desprende que con respecto a la primera acción el demandante Luis Carlos Castrillón V. obra por sí, personalmente, pero derivando, en todo caso, su derecho de su calidad de socio en la precitada sociedad limitada; en la segunda acción, o sea en la subsidiaria, pide la indemnización de perjuicios para la nombrada sociedad, de la cual se da él por representante, con fundamento en que fue el único perjudicado con los hechos invocados como constitutivos de la indemnización impetrada".

"Como se ve, tanto en la acción principal como en la subsidiaria, el actor deriva su legitimación en causa pasiva del carácter de socio que invoca de la susodicha sociedad comercial. Por ende, considerada la cuestión por este aspecto, la primera indagación procedente, para todos los efectos a que haya lugar en este fallo, será la relativa a la prueba de la existencia de dicha sociedad".

Se agrega en la parte motiva de la sentencia en mención que el actor sólo acompañó con la demanda copia registrada de la escritura pública número 34 de 27 de enero de 1954, de la Notaría de Puerto Tejada, a fin de demostrar judicialmente la existencia legal de la sociedad comercial que es sujeto activo de los derechos y obligaciones que se pretenden deducir en este juicio, no obstante que la ley exige el lleno de otras formalidades para acreditar dicha existencia (artículos 465, 469, 470, 471 del C. de Co., 36 de la Ley 40 de 1907, 40 y 41 de la Ley 28 de 1931). Y se concluye de esta manera:

"La falta de prueba, en legal forma, sobre la existencia y vida jurídica de la sociedad invocada por el actor como fundamento de la acción principal y de la subsidiaria ejercitadas en la demanda, determina, a su vez, la ausencia, en el caso de autos, de uno de los presupuestos procesales: la capacidad para ser parte. Esto, porque, como ya se advirtió atrás, tanto la petición principal como la subsidiaria se apoyan en la existencia de la susodicha sociedad comercial; y si bien es cierto que en la acción principal el demandante pide para sí, personalmente, también lo es que su interés se halla inseparablemente unido a la existencia de la aludida sociedad, según los hechos que se invocan como constitutivos de los derechos demandados... Y en este mismo orden de ideas, resulta que tampoco ha demostrado el actor la facultad que él se atribuye para representar en juicio a la sociedad 'Agrícola Tiznés & Castrillón Limitada', o sea el presupuesto procesal relativo a la capacidad para comparecer en juicio, de que atrás se habló".

"La falta de los dos presupuestos procesales mencionados impide, en el caso *sub júdice*, proveer en el fondo sobre las súplicas de la demanda".

Surtido ante esta corporación el trámite de la segunda instancia en virtud de la apelación concedida a la parte demandante contra la sentencia antes referida, instancia en la que únicamente se produjo el alegato de conclusión de la Procuraduría, se procede a tomar la decisión correspondiente. En la primera instancia el apoderado del demandante tampoco presentó alegato de conclusión.

No obstante cierta falta de precisión y claridad en la fundamentación fáctica de la demanda, es indudable que en ella se instaura una acción de responsabilidad civil extracontractual por los daños sobrevenidos al actor como consecuencia de una culpa aquiliana cometida por la Nación, por medio del Auditor de Guerra de la Brigada de Cali, acción que tendría su fundamento jurídico en el artículo 16 de la Carta y en el artículo 2341 del Código Civil. La prosperidad de ella radica, pues, en la comprobación de los tres factorer generadores de tal responsabilidad, a saber: una culpa, un perjuicio, y una relación de causalidad entre aquélla y éste.

El Tribunal, como se vió, no entró a establecer si tales factores estaban debidamente establecidos, sino que se inhibió para proveer sobre el fondo, por considerar que faltaban presupuestos procesales.

Si se leen con todo detenimiento las peticiones principales del libelo resulta claro que Castrillón ha pedido para sí y no para ninguna otra persona, natural o moral. "La Nación colombiana es

responsable civilmente... de los perjuicios causados al patrimonio del señor Luis Castrillón V....''; ''...La Nación colombiana está obligada a indemnizar al demandante los perjuicios...''; ''...Condénase a la Nación colombiana a pagar... al señor Luis Castrillón V...''; ''...la suma mencionada será pagada por la Nación al señor Luis Castrillón V...'', son frases que no dejan duda a ese respecto. Ahora bien, la capacidad para ser parte no es sino la misma capacidad civil trasladada al campo del proceso, por lo que si Castrillón, como persona natural, tiene capacidad de goce, surge la obvia conclusión de que tiene igualmente capacidad para ser parte en el presente proceso. El que pretenda fundar su derecho a la indemnización en la existencia de la sociedad que dice tenía contraída con Tiznés y que tal existencia no aparezca establecida, no podrá significar nada en contra de su condición de persona natural, capaz de ser parte en un proceso. El problema de la existencia de la sociedad, dentro de esa hipótesis, haría parte de la cuestión de fondo, por lo que no podría incidir sobre el del presupuesto procesal de la capacidad para ser parte. Erró, por tanto, el Tribunal al declarar la falta del dicho presupuesto procesal, y debe la Sala, por consiguiente, entrar al fondo del negocio en lo que hace a la acción principal, pues los demás presupuestos procesales están satisfechos.

Dentro de este orden de ideas cabe observar, ante todo, que en puridad de verdad en esta acción principal las pretensiones del actor no están vinculadas a la existencia de una sociedad de derecho constituída mediante el lleno de todas las formalidades, como parece haber entendido el Tribunal. Examinados con todo cuidado los fundamentos de hecho, no aparece en ninguno de ellos afirmada la constitución de la sociedad ''Agrícola Tiznés & Castrillón Ltda.'' como sociedad de derecho. El demandante se limita a exponer que entre él y Benicio Tiznés se firmó un contrato de sociedad que fue protocolizado en la Notaría de Puerto Tejada, y que la escritura de protocolización correspondiente fue registrada en la oficina de Registro de la misma población (hecho primero). O sea, que lo que en realidad afirma es la existencia de una sociedad de hecho, de la clase de las que se forman en virtud de un consentimiento expreso de las partes, pero con ausencia de uno o varios o de todos los requisitos a los que la ley condiciona el nacimiento de una sociedad como persona moral distinta de sus socios. Incluso cuando, después de exponer los requisitos esenciales de toda demanda: *petitum,* fundamentos de hecho y de derecho, el demandante dedica un párrafo a la ''personería sustantiva de la parte demandante'' y menciona la sociedad ''Agrícola Tiznés & Castrillón Ltda.'', relaciona igualmente las deficientes formalidades con que se constituyó ésta, reducidas, como se dijo, a la firma de un contrato privado, cuya escritura de protocolización en la Notaría de Puerto Tejada fue registrada en la oficina de Registro de la misma. Por cierto que en ese párrafo se afirma que el contrato de sociedad se ha acompañado a la demanda, como en efecto lo fue, y en su copia notarial constan las formalidades mínimas y por demás deficientes de que se ha hablado. Y se lee ese documento, que, por lo dicho, puede estimarse incorporado en la demanda, aparece que en la cláusula octava se estipuló que el contrato debía ser elevado a escritura pública dentro de los treinta días subsiguientes a su fecha, lo que pone más de relieve la inhabilidad de ese contrato para constituír una sociedad de derecho jurídicamente perfecta. A lo más podría verse en él una promesa de celebrar un contrato de sociedad.

No es cierto, pues, que la acción principal contenga entre sus fundamentos fácticos la existencia de una sociedad de derecho, sino la de una sociedad de hecho, de la categoría ya indicada.

Ahora bien, si la sociedad de hecho no comporta distinción jurídica entre ella y sus socios, bien puede uno de ellos demandar indemnización por perjuicios recibidos en su calidad de socio de hecho, o mejor dicho, démandar por los perjuicios que personalmente haya recibido con ocasión de las actividades que la sociedad de hecho desarrollaba, que es lo que ha alegado Castrillón. Queda así eliminado el problema de si un socio puede demandar indemnización por los perjuicios que la sociedad haya recibido, que plantea el señor Procurador Delegado en su alegato de fondo, pues tal problema tiene como presupuesto lógico la existencia de una sociedad de derecho.

Entrando al examen de los factores constitutivos de la responsabilidad y comenzando por la culpa, aparece de autos la plena prueba del proceder por demás arbitrario del doctor Jorge Salazar S. como Auditor de la Tercera Brigada, por cuya orden personal el ejército, desconociendo la calidad de secuestre de que había sido investido el señor Tito Manlio Burbano por el Juez Primero Civil del Circuito de Palmira, procedió a recoger el arroz que habían sembrado Tiznés y Castrillón y a llevarlo a molinos de Palmira y Cali. La prueba al respecto la suministran los documentos emanados del Auditor Salazar, del Secretario Torres, y de las declara-

ciones de los mismos, así como de la de Alfredo Muñoz Acosta. Otros documentos emanados de personal del ejército y que el Fiscal del Tribunal aceptó en la contestación de la demanda como contentivos de un principio de prueba, refuerzan o corroboran la realización del aludido proceder arbitrario del Auditor Salazar.

En cuanto a los perjuicios que el demandante recibió, resultan establecidos de las mismas probanzas, ya que, como se indicó, de ellas aparece que la tropa recogió la cosecha de arroz perteneciente a Tiznés y Castrillón, o sea, que se apropió del grano, que pertenecía en un cincuenta por ciento a Castrillón, de conformidad con los términos del contrato que tenía celebrado con Tiznés y que éste protocolizó en la Notaría de Puerto Tejada, copia notarial del cual fue acompañada al libelo, como se dijo. En comunicación que el Auditor Salazar impartió al Teniente que comandaba la tropa y que el demandante acompañó al libelo y transcribió en el mismo, aparece afirmado que el precio del arroz debía ser entregado al Juzgado de Palmira, pero no consta que así se hubiera hecho. Consumado el despojo del arroz de Castrillón por obra del alto funcionario de la Nación que era el Auditor Salazar, incumbía a ésta demostrar que las consecuencias de tal despojo habían quedado neutralizadas o atenuadas por la entrega del precio de la venta del grano al Juez que adelantaba la ejecución contra Castrillón.

Este perjuicio sufrido por Castrillón es evidente que fue causado por el proceder arbitrario del Auditor Salazar.

Pero si es cierto que Castrillón fue desposeído arbitrariamente del arroz que le pertenecía como consecuencia del legal proceder del aludido Auditor de Guerra, no lo es menos que no aparece establecido en el proceso la cuantía precisa del perjuicio. Varios declarantes deponen acerca de las extensiones de tierra que en la primera cosecha se habían sembrado y acerca del rendimiento de la misma cosecha, que en su opinión fue de cuatro hanegas por plaza. Sin embargo, no es aceptable concluír que el mismo rendimiento hubiera dado la segunda cosecha, pues los factores ambientales de que depende la producción agrícola han podido ser diferentes. Se echan de menos los datos de las cantidades que fueron llevadas por la tropa a los molinos. Los recibos de éstos que el demandante acompañó al libelo no pudieron recibir autenticación durante el juicio. Incluso hay una orden expedida por el Auditor Salazar en el sentido de que se le entregaran al secuestre Burbano ciertas cantidades de bultos de arroz para negociarlas. En consecuencia, sólo podrá hacerse una condenación en abstracto al pago de los perjuicios.

Respecto a deudas que el demandante dice que tenía y que no pudo pagar, no hay prueba alguna en el expediente. Tampoco la hay de que hubiera recibido un nombramiento para un cargo oficial que no desempeñó por no haber podido obtener el certificado de paz y salvo, necesario para la posesión.

Según la doctrina del artículo 1613 del Código Civil, la indemnización de los perjuicios materiales comprende el daño emergente y el lucro cesante. En el caso de autos el daño emergente está representado por el valor del arroz de que fue desposeído Castrillón, o sea, la mitad del arroz que había sembrado en asocio con Tiznés. El lucro cesante se traduciría entonces en los intereses legales de esa suma, a partir de la consumación del despojo. Sin embargo, como el demandante circunscribió los perjuicios al valor del arroz de que fue desposeído (hecho 23) y expresamente pidió que los intereses corrieran "a partir de la ejecución de la sentencia hasta el día del pago total" (petición cuarta), a esa solicitud deberá armonizarse la condena, ya que de lo contrario se fallaría "ultra petita".

Acogida como ha sido la acción principal, huelga toda consideración respecto a la subsidiaria.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Revócase la sentencia apelada.

2º Condénase a la Nación a pagar el valor de los perjuicios materiales que sufrió el demandante Luis Carlos Castrillón V., como consecuencia de la arbitraria orden que dio el Auditor de Guerra de la Tercera Brigada, de que la tropa recogiera arroz que habían sembrado Benicio Tiznés y Castrillón en tierras del Municipio de Caloto (Cauca), arroz cuya mitad pertenecía al demandante.

Parágrafo. Mediante el trámite señalado en el artículo 553 del Código Judicial, se establecerá

la cantidad precisa de arroz de que fue desposeído Castrillón por la tropa, así como el valor de ella, atendido el precio del grano en la época de dicha recolección.

Es entendido que se deducirán las cantidades que hubieren sido entregadas al secuestre y las sumas de dinero puestas a órdenes del Juez Primero Civil del Circuito de Palmira; la suma resultante se deberá a partir del día en que quede ejecutoriada la presente providencia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Entre paréntesis: (Castrillón), no vale.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Eustorgio Sarria, Conjuez.

Jorge García Merlano, Secretario.

EXAMEN GENERAL DE LA LEGISLACION MINERA. LA CORTE RECTIFICA ALGUNAS DE SUS CONCLUSIONES ANTERIORES SOBRE REGIMEN DE PROPIEDAD DE LAS MINAS. SUPUESTOS DE LA ACCION DE OPOSICION. INSPECCION OCULAR Y PRUEBA PERICIAL. EFECTOS DE LA FALTA DE NOTIFICACION.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

En virtud de oposición hecha ante el Ministerio de Minas y Petróleos por el señor Arcesio Mejía Hoyos a la solicitud de permiso formulada por el Departamento de Antioquia para la explotación de unos yacimientos calcáreos, se inició este juicio, una vez cumplido el trámite administrativo correspondiente, por demanda que ante el Tribunal Superior de Medellín presentó el nombrado señor Mejía Hoyos, mayor de edad y vecino de la expresada ciudad, por medio de apoderado, contra la Nación, representada por el respectivo fiscal, en la cual solicita las siguientes declaraciones:

a) Que "es dueño y poseedor material e inscrito, en asocio de las sucesiones ilíquidas de los cónyuges Eleázar Mejía Montoya y Ana Joaquina Hoyos Acevedo o de las respectivas comunidades, como comunero y como heredero, de los yacimientos calcáreos existentes en los terrenos individualizados en las escrituras públicas números ciento treinta (130) y doscientos cincuenta y ocho (258), otorgadas en la Notaría del Circuito del Carmen de Viboral el veinticuatro de junio de mil novecientos diez y siete y cinco de julio de mil novecientos veintinueve, respectivamente, y en el documento privado extendido el veintidós de febrero de mil novecientos treinta y ocho, por ser tales personas o entidades dueñas del suelo como del subsuelo".

"b) Que el dominio de las tierras que forman hoy los inmuebles singularizados en los instrumentos públicos mencionados en el literal anterior y en el documento privado, en jurisdicción de Cocorná, salió del patrimonio del Estado Colombiano con antelación al 28 de octubre de 1873".

"c) Que en consecuencia, los minerales de cal o yacimientos calcáreos sobre los cuales versa la solicitud de permiso para explotarlos hecha por la Gobernación del Departamento de Antioquia, incluídos dentro de los linderos de los inmuebles delimitados en los instrumentos mencionados en el literal a) de la parte petitoria de esta demanda, no forman parte de la reserva nacional, y por ende no pueden ser materia de permiso para explotarlos".

"d) Que el Ministerio de Minas y Petróleos debe definitivamente abstenerse de conceder el permiso solicitado para la explotación de los minerales calcáreos existentes dentro de la zona 34 ya alindada en este libelo en la parte que se superpone sobre los inmuebles singularizados en los instrumentos relacionados en el literal a) de esta parte petitoria de la demanda".

"e) Que se ordene la suspensión de las diligencias administrativas y archivo del expediente en lo tocante a la zona 34 ya citada".

El demandante funda las anteriores pretensiones en los siguientes hechos que relaciona en veinticinco numerales, de los cuales, en el primero expresa que la Gobernación del Departamento de Antioquia solicitó permiso al Ministerio de Minas y Petróleos con fundamento en lo preceptuado en el Decreto número 2514 de 1952, para explotar una calera ubicada en el Municipio de Cocorná, en el nombrado departamento; en el segundo manifiesta que tal yacimiento calcáreo está ubicado en una zona comprendida dentro de los siguientes linderos: "Zona 34. Partiendo de la confluencia de la quebrada Majagual, en el río Santo Domingo, como punto arcifinio, al punto M-1, con rumbo S. 12°, 00' W., y 2944, 90 metros; de aquí con rumbo N. 65°, 23' 00" W y 900 metros al punto M-2; de éste al vértice Nº M3 con rumbo S. 24°, 36' 30" W y

1785,72 metros; de M3 a M4, con rumbo S. 65°, 23' E. y 1400 metros; de M4 a M5 con rumbo N. 24°, 36', 30'' E y 1785,72 metros, y de aquí al punto M-1 de partida, con rumbo S. 65°, 23' 30'' W y 500 metros, cerrando el cuadrilátero''. ''Zona 34-A. Partiendo de la confluencia de la quebrada de Majagual en el río Santo Domingo, como punto arcifinio y de partida, con rumbo S. 85° y 650 metros al vértice 2. De 2 a 3 con rumbo N. 05° W y 1400 metros. De 3 a 4 con rumbo N. 85° E. y 1785,72 metros. De 4 a 5 con rumbo S. 5° E y 1400 metros. Del 5 al 1 con rumbo S. 85° W y 1135,72 metros, cerrando el cuadrilátero''; en el tercero y cuarto alude a la oposición a que se otorgue al Departamento de Antioquia el permiso solicitado, presentada ante la Gobernación y dirigida al Ministerio de Minas y Petróleos; en el quinto y sexto afirma que las zonas 34 y 34-A a que se concreta la solicitud a que se ha venido haciendo referencia se encuentran ubicadas dentro de un globo de terreno de más de doscientos kilómetros cuadrados que fue adjudicado mediante real provisión desde 1791 y entregado a los adjudicatarios; en el séptimo se describen los linderos del globo de tierras mercedado, así: ''De los encuentros del río Verde y Santo Domingo, cogiendo la cordillera del otro lado del río Santo Domingo, por ella arriba a buscar la cordillera principal que linda con la tierra de don Felipe Villegas; voltiando a la mano derecha, cordillera abajo, hasta pasar una piedra nombrada de San Miguel, donde se parten dos cordilleras, tomando la que nace del río Cocorná; ésta abajo hasta pasar por las cabeceras de la quebrada llamada de El Rosario, y por ella abajo hasta su desemboque en la quebrada de San Eusebio, lindero de don Ignacio Ramírez, atravesando el río Cocorná hasta lindar con tierras de Manuel Giraldo; andando dichos linderos hasta dar en los encuentros del río Cocorná con San Matías, tierras o linderos de don Isidro Pineda y don José García, y por ellos a buscar el primer lindero''. O bien, ''de los encuentros del río Verde y Santo Domingo, cogiendo la cuchilla que los divide, a (sic) ella arriba a dar con la cordillera principal, linderos de don Felipe Villegas; cordillera abajo a dar a una quiebra que llama de San Miguel; pasada la quiebra hay dos cordilleras, cogiendo la que enlaza el río Cocorná, ésta abajo hasta encima de las cabeceras de las Cimarronas, a dar a las cabeceras de las quebradas del Rosario, lindando con la merced de don Cosme González y don José de Orozco; quebrada abajo a encontrar en la de San Eusebio, linderos de don Ignacio Ramírez; por ellos a topar linderos de Manuel Giraldo; pasando por ellos, el dicho río Cocorná, andando por ellos a topar con lindero de don Isidro Pineda y don José García, siguiendo hasta topar con dichos encuentros del río Verde y Santo Domingo, primer lindero''; del octavo al duodécimo se refieren al juicio divisorio promovido ante el Juez letrado del Circuito de Marinilla por Valerio A. Jiménez el año de 1844, y a la adjudicación que en él se hizo a los señores José y Nicolás Zuluaga de dos lotes, distinguidos con los números 36 y 46, de los cuales el primero, que correspondió a don José se halla comprendido dentro del segundo, y ambos dentro del globo general dado en merced por el rey de España en 1791. Los alindamientos de los dos lotes son los siguientes: Del número 36: ''De un mojón en medio morrito y junto a él tres cruces en tres palos como a media cuadra de distancia del río Santo Domingo, de aquí en derechura a otro mojón y junto a él una cruz; de éste en derechura a coger un filo, por él arriba hasta la derecera del amagamiento de los peñones; de aquí al dicho amagamiento; por él abajo al río Santo Domingo; por él abajo hasta la derecera del primer lindero''. Del número 46: ''Del río Santo Domingo a coger la cordillera que lo divide con el río Melcocho; por ella arriba, lindando con terrenos de pertenencia del señor Melchor Gallego, hasta estar en derechura de los encuentros de la quebrada Santa Rita con la quebrada San Antonio; de aquí a los dichos encuentros por la quebrada abajo hasta el río Santo Domingo; río abajo hasta donde le cae la cordillera del primer lindero''; los numerales decimotercero a decimosexto atañen a la transferencia de dominio que en favor del demandante hicieron los señores Luis Angel Gallo y Eleázar Mejía, por escritura pública número ciento treinta, otorgada en la Notaría del Carmen de Viboral el veinticuatro de junio de mil novecientos diez y siete, de una cuota parte del lote número 36 que se deja descrito, y del establecimiento allí existente para la explotación y beneficio de cal, y a las circunstancias de hallarse dicho lote dentro del alindamiento del globo de tierras mercedado por la Corona Española y de haber sido poseído por Gallo y Mejía y sus antecesores mediante actos de dominio, como el montaje del establecimiento industrial aludido, el corte de maderas, cultivo de maíz, etc., del decimoséptimo al vigesimocuarto se concretan hechos propios para relievar la explotación por la parte actora de los yacimientos calcáreos a que se refiere la demanda; el vigesimoquinto concierne a la tramitación administrativa de la oposición formulada por el actor; el vigesimosexto y el vigesi-

séptimo aluden a cuestiones de derecho que son materia de la decisión final, impertinentes por tanto en la relación fáctica del libelo; el vigesimo octavo afirma la presentación de la demanda dentro del término y conforme a las normas establecidas en el Decreto 2514 de 1952.

Con el libelo el demandante trajo a los autos los siguientes documentos: a) Un ejemplar del *Diario Oficial* número 29112, de 24 de agosto de 1956; b) Copia del expediente protocolizado en la Notaría de Marinilla, que contiene las mercedes reales citadas en el libelo y otras diligencias, entre ellas la partición de las tierras correspondientes; c) Certificación expedida por el Notario del Circuito de Marinilla el 17 de septiembre de 1956, relativa a la merced otorgada a los señores Isidro Pineda y José García de un globo de terreno contiguo al delimitado en la real provisión de 1791; d) Copia de la escritura pública número 130 de fecha 24 de junio de 1917, por medio de la cual Luis Angel Gallo y Eleázar Mejía venden al señor Arcesio Mejía los derechos sobre un establecimiento de cal con todos sus muebles, útiles y enseres, incluyendo además el respectivo derecho sobre el terreno; e) Certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Marinilla con fecha 19 de septiembre de 1956; f) Certificado expedido el 9 de los mencionados mes y año por el Tesorero de Rentas Municipales y Secretario de Catastro de Cocorná; g) Una diligencia de inspección ocular practicada sobre los terrenos objeto de la demanda con fecha diez y nueve del citado mes de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis por el Juez Civil Municipal de Cocorná, acta de inspección ocular dentro de la cual los peritos rindieron su dictamen y el señor Luis García rindió declaración acerca de la posesión material ejercida por el demandante Arcesio Mejía Hoyos sobre los terrenos objeto de la demanda; h) Copia de la escritura pública número 258 de 1929 por medio de la cual Cesáreo Pineda vende a los señores Arcesio y Eleázar Mejía un lote de terreno situado en la vereda de Majagual del Municipio de Cocorná; i) Certificado sobre vigencia de la matrícula del ingeniero civil Aníbal Jiménez Gómez; j) Partida de origen eclesiástico sobre matrimonio celebrado entre Eleázar Mejía y Ana Joaquina Hoyos; k) Partida de bautizo de Arcesio Juvenal Mejía Hoyos; l) Partidas de bautizo de Jesús Efrén y María Mejía Jiménez; m) Partidas de bautizo de José María y Manuel Eleázar Mejía Hoyos; n) Partida de bautizo de Carmen Inés Mejía Jiménez; ñ) Partida de matrimonio de Eleázar Mejía con Rufina Jiménez; y o) Acta civil de defunción de los esposos Eleázar Mejía y Ana Joaquina Hoyos.

Aceptada la demanda, de ella se dio traslado al señor Fiscal 3º del Tribunal Superior de Medellín, quien la contestó oponiéndose a la acción, admitiendo agunos hechos y negando los que se aducen como fundamentales para la prosperidad de la acción.

Durante el término probatorio la parte actora solicitó e hizo practicar, entre otras pruebas, una diligencia de inspección ocular con intervención de peritos, la que llevó a cabo por comisión del Tribunal *a quo* el señor Juez Municipal de Cocorná el veintinueve de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

En la sentencia con que el Tribunal fallador puso fin a la primera instancia, agotado el trámite respectivo, se hacen las siguientes declaraciones:

"a) El señor Arcesio Mejía H. es dueño y poseedor material e inscrito, en asocio de las sucesiones ilíquidas de los cónyuges Eleázar Mejía Montoya y Ana Joaquina Hoyos Acevedo o de las respectivas comunidades, como comunero y como heredero, de los yacimientos calcáreos existentes en los terrenos individualizados en las escrituras públicas números ciento treinta (130) y doscientos cincuenta y ocho (258), otorgadas en la Notaría del Circuito del Carmen Viboral el veinticuatro de junio de mil novecientos diez y siete y cinco de julio de 1929, respectivamente, por ser tales personas o entidades dueñas del suelo como del subsuelo".

"b) Declárase que el dominio de las tierras que forman hoy los inmuebles singularizados en los instrumentos públicos mencionados en el literal anterior en jurisdicción de Cocorná salió del patrimonio del Estado Colombiano con antelación al 28 de octubre de 1873".

"c) Declárase como consecuencia, que los minerales de cal o yacimientos calcáreos sobre los cuales versa la solicitud de permiso para explotarlos hecha por la Gobernación del Departamento de Antioquia, incluídos dentro de los linderos de los inmuebles delimitados en los instrumentos mencionados en el literal a) de la parte petitoria de la demanda, no forman parte de la reserva nacional, y por ende no pueden ser materia de permiso para explotarlo".

"d) En consecuencia el Ministerio de Minas y Petróleos debe abstenerse de conceder el permiso solicitado para la explotación de los minerales calcáreos existentes dentro de la zona 34 alindada en el libelo, en la parte que se superpone sobre los inmuebles singularizados en los

instrumentos mencionados en el literal a) de la parte petitoria de la demanda".

"e) Como consecuencia se ordena la suspensión de las diligencias administrativas en lo tocante a la parte de la zona 34 citada, de propiedad de los actores".

Contra este fallo interpuso el departamento demandado el recurso de apelación que se procede a decidir.

---

1. La acción incoada supone, en concepto de esta Sala: a) Que el yacimiento para cuya explotación se pide el permiso administrativo es el mismo que se reputa de propiedad particular; b) Que ese yacimiento no es del dominio del Estado; y c) que el demandante es su actual propietario.

1. *Localización e identificación de la mina.*

2. Con el fin de localizar al inmueble y de identificarlo, la parte actora hizo practicar una diligencia de inspección ocular, con intervención de peritos, que llevó a cabo el Juez Municipal de Cocorná el diez y nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis. El auto que señaló fecha para realizarla no fue notificado personalmente al fiscal del Tribunal, sino al personero del nombrado distrito municipal, por lo cual aquel funcionario provocó incidente de nulidad de lo actuado por haberse pretermitido lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 312 del Código Judicial.

Al confirmar el auto del Tribunal *a quo* que denegó la nulidad, dijo esta Sala en providencia de seis de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve:

"La falta de notificación del auto que señala fecha para la práctica de una diligencia está asimismo excluída de la tarifa de causales que vician el procedimiento, sin que pueda confundírsela con la indicada en el numeral 3º del artículo 448, pues ésta se refiere exclusivamente a la falta del llamamiento inicial a comparecer en la causa para que pueda formarse la relación jurídica procesal"; y agregó: "¿Cuál ha de ser entonces la consecuencia de la falta de notificación, dada la existencia del acto y que la irregularidad que lo vicia no está instituída en motivo de nulidad? Su ineptitud para ligar a las partes, que en la oportunidad debida pueden reclamar contra él mediante el empleo de los recursos que la ley establece, o al Juez, que en el momento de fallar debe abstenerse de tener en cuenta la relación no constituída regularmente, salvo que por preclusión se haya consumado la adquisición de un derecho o ventaja para uno de los litigantes o que la ley le asigne específicamente al acto irregular algún efecto no obstante la informalidad. Lo atinente a la eficacia o ineficacia de la prueba en caso como el de autos, es, así pues, cuestión relativa al mérito que pueda reconocérsele como elemento de convicción, de acuerdo con las normas que sobre su valor probatorio establece el Código Judicial, y por tanto, cuestión reservada al pronunciamiento final".

3. Al reconocimiento judicial practicado con la sóla intervención de quien lo pide le asigna el artículo 732 del Código Judicial el mérito de "presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados"; y si bien la regla, en su tenor literal, alude al reconocimiento pedido extrajuicio, es claro que la razón o motivo en que se inspira indica que la diligencia cumplida en el juicio sin citación de la parte contraria tiene el mismo valor que aquella, en cuanto le es asimilable, ya que el carácter de prueba incompleta que se atribuye a la practicada fuera de juicio y sin intervención de la contraparte —que puede llegar a ser prueba perfecta en virtud de lo dispuesto en el artículo 664 del Código Judicial— se debe únicamente a la deficiencia que se supone en la prueba recibida a espaldas de quien hubiera podido suministrar datos o informes con los cuales las cosas pudieran verse a otra luz. Este aserto está corroborado por la regla del artículo 731 del ya citado Código, que reconoce a la inspección ocular el valor de plena prueba cuando se ha practicado con citación de aquél contra quien haya de aducirse, aunque se pida para futura memoria. En los casos contemplados en las disposiciones mencionadas, es la intervención de las partes la que da la medida del valor probatorio de la diligencia, no la fútil circunstancia de que se cumpla dentro del juicio o fuera de él como lo ha entendido el señor procurador delegado en lo civil, quien en su alegato de conclusión en esta segunda instancia afirma que lo dispuesto en el artículo 732 sólo tiene aplicación, respecto del mérito probatorio de la inspección ocular, cuando se trata de reconocimiento extrajuicio.

4. Tampoco puede aceptarse, por otra parte, la afirmación del señor Agente del Ministerio Público de que en el presente caso se omitió notificar a la parte demandada la providencia que señaló fecha para la diligencia, ya que le fue notificada personalmente al Personero Munici-

pal de Cocorná, en su carácter de Agente del Ministerio Público, y en virtud del siguiente memorial que el Fiscal del Tribunal dirigió al Magistrado actuante en el negocio:

"Como en su providencia de 24 de julio pasado ha tenido a bien comisionar al señor Juez Municipal de Cocorná para practicar la inspección ocular que ha de llevarse a cabo en este juicio, de acuerdo con lo solicitado por el doctor Francisco Eladio Gómez en su memorial de 22 del mismo mes, me permito solicitarle le haga saber al señor Juez comisionado que es preciso notificarle personalmente al señor Agente del Ministerio Público de ese municipio todos los autos o providencias que se dicten en relación con esa diligencia y las demás que de allí se desprendan y a las cuales debe asistir el señor Personero Municipal de Cocorná en representación de la Nación, de acuerdo con lo ordenado en los numerales 1º y 5º del artículo 179 del Código Judicial".

Las atribuciones 1ª y 5ª de la disposición citada ciertamente no conciernen a asuntos en que, siendo parte la Nación, el conocimiento corresponde a autoridades distintas de los jueces municipales; pero no por eso puede dejar de entenderse la manifestación del Fiscal del Tribunal como una delegación al personero para representar a la Nación en la diligencia, que no difiere de la que la procuraduría delegada en lo civil suele hacer en los fiscales y personeros para actos similares, cuando han de verificarse por comisionados, y que desde luego no implica que el agente a quien corresponde la representación se desprenda de ella, sino que parcial y transitoriamente la confiere para llevar la vocería de la Nación en diligencias como la a que da lugar el reconocimiento judicial, lo que en tales casos excepcionales se justifica —y por eso ya constituye una práctica o costumbre inveterada y conveniente— por la complejidad y multiplicidad de las funciones que competen a aquellos funcionarios del Estado.

Sobra expresar que en tales condiciones no es posible rehusar a la diligencia practicada en este juicio el mérito de prueba completa que le atribuye el artículo 730 del Código Judicial.

5. En el acta de la expresada diligencia se dice que los inmuebles singularizados en la demanda fueron localizados e identificados así: el que fue objeto de merced real, situándose el Juez, su Secretario y los peritos "dentro del gran globo de terreno que abarca la cédula real expedida por don Carlos Rey de Castilla", y recorriendo "en gran parte algunas zonas aledañas al río Santo Domingo y la quebrada Majagual", y procediendo a poner los linderos descritos en los títulos y en el libelo en relación con "las realidades geográficas y topográficas del terreno", para lo cual "fueron recorridos y vistos varios puntos arcifinios y se observó y estudió debidamente lo que consta en el mapa oficial del Departamento de Antioquia, y también el mapa de la región"; las zonas 34 y 34-A, "examinando los linderos"; el lote número 36 adjudicado a don José Zuluaga en la partición efectuada en 1844, tomando "como base fundamental el río Santo Domingo y la media cuadra de distancia de que se habla y los puntos donde debieron estar los mojones que fueron conocidos por personas que habitan la región"; el lote número 46 adjudicado a don Nicolás Zuluaga en la misma división material, teniendo en cuenta "varios puntos que no ofrecen duda, como arcifinios muy conocidos en la región y determinados en los mapas"; el predio a que se refiere la escritura número ciento treinta de mil novecientos diez y siete, de la Notaría del Carmen, tomando "como base el río Santo Domingo, la distancia de media cuadra a que se hace alusión allí, los filos, los amagamientos y el río Santo Domingo"; y el inmueble descrito en la escritura pública número doscientos cincuenta y ocho de mil novecientos veintinueve, de la ya nombrada Notaría, tomando en consideración que "se trata de un lote sumamente bien conocido donde hay arcifinios que saltan a la vista", y ser conocido, además, por los moradores de la región, por el Juez y uno de los peritos. En el acta se consigna, finalmente, la aserción de que son ciertas las afirmaciones de la demanda en lo que atañe a la superposición de predios.

No suministra esa acta más amplias explicaciones sobre la manera como se procedió, ni en ella aparecen especificados todos los lindes arcifinios que se dice fueron tenidos en cuenta para la identificación de los inmuebles, lo que ha movido al señor Procurador Delegado en lo Civil a impugnar su mérito probatorio, y no sin cierto fundamento pues que son deficiencias que disminuyen la eficacia de la prueba; pero tales vacíos aparecen suplidos en la ampliación que de su dictamen hicieron los peritos a instancia de la parte demandada, donde en forma circunstanciada se indican los puntos y contornos que fueron localizados *in situ* y la manera minuciosa como se llevó a cabo el reconocimiento, para llegar a conclusiones idénticas a las de la inspección ocular.

Exponen los peritos que del paraje denominado Majagual, donde se encuentra ubicada la finca del demandante, al punto llamado La Pi-

ñuela, situado al borde de la carretera que de Cocorná conduce al corregimiento de San Francisco, hay una distancia aproximada de nueve kilómetros que se recorren a caballo; que de La Piñuela a la cabecera del Municipio de Cocorná hay doce kilómetros que se recorren en automóvil; que a poco trecho de la plaza de Cocorná, por la carretera que va a La Piñuela y San Francisco, se puede observar a mano derecha el cañón del río Cocorná, a cuyo borde desciende la carretera hasta el lugar llamado El Ocho (porque queda a ocho kilómetros de la plaza de Cocorná), donde se cruza el río por un puente, que poco antes del puente, aquél cambia de dirección, cruza la carretera y va a encontrarse pocos kilómetros más abajo con el río San Matías, confluencia que es punto arcifinio de referencia en los linderos descritos en la real cédula de 1791. Y continúan explicando:

"Cruzando el río Cocorná en 'El Ocho' la carretera sube un trayecto de unos cuatro kilómetros hasta el alto de 'La Piñuela', sitio de donde se ven con claridad las cordilleras que separan los cañones de río Verde y Santo Domingo (cordillera que figura como arcifinio en los linderos de la 'real cédula' mencionada antes) y la que separa los ríos Santo Domingo y Melcocho. Este punto o paraje denominado 'La Piñuela' se encuentra a una distancia de doce (12) kilómetros de la plaza de Cocorná y está ubicado dentro de los linderos de la 'real cédula'. En el punto 'La Piñuela' se toma bestia para descender por un camino público hacia el río Santo Domingo. Después de un recorrido de unos veinticinco minutos se pueden divisar el cañón del río Santo Domingo, parte de su vertiente izquierda, la cordillera que lo separa del río Melcocho y hacia el Sureste, sobre la margen izquierda del río Santo Domingo, se puede divisar el caserío de San Francisco más abajo del cual se encuentra la confluencia de los ríos Melcocho y Santo Domingo, y más abajo aún la de los ríos Verde y Santo Domingo que es precisamente el punto de partida de los linderos de la 'real cédula'. Después de un recorrido de unos quince minutos más, bajando siempre por la vertiente izquierda del río Santo Domingo, se llega a su margen izquierda y cogiendo por esta margen río arriba a unas cuentas (sic) cuadras de distancia se encuentra un puente colgante sobre el mismo río para cruzarlo hacia su margen derecha. Esta vertiente lo mismo que el río Santo Domingo y el puente colgante se encuentran dentro de la zona delimitada por la 'real cédula'. Después de avanzar río arriba (el camino bordea el río) por la margen derecha, a una distancia aproximadamente tres kilómetros del puente colgante, se llega a la desembocadura de la quebrada Majagual en el río Santo Domingo. El río en este punto corre de occidente a oriente y la quebrada en dirección Suroeste-Noreste. La quebrada cae por la margen derecha del río. La confluencia de la quebrada en el río es el punto de referencia o partida de las zonas solicitadas por el Departamento de Antioquia. Todos los trayectos que hemos anotado en la descripción que hemos hecho los recorrimos, hasta 'La Piñuela' en automóvil, y los otros a caballo. En la confluencia de la quebrada Majagual en el río Santo Domingo, o sea el punto de partida de las zonas calcáreas solicitadas por el Departamento de Antioquia, se procedió a examinar todos los datos indicados en la petición tales como rumbos y distancias. Al examinar los datos de la zona 34-A se constató que ella corresponde a un rectángulo que se extiende desde el río Santo Domingo hacia la cordillera que lo separa del río Cocorná, cordillera que se encontraba a la vista. El rectángulo tiene (son datos tomados de la solicitud) 1785,72 metros en el sentido longitudinal al río (650 metros de la desembocadura de la Majagual hacia arriba y 1135,72 metros de la misma desembocadura río abajo) y 1.400 metros de alturo perpendicularmente a la dimensión mencionada antes, es decir 1400 metros del río hacia la cordillera que está del lado izquierdo del río. Como se puede apreciar en este punto la distansia del río a la lima de la cordillera es de unos tres kilómetros y siguiendo el mismo sentido la solicitud del Departamento no alcanza sino a 1400 metros a partir del río, la zona 34-A se encuentra, pues, en la mitad inferior de la vertiente del lado izquierdo del río Santo Domingo en la cordillera que separa a éste del río Cocorná.

"Luego avanzando por la quebrada Majagual procedimos a identificar la zona 34 solicitada por el Departamento de Antioquia. Para hacer identificación y localización de esta zona sobre el terreno tomamos las indicaciones dadas en la misma solicitud hecha por el Departamento. La entidad solicitante da el punto de partida para localizar la zona 34 en la siguiente forma: confluencia de la quebrada Majagual en el río Santo Domingo (de esta confluencia se habló al identificar la zona 34-A) y el rumbo Sur 12° 00' Oeste y la distancia —2944,90— de la línea que liga un punto del perímetro de la zona a la mencionada confluencia. Por confrontación de la dirección de la quebrada Majagual y con la ayuda del respectivo mapa de Antioquia y del plano de la solicitud del Departamento se comprobó que la línea mencionada sigue por la mar-

gen derecha de la quebrada para ir a terminar en un punto que está en la misma margen y a una distancia de 2944,90 metros del punto de partida ya expresado. Como la quebrada Majagual nace en la finca donde se encuentra el yacimiento calcáreo del señor Arcesio Mejía H. y como de la desembocadura de la quebrada al punto donde comienza la finca del señor Mejía H. hay solo dos kilómetros, es evidente que el punto donde termina la línea antes indicada se encuentra localizado dentro de la finca del señor Mejía H. Desde el punto en cuestión (el situado a 2944,90 metros de la desembocadura de la quebrada Majagual en el Santo Domingo) el Departamento solicita un rectángulo de 1400 metros de ancho (900 metros hacia la derecha y 500 hacia la izquierda transversalmente a la línea de que se habló) por 1785,72 metros hacia la cima de la cordillera que divide a los ríos Santo Domingo y Melcocho. Como puede verse en el plano que adjuntó el Departamento y la solicitud de la zona 34 y que figura en el expediente, y según lo expuesto anteriormente, el rectángulo de que se ha hablado se superpone sobre la finca o calera del señor Arcesio Mejía H. y en el sentido longitudinal avanza hasta más allá de la cima de la cordillera lindero superior de la finca o calera del señor Mejía en las vertientes del río Melcocho al otro lado de la misma cordillera. En el sentido transversal, o del ancho o de la altura del rectángulo, abarca el ancho de la finca del señor Mejía H. y se adentra en propiedad de sus colindantes laterales el señor Jesús López a la derecha y el señor José Gómez a la izquierda.

"Hechas las identificaciones y localizaciones de las zonas solicitadas por el Departamento de Antioquia mediante el estudio y reconocimiento de todos los puntos que ya hemos indicado y con el auxilio del mapa de Antioquia, con los planos adjuntos a la solicitud del mismo Departamento y con las indicaciones hechas en los respectivos memoriales, procedimos a la identificación y localización del gran globo de terreno comprendido dentro de los linderos de la 'real cédula'.

"Para la identificación y localización de la zona comprendida por los linderos que constan en la 'real cédula' tuvimos en cuenta todos los puntos arcifinios que hemos mencionado dentro de esta exposición, los largos recorridos que hicimos, las múltiples observaciones hechas desde los sitios que ya mencionamos, los planos que figuran en el expediente, el mapa de Antioquia y el conocimiento personal del señor Juez y del señor Secretario del Juzgado Municipal de Cocorná. Estando en el mismo paraje denominado Majagual procedimos a orientarnos y nos dimos cuenta que al Sur, en primer lugar, se encuentra la cordillera que separa los ríos Santo Domingo y Melcocho, más hacia el Sur se encuentra el río Melcocho y todavía más al Sur se encuentra la cordillera que separa los ríos Verde y Santo Domingo, esta última es precisamente el lindero Sur y el Sureste de la capitulación expedida en 1791 a favor de José y Nicolás Zuluaga y otros. Siguiendo la misma orientación, hacia el Norte se encuentra primero el río Santo Domingo, más al Norte la cordillera que separa a los ríos Santo Domingo y Cocorná, y más al Norte el río Cocorná que en dos de sus puntos, la desembocadura de la quebrada San Eusebio y la confluencia con el río San Matías, entra a formar el lindero Norte de la capitulación. La confluencia del río Cocorná y el río San Matías y la de los ríos Verde y Santo Domingo determinan el lindero Noreste de la capitulación de que se ha hablado. Al Occidente se tiene la llamada 'quiebra de San Miguel', en jurisdicción del Municipio del Carmen, cerca al corregimiento de Mesopotamia, la cordillera que enlaza el río Cocorná y ya en el Noreste el alto de Boquerón, jurisdicción del Carmen, donde nace la quebrada 'Las Cimarronas' que corre hacia el otro lado de la cordillera y hacia el lado de acá la quebrada del Rosario puntos arcifinios a que se refieren los linderos de la capitulación. En esta forma se localizó e identificó el globo de terreno de la 'real cédula' que abarca zonas de terreno ubicadas en el Municipio del Carmen y Cocorná, municipios que son limítrofes. Siendo la zona 34 solicitada por el Departamento un pequeño rectángulo (comparado con la extensa zona de la capitulación) situado entre los ríos Santo Domingo y Melcocho como se deduce de lo expuesto antes, es evidente que tal zona se encuentra ubicada dentro del globo de la capitulación, como también la finca del señor Mejía H., pues a dicho globo pertenecen todos los terrenos comprendidos entre los ríos Santo Domingo y Melcocho formando, por decirlo así, el centro de la capitulación. El último de los ríos mencionados desemboca al primero dentro de la zona de la capitulación. Para comprender mejor lo dicho basta examinar el plano que se adjunta a esta ampliación de dictamen y donde la zona 34 es el rectángulo N 1-M 2-M 3-M 4-M 5-M 1, y la 34-A, también dentro de la capitulación, es el rectángulo 1, 2, 3, 4, 5, 1. En el mismo plano el punto A es la confluencia de los ríos Verde y Santo Domingo; A B C la cordillera del otro lado del río Santo Domingo; D la quiebra de San Miguel; E las cabeceras de la quebrada Cimarronas; F la confluencia de

los ríos Cocorná y San Matías y el 1 la confluencia de la quebrada Majagual en el río Santo Domingo".

6. Se ha hecho la transcripción anterior, porque su lectura convence de que la peritación se funda en la observación personal de los peritos durante el reconocimiento judicial, y en consideraciones razonables respecto de hechos o accidentes topográficos sujetos a sus sentidos, y que ellos destacan objetivamente, además, en el plano con que la ilustran. Sus afirmaciones respecto de la inspección *in situ* durante la diligencia de reconocimiento judicial, de la existencia de los alindamientos que describen y de la localización de las respectivas áreas territoriales, tienen asidero en el acta, donde se expresa, como ya se dijo, que situados el Juez, su Secretario y los peritos "dentro del globo de terreno que abarca la cédula expedida por don Carlos Rey de Castilla", *recorrieron* "en gran parte algunas zonas aledañas al río Santo Domingo y la quebrada Majagual" y *vieron* otros puntos arcifinios que sirvieron para hacer la localización e identificación correspondientes. De modo que las deficiencias del acta aparecen subsanadas en la peritación, que es prueba suficiente porque se apoya en razones atendibles y en hechos que, aunque no suficientemente expresados en el acta sí fueron observados durante la diligencia, como se desprende de las referencias que en términos generales en ella se consignan.

7. Pero el procurador impugna también el dictamen por cuanto entiende que no es en él sino en el acta de la inspección ocular donde debe hacerse la relación de los hechos y circunstancias que los peritos refieren, a tenor de lo dispuesto en el artículo 427 del Código Judicial; o sea, que si los hechos en que los expertos fundamentan su dictamen no aparecen relatados en el acta, ellos no pueden tomarlos en consideración porque aquella regla ordena que en tal documento se anoten "las observaciones conducentes del juez, los peritos o testigos o las partes que hayan concurrido".

No comparte la Sala este criterio en el concreto caso *sub júdice,* porque en lo que a los peritos concierne la disposición es aplicable a las observaciones que ellos crean oportuno dejar consignadas en el acta de la diligencia, mas sin que ello obste para que tal cosa se haga en el dictamen cuando éste se presenta fuera de la diligencia o se amplía después de terminada la inspección. Por el contrario, es en ese dictamen donde preferentemente han de aparecer enunciados los elementos de juicio que se tuvieron en consideración para emitirlo, y en el caso presente la peritación no solamente no está en desacuerdo con el reconocimiento judicial, sino que, por el contrario, éste la corrobora en cuanto acredita que la inspección *in situ* en que se apoyan los peritos realmente se verificó y que en ella se reconocieron algunos lugares o accidentes topográficos que mencionan los peritos, y además otros que sirvieron de puntos de referencia para determinar los alindamientos, y que si bien no se nombran en el acta, la alusión que en términos generales se hace a su reconocimiento sí corrobora lo que en la peritación se lee.

2. *Propiedad privada de las minas.*

8. El fallo de primer grado, que se revisa, se apoya en la doctrina sostenida por la Sala de Casación Civil de esta Corte en sentencia de veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y seis (G. J. LXXXIII, 84), en la cual se enseña, en lo que a régimen de propiedad minera se refiere: a) Hacia la época de la emancipación, y conforme a la legislación española vigente en la Nueva Granada, "las minas de oro, plata y azogue y 'otro cualquier metal' pertenecían a la real Corona, a cuya hacienda debían pagarse los impuestos correspondientes de *quintos* y *cobos* por los particulares que las trabajaban con las licencias debidas. Las minas de esmeraldas y sal gema eran del patrimonio de los soberanos, quienes las explotaban directamente, o mediante arrendamiento o concesión. Y las demás no comprendidas por las apropiaciones decretadas en beneficio de la real corona y del soberano, eran de propiedad del dueño del terreno en cuyo suelo se hallaran, siguiendo respecto de ellas el sistema romano de la accesión (*Cujus ets solum, ejus usque at coelum et usque centrum*), como norma excepcional al sistema regalista predominante en la materia". b) Al advenimiento de la independencia, "continuaron rigiendo en la república las leyes españolas sobre propiedad minera, y pasaron a ser del Estado aquellas minas que eran de la real corona". c) "El 24 de octubre de 1829 el Libertador, en ejercicio de las facultades extraordinarias de que estaba investido, dictó en Quito un decreto que se titula Reglamento de Minas, mediante el cual se realizó la nacionalización completa del subsuelo, derogándose tácitamente el derecho preexistente: todas las minas quedaron en el dominio radical del Estado". d) "La nacionalización de la propie-

dad minera decretada por el Libertador, subsistió hasta el año de 1858, en que se adoptó el régimen federal bajo la constitución de aquel año, según la cual las minas pasaron a ser del dominio de los Estados Soberanos, con excepción de las de esmeraldas y sal gema que eran bienes de la Confederación. De esta suerte los Estados Soberanos pudieron legislar libremente en materia de minas existentes en sus territorios, adoptando algunos la legislación anterior y promulgando otros sus propias leyes". e) Este régimen se mantuvo hasta 1886 en que, al organizarse la República en forma unitaria por la Constitución de ese año, las minas existentes en cualquier porción del territorio nacional entraron a regirse por las disposiciones del Código Fiscal de 1873, como ya venían siéndolo las ubicadas en terrenos baldíos, y por la norma del artículo 202 del estatuto fundamental; y según estas disposiciones, hoy pertenecen al Estado las minas "descubiertas o que se descubran en terrenos de la Nación y en los terrenos que por ésta hayan sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873", y a los particulares "las existentes en terrenos de propiedad privada que habían salido definitivamente del patrimonio nacional con anterioridad a esta fecha".

Un nuevo examen de la legislación que en materia de propiedad minera ha regido, en distintos períodos, en los territorios que hoy forman la República de Colombia, lleva a la Sala a apartarse de algunas de las conclusiones que hasta ahora han venido predominando en la jurisprudencia, y que aparecen recogidas en el fallo anterior.

9. Desde los primeros días de la Colonia rigió en territorio de Indias, por mandato u ordenanza real, la legislación de Castilla en cuanto no fuese contraria a leyes especiales promulgadas para ese territorio (*Recop. LI. Ind.*, lib. II, tit. I, L. I). De ahí la importancia del derecho histórico español en el estudio de las instituciones jurídicas de América.

10. En el año de 1263 una ley de partidas estableció "como los almojarifazgos, y rentas de los puertos, y las salinas y las mineras pertenecen a los reyes"; y si bien en punto a minas su parte normativa sólo alude a las rentas "de las salinas (...) y de las ferrerías y de los otros metales" (Part. 3ª, tit, XXVIII, L. XI), la generalidad con que el título de la ley, que se deja transcrito, se refiere a las *mineras*, sin reserva ni salvedad, es indicativo de que en su intención no estuvo excluír de la regalía real ninguna especie de minas.

11. El ordenamiento de Alcalá prescribió que "todas las mineras de plata y oro y plomo, y de otro cualquier metal, de cualquier cosa que sea, en nuestro señorío real pertenecen a Nos; (...) y asimismo las fuentes y pilas y pozos salados" (*Nov. Recop.*, lib. IX tit. XVIII, L. I.). Cuál fuera el alcance de esta ley, de giro anfibológico pues lo mismo puede indicar que pertenecen al señorío real *las mineras de cualquier clase,* que *las de metal, cualquiera que éste sea,* es cuestión que esclarece una ordenanza de Carlos IV que fija, con interpretación auténtica, la extensión que en el antiguo derecho se dio a las leyes que consagraron el sistema regaliano: "que sin embargo, de la inteligencia que se ha dado y pueda darse a las leyes y ordenanzas, en cuanto a que toda especie de minas, aunque no estén expresamente nombradas en ellas, pertenecen a la Corona, las de carbón de piedra sean de libre aprovechamiento, como lo son por antigua costumbre las de hierro, y otras substancias que se extraen del seno de la tierra" (*Nov. Recop.*, lib. XX, L. III). Si una ley indica la manera como otra debe ser entendida, como cuando expresa "la inteligencia que se ha dado y pueda darse" a esa ley en tal sentido debe ser aplicada, mayormente si la interpretación se halla en consonancia con la tendencia general de las instituciones jurídicas que gobiernan la materia, que en España, y en orden a la propiedad minera, se inclinaron notoriamente a sistema regaliano, porque los reyes "hubiesen de que mantenerse honradamente en sus despensas, y con que pudiesen amparar sus tierras y sus reinos y guerrear contra los enemigos de la fe, y porque pudiesen excusar sus pueblos de echarles muchos pechos y hacerles otros agravios" (*Part.* 3ª, tit, XXVIII, L. XI).

12. Empeño constante de los monarcas españoles fue estimular el descubrimiento de minas y fomentar su explotación, "porque el descubrimiento, beneficio y labor de las minas es tan conveniente a la prosperidad de estos reinos, y los de Indias" (Don Felipe III en Aranda, el 14 de agosto de 1610. *Recop. LI. Ind.*, lib. IV, tit. XIX, L. IX); por lo cual las daban a los vasallos por el sistema de concesiones temporales condicionadas al laboreo y al pago de los derechos que en el producto se reservaba la Corona (mitad, tercio, quinto o diezmo, según la época y la mina), lo que, sin separarlas del patrimonio del rey, permitía a éste transferir el derecho a beneficiarlas con mira al incremento de la hacienda común del reino y del soberano, pero sin que ello fuera obstáculo para darlas más tarde a otro si el anterior concesionario no cumplía la obligación de explotarlas. Es decir, que la conce-

sión sólo otorgaba las facultades de beneficio y disfrute, pero sin que la mina saliera del dominio eminente del soberano, que en aquella época en que no se habían desarrollado aún ciertos conceptos de derecho público se confundía con el dominio radical y con el patrimonial o fiscal. Por eso los *quintos* y *cobos* que se pagaban al rey no eran propiamente *impuestos,* como lo supone la sentencia de veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y seis, de la Sala de Casación Civil, sino verdaderas *regalías* o participaciones que se debían a la corona por el beneficio de bienes pertenecientes a ella.

Esto último aparece corroborado en una ley de la Novísima Recopilación: "Mandamos, que todos los vecinos y moradores de nuestras Indias, que cogieren o sacaren en cualquier provincia, o parte de ellas, oro, plata, plomo, estaño, azogue, hierro u otro cualquier metal, nos hayan de pagar, y paguen la quinta parte de lo que cogieren, o sacaren neto, sin otro ningún descuento, puesto en poder de nuestros Tesoreros, y Oficiales Reales de aquella Provincia, y calidad de que no lo pueden coger, ni sacar las personas, que conforme a nuestras ordenanzas están prohibidas de ir, estar, ni habitar en las Indias. Porque nuestra voluntad es hacerles merced de las otras cuatro partes, para que cada uno pueda disponer de ellas como de cosa suya propia, libre, quita, y desembargada en consideración a las costas y gastos" (*Recop. LI. Ind.,* lib. VII, tit. X, L. I). De modo que se suponía que las minas eran del rey, y que si del provecho neto de ellas había que pagarle la quinta parte era como a titular del dominio, no por concepto de impuesto o tributo, puesto que de las otras cuatro partes hacía *merced* en consideración a las *costas* y *gastos* que demandaba la explotación.

13. Así aparece configurada en los derechos español e indiano la propiedad minera, sin perjuicio de los casos en que se transfería con todos sus atributos y a perpetuidad; pero éstos eran la excepción. El notable jurista e investigador Jaime Rodríguez Fonnegra, en erudito estudio sobre la historia de la propiedad inmueble en Colombia (inédito), transcribe una real cédula dada en Granada por los Reyes Católicos el 3 de diciembre de 1501, del siguiente tenor en lo pertinente: "(...) sabed que a Nos es hecha relación que perteneciendo como pertenecen a Nos todos los mineros de metales y otras cosas que hay o se hayan hallado y descubierto hasta aquí o se hallaren o descubrieren de aquí adelante en las dichas islas y tierra firme del dicho mar océano algunas personas sin tener para ello nuestra licencia o mandato se han entremetido a descubrir y sacar mineros de ciertos metales que se dicen gumines (...) lo cual es nuestro perjuicio y de nuestras rentas y patrimonio real de nuestros reinos y señoríos (...) por lo cual defenderemos y ordenamos y mandamos (...) no sean osados de buscar ni descubrir ni llevar a vender a los indios de la dicha isla española ni a otras partes los dichos gumines ni otros metales ni mineros (...)". Y en una ley de Felipe IV se lee: "La disminución de algunos sientos de minas resulta, de que no se observan nuestras ordenanzas reales, y en particular las que están desiertas y desamparadas, y en esto está resuelto, que habiendo tiempo de cuatro meses que no se beneficien, pueda cualquier persona denunciarlas ante la justicia ordinaria, por desplobadas, y que hechas las diligencias de el nuevo cuadernillo de minas, se adjudiquen al denunciador para que las labre, como verdadero dueño, con las condiciones que allí se declaran, atendiendo en esto a que las minas no estén sin beneficiarse, y descubrir nuevas vetas. Y porque habiéndose mandado por algunas de nuestras Reales Audiencias, que se guarden y ejecuten las ordenanzas de minas, dadas en esta razón, los mineros e interesados en las que están desiertas, acuden a los Virreyes, o Presidentes a pedir mandamientos de amparo, para que por algún tiempo no se les puedan denunciar por desamparadas, con que quedan despobladas, y cesa la ejecución de las ordenanzas: Mandamos a los Virreyes y Oidores de nuestras Audiencias, que guarden, precisa y puntualmente las ordenanzas referidas, y no prorroguen el término estatuído, que así conviene, y es nuestra voluntad" (*Cod. LI. Ind.,* lib. IV, tit. XIX, L. VI). Para don Fernando y doña Isabel, así pues, a ellos pertenecían "todos los mineros de metales y otras cosas", descubiertos o por descubrir en los Reinos de Indias; y de la ordenanza de Felipe IV se desprende que las concesiones mineras eran de carácter temporal y que el rey en ningún caso se desprendía del dominio radical de los yacimientos.

14. Se ha creído, sin embargo —y así lo ha aceptado la Corte en varios fallos—, que puesto que Felipe II en Valladolid, en 1559, incorporó al patrimonio real las minas de oro, plata y azogue, debe entenderse, con argumento a contrario, que las demás quedaron excluídas del dominio de la Corona.

Después de referirse a la "facultad de buscar minas en las heredades propias y ajenas, y de beneficiarlas" con derecho a la tercera parte de ese beneficio, dada por don Juan I en Birbiesca, en 1387 (*Nov. Recop.,* lib. IX, tit. XVIII,

L. II), y de expresar que a pesar de dicha facultad "a lo que por experiencia se ha visto y ve, son pocas las minas que se han descubierto y labrado, y descubren y labran; y aun dizque algunos, que tienen noticia de mineras ricas y de provecho, las tienen encubiertas, y las no quieren descubrir ni manifestar", ordenó el rey Felipe en 1559: "primeramente reducidos, resumimos e incorporamos en Nos y en nuestra Corona y patrimonio todos los mineros de oro y plata y azogue destos nuestros reinos, en cualesquiera partes y lugares que sean y se hallen, Realengos, o de Señorío o Abadengo, ahora sea en lo público, concejil o baldío, o en heredamientos y partes y suelos de particulares, no embargantes las mercedes que por Nos o por los reyes nuestros antecesores se hayan hecho (...); y por otras causas que a ello nos mueven, las revocamos y anulamos, y damos por ningunas; y queremos que los dichos mineros estén y sean desde luego (sin otro acto de aprehensión o posesión) de la dicha nuestra Corona y Patrimonio, según y como por leyes destos reinos, y antiguo fuero y derecho nos pertenece" (*Nov. Recop.*, lib. IX, tit. XVIII, L. III).

Además de que la admisión del argumento a contrario debe hacerse con reservas, pues que por lo general el silencio del legislador no prueba, el texto de esta ley no ofrece duda sobre que ella no se propuso hacer una excepción, respecto de las minas de oro, plata y azogue, a un sistema vigente que consagrase como regla general la de que las minas accedían al terreno donde se hallaban, por lo que pertenecían al dueño del suelo, sino que por el contrario, proclama el principio de que "por antiguo fuero y derecho" pertenecían a la Corona, para en él fundar la revocación de mercedes otorgadas con anterioridad y restituír los respectivos yacimientos al real tesoro, en atención a que tales mercedes habían resultado infructuosas para el fin que con ellas se había propuesto el Soberano, lo mismo que las facilidades que para buscarlas, catarlas y beneficiarlas había dado el rey don Juan en 1387. Partía así Felipe II del principio de que las minas formaban parte del patrimonio real, para reincorporar a él las de oro, plata y azogue que de él habían salido sin provecho.

15. Critica Rodríguez Fonnegra una opinión de Solórzano en su *Política Indiana,* sobre la cual se expresa así: "(...) era, más que erróneo, opuesto a la naturaleza de las cosas lo que Solórzano (Lib. VI, Cap. I) sugería o admitía sobre que, enajenado el fundo, el rey quedaba en condición de propietario de cualquier substancia mineral que se contuviese en los linderos del mismo, ya fuera 'oro, ya plata, azogue, cobre, hierro, plomo, estaño, azufre, alumbre, sal, cal, yeso, greda, pizarras, canteras de todos géneros', no operándose tal reserva sino en virtud de normas previamente expedidas y con relación a los mineros de aquellas substancias a que estas normas se referían, o bien a consecuencia de la manifestación que al tiempo de la enajenación se hiciese de excluír de ella los yacimientos de cierta clase que el sólido abarcase" (ob. cit.).

Parece lo más lógico, sin embargo, que si "toda especie de minas, aunque no estén expresamente nombradas" en leyes u ordenanzas, pertenecían al rey; y si ello era así "por antiguo fuero y derecho", el señorío dominal del Soberano fuera el principio general, haciéndose innecesario reiterar la reserva de ciertas minas mediante leyes particulares relativas a determinadas substancias; pero asimismo, parece explicable que cuando se trataba de la enajenación de tierras por *capitulación* para el descubrimiento, conquista o población de un nuevo territorio se hubiese encontrado conveniente hacer esa reiteración.

16. Fuente del derecho indiano fueron las *capitulaciones* que el rey acordaba a los vasallos para el descubrimiento, conquista y población de nuevas tierras, en que el monarca hacía al súbdito gracia y merced de honores, títulos, tierras, inmunidades y prebendas en compensación o recompensa de lo que iba a emprender. La índole de la conquista, que se llevó a cabo más como empresa privada que como empeño estadual, pero en todo caso en nombre de la Corona de Castilla y bajo su patrocinio, dio lugar a esta clase de convenciones, verdaderas *cartas puebla* mediante las cuales llegó a consagrarse un nuevo derecho foral, pues que no solo delimitaban los derechos que correspondían al rey de los que éste reconocía al súbdito que acometía la empresa, sino que frecuentemente contenían concesiones de derechos inherentes a la soberanía (incluso llegó a autorizarse a conquistadores y colonizadores para cobrar tributos). Este carácter de las capitulaciones movió a los reyes que las hacían a expresar en ellas aquellos derechos que deseaban retener, aún siendo atributos inseparables de la autoridad real como las jurisdicciones civil y criminal, por lo cual debe entenderse que cuando la Corona autorizaba un nuevo descubrimiento o una nueva conquista, y repartía o adjudicaba las tierras que se descubriesen o conquistasen, con la reserva de ciertos derechos específicamente determinados, entre ellos algunos de tan obvia pertenencia del Soberano como el de administrar justicia, es porque dejaba al va-

sallo los demás de que no hacía mención. Lo que aparece todavía más evidente si se tiene en cuenta que, como lo mandaba la Ley II, título I, libro II de la *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, el derecho indiano —del cual eran fuente, como se ha dicho, las *Capitulaciones*— se aplicaba de preferencia al de Castilla, que respecto de aquél apenas tenía carácter supletorio.

17. De todo lo cual se deduce: 1º Que en el derecho histórico español rigió como principio general el de la división del suelo y el subsuelo minero, y que las minas pertenecían a la Corona, quien las daba en concesión temporal para su beneficio mediante el pago de una regalía. 2º Que eran del dominio privado, por excepción, las que habían sido expresamente cedidas por el rey en ley, ordenanza o cédula o nominativamente en carta de enajenación o merced. 3º Que pertenecían al dueño del terreno las que el Soberano no se había reservado en capitulación para el descubrimiento, conquista o población de nuevas tierras.

18. Este régimen se mantuvo entre 1819 y 1829, pues en ese lapso no se dictaron leyes sobre la propiedad de las minas, y consumada la independencia tanto el derecho indiano como el de Castilla continuaron en vigor en virtud de lo dispuesto en los artículos 188 de la Constitución de 1821, que prolongó la vigencia de las leyes que habían regido hasta entonces en cuanto no se opusieran a dicha Constitución o a las leyes que expidiera el Congreso, y 1º de la Ley de 13 de mayo de 1825 (251 de la Cod. Nal.), que señaló a las leyes el siguiente orden de prelación: "1º Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo. 2º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español, sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno español en el territorio que forma la República. 3º Las leyes de la Recopilación de Indias. 4º Las de la Nueva Recopilación de Castilla, y 5º Las de las Siete Partidas".

19. El 24 de octubre de 1829 el Libertador, en uso de facultades extraordinarias recibidas del Congreso, expidió en Quito un *reglamento sobre minería* (Ley 10 de la parte IV del Tratado V de la *Recopilación Granadina*), cuyo artículo 1º disponía: "(...) Las minas de cualquiera clase corresponden a la República, cuyo gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las piden, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este decreto". Del propio modo, su último artículo (38) incorporó a la legislación nacional las *Ordenanzas de Minería* dadas por Carlos III para Nueva España en 1783, que antes acaso no habían regido sino en alguna pequeña porción del territorio, y que proclamaban ser del dominio de la Corona las minas cualesquiera que fuesen su naturaleza u origen. De este modo se reiteró la nacionalización del subsuelo minero, régimen que subsistió hasta el cambio institucional de 1858.

20. Con la organización de la Confederación Granadina en este último año, se inició el régimen federal, recayendo en los Estados, por razón de lo prescrito en el artículo 8º de la Constitución, la potestad de regular todos los *objetos* o asuntos no atribuídos a la competencia de aquélla. En tal virtud, fue facultad de dichos Estados establecer el régimen minero en sus respectivos territorios, salvo en lo concerniente a las minas pertenecientes a la reserva federal, que lo fueron en un principio, conforme a lo dispuesto en los numerales 3º y 4º del artículo 6º de aquel estatuto, las de esmeraldas y sal gema y las vertientes saladas. El numeral 2º de la misma disposición dejó en el patrimonio de la Confederación "las tierras baldías no cedidas y las adjudicadas, cuya adjudicación caduque", por lo que las minas ubicadas en dichos baldíos continuaron sometidas a la legislación nacional.

La Constitución de 22 de mayo de 1858 no definió, frente a los particulares, el régimen de propiedad sobre las minas, sino que se limitó a establecer a favor de la Confederación la reserva a que se acaba de aludir; pero en cambio, hizo en el citado artículo 6º una determinación completa del patrimonio nacional, definiendo los bienes que lo componían, con que dejó insubsistente la regulación anterior, e implícitamente defirió a la ley el establecimiento de la que debía sujetarse el dominio de las minas situadas en territorios sometidos a las leyes de la Confederación, distintas de las comprendidas en la reserva constitucional.

Este régimen perduró con la Constitución de 1863, que acentuó el sistema federal, y que en su artículo 16 reiteró la norma consagrada en el artículo 8º de la Carta del 58; y fue así como las leyes posteriores fueron ampliando la reserva federal, como la 13 de 1868 que llevó a dicha reserva las minas y depósitos de carbón existentes en terrenos baldíos ubicados en los Departamentos de Padilla, Valledupar, Tenerife y Banco, en el Estado de Magdalena, a una distancia no mayor de cincuenta kilómetros de las riberas del mar en los costados de ambos océanos o de los ríos navegables, y la 29 de 1873 comprendió todos los depósitos y minas de la misma substan-

cia, hasta cuando la Ley 106 de 1873 la extendió a todas las minas situadas en tierras baldías de propiedad nacional.

21. En ejercicio de la autonomía legislativa que a los Estados confería el artículo 16 de la Carta de 1863, el de Antioquia expidió la Ley 127 de 1867 (*Código de Minas*) que reconoció la propiedad nacional sobre las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y sal gema, reservó para el Estado las de oro, plata, platino y cobre, y atribuyó las demás al dueño del terreno; con que estableció respecto de los dos primeros grupos el principio de la división del suelo y del subsuelo minero, que rigió bajo el imperio de la legislación castellana, y consagró el de la accesión respecto del último.

22. Al regresar el país al sistema unitario o centralista, en 1886, el artículo 202 de la Constitución dispuso: "1ª Pertenecen a la República de Colombia: (...) 2ª Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización. 3ª Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas".

Los *derechos constituídos* de que habla el ordinal 2º no son otros que los *adquiridos* conforme a la legislación anterior, o sea, las situaciones jurídicas individuales creadas a su amparo. Así lo sugieren el común empleo que doctrinantes y jurisconsultos hacen de locuciones como *derechos consumados, derechos constituídos, constitución de un derecho, consumación de un derecho,* etc., para indistintamente denotar el mismo concepto que se expresa con la de *derecho adquirido,* y la conveniencia de distinguir los efectos cumplidos de los actos jurídicos del sistema legal ideado para regularlos. Se arguye, sin embargo, que la ley puede y suele *constituír* o *atribuír* derechos sobre bienes materiales indeterminados, los que se consolidan con el sujeto aunque carezcan de la calidad de *adquiridos;* pero esta distinción entre derechos constituídos y derechos adquiridos, si bien ingeniosa, falla en el caso concreto de este pleito en cuanto confunde la relación jurídica constituída con su reglamentación legal: en efecto, cuando la ley atribuye al dueño del suelo las minas ubicadas en fundo que le pertenece, no está confiriendo de inmediato un derecho real sino simplemente regulando la manera de adquirirlo; de lo que se trata no es de crear una relación jurídica particular o concreta entre el dueño del suelo y las materias o substancias en él subyacentes hipotéticamente, sino de establecer un *modo* general de adquisición de la propiedad minera; la ley en este caso es de carácter abstracto, como de su naturaleza serlo, y con este criterio constituye, no derechos irrevocables vinculados a ciertos yacimientos, sino un sistema jurídico mediante el cual el dueño del fundo puede hacerse también al dominio de los minerales que se *hallen* o *descubran* en él: el de la unidad del suelo y el subsuelo o de la *accesión.*

23. No obstante, la Corte, en varios fallos, ha compartido con el Ministerio de Minas y Petróleos (concepto emitido el 26 de agosto de 1942) y con la Comisión Revisora del Código de Minas (Véase Eustorgio Sarria, *Código de Minas y Leyes del Petróleo,* Bogotá, 1950, pág. 16), el criterio de que, puesto que normas como la del artículo 1º de la Ley 127 de 1867, del Estado Soberano de Antioquia, atribuyeron al dueño del terreno la propiedad de las minas distintas de las expresamente reservadas para la Nación y para el Estado, el dominio de todas las demás se consolidó con el del suelo en el dueño de éste, sin consideración a la época en que fueron halladas o descubiertas.

24. No lo entiende así esta Sala, sin embargo, porque la excepción consagrada en el artículo 202 de la Constitución de 1886 sólo ampara situaciones jurídicas individuales, y la ley 127 —como las demás de los Estados Soberanos que establecieron el sistema de la accesión— sólo pudo crear una situación impersonal o abstracta, por los motivos ya expresados, y además, por que no podía ser objetiva o concreta en relación con cosas cuya existencia todavía se ignoraba cuando entró a regir el precepto constitucional, es decir, respecto de las cuales aún no se había consumado el hecho que podía producir la adquisición del dominio, ya que el derecho adquirido es el efecto jurídico de un *hecho cumplido* conforme a una normación legal, por lo cual supone el conocimiento y la determinación del objeto al que ese hecho se refiere. Por eso la propiedad, como todos los derechos reales, no recae sino sobre bienes individualizados o determinados (al punto de que en el lenguaje común el derecho real se confunde e identifica con la cosa: usualmente se dice "mi casa", "mi mina", en vez de "soy dueño de tal casa" o "de tal mina"), y el venero aún no descubierto carece de individualidad definida. La situación de tales

minas es análoga a la del tesoro antes del hallazgo, y la condición en que están quienes a éste pueden tener derecho es de simple expectativa, según Lhemann (*Tratado de Derecho Civil,* vol, I, Parte 1ª, sec. I, cap. III, 12, II, 4); y según Wolff, antes del descubrimiento o hallazgo no se tiene siquiera una expectativa de derecho: "El descubrimiento funda (antes de la toma de posesión) para el propietario y para el descubridor un *derecho de expectativa de propiedad,* enajenable y transmisible por herencia. En cambio, semejante derecho *no* existe todavía antes del *descubrimiento del tesoro,* y por tanto, al enajenar una finca, no cabe que nadie se reserve derechos sobre tesoros aún no descubiertos" (Henneccerus, Kipp, Wolff, *Tratado de Derecho Civil,* tomo III, cap. III, 83, III, I, b). Los subrayados son del autor.

25. En lo que atañe a la transferencia de los derechos reales, el sistema legal colombiano desde un comienzo se apartó del francés, para seguir al romano en que el título no es traslativo por sí solo, sino que únicamente genera obligaciones. Consecuencia es que el título, pues que no transmite el derecho *in re,* sólo da ocasión a expectativas o a derechos imperfectos sujetos a las contingencias que afectan la aficacia del acto jurídico.

Una de ellas es que falle el evento al cual se subordina esa eficacia como elemento esencial. Cuando el nacimiento del derecho perfecto depende de un hecho futuro e incierto, que es además esencial a su existencia, el acto jurídico no se integra de una vez sino sucesivamente mediante una pluralidad de actos, entre éstos la realización de ese hecho; y mientras no se complete ese proceso de integración, el derecho no pasa de ser eventual, esto es, que aunque protegido por la ley en algunos de sus efectos, no alcanza sin embargo la calidad de derecho adquirido. No se diferencia de la mera expectativa sino en que, en tanto que en el acto condicional la relación de dependencia entre éste y el hecho futuro es puramente accidental, pudiéndose prescindir de ella, en el derecho eventual esa relación es necesaria para que el acto pueda llegar a tener existencia jurídica; de modo que no puede hablarse de derecho real constituído o adquirido mientras esté pendiente una condición suspensiva o el cumplimiento de una eventualidad a la cual se ha subordinado la consolidación de ese derecho.

26. Conforme a estos principios, dable es reconocer que respecto de las minas ignoradas, y no descubiertas mientras rigió en Antioquia la Ley 127 de 1867, este estatuto no pudo constituír a favor del dueño del terreno derecho alguno de propiedad. En la naturaleza de la ley está, como regla general, no crear sino situaciones subjetivas o abstractas; y siendo la que acaba de mencionarse relativa a cosas que podían no ser conocidas, por lo cual la relación objetiva que el derecho real supone se subordinaba a su hallazgo, ella no pudo crear sino un derecho eventual para el dueño del suelo, que para tornarse perfecto requería que el objeto del dominio llegare a ser conocido, o más exactamente, susceptible de apropiación. Así, la Ley 127 no podía llegar a surtir efectos respecto de las minas que permanecían ignoradas cuando entró en vigencia el artículo 202 de la Carta, porque reservadas para la Nación y abolidos los Estados Soberanos, se perdieron para éstos y para el titular del derecho eventual, y el artículo 1726 del Código Civil de Antioquia, como el 1729 del nacional, consagraban el principio de la ineficacia del acto jurídico por la pérdida de la cosa o del derecho debidos. Si en la época en que el derecho de propiedad particular pudo quedar constituído por el descubrimiento y la consiguiente individualización de la mina, y la certeza de su existencia, ya ésta no pertenecía al Estado Soberano por haber éste dejado de existir y habérsela reservado la Nación, el derecho eventual del dueño del suelo no pudo ya transformarse en dominio por la frustración del evento al cual estaba subordinado.

27. Esta conclusión encuentra apoyo serio, además, en lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 38 de 1887, dictado en desarrollo de lo prescrito en el artículo 202 de la Constitución, y declarado exequible en sentencia de Sala Plena de la Corte el 12 de junio de 1913, el cual reza: "En dondequiera que la propiedad de las minas hubiera sido del propietario del suelo, hasta el día siete de septiembre de mil ochocientos ochenta y seis, en que empezó a regir la Constitución, cada uno de esos propietarios tendrá por un año, que se contará desde la fecha de esta ley, un derecho preferente al de cualquiera otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas que hubiere dentro de su heredad. Pasado un año, las minas que hubiere dentro de esas heredades, serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás conforme a la ley, con la excepción de que tratan los artículos 3º y 4º de esta ley". Si la ley entendió necesario o conveniente otorgar un derecho preferencial al dueño del suelo para buscar, catar y denunciar minas en terrenos de su propiedad, cuando ellas fueran del dominio de tal dueño

conforme a la legislación anterior, y prescribió que vencido ese plazo podrían ser denunciadas por quien quisiera hacerlo, es porque la reserva del artículo 202 de la Carta comprende las minas no descubiertas o denunciadas aunque se hallen en terrenos de propiedad privada.

28. De suerte que cabe afirmar que pertenecen al Estado las minas que con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1886 no habían sido descubiertas, encuéntrense en terrenos baldíos o en terrenos de propiedad particular, y las que se hallen en terrenos de propiedad privada adjudicados o enajenados por la Nación con posterioridad a 1873; al dueño del suelo las situadas y descubiertas en terrenos salidos del dominio del Estado durante el período de la Confederación Granadina y de los Estados Unidos de Colombia, antes de 1873, y las que posteriormente han sido atribuídas al dueño del suelo por regulaciones especiales; y en general, a los particulares, las que han sido objeto de enajenación o concesión administrativa, con arreglo a las prescripciones de la legislación minera.

3. *Propiedad de la mina en litigio.*

29. Conforme a lo que se acaba de exponer, para que el yacimiento calcáreo a que se refiere la demanda pueda ser tenido como de propiedad particular se requiere que aparezca demostrado: a) Que el terreno salió del dominio público con anterioridad al 28 de octubre de 1873; y b) Que la cantera era ya conocida antes del 7 de septiembre de 1886 en que entró en vigencia la Constitución.

30. El primero de los mencionados extremos se encuentra suficientemente acreditado con la copia de la merced otorgada por la Real Audiencia el 28 de julio de 1791, a solicitud de don José y don Francisco Duque y don José y don Nicolás Zuluaga, por los linderos que se describen en la demanda que son los mismos que figuran en el instrumento, y con la copia de las diligencias practicadas con anterioridad a la expedición de la respectiva carta.

Da razón la copia de tales diligencias de que, a petición de aquellos colonos, y previa provisión real que ordenaba realizarlas, se hizo la identificación, mensura y deslinde de los terrenos, y mediante información de testigos se estableció su calidad de realengos y la destitución económica y la capacidad para cultivarlos de los pretendientes a ellos. Al pie de estas copias aparece la de un atestado que acredita que el título fue expedido el veintiocho de julio de mil setecientos noventa y uno. Un trasunto de éste figura en los autos, compulsado por el Notario del Circuito de Marinilla de copia original llevada al juicio divisorio provocado en 1844 por el Pbro. Valerio Antonio Jiménez ante el Juez letrado de Marinilla, protocolizado en dicha Notaría, y tomada esta última del expediente sobre amparo de tierras formado en 1795 a instancia de José de la Cruz Duque ante el Alcalde ordinario de la ya nombrada villa.

El título, otorgado conforme a lo indicado en la real cédula de San Ildefonso de 1780, y previa información de las calidades y condiciones exigidas en ella para la concesión *graciosa* de realengos, dice así en lo fundamental: "...En este supuesto puede Vuestra Altesa consederles la merced con las presisas condiciones de que todos los contenidos en las listas referidas hayan de partisipar del beneficio de Vuestra Altesa, y que por lo mismo queden también obligados a cultibar las montañas, sembrarlas, y poblarlas, y que en caso de que el Gobierno tenga a bien consentir el establecimiento de algún pueblo, deban conseder francamente el terreno necesario para Iglesia y Plasa, y que hayan de dar comodamente los solares a los establesedores conforme a la ordenanza de pobladores. Santa Fe, Julio cuatro de mil setecientos noventa y uno. —Berrío—. Y pedidos los autos con citación de las partes, se hiso relacion de ellos en cuya vista se probeyó por mi Virrey Presidente, Rejente y oydores de la citada mi Audiencia en catorce del corriente mes y año, el auto siguiente: Vistos Haseseles gracia y merced a Don Josef y Don Francisco Duque, Don Josef y Don Nicolas Zuluaga, vesinos de Marinilla de las tierras realengas que solicitan bajo las condiciones pedidas por el Señor Fiscal, es su vista del cuatro del corriente. Por lo tanto fue acordado por los referidos Ministros el que debía librar este mi Real Título, e Yo lo he tenido a bien, y por él he venido en haceros gracia y merced a vos Don Josef y Don Francisco Duque y don Josef y don Nicolas Zuluaga, vesinos de Marinilla en la provincia de Antioquia, de las tierras realengas que solicitan y ban mencionadas en el cuerpo de este, bajo los linderos que ban espresados para que vivais de ellas sembrandolas, poblandolas y cultibandolas como mejor os paresca con vuestros propios en union de vuestras familias que contiene la lista presentada, y son Don Josef de la Cruz Duque y su familia, que componen catorce personas. Don Nicolas Zuluaga y su familia que componen cuarenta y una. Los herederos de don Josef Zuluaga, que son veinte y siete. Don Juan Miguel Zuluaga, compone su

familia el numero de siete. La de Don Alejo Jimenes tres. La de Don Manuel Cataño siete. La de Don Fernando Naranjo dies. La de Don Juan Anores. Duque siete. La de Don Antonio Duque dies. Don Joaquin Duque solo. La de Don Felis Duque solo. La de Joaquin Osorio siete, La de Melchor Gallego veinte y una. La de Josef Antonio Muños siete. La de Ysidro Muños cuatro. La de Don Francisco Josef Duque veinte y ocho. Y la de Raymundo Castaño tres. Todos los cuales participarán del beneficio de esta gracia, y por lo mismo quedan también obligados a cultibar desmontar, sembrar y poblar dichas tierras, pero en caso de que mi Gobierno del Reyno tenga a bien consentir en el establecimiento de algun Pueblo habeis de conseder francamente el terreno necesario para Iglesia y Plasa y dar comodamente los solares a los establesedores conforme a la ordenanza de pobladores, con cuyas condiciones se os haze la gracia y merced solicitada, y con la de que en el termino de tres años habeis de poner cultibado el terreno con pastos o con siembras segun su naturaleza, con apercibimiento que de lo contrario se adjudicará a otros que lo denunciaren. Y ordeno y mando a cualquiera de mis justicias que por vuestra parte sea requerida, os dé y haga dar posecion de las citadas tierras y linderos espresados y en ella os amparen y mantengan y a vuestros servidores, sin permitir que por persona ni con pretesto alguno se os inquiete en ella. Lo que cumplirán presisa y puntualmente, sin dar lugar a quejas ni haser cosa en contrario pena de doscientos pesos de buen oro, para mi camara y fisco. Dado en Santa Fe a veinte y ocho de julio de mil setecientos noventa y un años...''.

Del mismo expediente de amparo procede también la copia que obra en los autos de la diligencia de posesión que de tierras dio el Juez comisionado don Juan José Duque Alce a don José y don Francisco Duque, don Juan Miguel Zuluaga y don Alejo Jiménez el tres de marzo de mil setecientos noventa y dos.

Si se considera que la real cédula de San Ildefonso autorizaba en determinadas circunstancias la concesión de realengos a título gratuito o de liberalidad; que el título parcialmente transcrito fue expedido por la Audiencia de Santa Fé, y que a él había procedido real previsión de la misma audiencia en la cual otorgaba la merced y ordenaba expedir el título; y que previamente a su expedición se cumplieron los trámites y se satisficieron los requisitos exigidos en la mencionada real cédula de 1780, dándose a los interesados posesión de las tierras, no cabe duda de que el globo general a que se refiere el libelo salió del dominio del Estado desde el año de mil setecientos noventa y uno.

31. Para precisar el segundo extremo se hace necesario destacar los siguientes hechos:

De la actuación administrativa adelantada en el Ministerio de Minas y Petróleos, resulta que el Departamento solicitó primeramente permiso para explotar un rectángulo de diez kilómetros de longitud por cinco de latitud, o sea, cinco mil hectáreas, las que más tarde redujo, a instancia del mismo Ministerio y para ajustarse a lo prescrito en el Decreto 2514 de 1952, a dos zonas discontinuas de doscientas cincuenta hectáreas cada una, distinguidas con los números treinta y cuatro (34) y treinta y cuatro A (34-A), la primera de las cuales superpuesta a los terrenos cuya propiedad invoca la parte actora. Las cinco mil hectáreas en un principio solicitadas se extienden, de Sur a Norte, desde el río Melcocho hasta cerca del Cocorná, o sea, que se prolongan en extensión de diez kilómetros desde más acá de uno de los lindes de la merced hasta aproximadamente dos kilómetros antes del linde o puesto, esto es, del que separa los terrenos marcados a Duques y Zuluagas, y a otros, de los aledaños concedidos en 1771 por el virrey don Pedro Messía de la Cerda e Isidro Pineda y José García en carta de merced que también obra en autos, y en la cual se describen los siguientes puntos arcifinios de colindancia entre los dos globos: ''Desde los encuentros del río de Cocorná con el río de San Mathias arriba hasta dar en la deresera del alto de Guayaval, y de allí topando al lindero de don Nicolás de Zuluaga y don Juan Baptista Zimenes hasta dar al lindero del capitán don Antonio Gomes, i de alli buscando la cumbre y puesto en ella siguiendola para abajo a vista de los dos Rios, descabezando la Caldera a salir abajo de la Teta (...)''. Ahora bien, si se considera la gran extensión de la cantera que primeramente pretendía el Departamento de Antioquia, y que élla se prolonga hasta inmediaciones de las tierras mercedadas a Isidro Pineda y José García, según el plano presentado por el Departamento al Ministerio y llegado al juicio con la actuación administrativa; y que punto arcifinio de colindancia entre los dos globos, a tenor del título expedido a Pineda y García por el virrey Messía de la Cerda, era una *caldera,* expresión de minería que designa la ''parte más baja de un pozo, donde se hacen afluír las aguas para extraerlas más facilmente'', no puede menos que concluírse que ya desde 1771, cuando el virrey dio aquella merced, la vasta zona calcárea de la cual el Departamento pide dos sectores distintos era cono-

cida y aún comenzaba a ser beneficiada. No otra cosa cabe inferir de la existencia en aquella época de trabajos de minería en la cabecera de una cantera de cinco mil hectáreas. De lo cual se sigue que, por ser conocida y determinada o determinable cuando entró en vigencia la Ley 127 de 1867, en virtud de lo dispuesto en dicha ley la propiedad de la mina se transfirió al dueño del terreno donde está ubicada.

32. Y puesto que, finalmente, aparece acreditada en los autos la legitimación activa de la parte actora para promover la acción, con las copias notariales, debidamente registradas, de los instrumentos públicos invocados en la demanda con tal fin, ya el correspondiente certificado del registro público, que demuestran la propiedad que sobre los terrenos a los cuales se superpone la zona 34 tiene actualmente dicha parte; y con las actas de origen eclesiástico que establecen la personería del señor Arcesio Mejía Hoyos para incoar la demanda en su nombre y en el de las sucesiones de Eleázar Mejía y Ana Joaquina Hoyos, lo resuelto por el Tribunal de primer grado debe confirmarse, aunque con las aclaraciones que anteceden respecto de su fundamentación, y con la reforma del literal a) de la parte resolutiva consistente en la supresión de la frase "por ser tales personas o entidades dueñas del suelo como del subsuelo", con que termina dicho ordinal, por cuanto la demanda notoriamente se refiere a yacimientos calcáreos, y el subsuelo comprende otras substancias, distintas de tales yacimientos, cuya declaración de propiedad obecede a regulaciones diferentes y es de competencia de la Corte y no de los Tribunales de Distrito Judicial, como es el caso de los hidrocarburos.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, si bien con la salvedad a que se ha hecho referencia, en lo que concierne al literal a) de la parte resolutiva, el cual quedará así: el señor Arcesio Mejía Hoyos es dueño, con las sucesiones ilíquidas de Eleázar Mejía Montoya y de Ana Joaquina Hoyos Acevedo de Mejía, y las comunidades respectivas, como comunero y como heredero, de los yacimientos calcáreos existentes en los terrenos individualizados en las escrituras públicas números ciento treinta (130) y doscientos cincuenta y ocho (258), otorgadas en la Notaría del Circuito del Carmen Viboral el veinticuatro de junio de mil novecientos diez y siete y el cinco de julio de mil novecientos veintinueve, respectivamente.

Sin costas en esta instancia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Minas y Petróleos y al Gobernador de Antioquia, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE DOMINIO PRIVADO DEL SUBSUELO PETROLIFERO. INSPECCION OCULAR. PRUEBA PERICIAL. DETERMINACION DE PREDIOS.

Presupuestos de la acción. Elementos comprendidos en la identificación de los predios. Examen crítico de los elementos probatorios y en especial de los títulos aportados al proceso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

Con ocasión de la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional formulada por la Texas Petroleum Company y registrada en el Ministerio del ramo bajo el número 873, la compañía "Hacienda Neusa Limitada", sociedad domiciliada en Bogotá y cuya existencia y personería están acreditadas en este juicio, demandó a la Nación por medio de apoderado judicial y en libelo presentado ante esta Sala el 25 de septiembre de 1959, a fin de que mediante el trámite de que trata el artículo 2º del Decreto extraordinario 3050 de 1956 y con audiencia del representante legal de la entidad demandada, se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que la finca 'Hacienda de Neusa Limitada' de propiedad de mi poderdante, determinada en el hecho segundo de la demanda por su ubicación y linderos, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de varios títulos emanados del Estado y de la justa prescripción por explotación económica.

"*Segunda.* Que, en consecuencia, el petróleo, gases y demás hidrocarburos definidos por el artículo 1º del Código de Petróleos que se hallen en el subsuelo de ese predio individualizado en el hecho segundo de la demanda, son de propiedad de mi poderdante.

"*Tercera.* Que por lo tanto ese petróleo, gases y demás hidrocarburos pueden explotarse como de propiedad privada de mi mandante y su explotación no puede adelantarse por la Texas Petroleum Company, proponente de la propuesta número 873 a que adelante haré referencia, ni por persona alguna distinta de mi poderdante.

"*Cuarta.* Que en el caso de que se hubiere celebrado entre la Nación y la Texas Petroleum Company contrato de exploración y explotación del petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del mencionado predio, por hallarse dentro del perímetro de la propuesta número 873, dicho contrato debe declararse terminado en lo referente al subsuelo del terreno materia de esta demanda, según lo dispone el inciso 3º del artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956".

Los fundamentos fácticos de la demanda son:

"*Primero.* El Ministerio de Minas y Petróleos por medio de la Resolución número 574 de 30 de mayo de 1958 publicada en el *Diario Oficial* número 29776 de 27 de septiembre de 1958, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional, formulada por la Texas Petroleum Company el 17 de agosto de 1956, sobre un globo de terreno de 49.996 hectáreas y 9.600 metros cuadrados, ubicado en la hoya del río Bogotá, en jurisdicción de los Municipios de Nemocón, Guasca, Sopó, Tocancipá, Guatavita, Gachancipá, Zipaquirá, Sesquilé y Chocontá, en el Departamento de Cundinamarca, y comprendido por los siguientes linderos: (aquí ellos).

"*Segundo.* La sociedad 'Hacienda Neusa Limitada' es actual propietaria y poseedora inscrita de la finca denominada 'Hacienda Neusa', situada en jurisdicción del Municipio de Zipaquirá, de una extensión aproximada de 98 fane-

gadas, deslindada así: 'Por el Occidente, con el carreteable del 'Molino de La Vega' vallado de por medio, en una extensión aproximada de 920 metros; por el Norte, vallado y cerca de alambre de por medio con la hacienda denominada 'La Estancia' de propiedad de Pedro María Ortega; por el Oriente, con el río Neusa o Tibitó, en parte, y en parte con propiedad del señor Luis Bernal Granados, cerca de alambre de por medio, en una extensión aproximada de 174 metros; por el Sur, con propiedad del mismo Bernal Granados, en una línea que parte del vértice de una tapia al Norte del portón 'Las Aguilas', a unirse con la línea que sirve en parte de lindero oriental, en una extensión aproximada de 1.236 metros'.

"*Tercero.* La sociedad 'Hacienda Neusa Limitada' adquirió el predio determinado en el punto anterior por aporte que hizo en el acto de su constitución el socio Bernardo Botero Ramírez según consta de la escritura número 3429 de 18 de diciembre de 1951, de la Notaría 3ª de Bogotá.

"*Cuarto.* Bernardo Botero Ramírez compró a Luis Bernal Granados por escritura número 2753, de 15 de junio de 1951, de la Notaría 4ª de Bogotá.

"*Quinto.* Luis Bernal Granados adquirió por adjudicación en la sucesión de Arturo Bernal protocolizada por escritura número 544 de 23 de agosto de 1940, de la Notaría de Zipaquirá.

"*Sexto.* Arturo Bernal Granados adquirió así: parte, por adjudicación en el juicio de sucesión del doctor Luis Bernal protocolizado en la Notaría de Zipaquirá, por escritura número 747 de 24 de diciembre de 1906; parte por compra a la señora Julia Díaz Granados v. de Bernal, por escritura número 340 de 11 de julio de 1907 y parte por compra al señor Luis Bernal Granados, según escritura número 341 de 12 de julio de 1907, ambas de la misma Notaría de Zipaquirá.

"*Séptimo.* La señora Julia Díaz Granados de Bernal y don Luis Bernal Granados adquirieron por adjudicación en la misma sucesión de don Luis Bernal, protocolizada por la citada escritura número 747 de 24 de diciembre de 1906, de la Notaría de Zipaquirá.

"*Octavo.* Don Luis Bernal adquirió por permuta con don Francisco Escallón Gómez, según escritura número 513 otorgada el 14 de mayo de 1887 en la Notaría 3ª de Bogotá. También por la número 140 de 15 de febrero de 1889 de la misma Notaría.

"*Noveno.* Francisco Escallón Gómez compró a Rosario Gómez de Escallón por escritura número 300 de 18 de febrero de 1875, de la Notaría 2ª de Bogotá.

"*Décimo.* De estas escrituras para atrás la tradición del dominio del predio deslindado arriba se remonta hasta las personas que lo adquirieron con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de títulos emanados del Estado y de la prescripción adquisitiva.

"*Undécimo.* Entre otros de esos títulos el predio se encuentra dentro de la merced otorgada a doña Ana María de Mayorga, hija del Capitán Juan de Olmos en tierras del repartimiento de Tibitó en 3 de diciembre de 1586, por el Cabildo de Santa Fé.

"*Decimoprimero.* El Ministerio de Minas y Petróleos por medio de la Resolución número 574 de 30 de mayo de 1953 publicada en el *Diario Oficial* número 29.776 de 27 de septiembre de 1958, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional, formulada por la Texas Petroleum Company el 17 de agosto de 1956, sobre un globo de terreno de 49.996 hectáreas y 9.600 metros cuadrados, ubicado en la hoya del río Bogotá, en jurisdicción de los Municipios de Nemocón, Guasca, Sopó, Tocancipá, Guatavita, Gachancipá, Zipaquirá, Sesquilé y Chocontá, en el Departamento de Cundinamarca, y comprendidos por los siguientes linderos: (aquí ellos).

"*Decimosegundo.* La propuesta fue publicada en el *Diario Oficial* número 29.776 de 27 de septiembre de 1958.

"*Decimotercero.* El predio materia de este juicio está dentro del área de la propuesta número 869 de la Texas Petroleum Company, determinada en el numeral anterior.

"*Decimocuarto.* La circunstancia de haber salido dicho predio del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de actos que son fundamento del decreto de mi poderdante sobre el subsuelo, hace a éste dueño de los hidrocarburos existentes en él.

"*Decimoquinto.* Si ello no fuera bastante, la propiedad del subsuelo fue adquirida por prescripción en virtud de la explotación económica de tal predio efectuada por muchos años con anterioridad a la reserva del subsuelo por parte del Estado".

Para sustentar las pretensiones de la parte actora se invocan las siguientes disposiciones legales: artículos 5, 34, 36 del Decreto número 1056 de 1953; 2º del Decreto 3050 de 1956; las

Leyes 37 de 1931, 160 de 1936, 11 de 1953 y los Decretos reglamentarios; las Leyes de 11 y 13 de octubre de 1821 y el Código Fiscal de 1873.

Con el libelo principal se presentaron estos documentos: un ejemplar autenticado del *Diario Oficial* número 29776 de 27 de septiembre de 1957, en el que aparece publicado el aviso referente a la mencionada propuesta número 873; certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre existencia y personería de la sociedad demandante; certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Zipaquirá sobre posesión inscrita de la finca Neusa por la citada compañía; copia de la escritura número 3429 de 18 de noviembre de 1951, de la Notaría 3ª de Bogotá, sobre constitución de la sociedad "Hacienda Neusa Limitada"; copia de la escritura número 2753 de 11 de junio de 1951, de la Notaría 4ª de Bogotá, sobre venta de Inés Bernal a Bernardo Botero; copia de la escritura número 544 de 23 de agosto de 1940, de la Notaría de Zipaquirá, sobre protocolización del juicio sucesorio de Arturo Bernal Granados e hijuela adjudicada a Luis Bernal Granados; copia de la escritura número 341 de 12 de julio de 1907, de la anterior Notaría, sobre venta de Inés Bernal a Arturo Bernal Granados; y copia de la escritura número 747 de 24 de diciembre de 1906, de esta misma Notaría, sobre hijuela adjudicada a Arturo Bernal en la sucesión de Inés Bernal. Estos últimos instrumentos públicos se trajeron al juicio para acreditar actos o contratos entre particulares referentes a la transferencia del dominio del inmueble materia del litigio.

Admitida la demanda, el representante legal de la Nación la contestó en el sentido de expresar su oposición a que se decretaran las declaraciones allí suplicadas y de manifestar, en cuanto a los hechos, que los negaba en términos generales.

Como el negocio se ha sometido a las ritualidades de rigor legal y ha llegado la oportunidad procesal de desatarlo en el fondo, se considera en orden a tal finalidad:

Son presupuestos esenciales de la acción incoada, según lo ha puntualizado la Corte en numerosos fallos pronunciados en juicios sobre dominio petrolífero: propiedad actual de la parte actora en el período de la prescripción extraordinaria, referente a las tierras en que subyace el petróleo de que se trata. Título proveniente del Estado con anterioridad a la reserva fiscal del 28 de octubre de 1873, o, a falta de éste, los documentos de origen oficial emanados de autoridad competente que demuestren su existencia; identificación real de las tierras objeto de la litis.

También de una antigua orientación jurisprudencial y de los preceptos del Código de Petróleos se sigue que la determinación de los terrenos que son objeto de esta clase de controversias, impone la demostración de estos hechos: singularización objetiva del predio a que se contrae la pretensión demandada, es decir, comprobación precisa de que los linderos contenidos en el título de dominio actual de la parte demandante corresponden a la realidad geográfica del terreno; identificación real de las tierras salidas del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, desde luego, a la luz de los alindamientos consignados en el título o títulos originarios que se invoquen; establecimiento de que es uno mismo el terreno desprendido del dominio nacional antes de la reserva fiscal indicada y aquél en que se encuentra el petróleo cuya propiedad se disputa, o que el primero comprende a este último en todo o en parte; superposición, total o parcial, entre las lindes de los terrenos litigiosos y las áreas de la propuesta de contrato.

Para establecer la parte demandante las identificaciones de que se viene hablando, solicitó la práctica de una inspección ocular, visita que se llevó a cabo por el Juez Civil del Circuito de Zipaquirá el 28 de abril de 1961, en virtud de comisión conferida por la Sala, con asistencia de los peritos ingenieros José Dulcey y Manuel Chaparro Caicedo, el apoderado de la sociedad demandante y el Procurador Segundo Delegado en lo Civil.

El personal inspector, según reza el acta respectiva, hizo las verificaciones y dejó los testimonios que a continuación se indican: 1º Identificó la hacienda denominada "Neusa" a que se refiere la demanda, mediante el recorrido de sus linderos, comprobándolos sobre el terreno de acuerdo con los títulos de propiedad actual de la compañía actora; 2º En vista "de la vaguedad de los términos" de la merced otorgada a Juan Sánchez de Toledo "de una estancia de ganado en términos de esta ciudad en el pedazo de tierra que es desde el abra de Tibitó hasta la otra punta de Nemocón que es en los términos de Gachancipá...", "el personal de la diligencia se limita a dejar constancia de lo siguiente: "Entendiéndose como abra, la pequeña abertura existente entre dos cerros, se observa la existencia de una abra situada entre dos cerros. A la izquierda, un cerro de forma alargada que el administrador de la finca indicó como Goni, y otro, a la derecha, donde se encuentra levantada la represa del acueducto de Tibitó del Municipio de Bogotá. La finca 'Neusa', antes indicada, se encuentra hacia el Noroeste de dicha abra", Tam-

bién se pudo comprobar que el cerro llamado "Goni", es el mismo que aparece con ese nombre en el plano del Instituto Agustín Codazzi, plancha C-III-209 de Zipaquirá. Luego, se deja testimonio de que "en virtud de la vaguedad de los títulos, antes mencionada, el Juzgado somete al dictamen de los señores peritos la identificación y correspondiente ubicación de los inmuebles objeto de tales títulos y a que se refiere el punto 2º del memorial de pruebas"; 3º Asimismo se somete al concepto pericial la cuestión atinente a la posible superposición entre el perímetro territorial de la propuesta de contrato número 873 y el predio materia de la demanda de oposición; 4º Por último, se hace constar que el fundo inspeccionado está en la actualidad destinado a la explotación agrícola y pecuaria.

Por su parte, los peritos llegan a las conclusiones que a continuación se indican, al contestar los distintos puntos del interrogatorio que les fuera sometido a su consideración:

1º Los linderos de la finca denominada "Neusa" a que se contrae la demanda, según el recorrido que de ellos se hizo, concuerda con los descritos "en las escrituras números 2753 de junio de 1951 de la Notaría 4ª de Bogotá, en que Bernardo Botero R. compra a Luis Bernal Granados, y número 3429 de 18 de diciembre de 1951, de la Notaría 3ª de Bogotá, por la cual se constituye la sociedad 'Hacienda Neusa Limitada', títulos que figuran en el expediente".

2º Al referirse los expertos a la identificación de las tierras amparadas por los títulos primitivos que se invocan como causa jurídica del desprendimiento de aquellas del dominio estatal, expresan:

"Con fecha 4 de febrero de 1548, el Licenciado Miguel Díez de Armendariz, Gobernador del Nuevo Reino de Granada, concede una merced consistente en una estancia de ganado, en tierras de Santa Fé, a Juan Sánchez de Toledo (pág. 20 v. del C. número 3), alinderándola así: 'en un pedazo de tierra que es desde el abra de Tibitó hasta la otra punta de Nemocón, que es los términos de Gachancipá, que corre desde la sierra de dicho pueblo de Gachancipá hasta el río.

"Esta primera alinderación nos ubica en una zona conocida que es desde Tibitó hacia Nemocón y sobre el río, que posiblemente es el de Bogotá. No quedan definidos los linderos pero se produce una primera y vaga ubicación de la merced. Posteriormente Juan Sánchez de Toledo hace donación de los terrenos que le adjudicó Díez de Armendariz a favor de Juan Penagos, con fecha 10 de marzo de 1561 (pág. 21), sin hacer determinación de linderos, solamente hace referencia al título de origen ya citado.

"Luego Juan Penagos aparece pidiendo la confirmación del título de la estancia a Juan Sánchez de Toledo, alinderándola así en su pedimento: 'desde el abra de Tibitó, que es de la otra banda del río grande que pasa por Tocancipá y donde al presente tengo un bohío en el que vive un indio yegüerizo, que guarda las yegüas, y de él hasta la otra punta de Nemocón', son pues los linderos del título original de la estancia de Juan Sánchez de Toledo. Pide luego, 'me haga merced de todas las demás tierras que hay desde la dicha abra y bohío del dicho yegüerizo susodicho, hacia esta parte por el ancho de la dicha estancia hasta el río grande, etc.', se define aquí claramente que se trata del río Bogotá y fue solicitada más tierra hacia el Sur del abra de Tibitó, (pág. 22). Con fecha 19 de septiembre de 1570, el doctor Venero, Gobernador del Nuevo Reino de Granada, ordena se ampare la posesión de la estancia de Juan Penagos, por los títulos que se dieron a Juan Sánchez de Toledo, y le concede 'la demás tierra que en dicho pedimento se pide'.

"Aparece luego Francisco de Montoya, escribano de Su Majestad, dando posesión a Juan de Penagos de la estancia concedida a Juan Sánchez de Toledo 'que es desde la dicha abra de Tibitó hasta la otra punta de Nemocón' (pág. 23), se trata, por tanto, de la misma estancia concedida por Díez de Armendariz. En los días vecinos al 26 de enero de 1589, Francisco Durán, escribano de Su Majestad y Martín Alonso, medidor, se ocuparon de medir la estancia que originalmente fue de Juan Sánchez de Toledo (pág. 23 v.), 'que comienza a correr desde el abra de Tibitó y el río arriba y la sierra hasta la otra punta de Nemocón', se trata pues de la merced original cuya tradición hemos seguido. El medidor principió su medida, 'desde la punta de la sierra que está frontera de Sopó en la dicha abra de Tibitó hasta la otra punta de la sierra de la dicha abra, corriendo la medida por arrimado al dicho río y pantano y la falda de la sierra hacia donde tiene el hato de vacas el secretario Velásquez de la abra de la punta de Nemocón se midieron 6.000 pasos, y donde se remataron los dichos 6.000 pasos se hizo un mojón grande de piedra', este sería el costado Suroeste del polígono de cuatro lados que se trataba de localizar.

"Siguió luego la medida de 'otros 6.000 pasos de frente por la sabana hacia la parte de la punta de Nemocón', y se colocó otro mojón. Esta medida corresponde al costado Noroeste del polígono.

"El 26 de enero de 1589 se dieron otros 6.000 pasos 'por la parte del río que baja de Suesca y pasa por cerca de Gachancipá o Tocancipá comenzamos la medida desde el abra de Tibitó; y corriendo el río arriba se midieron otros 6.000 pasos; y se colocó otro mojón, en una vuelta de codo que hace el río cerca de un pantano por donde está el paso del dicho río', esto es que volvieron a iniciar la medida en el punto en donde la habían comenzado el primer día, pero esta vez, río arriba, se ve claro que éste debió ser el costado Sureste del polígono.

"Por último 'para medir la otra frente de dicha estancia se comenzó a medir el dicho pantano arriba, del dicho paso del río desde la barranca del dicho río, metiendo el pantano en la dicha medida, se midieron 6.000 pasos, hasta dar a la otra medida que se hizo por la falda de la sierra de la punta de Nemocón' y allí cerraron el polígono de cuatro lados, poniendo ese día el costado Noreste. Pertenecía, en esas fechas, la estancia a Alonso Valero.

"El sitio probable de iniciación de las anteriores medidas situado en el abra de Tibitó, en la punta de sierra que está al frente de Sopó, debe ser indudablemente el indicado en el croquis que se adjunta, se hizo luego la primera medida de 6.000 pasos por el río y la falda de la sierra; esta medida tuvo que ser, río abajo, pues la cuarta medida, partiendo del mismo punto, se hizo río arriba. La segunda medida se hizo por la sabana hacia la parte de la otra punta de Nemocón, interpretamos que trataron de buscar el abra que se encuentra al Norte del cerro de Gone por donde pasa hoy en día el camino que lleva de Zipaquirá a Gachancipá.

"La tercera medida arrancó del punto inicial de la primera, pero siguiendo río arriba hasta la vuelta de codo del río que se observa claramente en los planos y se indica en el croquis. Luego en la cuarta medida trataron de cerrar el polígono de cuatro lados, cada uno de 6.000 pasos, que constituía la extensión de la estancia.

"En el croquis adjunto hemos tratado de indicar el probable recorrido que hizo el medidor en la diligencia de mediación, poniendo aproximadamente la longitud de 6.000 pasos por cada lado, equivalente a 4.080 metros, cada paso con una longitud de 0,68 metros.

"Como es obvio, esta interpretación no puede ofrecer ninguna exactitud, dada la vaguedad de los datos de que se dispone, pero hay una cosa cierta y es la ubicación de la estancia que se concedió en merced y luego se localizó en el terreno; indudablemente esta estancia se situó en contorno del cerro de Gone y extendiéndose desde el abra de Tibitó hasta el abra o depresión que aparece al Noreste de este cerro.

"Interpretando el espíritu o intención que tuvo el Estado de ese tiempo al concederla y ordenar la medida de una estancia de 6.000 pasos por cada lado, hay que concluír que el área que se trataba de dar era la de un cuadrado de 6.000 pasos por lado, o su equivalente de 4.080 metros, lo cual corresponde a un área de un mil seiscientas sesenta y cuatro hectáreas seis mil cuatrocientos metros cuadrados (1.664 hs. 6.400 metros 2), para cada estancia. Hemos marcado en el croquis un cuadrado de estas dimensiones y superficie, haciéndolo coincidir con el punto de origen de la medida y con la dirección del curso del río. Se puede observar que hay bastante superposición entre la figura irregular que se considera como probable ruta de la medida y el cuadrado que representa la extensión superficial de la estancia".

De las anteriores consideraciones se desprende, según los peritos, que "vista la ubicación de la hacienda de Neusa, localizada en los planos del Instituto Geográfico, como se indica en el croquis que se ha calcado de aquellos, se puede asegurar que la hacienda materia de la demanda está incluída dentro de la extensión de terreno que salió de la propiedad del Estado al producirse la adjudicación de la estancia de Juan Sánchez de Toledo, esta inclusión puede ser total o parcial, lo cual no se podría precisar".

Luego, agregan que en cuanto a las otras mercedes que figuran en el expediente, por la vaguedad de los alindamientos contenidos en esos títulos se "hace imposible precisar su ubicación".

3º En lo referente a otra de las cuestiones propuestas a los expertos, o sea, "si el predio materia de la demanda se encuentra dentro del área de la propuesta número 873 de la Texas Petroleum Company", expresan que para rendir su dictamen tuvieron en cuenta los mapas del Instituto Agustín Codazzi correspondientes a las regiones en donde se pidió la concesión, el plano y los linderos de la referida propuesta, y las medidas planimétricas de las zonas de la hacienda Neusa que se encuentran dentro y fuera de aquélla, estudio del cual obtuvieron estos resultados:

		Fgds.
"Area de la Hacienda Neusa incluída dentro de la propuesta número 873 ...	100	6077 v. 2
"Area de la Hacienda Neusa fuera del lindero de la propuesta número 873 ..	33	1813 v. 2
"Area total de la Hacienda Neusa	133	7890 v. 2"

4º Finalmente dictaminan los peritos que las tierras litigiosas han sido objeto de explotación económica con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por estas razones: al solicitar Juan de Penagos la confirmación del título de merced otorgada a Juan Sánchez de Toledo, habla de la existencia de un yegüerizo y un bohío; en el convenio de partición celebrado el 12 de junio de 1863 por los herederos de Tomás Escallón del Castillo, figura la hacienda de Tibitó Chiquito con semovientes; en la escritura de 28 de marzo de 1864, aparece esa finca como explotada económicamente.

Según se desprende de lo anteriormente expuesto, el informe de los expertos llega a la conclusión primordial de que la Hacienda Neusa, materia de la demanda, está comprendida dentro de la estancia de ganado mercedada a Juan Sánchez de Toledo, pero sin que se pueda precisar si tal comprensión es total o parcial.

Más estima la Sala que el cuestionado concepto carece de debido fundamento a este particular y, por lo tanto, de eficacia para acreditar la precisa determinación de las tierras indicadas en aquél título original, como, por ende, para el establecimiento de una necesaria relación de identidad entre los terrenos objeto de dicha merced y el predio sobre el cual alega propiedad actual la sociedad demandante, en virtud de las consideraciones siguientes:

En el reconocimiento judicial practicado para el esclarecimiento de esta especial cuestión litigiosa —y así lo expresa con claridad el acta respectiva—, no se logró la localización de los puntos básicos del alindamiento de la estancia de tierras otorgada a Sánchez de Toledo, debido a la vaguedad de los términos con que la describe el título colonial, por lo cual el personal inspector se limitó a dejar testimonio de la existencia en una abertura o abra entre un cerro denominado Goni y otro en donde está construída "la represa del acueducto de Tibitó del Municipio de Bogotá", pero sin verificar correspondencia alguna entre ese punto o dato geográfico y los contenidos en el documento antiguo.

Quizá la circunstancia anotada de que la información pericial no estuviera precedida de un examen objetivo que en el decurso de la inspección ocular permitiera la verificación sobre el terreno de sitios o parajes de interés para la fijación de las lindes o perímetro de la adjudicación primitiva, constituya el factor determinante para que los expertos, solo a través de meras suposiciones, hayan procedido a la presentación de un dibujo calcado sobre una carta del Instituto Geográfico y Militar, que es únicamente la teórica y aproximada interpretación de los linderos y mesuras antiguas de las tierras de que fue mercedario Sánchez de Toledo. En efecto, anotan los expertos al respecto que, "como es obvio, ésta interpretación no puede ofrecer ninguna exactitud, dada la vaguedad de los datos de que se dispone".

El mismo dictamen suscita la incertidumbre en cuanto a la determinación de la aludida merced en la forma allí indicada, por cuanto, después de afirmar los expertos que la finca objeto de la litis "está incluída dentro de la extensión de terreno que salió de la propiedad del Estado al producirse la adjudicación de la estancia a Juan Sánchez de Toledo", agregan que "no se podría precisar" la forma como tal superposición se realiza. Y como la Hacienda Neusa objeto de la demanda, sí fue bien identificada, resulta que la dificultad e imposibilidad para definir la interferencia mencionada por los peritos solo puede provenir de la falta de determinación de las tierras a que se refiere el título colonial. Amén de que la peritación, al no consignar datos ciertos sobre la ubicación de la zona o zonas de la finca de Neusa realmente comprendidas dentro de la merced, deja al fallador sin adecuados medios de convicción o datos técnicos con los cuales pueda fijar la magnitud y forma de la superposición allí enunciada vagamente, superposición que los expertos no pudieron precisar en el estudio sometido a su juicio, según así lo manifiestan.

Pero antes de continuar en el estudio de las deficiencias que ofrece la prueba pericial en este aspecto, procede relacionar la documentación antigua de que se valieron los expertos para expresar sus conceptos.

De las copias expedidas por el Director del Archivo Histórico Nacional aparece que el 4 de febrero de 1584 el licenciado Miguel Díez de Armendariz hace merced a Juan Sánchez de Toledo de una estancia de ganado, "que tenga la cantidad de medidas que suelen tener las semejantes estancias de este Reino", "en la parte y lugar desuso declarado". En el pedimento de Sánchez de Toledo solo se determinan las tierras de la merced, ubicadas en la ciudad de Santa Fé, así: "en un pedazo de tierra que es desde el abra de Tibitó hasta la otra punta de Nemocón que es en términos de Gachancipá, que corre desde la sierra de dicho pueblo de Gachancipá hasta el río".

Los sitios y puntos señalados en el título precedente solo hacen referencia a una vasta región o ámbito territorial abierto en donde pudiera localizarse la estancia adjudicada, en cuya virtud, como dicen los peritos, no quedan entonces definidos los linderos completos de ésta y únicamente se indica "una primera y vaga ubicación de la merced".

Posteriormente, Juan de Penagos, a quien Sánchez de Toledo había donado la estancia precitada, pidió se le amparara en la posesión de la misma, se le diese título de confirmación en forma y, además, se le otorgara merced "de todas las demás tierras que haya desde la dicha abra y bohío del dicho yegüerizo susodicho, hacia esta parte por el ancho de la dicha estancia hasta el río grande que corre por junto a los aposentos y corrales de ovejas que tengo, riberas del dicho río llamado Bongaga y Conventón en lengua de indios... e desde la dicha abra e bohío de las yegüas de Tibitó, hasta el dicho río grande que corre por junto a la poblazon de Gachancipá y Tocancipá...". El doctor Venero, Presidente y Gobernador del Nuevo Reino de Granada, el día 19 de septiembre de 1570, así lo proveyó "e mandó que el dicho Juan de Penagos sea amparado y defendido en la posesión de la dicha estancia que en su pedimento se refiere, por los títulos que de ella se dieron al dicho Juan Sánchez de Toledo; y por el derecho y acción que de él tiene el cual título y acción, su señoría, si necesario es, a mayor abundamiento la confirmaba e confirmó y ansimismo daba e dio al dicho Juan de Penagos en remuneración de sus méritos y vecindad la demás tierra que en el dicho pedimento pide, en la parte y límites que señala...".

Después y sin indicación de fecha, el escribano de Su Majestad Francisco de Montoya le dio a Penagos posesión, en forma rutinaria o sacramental, "de las tierras contenidas e deslindadas en este título y merced, y en otro título que el licenciado Miguel Díez de Armendariz hizo merced a Juan Sánchez de Toledo, que es desde la dicha abra de Tibitó hasta la otra punta de Nemocón, que es en los términos de Gachancipá que corre desde el dicho pueblo de Gachancipá hasta el dicho río grande, y asimismo le dio la dicha posesión de la demás tierra que sobre de la dicha estancia, desde la dicha abra y bohío del dicho yegüerizo hacia esta otra parte, y por el ancho de la otra estancia que allí tiene el dicho Juan de Penagos y corrales de las ovejas que tiene junto al dicho río; y desde la dicha abra e bohío de las dichas yegüas de Tibitó, hasta el dicho río grande que corre junto a la poblazon de Gachancipá y Tocancipá...".

En el mes de enero de 1589 se llevó a cabo la diligencia de mensura de la estancia mercedada a Sánchez de Toledo, diligencia que es del siguiente tenor:

"Visto el título original de Juan Sánchez de Toledo, por el cual parece que el licenciado Miguel Díez de Armendariz, Gobernador de este Reino, le hizo merced de una estancia que comienza a correr desde el abra de Tibitó y el río arriba y la sierra hasta la otra punta de Nemocón, teniendo el dicho título en las manos, yo el dicho Francisco Durán, escribano, Juez de la dicha comisión, mandé al dicho Martín Alonso, por virtud de la dicha comisión, comenzase a medir desde el dicho río que pasa por cerca de Tocancipá e Gachancipá, desde la punta de la sierra que está frontero de Sopó en la dicha abra de Tibitó hasta la otra punta de la otra Sierra de la dicha abra, corriendo la medida por arrimado al dicho río pantano y la falda de la sierra hacia donde tiene el hato de vacas el Secretario Velásquez de la otra abra de la punta de Nemocón se midieron seis mil pasos; y donde se remataron los dichos seis mil pasos se hizo un mojón grande de piedra e tierra, estando presentes por testigos, Martín Alonso, medidor, e Francisco Sánchez e Martín Oñate residentes en esta ciudad de Santafé... (fdo.) Francisco Durán, escribano de su majestad... Luego desde el dicho mojón arriba declarado, el dicho Martín Alonso, medidor, comenzó a medir otros seis mil pasos de frente por la sabana hacia la parte de la punta de Nemocón, y en acabando de medir los dichos seis mil pasos de aquella frente, en el remate de los dichos se hizo otro mojón grande de madera, que bien puede parecer y verse desde afuera del dicho mojón... Testigos, los dichos y por ser tarde se quedó allí la medida ese día... (fdo.) Francisco Durán, escribano... E después de lo cual jueves, veinte y seis días del dicho mes de enero del dicho año de mil e quinientos y ochenta y nueve años, yo el dicho escribano, juez, en virtud de la dicha comisión con el dicho Martín Alonso, medidor, para medir la frente de la dicha estancia por la parte del río que baja de Suesca y pasa por cerca de Gachancipá e Tocancipá comenzamos la medida desde la abra de Tibitó; y corriendo el río arriba se midieron otros seis mil pasos; y donde alcanzaron se hizo otro mojón grande en una vuelta de codo que hace el río junto a los aposentos del dicho Alonso Valero, cerca de un pantano por donde está el paso del dicho río... Luego para poder medir la otra frente de la dicha estancia se comenzó a medir

del dicho pantano arriba, del dicho paso del río desde la barranca del dicho río, metiendo el pantano en la dicha medida, se midieron seis mil pasos, hasta dar a la otra medida que se hizo por la falda de la sierra de la punta de Nemocón, que alcanzaron en un pantano un poco apartado de la falda de la sierra en frente de una peña gorda, redonda y en frente de un arcabuquillo que está en una ladera, en unas peñas donde se hizo un mojón grande; y allí se acabó de medir la estancia del dicho Juan Sánchez de Toledo que ahora es de Alonso Valero, a lo cual fueron testigos Pedro de Penagos e Francisco Sánchez, presente el dicho Alonso Valero y de ello doy fe. Y quedó fuera de la dicha estancia del dicho Alonso Valero toda la labranza que labra de trigo y maíz, y dentro de la dicha estancia cupieron todos los bohíos y aposentos del dicho Alonso Valero. (fdo.) Francisco Durán. Escribano de su Majestad...".

Se señalaron antes algunos de los motivos que en sentir de la Sala demeritan la eficacia del dictamen pericial para tener por demostrada plenamente la determinación de las tierras concedidas en merced a Sánchez de Toledo y para deducir la existencia de una real superposición entre aquellos terrenos y los que son materia de la demanda de oposición, tanto por la forma como se llevó a cabo la prueba como por las conclusiones infundadas, inciertas y confusas que contiene dicho informe. Pero, además, la inconsistencia de la peritación a este respecto aparece de las razones que a continuación se exponen:

Manifiestan los expertos que para dar expresión gráfica a la mesura que de la estancia en cuestión se hizo en el mes de enero del año de 1589, han dibujado sobre un plano "el probable recorrido" que el agrimensor de entonces realizó durante la práctica de esa diligencia, fijando "aproximadamente" la longitud de cada una de las líneas de la figura correspondiente a dicha adjudicación colonial conforme a las medidas indicadas en el título, o sea, "6.000 pasos por cada lado, equivalente a 4.080 metros, cada paso con una longitud de 0.68 metros". Agregan, luego, que se puede observar "bastante superposición entre la figura irregular que se consideró como probable ruta de la medida y el cuadrado que representa la extensión superficial de la estancia", el cual cuadrado a su vez, corresponde a la "interpretación" que los peritos dan a la antigua mensura de la estancia, tiene las dimensiones de ésta al tiempo de su otorgamiento y coincide "con el punto de origen de la medida y con la dirección del curso del río".

Pero resulta evidente que el dictamen, por este aspecto, carece de precisión y debido fundamento para la identificación de las tierras litigiosas, no solo porque aquella se pretende deducir de simples probabilidades, sino en razón de que los expertos para el trazo sobre un mapa del perímetro que en su concepto configura la estancia mercedada a Sánchez de Toledo, tuvieron en cuenta exclusivamente la ulterior mensura que de ésta se realizó en 1589 de acuerdo con las diligencias respectivas ya citadas, y, sin embargo, ofrecen en su trabajo dos representaciones gráficas que de diferente manera interpretan las medidas que antaño se hicieron de tal adjudicación de tierras, si bien añaden que entre esas figuras se puede observar "bastante superposición". Todo lo cual está indicando que estas localizaciones puramente teóricas, diferentes y en dibujo de la misma merced, no aportan un criterio de certeza para la real identificación de las tierras objeto de la litis, sino, por el contrario, motivos de perplejidad o duda.

Además, como ya se observara antes, el hecho de que al dictamen no antecediera el examen objetivo del terreno y la verificación siquiera aproximada de los vértices del polígono descrito en el título colonial o de los puntos que fijan rumbos y distancias en las líneas de la mensura de la estancia, confrontándolos con lugares actualmente existentes, acusa una fundamental deficiencia en las labores preparatorias de la peritación, la cual, desde luego, ha sido el factor determinante para que los expertos solo a través de inferencias y conjeturas procedieran a dibujar las áreas de la merced en un croquis calcado sobre un mapa del Instituto Agustín Codazzi, marcando en él los perímetros que interpretan las posibles ubicaciones de las tierras de la memorada estancia, más agregando que, "como es obvio, esta interpretación no puede ofrecer ninguna exactitud, dada la vaguedad de los datos de que se dispone".

En igual sentido debe observarse que el dictamen no se apoya en una exposición debidamente fundamentada, por medio de la cual se expliquen los motivos técnicos o de otro orden que indujeron a los expertos a la escogencia y señalamiento de los puntos marcados en los dibujos como vértices de las mensuras antiguas de la estancia y que, además, revele la razón de las orientaciones de las líneas trazadas para cerrar el polígono que representa gráficamente el ámbito espacial de la merced. En efecto, sin más respaldo que la escueta afirmación de datos no verificados, enuncian estas hipótesis al respecto: "El sitio probable de la iniciación de

las anteriores medidas situado en el abra de Tibitó, en la punta de la sierra que está al frente de Sopó, debe de ser el indicado en el croquis que se adjunta...''; la segunda medida se hizo por la sabana hacia la parte de la otra punta de Nemocón, interpretamos que trataron de buscar el abra que se encuentra al Norte del cerro de Goni...''; la tercera medida arrancó del punto inicial de la primera, pero siguiendo el río arriba hasta la vuelta del codo del río que se observa claramente en los planos y se indica en los croquis; luego en la cuarta medida trataron de cerrar el polígono de cuatro lados''.

Más huelga advertir que la plena y real identificación de la estancia de tierras mercedada a Sánchez de Toledo, no puede surgir de los esquemas gráficos que los peritos presentan a este particular y de la somera explicación que los interpreta, porque, según aparece del mismo concepto, los trazos de esos dibujos se han hecho sobre la base de puntos de partida y de proyecciones en las líneas de las medidas antiguas de la merced apenas conjeturables, sin que, de otra parte, algunos de tales puntos aparezcan siquiera nominados. Y que tal ''interpretación no puede ofrecer ninguna exactitud'', se deduce de la reiteración de este mismo concepto contenido en otra parte del dictamen y en la ampliación del mismo. Dicen en un principio los expertos que la única cosa cierta es que la estancia se dio en merced y luego se localizó en el terreno, y que indudablemente esta estancia se situó en contorno del cerro de Goni y extendiéndose desde el abra de Tibitó hasta el abra de depresión que aparece al Noroeste de este cerro''; pero, como es obvio, con esta indicación vaga solo se está indicando una vasta y extensa región abierta dentro de la cual debiera ubicarse la merced. Luego añaden: ''Nosotros por honradez profesional no podemos asegurar que la Hacienda de Neusa Limitada está totalmente ubicada en la merced de Juan Sánchez de Toledo, debido a que en el expediente no hay datos para saber, qué tan distante del pie del cerro de Goni pasó la medida que para fijar el lindero occidental de la estancia hicieron a partir de la orilla del río grande por la sabana en dirección a la punta de Nemocón''.

Tales factores de perplejidad en cuanto a la real identificación de las tierras materia de la cuestionada adjudicación primitiva, también se encuentran y emergen de los conceptos emitidos en la ampliación del dictamen. En efecto: los peritos, después de ratificar su opinión de que en el expediente figuran otras mercedes concedidas en los contornos de la proveída a Sánchez de Toledo pero cuya ubicación es ''imposible precisar por la vaguedad de la alinderación'', deducen, sin embargo, que si la totalidad de la ''Hacienda Neusa Limitada'' ''no está ubicada en la merced otorgada a Juan Sánchez'', ''la parte que queda fuera está ubicada en la merced otorgada a Ana María Fonseca, mujer de Alonso López de Mayorga e hija de Juan de Olmos''. Y en apoyo de este confuso aserto dicen que el Cabildo de Santa Fé hizo una merced de tierras el 3 de diciembre de 1586 a la precitada Fonseca, la cual tiene por lindero el río Tibitó, en un ancón entre dos sierras y una sierra al pie de ella que llaman los indios Gone, merced que fue vendida el 9 de septiembre de 1597 por Alonso López de Mayorga y Ana María de Olmos a Juan de Olmos; luego, el 16 de agosto de 1643 Alonsa Mayorga de Olmos, hija de Alonso López de Mayorga, dio en venta a Juan Martínez Cortés ''una estancia de ganado mayor de las antiguas y seis de ganado mayor de las modernas, y dos de ganado menor asimismo de las modernas y todas yermas que son las comprendidas en mi pedimento de tierras de Tibitó, linde unas con otras y con estancias de los herederos del Capitán Juan de Penagos y empiezan a correr desde el cerro llamado Gone...'' ''Lo anterior demuestra —concluyen los peritos— que las tierras que figuran en estas ventas están ubicadas al Occidente del cerro de Gone y lindan con estancias de los herederos del Capitán Juan de Penagos, que son las mismas que dieron en merced a Juan Sánchez de Toledo''.

El medio a que recurren los expertos para la teórica determinación de las tierras litigiosas, consistente en afirmar que la parte de la ''Hacienda Neusa Limitada'' que no quede amparada por la estancia adjudicada a Sánchez de Toledo, lo ha de estar por la merced concedida a Ana María Fonseca, sin que respecto de esta última se haya intentado siquiera su localización mediante el reconocimiento de los alindamientos que la individualizan, sólo está indicando que no se han identificado en realidad las áreas de terreno objeto de tales adjudicaciones coloniales. Pues aunque se parta del supuesto de que las tierras así mercedadas forman en su conjunto una gran unidad territorial por tener en común alguno de sus linderos exteriores, de ello no se desprendería que la determinación de ese globo general de tierras se ha logrado con la simple referencia a esa colindancia. Tanto más si se observa que, precisamente y al decir de los peritos, no existen en el expediente datos para saber a qué distancia del cerro de Goni pudo pasar la mensura que en 1589 se hizo para fijar este

lindero de la estancia otorgada a Sánchez de Toledo.

En consecuencia debe concluírse que en este proceso no se ha acreditado el presupuesto fundamental de la acción en estudio referente a la determinación plena de las tierras litigiosas, en la forma exigida por la ley y la doctrina jurisprudencial, por lo que se hace innecesario el estudio de otros aspectos de la litis planteada.

No obstante, se relacionan a continuación otros títulos antiguos que figuran en el expediente:

a) "Medida de la estancia e Convento", diligencia que se llevó a cabo el 27 de enero de 1589 por Francisco Durán, Escribano de Su Majestad y Juez de la dicha comisión, y reza: "...teniendo en las manos el título de Juan de Ortega presentado por los Padres Frailes del Convento de Santo Domingo, mandé al dicho Martín Alonso que comenzase a medir e mida la estancia contenida en el dicho título, y conforme al dicho título y se hizo de la manera siguiente: (aquí las medidas)", folios 60 a 61 v. del C. número 2. Aparece en el siguiente documento que en forma puramente ritual se le dio posesión de esa estancia por el precitado escribano al Padre Fray Antonio Manrique, Prior del Convento de Santo Domingo, el 29 de enero de 1589.

b) Merced de tierras otorgadas el 28 de agosto de 1565 a Francisco Velásquez por Francisco Briceño, Gobernador y Capitán General de la Real Audiencia de Santa Fé, y por el Consejo de dicha ciudad, "de una estancia de ganado en términos y tierra de Tibitó, encomendado en Juan de Olmos, vuestro hijo, en la parte y lugar donde estaba el corral de las yegüas del dicho vuestro hijo y sus hermanos", y de otra estancia de sembrar "en la parte donde ahora teniades arado y sembrado en el año pasado un poco de trigo y cebada que era en tierras del dicho repartimiento de Tibitó".

c) Merced concedida por el mismo Cabildo el 3 de diciembre de 1586 a Ana María, hija de Juan de Olmos, de dos estancias en tierras del repartimiento de Vitó, que se deslindan en el pedimento respectivo, así: la de ganado mayor "pasado el río Vitó, en un ancón entre dos sierras que era en donde solía tener Martín de Abreva sus corrales y aposentos que llaman los indios Tibatoque, y la de ganado menor y pan, adelante, linderos, el propio río y el sitio de la dicha estancia Ciemuga, en lengua de indios, y en una sierra al pie de ella que llaman los indios Gone...". El 3 de abril de 1620 se confirmó este título por don Juan de Borja a Alonso López de Mayorga, marido de Ana María de Olmos.

d) Carta de venta otorgada por Alonso López Mayorga y Ana María de Olmos el 9 de septiembre de 1597 a Juan de Olmos de las dos estancias antes mencionadas, en la Carta solo se indica que estas estancias "lindan la una con la otra y están en el ancón de dos sierras y son en la parte en donde tenía sus corrales Martín de Abreva", en tierras de Tibitó.

e) Venta hecha por Catalina Maldonado, con licencia de su marido Hernando de Velasco, y por éste mismo en favor de Antonio Gómez, según documento datado en Santa Fé el 6 de mayo de 1581, "de una estancia de ganado mayor que llaman 'Caballería', que me fue proveída a mí el dicho Capitán Hernando de Velasco por el Cabildo de esta ciudad, cuyo título os entrego con esta escritura, que es entre los pueblos de Sopó e Suativa y Temenenquiva de esta banda del río de Tibitó a la banda de Sopó que es a lo largo del río arriba, entre el dicho río y una sierra que por allí pasa guardando el resguardo a los indios de Sopó y Tibitó...".

f) Título de composición "de dos estancias de ganado menor y otra de pan y ejido de molino en el valle de Tibitó", despachado en Santa Fé el 6 de julio de 1722 a favor de Fernando de Torres por el juez privativo de las causas de tierras y su composición del Nuevo Reino de Granada, estancias que se incluyen en el título presentado por Pedro de Zaiseca y librado por don Juan de Borja el 20 de diciembre de 1613.

g) Merced concedida el 5 de febrero de 1608 a Pedro Ramírez por don Juan de Borja, Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Granada, etc., "de dos estancias de ganado menor y otra de pan en tierras del repartimiento de Zipaquirá de Franco Ortega" "desde una estancia que se había proveído a Juan Sánchez, procurador, y linde con ella a dar a la quebrada llamada Chunsuga, por el camino que va de Tunja a Mariquita, y desde un pantano llamado Fusanita, que estaba junto con el río, y hasta un cerrito llamado Sunsingota, que era tierra fuera de resguardos...".

h) Manifestación hecha por Lázaro Caballero el 7 de mayo de 1616 ante el escribano público de Santa Fé, de haber adquirido por compra a Hernán Sánchez Cortés una estancia de pan y ganado menor "en tierras de Tibitó, lindando con estancia de Pedro Ramírez y Catalina Díaz, y por la frente, orilla del pantano del río Tibitó,

corriendo una quebrada arriba hacia Zipaquirá...", estancia que el comprador devuelve a Sánchez, como si la venta no se hubiera otorgado.

i) Estancia de ganado concedida en repartimiento a Nicolao de Troya por el licenciado Miguel Díez de Armendariz en el mes de mayo de 1548, "enfrente de la sierra de Sopó e camino de Unta, de una banda del río hasta el abra de Tibitó...".

j) El Cabildo de Santa Fé en el mes de abril de 1561 ordenó se le proveyese a Juan de Penagos "una estancia y una caballería mayor en donde lo pide", o sea en la encomienda de Sopó "que está en Gaspar Rodríguez hasta un santuario de Tibitó que está de esta banda y del río grande que pasa por el dicho valle como va de las unas tierras a las otras hasta el dicho río grande subiendo hasta el halda de la sierra de Unta y Tocancipá, al pie de la cual tengo mis labranzas de trigo y maíz y está poblado Unta". Posteriormente el mismo Cabildo concedió al dicho de Penagos el 3 de noviembre de 1570 "la tierra que ansí pide y señala por la dicha petición..., con que no pase de una caballería...". La merced solicitada se refería a las obras de la caballería y estancia que antes se le habían otorgado, las cuales quedarían contenidas por estos límites: "...como va de sierra a sierra y punta de lajas y quebrada mayor entre Unta y Queca, y la parte del río desta banda del hasta la zanja vieja que tiene mi estancia de maíz y trigo que al presente tengo...". Luego, el doctor Venero, Presidente y Gobernador del Nuevo Reino de Granada, aprobó y confirmó el proveimiento hecho por el Cabildo de Santa Fé a Juan de Penagos de la estancia y caballería mayor referidas y, además, le dio la demás tierra que pide o sea, "desde la sierra y alto de Tocancipá junta a la de Sopó y Santuario de Tibitó y desde la frente y punta de Sopó al río grande y de allá a la quebrada dicha que está entre Unta y Queca y a la zanja vieja que está entre Tocancipá y los cerros de la fuente de los aposentos viejos donde tengo las labranzas, subiendo por las zanjas a las cordilleras a la sierra de Tocancipá y Unta...". De Penagos fue posesionado de tales estancias y caballería por Francisco de Montoya mediante diligencia sin fecha conocida.

Los anteriores documentos figuran en la causa promovida por Francisco de Hernández Sánchez, "por sí y en nombre e como marido y conjunta persona de Catalina de Troya, su mujer, hija y heredera de Nicolao de Troya", contra los menores hijos de Juan de Penagos, "sobre una estancia en términos de esta ciudad para ganado, que está en frente de los términos de Sopó y camino de Unta de la una banda, y de la otra el río hasta el abra de Tibitó", causa que fue fallada por la Real Audiencia de Santa Fé el 26 de noviembre de 1579, mediante sentencia que condenó a los dichos menores a restituír a Sánchez la estancia objeto del pleito. Esta última fue medida el 20 de diciembre de 1588 por Martín Alonso, una vez llenadas las formalidades de rigor, según diligencia que reza así: "Estando en la sabana de Unta en Toquencipá, en este dicho día veinte de diciembre de mil quinientos ochenta y ocho años, el dicho Francisco Galavis, juez de comisión susodicho, habiendo visto la tierra, sitio y lugar de la estancia que por la dicha su comisión se le manda medir al dicho Francisco de Hernández Sánchez y vistos los mojones, límites y tierra que por Mateo de León, Juez de la Real Audiencia le fue dado y señalado a los dichos indios de Unta y Toquencipá, dijo que mandaba y mandó a Martín Alonso, medidor de estancias que el Cabildo, justicia y regimiento y de la ciudad de Santa Fé para este efecto y otros semejantes de medidas tiene nombrado, empezase a medir y midiese la dicha estancia del dicho Francisco de Hernán Sánchez guardando los mojones y resguardos a los dichos indios y a los demás comarcanos y circunvecinos, y el dicho Martín Alonso con una cabuya o corden que dijo ser la medida y padrón para medir y señalar las estancias que tenía cien pasos de largo, medidos por mí el dicho escribano por una señal y medida que el dicho medidor traía, empezó a medir y midió la dicha estancia en la forma y manera siguiente:

"Primeramente el dicho Martín Alonso, medidor, hizo poner y que se pusiese un mojón y señal de tierra cavada en la barranca del río grande veinte y ocho pasos de unos arbolillos despinos que están en la dicha barranca el río arriba, y sesenta pasos medidos por mí el dicho escribano a una vuelta o anconada que hace el dicho río arriba que fue la parte y lugar donde el dicho medidor dijo que llegaba la medida y mojón del resguardo de los indios de Unta y Toquencipá que el dicho Mateo de León, señaló a los dichos indios, y desde esta señal y mojón que se puso en la dicha barranca, el dicho medidor empezó a medir y midió la dicha estancia echando sesenta cabuyas que son seis mil pasos cortando derecho el río abajo hacia la punta de Tibitó y Abra y se vinieron a rematar río abajo a la Halda de la sierra entre dos cerros, que uno queda incluso en la dicha estancia y el otro es la Abra de Tibitó en un llano que en lengua

de los naturales se dice Chupuam donde se hizo un mojón y señal hincándose una piedra en la tierra por mojón y señal de la dicha estancia; y lo demás que hay desde el dicho mojón a la sierra y de la sierra al pueblo de Tibitó es lo que el licenciado Sanguino, por comisión de la Real Audiencia, señaló a los dichos indios de Tibitó como consta de los autos de la causa que está en el proceso a que me refiero... Y luego el dicho Martín Alonso, medidor, empezó a medir y midió el segundo lienzo de la dicha estancia desde la barranca del dicho río yendo derecho por la falda de la sierra hacia la punta de la sierra de Sopó, y medidas sesenta cabuyas, que son seis mil pasos, parece que la dicha medida pasó del camino que llaman de Unta, ciento y cuarenta pasos donde se puso una señal y mojón en un pantanillo que llaman los indios Fuicasuca, y estando presente Juan Francisco Rodríguez, encomendero del pueblo de Sopó, el cual dijo que contradecía y contradijo la dicha medida en cuanto a pasar con ella del camino de Unta hacia su estancia por no se poder hacer conforme al título del dicho Francisco de Hernán Sánchez, y a mayor abundamiento apelaba y apeló de lo que en contrario de ésto se hiciere y lo pedía y pidió por testimonio, sin embargo de lo cual el dicho Francisco Galavis, juez de comisión susodicho, mandó hacer y que se hiciese la dicha medida, pues si del dicho camino no se pasaba, era impusible cuadrarse la dicha estancia ni poderse medir por ir el dicho camino de una esquina a la dicha estancia casi a la otra y con muchas vueltas como parecerá por la estampa y modelo que de la tierra, estancia, pueblos y cerros, y lo demás della parecerá adelante, y así quedaron medidos los dichos dos lienzos de la dicha estancia, y por ser tarde se quedó en este estado por hoy dicho día para la proseguir y acaber otro día luego siguiente siendo testigos a lo que dicho es Pedro de Arce, Diego Mercado y otras personas, y el dicho Juez lo firmó de su nombre. (fdos.) Francisco Galavis... Fui presente, Gonzalo Sánchez de Robledo, Escribano... E después de lo susodicho, miércoles, veinte y un días del mes de diciembre de mil e quinientos y ochenta y ocho años, prosiguiendo la dicha medida el dicho Martín Alonso, medidor, en presencia del dicho juez y de mí el dicho escribano empezó a medir y midió la dicha estancia desde el primer mojón de la barranca del río, y cortando derecho hacia el pueblo de Cueca por los linderos y mojones señalados por el dicho Mateo de León a los dichos indios de Untá y Toquencipá fue a rematar las sesenta cabuyas que son seis mil pasos a la orilla de una ciénaga que los indios naturales llaman Tobasiu donde se puso otro mojón y señal cerca de donde está poblada una de las estancias de Joan del Hoyo donde al presente tiene sus aposentos y derecho de una labranza que tiene de maíz, y desde este mojón cortando derecho a la punta de Sopó se llegó con la dicha cabuya al tercer mojón que fue el que contradijo Juan Francisco Rodríguez a la orilla del dicho pantaño llamado Suicasuca, hasta el cual dicho mojón parece haber habido por la dicha medida cuatro mil e novecientos pasos que para acabarla de enterar en los seis mil pasos faltaron mil y ciento, y para habérselos de cumplir el dicho Francisco de Hernán Sánchez y enterarle enteramente en la dicha su medida, el dicho Francisco Galavis, juez de comisión susodicho, dijo que señalaba y señaló la falta de los dichos mil y cien pasos en las cabezadas de la dicha estancia, vueltas ú anconadas que hace la sierra de Sopó, llamada en lengua de indios Fuiquen, aguas vertientes a la dicha estancia hasta la cuchilla de la dicha sierra con lo cual se acabó de hacer e hizo enteramente en cuadrado la medida estancia, quedando incluso y edificado en ella un bohío y un pedazo de tierra arado o rastrojo de la menor hija del capitán Hernando de Velasco e Angulo y de doña Catalina de Bohórquez, su mujer, y quedando por linderos un corral redondo cercado de palos y una porquera de tapias; y en la dicha estancia que así se midió al dicho Hernán Sánchez, parece queda incluśa una estancia cercada de valla (do) del dicho Juan del Hoyo con algunos pedazos de tierra que están arados y el dicho juez lo firmó de su nombre, siendo testigos Alonso Macías y Martín Alonso...".

k) El Cabildo de Santa Fé proveyó el 15 de febrero de 1585 una estancia de pan y ganado menor a Antonio de Céspedes, "en las tierras del dicho pueblo de Unta", "del pueblo de Tocancipá y van a Sopó empezando desde un pantanillo a donde llega un cercado de una estancia de pan del dicho Luis Bermúdez, encomendadero del dicho pueblo, y lo ancho por la sabana adelante corriendo hacia los altos". De esta estancia recibió posesión el mercedario de Céspedes el 20 de febrero de 1585.

l) Venta de Domingo Moreno a Alejandro Mesurado, según documento otorgado en Santa Fé el 28 de febrero de 1589, de media estancia de ganado menor comprada a los herederos de Juan de Penagos, "que ha de ser y es... dende el pantano que corre desde el camino que va del pueblo de Unta al de Sopó de manera que ha de lindar por la una parte con tierras y estancia de Diego Serrano, y por las otras con tierras

del dicho Domingo Serrano...''. Mesurado, por medio de carta de venta datada el 16 de abril de 1589, transfirió el derecho de dominio de la media estancia a Diego López de Bejar.

ll) Venta a Juan Martín Cortés por Alonso Mayorga de Olmos, a censo redimible, ''de una estancia de ganado mayor de las antiguas y seis de ganado de las modernas, y dos de ganado menor asimismo de las modernas; y todas yermas que son las comprendidas en mi pedimento de tierras de Tibitó, linde unas con otras y con estancias de los herederos del Capitán Juan de Penagos, y empiezan a correr desde el cerro llamado Gone, y las dichas tierras poseo y me pertenecen por bienes dotales que el capitán Alonso López de Mayorga, mi padre, me dio en dote y por escritura ante Alonso de Torralba, escribano real...''. Este instrumento está fechado el 16 de agosto de 1643.

Ahora bien: los datos sobre alindamientos contenidos en los títulos coloniales y en los documentos de época próxima a aquéllos corridos entre particulares, todos de anterior cita, no aportan por sí solos medios suficientes de convicción para tener como determinadas las tierras salidas del patrimonio nacional en aquél remoto tiempo. En primer lugar, porque recogen sólo referencias oscuras, incompletas, a las lindes o a las situaciones de múltiples y diferentes adjudicaciones primitivas o de terrenos diversos materia de tales convenciones privadas, y sabido es que las enunciaciones teóricas de las lindes de los títulos respecto a la delimitación de los inmuebles a que ellos se contraen, no crean la existencia real de los objetos sobre los cuales recae el derecho de dominio; sino que es preciso establecer la correspondencia entre los contenidos teóricos de los mismos títulos y las realidades topográficas de los respectivos bienes raíces, como lo ha sostenido la jurisprudencia nacional a este particular. Además, la aplicación de tal principio se imponía con más rigor en el caso de autos, ya que la documentación en referencia remite o alude en forma indiscriminada a los linderos de muchas y diversas mercedes o de actos cumplidos entre particulares próximos a la expedición de los mismos. Luego el esclarecimiento de esta compleja cuestión exigía adecuados elementos de juicio, como la verificación durante la vista de ojos de los puntos, sitios, términos o mensuras descritos en dichos títulos antiguos y su confrontación con los actualmente existentes, o bien un informe pericial que estableciera la real localización de las tierras materia de las mencionadas adjudicaciones o actos entre particulares. Pero es lo cierto que en la diligencia de inspección ocular no se hizo el reconocimiento aludido, ''en virtud de la vaguedad de los títulos'', según reza el acta; y los peritos conceptuaron que, fuera de la merced concedida a Sánchez de Toledo, ''es imposible precisar la ubicación'' de las otras que figuran en el expediente, dada ''la vaguedad de sus alindamientos''.

Ante la indeterminación de las áreas territoriales que se pudieran amparar con los citados títulos antiguos, debe concluírse que no puede prosperar la acción interpuesta, al analizarse por este otro aspecto, pues, para su prosperidad, según concepto jurisprudencial reiterado, no basta la presentación de títulos válidos de enajenación emanados del Estado, sino que es indispensable comprobar plenamente ''la ubicación de las porciones de terreno a que se refieren los títulos de merced y composición otorgados por la Corona Española (o el acto jurídico proveniente de la República) a favor de pretendidos causantes de los actuales dueños. Sin ello no podrá saberse a ciencia cierta si determinado inmueble se halla comprendido dentro del área correspondiente a los primitivos títulos''. (G. J. LIII, pág. 804).

También se han traído al juicio una serie de documentos otorgados en épocas muy distantes de las en que se hicieron las precitadas adjudicaciones coloniales, los cuales solo dan cuenta de actos o contratos corridos entre particulares. Ellos son:

1. Testamento otorgado por Nicolás de Santa María el 31 de mayo de 1750, donde éste declara en su aparte 12 ''que por fallecimiento de doña María Rosalía de Santa María, por cláusula del testamento de doña Catarina Galeano, nuestra madre, y por lo que consta del compromiso celebrado entre mi dicha hermana y yo, por mí, o por mis hijos nos adviene la hacienda de Tibitó, y es mi voluntad dejarla a mis hijos para que la distribuyan...''. En dicha carta testamentaria no se indican los linderos de los terrenos de Tibitó.

2. Testamento otorgado por Ignacio Sáenz de Santa María el 11 de julio de 1796, en el cual declara como bienes suyos ''las haciendas de Tibitó, Zamora, Márquez, El Común y San Joaquín'', adquirida la primera ''parte por herencia de mis parientes y parte por compra que hice a mis hermanos''. Además de expresar el testador que en la finca de Tibitó pacen ganados

en número y clase allí especificados, agrega que "instituye por únicos y universales herederos a sus hijos legítimos don Juan José, don Ignacio, don Vicente, don Joaquín, doña Joaquina, doña Manuela, doña Ana María, doña Rosa" y a sus nietos legítimos hijos de doña Josefa, ya difunta. En este acto testamentario no aparece alindamiento alguno que individualice las tierras de Tibitó, las cuales sólo por su nombre se indican allí.

3. Carta testamentaria otorgada por María Teresa Larqueti el 5 de septiembre de 1810 en Santa Fé, mediante la cual declara que en virtud de poder para testar conferido por su marido y a fin de cumplir su última voluntad, "se instituye única y universal heredera en el remanente del caudal de sus bienes, derechos, acciones y futuras sucesiones del instituyente su marido". La cláusula 24 relaciona "el valor de las tierras, casa y hacienda de Tibitó, jurisdicción de Zipaquirá, que también resulta de los inventarios y avalúos en igual forma practicados y sobre cuya agregación y presentación para el propio fin hace el mismo ofrecimiento...". El testamento no contiene determinación de la mencionada hacienda de Tibitó.

4. Escritura pasada ante el Escribano Real de Santa Fé el 2 de septiembre de 1797, en virtud de la cual Vicente, Manuela, Rosa y Miguel Sáenz de Santa María manifiestan que por la muerte de su padre Ignacio Sáenz de Santa María "quedaron varios bienes muebles y raíces, y entre ellos la hacienda llamada Zamora... y que habiéndose hecho inventarios, avalúos, división y partición de los dichos bienes muebles y raíces que quedaron entre sus legítimos hijos y herederos... a don José Arce, como marido de doña Ana María Santa María, se le entregó la parte que le tocó en la hacienda de Tibitó; a don Juan José y a don Javier del Castillo, como marido que fue de doña Josefa de Santa María, difunta, y a don Ignacio la parte que le restaba; todos tres recibieron en la misma hacienda de Tibitó...". Nada más reza este instrumento público en cuanto a la identidad del nombrado inmueble.

5. Escritura otorgada ante el mismo escribano el 20 de noviembre de 1797, por la cual José Santa María, canónigo penitenciario de la Catedral Metropolitana, y Francisco Santa María, abogado de la Real Audiencia, dicen dar en venta a Luis Diego del Castillo dos terceras partes de la mitad de la hacienda de Tibitó. En tal instrumento solo se designa por su nombre el referido bien raíz, pero sin determinarlo por su ubicación y linderos.

6. Escritura de 17 de abril de 1754, pasada ante el escribano de Santa Fé, mediante la cual Francisco Ignacio, Domingo, José y Catarina de Santa María manifiestan que celebran concordato para repartir los bienes que quedaron proindiviso por la muerte de sus padres Nicolás Sáenz de Santa María y María Josefa de Salazar, los cuales reciben así: Francisco la hacienda de Hato Grande, hasta el río llamado Sopó, de la cual se desprenderán ciertas porciones para dar a otros de los concordatorios; Domingo la hacienda de Salgado y tierras de El Potrero, "desde el pantano de Fucha hasta el vado de los adobes y demás tierras de Salgado", con 700 ovejas y las yeguas y ganados que tiene en arrendamiento el maestro Raimundo Forero; a Antonio, la Venta de Sopó, casa de tejas de Los Aposentos y "todo el llano que tiene por linderos al río Sopó de este lado de esta ciudad, del lado de Ubaté la puerta que llaman Mejía y del lado del pueblo de Sopó un pantano chambeado"; José María, varias cantidades de dinero en patacones; Ignacio, las tierras de Zamora y las de Gabriel con doscientas cabezas de ganado vacuno y doscientas ovejas... cien yeguas, seis caballos y cuatro yuntas de bueyes"; Luis del Castillo, "dijo estaba contento con lo recibido por razón de dote de la dicha María Catarina, su mujer...".

Los documentos en mención solo recogen actos corridos entre particulares, los cuales como lo ha expresado la Corte en innúmeros fallos, no son suficientes ni válidos para acreditar que los terrenos allí aludidos salieran del patrimonio del Estado antes de la reserva del petróleo de 28 de octubre de 1873. De otra parte, en el evento *sub júdice* no se ha intentado siquiera establecer relación alguna de identidad entre las tierras apenas nominadas o vagamente descritas en tales actos jurídicos y las que pudieran amparar los títulos de mercedes y composiciones antes analizados, seguramente por tratarse de documentos otorgados en épocas muy distantes los unos de los otros y carecer muchos de ellos de alindamientos o aparecer demasiado oscura su descripción. En consecuencia, no habiéndose logrado en este juicio la ubicación de las áreas territoriales objeto de las adjudicaciones primitivas, según se indicó en anterior parte motiva de esta providencia; ni acreditado que los antedichos y diversos actos jurídicos entre particulares sirvieran para aclarar los linderos vagos o dudosos de los terrenos mercedados, tanto más si se considera que los primeros no son títulos que se deriven de los provenientes del Estado y que, en cuanto a las épocas de su expedición, median

entre los mismos muy largos e inconexos períodos de tiempo; ni, finalmente, se ha establecido una evidente relación entre los alindamientos contenidos en aquellos y los que distinguen los predios materia de la demanda, es claro que la presente acción tampoco puede prosperar con fundamento en tales hechos.

Por último, se han traído al proceso estos otros documentos, que se encuentran más lejanos aún de las fechas de expedición de los títulos originales:

Testamento otorgado en Bogotá, el 9 de febrero de 1844 por Tomás Escallón del Castillo, en donde éste declara que instituye como únicos y universales herederos a sus hijos Andrés, Francisco, Tomás, Rafael, Concepción, Dolores, Bárbara, Eloy y Cecilia, y además, manifiesta que son bienes suyos o pertenecientes a su esposa María del Rosario Gómez "todos los que constan en mis libros por escrituras, obligaciones, apuntes y cuentas que se encontraren entre mis papeles...".

Convenio celebrado el 12 de junio de 1863 entre la viuda y los herederos de Tomás Escallón del Castillo sobre división de los bienes sucesoriales de aquél y de la sociedad conyugal Escallón-Gómez, en virtud del cual se adjudicaron en común a María del Rosario Gómez de Escallón y a Francisco, Eloy y Cecilia Escallón, "la hacienda de Tibitó Chiquito con los gravámenes que tiene (mil ochocientos pesos sencillos), y Pedregal y Garzón con el gravamen que éste tiene (cinco mil setecientos treinta y tres pesos sencillos), y doce mil trescientos noventa y cuatro pesos sencillos en semovientes y muebles...". Dicho convenio fue aprobado por el Juez 2º de Bogotá el 25 de junio de 1863.

Escritura de 25 de marzo de 1864, pasada ante el Notario Primero de Bogotá, mediante la cual María del Rosario Gómez y sus hijos Francisco, Eloy y Cecilia Escallón dividen entre sí los bienes que les correspondieron por el convenio extrajudicial de familia celebrado en el año de 1863, en proporción a sus derechos respectivos, como sigue: "...A la señora María del Rosario Gómez, lo siguiente: $ 2.701 sencillos del valor de los terrenos de Pedregal y Garzón. $ 3.492 en semovientes y muebles. $ 800.00 sencillos en dinero que debe entregarle el señor Eloy Escallón... $ 29.200 sencillos en terrenos de la hacienda de Tibitó, que los constituyen los siguientes potreros: Montenegro, Juncalito, Las Casas con las casas, Santa Bárbara, Quebraditas, El Juncal, comprendiendo el páramo las estancias de Aguas Claras o Las Lajas, cuyos potreros se encuentran dentro de los siguientes linderos: (aquí éllos)".

Escritura número 300 de 18 de febrero de 1865, de la Notaría 2ª de Bogotá, por la cual María del Rosario Gómez transfiere a título de venta a Francisco Escallón Gómez los semovientes, muebles y bienes raíces que le correspondieron por la escritura de división y adjudicación antes mencionada, inmuebles que se describen por los mismos linderos.

De este instrumento en adelante, se han allegado a los autos copias de escrituras públicas que hablan de la tradición de estos inmuebles o de lotes de terrenos segregados de aquéllo hasta llegar a la compañía demandante.

Del análisis de las probanzas producidas en este juicio, se llegó a la conclusión de que éstas son insuficientes para establecer la existencia de una posible relación de identidad entre los alindamientos de los documentos coloniales y los invocados en los títulos de propiedad de la sociedad actora, por no haberse logrado la real y plena determinación de las tierras objeto de las adjudicaciones primitivas. Y la relación jurídica que debe acreditarse para la prosperidad de acciones de esta naturaleza, como lo ha repetido esta Sala en diversos fallos, es la existente de manera objetiva o real entre el derecho que ahora se alega y el que se fijó en un legítimo adquirente del Estado sobre un bien raíz concreto. Por lo tanto, la aceptación de que el predio deslindado en el libelo principal sea desmembración de inmuebles singularizados o descritos en algunas de las escrituras de anterior cita, no constituye por sí sola una cuestión de primordial y decisiva importancia para la decisión del negocio, ya que tales instrumentos sólo contienen actos jurídicos pasados entre particulares y no son títulos provenientes del Estado, sin validez, en consecuencia, para acreditar la propiedad privada del petróleo que pueda subyacer en tales terrenos. Por consiguiente, la simple enunciación de linderos que se encuentran en algunos de los títulos integrantes de esta documentación privada, los cuales solo aparecen precisados a partir del año de 1864, según resulta de la precedente transcripción, deja subsistente y sin solución el problema fundamental antes advertido, o sea, la falta de demostración procesal adecuada de que las lindes descritas en esas escrituras concuerdan con las señaladas en los títulos antiguos.

Finalmente, en cuanto a la afirmación hecha por los peritos sobre explotación económica inmemorial de los cuestionados predios, cabe decir

que aún en el supuesto de que fuese éste un medio apto para adquirir la propiedad del subsuelo petrolífero por prescripción, bastaría considerar que como se han calificado ya de ineficaces los medios de convicción traídos al juicio para la determinación de las tierras a que los títulos primitivos pudieran referirse y, además, se dejaron de establecer las correspondientes relaciones de identidad o procedencia entre los terrenos aludidos en los documentos antiguos corridos entre particulares y los de propiedad actual de la sociedad demandante, resulta vana, en consecuencia, la pretensión fundada en el hecho de que esos documentos arrojan la prueba de la existencia de antiquísima explotación económica de esas tierras, puesto que falta la identificación de los lugares en donde hubiera podido recaer dicho aprovechamiento.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Niéganse las peticiones de la demanda ordinaria promovida por la sociedad Hacienda Neusa Limitada, materia de esta sentencia, y, en consecuencia, *se absuelve* a la Nación demandada de todos los cargos formulados en el libelo.

Publíquese, cópiese, notifíquese, y archívese el expediente.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRESCRIPCION POR EXPLOTACION ECONOMICA DE BALDIOS Y PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO. RECUENTO ANALITICO DE LA LEGISLACION COLONIAL Y REPUBLICANA. PRUEBA DE LA EXPLOTACION ECONOMICA INMEMORIAL DE TERRENOS BALDIOS. PRUEBA TRASLADADA.

1. Régimen jurídico de la adquisición de terrenos baldíos por explotación económica en referencia a la acción de declaración de dominio privado del subsuelo petrolífero. **a) Los baldíos, en cuanto tales, no pueden considerarse como objeto de prescripción. b) El colono de un terreno baldío tiene, frente al Estado, una expectativa que se convierte en derecho adquirido al obtener su título de adjudicación. c) La rama jurisdiccional no tiene competencia funcional para expedir título de adjudicación al colono de terrenos baldíos. d) Imposibilidad legal del colono para ejercitar contra la Nación la acción de pertenencia. e) De ser viable contra el Estado la acción de prescripción de baldíos, la sentencia no podría ser mejor título que el expedido administrativamente. f) Extensión de los derechos del adjudicatario de tierras baldías concedidas a cambio de los bonos de deuda externa emitidos en 1861. g) Consecuencias jurídicas de haber dejado pasar, sin sacar el título, el año de prórroga que otorga la Ley 13 de 1821 en su artículo 5º, respecto de baldíos poseídos de tiempo inmemorial. h) Necesarias limitaciones que habría de tener la sentencia judicial que resolviera una solicitud de declaración respecto del derecho consagrado en el referido artículo 5º i) Alcance de la sanción impuesta por el referido artículo a la omisión de sacar el título dentro del plazo de un año.** 2. Prueba de la explotación económica inmemorial. **a) Valor de las pruebas que se practicaran actualmente en orden a demostrar la explotación cumplida antes del 28 de octubre de 1873. b) Valor de las pruebas practicadas en vigencia de las leyes que reconocieron la justa prescripción de baldíos, al ser legalmente trasladadas.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 13 de septiembre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

En ejercicio de la acción de oposición a la propuesta de contrato número 759 formulada por la International Petroleum Limited, los apoderados de las personas que comparecieron como actoras cuyos nombres se citarán luego, demandaron a la Nación para que, mediante sentencia dictada en juicio ordinario de única instancia, se hicieran las siguientes declaraciones, con fundamento en que los predios más adelante relacionados, "salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado, o, en subsidio, por justa prescripción en virtud de posesión de los mismos acompañada de explotación económica".

I. *Demanda.*

Primera. Que "no es de propiedad del Estado Colombiano, sino de propiedad privada de Mercedes Pava de Barrero, Margarita Pava Reyes y Florencio Pava Reyes en común y proindiviso y por partes iguales, el subsuelo petrolífero" de los predios Montalvo, La Porfía y Los Panches, situados en las secciones de Guayabal y Agua Clara, en jurisdicción del Municipio de Espinal, Departamento del Tolima, con cabidas aproximadas de 63, 150 y 60 hectáreas, comprendidos

dentro de las lindes descritas en la petición primera de la demanda original.

Segunda. Que "no es de propiedad del Estado Colombiano, sino de propiedad privada de Paulina Reyes v. de Pava, Mercedes Pava de Barrero, Margarita y Florencio Pava Reyes en común y proindiviso, el subsuelo petrolífero" de los inmuebles Nápoles, La Mirada, El Diamante, La Ceferina, El Cometa, La Primavera, El Engaño, El Sámano, La Margarita, El Bayo o Valle, ubicados en el Municipio del Espinal, con las cabidas y por las lindes descritas en la tercera petición de la demanda.

Tercera. Que no es del Estado sino de propiedad privada de Paulina Reyes v. de Pava el subsuelo petrolífero de los fundos El Idilio, El Potosí, La Sorpresa, Las de Buenas y La Florida en jurisdicción de El Espinal, con las áreas y por las lindes determinadas en la petición quinta de la demanda.

"*Cuarta.* Que el subsuelo petrolífero del predio Montalvo, en jurisdicción de El Espinal, con la cabida y por las lindes descritas en la petición séptima de la demanda, es de propiedad privada de Margarita Pava Reyes".

Quinta. Igual declaración se solicita en favor de Ana Villalba Donoso respecto de los fundos lote número 2 Montalvo, con 100 H. y 4.752 M2, otro de 5 H. 7.246 M2, aledaño al anterior, con el nombre de "Montalvo", ubicados en El Espinal, y el llamado La Esperanza, sitio en El Guamo por las lindes descritas en las peticiones novena, undécima, decimatercera y decimaséptima de la demanda.

Sexta. Que es de dominio privado de la sucesión de José Concepción Villalba, representada por Ana Villalba Donoso, el subsuelo petrolífero del predio El Caimito, ubicado en el Municipio de El Espinal, por las lindes señaladas en la petición decimanovena de la demanda.

Séptima. Que es de propiedad exclusiva de Sixta Tulia Reyes de Montoya Angel el subsuelo petrolífero del inmueble Tulipán, con 439 H. 3.591 M2, excluídas las 6 H. 3.614 M2 vendidos a Alonso Santofimio, parte de la hacienda Talura, Espinal, por las lindes señaladas en la petición vigesimaprimera de la demanda.

Octava. Que el "lote B" integrado por las parcelas El Hobo (89 H. 3.066 M2) y Caracolí (30 H. 3.667 M2), ubicado en el Municipio de El Espinal, por las lindes determinadas en la petición vigesimatercera, en cuanto al subsuelo petrolífero, es de propiedad exclusiva de Herminia Torres v. de Reyes.

Novena. Que el subsuelo petrolífero de los inmuebles El Chircal, Buenavista, Dos Aguas y Cementerio, lote número cinco, lote número ocho, lote número uno y lote "A" integrados, con las cabidas y por las lindes descritas en las peticiones vigesimaquinta y vigesimaséptima, es de propiedad privada de María de la Cruz Reyes Torres.

Décima. Que es de propiedad privada de Alfredo Hasche el subsuelo petrolífero del predio denominado La Primavera, parte de la antigua hacienda Flandes y La Primavera, ubicado en el Municipio de Flandes, con la cabida y por las lindes señaladas en la petición vigesimonona.

Undécima. Que el subsuelo petrolífero del predio nominado *Camalá,* integrado por las parcelas lote número 13, lote número 14, El Recreo y Ambato o Santo Domingo, ubicado en el Municipio de Flandes, por las lindes descritas en la petición trigesimaprimera, es de propiedad privada de Manuela Rocha de Fonnegra.

Duodécima. Que, como consecuencia de las declaraciones antes hechas, el Gobierno Nacional no puede otorgar concesiones en los dichos predios, los cuales deben excluírse del área de la propuesta de contrato número 759, o bien del contrato que se hubiere celebrado con la International Petroleum Limited o con sus cesionarios a cualquier título.

En cuanto a los hechos, los apoderados de los actores, en los primeros diez y ocho, hacen la historia de la adquisición respecto de cada uno de los once demandantes y en relación con los predios descritos en el libelo, en un total de treinta y ocho parcelas.

"*Décimonono.* Los predios de que trata las peticiones de esta demanda y los hechos anteriores salieron legalmente del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, bien por títulos emanados del mismo, o bien por haberse cumplido respecto de ellos el fenómeno de la justa prescripción con fundamento en su posesión acompañada de actos de explotación económica de tiempo inmemorial.

"*Vigésimo.* Los aludidos predios forman parte del antiguo globo de 'Llano Grande' respecto del cual ha reconocido la honorable Corte, Sala de Negocios Generales, en sentencias de 15 de abril de 1943 y 4 de agosto de 1947, en relación con las fincas de 'San Rafael' y 'Santana', que salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873".

En el vigesimoprimero se refieren los apoderados de los demandantes a la propuesta número 759, admitida por Resolución número 787 de 30

de julio de 1957, publicada en el *Diario Oficial* número 29.503 de fecha 3 de octubre de 1957, y cuyas lindes transcriben íntegramente en este hecho.

Según el vigesimosegundo, el área de la propuesta "se superpone en la totalidad de los predios determinados en esta demanda".

En el hecho final afirman que la demanda se presenta dentro del plazo señalado en el Decreto número 3050 de 1956.

Para fundar en derecho la acción, los apoderados invocan los artículos 4º de la Ley 37 de 1937, 10 de la Ley 160 de 1936, Ley 18 de 1952; en los artículos 2518 y siguientes del Código Civil; artículos 173 y siguientes del Código Judicial; Ley de 11 de octubre de 1821, del 30 de marzo de 1843, en la Ley 10 de 1876; "en las Reales Cédulas de San Lorenzo, de San Ildefonso, El Pardo y demás normas concordantes de la legislación de Indias y en el Código Fiscal de 1873 en cuanto configuran el fenómeno jurídico de la posesión y prescripción por explotación económica".

Bajo el rubro de "Titulación Antigua y Pruebas de Explotación Económica", en cuarenta y cuatro numerales, aluden los apoderados de los actores a las copias de instrumentos antiguos, otorgados en su mayoría en el curso del siglo XVIII, para establecer que varias estancias o propiedades ubicadas en Llano Grande fueron objeto de contratos de compraventa entre particulares; gravados con censos, capellanías, hipotecas; objeto de diligencias judiciales de deslinde, oposiciones a mercedes solicitadas, etc.

En el último numeral, el 44, se lee: "Escritura de 18 de noviembre de 1660, Notaría Tercera de Bogotá, por la cual Alonso Navarro de Figueroa hipotecó 400 estancias de ganado mayor y menor en Llano Grande".

Termina el libelo con el alistamiento de las copias de las escrituras que contienen los actuales títulos de propiedad de los demandantes, en relación con los distintos inmuebles.

Admitida la demanda, el Procurador 2º Delegado en lo civil, la contestó limitándose a manifestar que negaba los hechos y que, por tanto, se oponía a que se hicieran las declaraciones suplicadas.

Además de las copias de numerosos títulos acompañados con la demanda, en el memorial de pruebas se solicitaron otras, como también la práctica de la indispensable inspección ocular, con la intervención de peritos, cuyas conclusiones pasan a mencionarse en lo sustancial.

II. *Inspección ocular.*

En el acta de fecha 2 de febrero de 1960, en la diligencia practicada por el Tribunal Superior de Ibagué, comisionado al efecto, se dijo lo siguiente, en cuanto a la identificación de la región denominada Llano Grande: "Acto seguido, luego de examinar detenidamente los planos y el expediente en lo relacionado con el globo de 'Llano Grande', se procedió a desarrollar la prueba solicitada en ese aparte b) de la serie sexta de la siguiente forma: En avioneta recorrieron el Magistrado ponente, los peritos, el resto de los Magistrados que componen la Sala y el suscrito Oficial Mayor esa extensión territorial por sus linderos arcifinios, partiendo del aeródromo de Flandes rumbo a Girardot y tomando luego el curso del río Magdalena hacia arriba hasta llegar a la desembocadura del río Luisa; luego siguiendo el curso de este río hacia arriba hasta encontrar la serranía de San Francisco o Carrasposo, frente al poblado de San Luis; siguiendo luego por el flanco de esa serranía con rumbo de Sur a Norte hacia Chicoral, hasta encontrar el río Coello; siguiendo luego el curso del río Coello hacia abajo hasta su desembocadura en el Magdalena, y luego Magdalena arriba hasta el punto de partida de la observación, frente a Girardot. Para este recorrido se empleó una velocidad de 120 millas y una altura de 2.000 pies. La visibilidad era perfecta y desde la altura se pudo determinar con toda claridad el indicado globo de 'Llano Grande' ". (Fs. 319 a 320 C. Nº 5).

En la misma fecha, se llevó a efecto el recorrido de las lindes del predio La Primavera, para concluír: "En conformidad con las observaciones verificadas en la forma señalada en el curso de esta diligencia no cabe lugar a duda de que el lote 'La Primavera' se encuentra dentro del globo de 'Llano Grande' y dentro de la propuesta".

La diligencia continuó al día siguiente con el recorrido de las lindes de cada uno de los lotes que integran el globo denominado "Camalá", nominados lote número 13, lote número 14, lote El Recreo y Ambato, con el siguiente resultado: "El Tribunal observa que la mayor parte de la cabida superficiaria que compone la hacienda de Camalá se encuentra dentro de la demarcación de la propuesta, excepto la zona Noroeste de la misma finca que se sale de ese perímetro en una extensión que será determinada por los peritos. Toda la hacienda se encuentra, como es obvio, dentro de Llano Grande".

Continuaron, en la misma fecha, con el recorrido e identificación de los lotes Montalvo, La Porfía y Los Panches, que forman el predio nominado Guayabal, del cual deben excluírse los lotes enajenados por los actores a la Caja Agraria y a otros compradores allí mencionados. Asimismo, recorrieron las parcelas designadas primer lote y segundo lote que integran La Mirada, sobre los cuales "observa el Tribunal que esos lotes hasta ahora identificados y ubicados en el punto Guayabal, se encuentran dentro de los límites de la propuesta y a la vez, dentro del globo Llano Grande".

La tercera diligencia se llevó a efecto el día siguiente cuatro de febrero, con la cooperación de los testigos Víctor Barrero Feria, Cornelio Orjuela y José Vicente Feria, en la cual recorrieron e identificaron, según se dice en el acta, las parcelas Nápoles, El Diamante, La Ceferina, El Cometa, La Primavera, El Engaño, El Sámano, La Margarita, El Valle o Bayo, El Idilio, El Potosí, lote número cinco, Las de Buenas, La Florida, Montalvo, Tulipán, lote "B" (integrado por El Hobo y Caracolí), El Chircal, Buenavista, Dos Aguas, lote número cinco, lote número ocho, lote número uno o La Trocha, lote "A" (integrado por encerrados Las Palmas, encerrados Los Patos y Mangón Caracolí). Sobre estos inmuebles también se hace la declaración de que están comprendidos dentro del área de la propuesta y del globo Llano Grande.

La última diligencia se practicó el cinco de febrero, en la que se recorrieron e identificaron los inmuebles de propiedad de Ana Villalba Donoso como los de la sucesión de José Concepción Villalba, comenzando por el "lote número 2 Montalvo", con 100 H. 4.752 M2; otro lote de 5 hectáreas, 7.246 M2; el denominado El Universo y finalmente El Caimito, sobre los cuales el Tribunal dijo: "Como puntos de referencia para la ubicación de estos lotes inspeccionados en el día de hoy se tomaron las quebradas de Guayabal y de Montalvo, por lo cual se puede concluír que esos predios se encuentran tanto dentro de los linderos de la propuesta 759 como dentro del globo de Llano Grande".

Uno de los apoderados, en el curso de esta última diligencia, manifestó que prescindía de la ubicación de los inmuebles relacionados en la petición decimaséptima, por cuanto no estaban comprendidos dentro del área de la memorada propuesta número 759.

III. *Concepto pericial.*

Los peritos designados por las partes, llevada a cabo la inspección ocular, presentaron su dictamen, en el cual principian por copiar el punto 6º del memorial de pruebas de los apoderados de los demandantes, sobre identificación y ubicación de los distintos predios, incluyendo el nominado Llano Grande, respecto del cual los peritos, terminada la transcripción, dicen: "Los linderos de 'Llano Grande' son accidentes fisiográficos perfectamente destacados, fácilmente identificables, y determinan un contorno o perímetro cerrado que define claramente la *extensión territorial* denominada 'Llano Grande' ". (subraya la Sala).

Pasan luego a indicar la forma cómo se hizo la identificación de la extensión territorial llamada Llano Grande, y al efecto, transcriben lo dicho en la inspección ocular respecto del recorrido en avioneta, según se vio, para advertir: "En el plano número 1º que acompañamos a este informe, dibujado en escala de 1:100.000, está demarcado con líneas rojas el perímetro de 'Llano Grande'.

"Por el reconocimiento practicado sobre el terreno para confrontar los linderos indicados en los planos que obran en el expediente, pudimos comprobar que la representación de los accidentes que figuran en estos planos, corresponden perfectamente a la realidad sobre el terreno, lo mismo se observa en las planchas números 245 y 264, levantadas por el Instituto Geográfico Militar". (Fs. 350 vto. a 352 ib.).

Sobre la superposición del área de la propuesta respecto de la extensión territorial de Llano Grande, dicen los ingenieros: "En el plano número (1) a que nos hemos referido al contestar el aparte b) del mismo punto 6º, hemos demarcado el contorno o perímetro de la propuesta número 759 formulada por la International Petroleum, para indicar claramente su ubicación con relación a la hacienda de 'Llano Grande', y determinar perfectamente la superposición que existe entre una parte del área determinada por los linderos de la propuesta 759, como parte del área de la hacienda de 'Llano Grande', localizada también en el mismo plano.

"Los linderos de la propuesta número 759, los hemos localizado en el mismo plano a que nos hemos referido, con líneas amarillas y de acuerdo con los indicados en el *Diario Oficial* número 29.503 de fecha octubre 3 de 1957 en que se publica el aviso sobre aceptación de la propuesta 759, y que transcribimos en seguida...".

Terminada la innecesaria transcripción de las lindes de la propuesta, los peritos, repiten: "En el plano número (1) que acompañamos a nuestro informe, se han localizado los linderos de la

propuesta número 759, en la parte correspondiente a los terrenos de 'Llano Grande', con el objeto de determinar la superposición del área de la propuesta número 759 sobre los terrenos de 'Llano Grande'. Esta área de superposición está demarcada por los linderos señalados con las letras H, I, J, K, L, M, N, O, A', B', C', H'. Los puntos indicados con las letras O, A', B', C', H', se encuentran sobre el río Magdalena. La zona de superposición la hemos rayado en su contorno con líneas verdes''. (Fs. 353 vto. ib.).

Sobre la ubicación de los predios de los actores, los peritos dicen que en la inspección ocular practicada por el Tribunal comisionado, ''...se identificaron en el terreno, los predios de los demandantes, de acuerdo con los linderos que figuran en los documentos que obran en el expediente''.

''Estos predios los hemos localizado también en el plano que acompañamos, para determinar su ubicación dentro de la hacienda de 'Llano Grande', lo mismo que su ubicación respecto de la zona o área encerrada por la propuesta número 759, de la International''. (Fs. 354 ib.).

A continuación los expertos se refieren a la identificación de los predios objeto del litigio, para lo cual transcriben los apartes correspondientes de la inspección ocular, en relación con el nominado La Primavera, para concluír: ''La alinderación del lote de 'La Primavera', encierra una zona o área de terreno contigua a la hacienda de 'San Rafael'. Lote que quedó perfectamente identificado en la diligencia de inspección ocular, y que hemos localizado en los planos que acompañamos a nuestro informe pericial.

''*Tanto por la identificación* que se hizo en el terreno, como por la localización que se indica en los planos mencionados, queda perfectamente aclarado que esta zona de terreno que forma el lote denominado 'La Primavera', está ubicado dentro del globo de terreno o predio denominado 'Llano Grande', es decir, que se encuentra dentro del contorno cerrado formado por los ríos Coello, Magdalena, Luisa, y la sierra de 'Carrasposo'. También queda demostrado claramente, que el lote de 'La Primavera', se encuentra dentro del perímetro y dentro del área que abarca o encierra la propuesta número 759, de la International como se observa en las localizaciones indicadas en el plano número (1) que acompañamos a este informe''. (Fs. 354 vto. a 355 ib.).

En cuanto concierne al inmueble llamado Camalá, copiados los párrafos necesarios de la diligencia de inspección ocular, los peritos repiten: ''Por la identificación que se hizo sobre el terreno de los diferentes lotes que forman la hacienda de 'Camalá', lo mismo que por la ubicación indicada en los planos que acompañamos, queda comprobado que dicha hacienda, hace parte, y queda comprendida en toda su extensión, dentro de los terrenos de 'Llano Grande'.

''El área determinada por los linderos de la propuesta número 759 de la International, se superpone a la mayor parte de la superficie de la hacienda de 'Camalá', como se indica en la parte sombreada con rayas verdes en el plano número (1) que acompañamos a nuestro dictamen.

''La superficie de la hacienda de 'Camalá', que queda comprendida dentro de la propuesta número 759, tiene una extensión aproximada de 882 hectáreas. La zona de la hacienda de 'Camalá', que queda fuera de la propuesta mencionada, está situada al Noroeste de esa finca como se ve en el plano''. (Fs. 356 ib.).

En la misma forma se refieren a todos los demás lotes; de manera que resulta del todo innecesario hacer expresa mención de cada uno de ellos, pero conviene transcribir estas finales:

''Conclusiones. En el plano número (1) hemos localizado los lotes o predios mencionados en los puntos (A), (B), (C), (D), (E), (F), de este informe, y que como se observa también en el plano, forman cinco agrupaciones separadas a saber: *Primera.* La correspondiente al punto (A) 'La Primavera'. *Segunda.* Agrupación correspondiente al punto (B), hacienda 'Camalá'. *Tercera.* La correspondiente a los puntos (C) y (D), predios en 'Guayabal'. *Cuarta.* Agrupación correspondiente al punto (E), en 'Talura'. Y *quinta.* Agrupación correspondiente al punto (F), 'lote número 2 de Montalvo', 'lote de 5 H. 7.246 M2', lote 'Montalvo', lote 'El Universo' y lote 'El Caimito'.

''En el plano número (1) quedan distinguidos estos cinco grupos, que hemos mencionado anteriormente, en la siguiente forma:

''1º Area de la hacienda 'La Primavera', —indicada en el punto (A)—, superpuesta por la propuesta número 759 de la International, y rayada en verde.

''2º Area de 'Camalá' —indicada en el punto (B)—, superpuesta por la propuesta número 759 y rayada en amarillo.

''3º Area de 'Guayabal' —correspondiente a los puntos (C) y (D)—, superpuesta por la propuesta número 759, y rayada en color sepia.

''4º Area de 'Talura' —correspondiente al punto (E)—, superpuesta por la propuesta número 759, y rayada en azul.

"5º Area correspondiente a los terrenos de 'Montalvo' y otros, pertenecientes a Ana Villalba Donoso —indicados en el punto (F)—, superpuesta por la propuesta número 759, y rayada en anaranjado.

"Todos estos predios o grupos de predios, se encuentran dentro del globo de terreno que forman a 'Llano Grande', como se ha demostrado.

"También todos estos predios indicados anteriormente, quedan superpuestos por el área de la propuesta número 759 de la International Petroleum (Colombia) Limited". (Fs. 366 vto. a 367 ib.).

IV. *Tesis de la parte actora.*

En el alegato de conclusión, los apoderados de la parte actora enumeran los elementos sustanciales de la acción, en cuanto atañe al modo cómo salieron del dominio del Estado los predios objeto de este litigio; la superposición del área de la propuesta sobre los memorados inmuebles, a excepción de las parcelas determinadas en la inspección y luego por los peritos; la propiedad de los demandantes en los fundos mencionados y, en fin, ponen de manifiesto que la acción la ejercitaron dentro del plazo legal.

En cuanto concierne al primer elemento, no aducen un título emanado del Estado, según lo sugería el hecho décimonono de la demanda, sino que en forma clara y terminante prescinden de todo título, para invocar la siguiente tesis:

"Que las tierras de Llano Grande comprendidas entre 'el Río Luisa y el Coello y La Magdalena y una sierra que está en la parte de arriba' salieron del dominio del Estado o Nación Colombiana, con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de justa prescripción por explotación económica de tiempo inmemorial y posesión y que, en consecuencia, el subsuelo petrolífero correspondiente a esas tierras de Llano Grande no es de propiedad del Estado Colombiano sino de la propiedad privada de los demandantes". (Fs. 60 C. Nº 1º).

Los apoderados de los actores no exponen las razones jurídicas por las cuales el modo de la prescripción pueda sustituír al título exigido por el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, sino que transcriben algunos apartes de la sentencia de 15 de abril de 1943, traída en copia (fs. 22 a 33 del C. Nº 5º), e insertan a continuación párrafos de otros documentos, extraños a la dicha sentencia, como de la capellanía fundada por Alonso Ruiz de Saajosa el 19 de agosto de 1621; el poder del capitán Martín Ruiz, en el año de 1655, en favor de Bernardo José de las Peñas; citan las declaraciones de Juan Lozano Gallardo, Pedro Valderrama y Jacinto Leuro Bocanegra, según las cuales, "...caben en dicho Llano Grande, según es voz y fama de que ha tenido en pasados años, ochenta mil cabezas de ganado vacuno" (fs. 213 C. Nº 2º), que el testigo Valderrama, "cuando está pujante", hace llegar a cien mil; sin embargo, como Alonso Navarro de Figueroa hipotecó 400 estancias de ganado mayor, si cada una comprende 1866 hectáreas, la cabida de las dichas estancias o de Llano Grande sería cuando menos de 746,400 hectáreas, con una proporción de siete hectáreas y media por cada cabeza de ganado, en el supuesto de pastar las mencionadas cien mil del testigo Valderrama.

Después de anotar que las sentencias, diligencias de inspecciones oculares, conceptos periciales se han traído en copia legal a este proceso, los apoderados de la parte demandante pasan a enumerar los documentos que, en su opinión, concurren a demostrar la posesión económica de los predios; y al efecto menciona la apertura del testamento de Ana de Soto López; la copia del expediente sobre el pleito seguido por Juan Manuel de Moya y Guzmán contra Antonio Alvarez; el remate del Retiro; escritura de Ana de Soto López en favor de Antonio Alvarez, en abril de 1748, con la mención de los "hatos y ganado que hay en ellos de Santa Ana, Las Guaduas, Talura y La Chamba"; fundación de una capellanía por Alonso Ruiz; el testamento otorgado por éste; venta de Santa Ana por Antonio Alvarez a Bernardo de los Reyes, el 11 de noviembre de 1762; testamento de María de Melgar y Coronel del 15 de junio de 1730; memorial de Martín Ruiz de Carvajal y Saajosa sobre 20 estancias del ganado mayor; hipoteca de Alonso Navarro de Figueroa sobre 400 estancias de ganado mayor en Llano Grande, con diez mil cabezas de ganado y esclavos, diez en total; en fin menciona otras declaraciones, ventas, etc., para remitirse a los documentos contenidos en el cuaderno 2º, bajo el rubro de "Titulación Antigua, pues todos 'corroboran el fenómeno de la justa prescripción por explotación económica que nos hemos permitido exponer hasta lo que va del presente memorial-alegato' ".

En el punto segundo del alegato, los personeros de los actores se refieren a las pruebas para establecer que el área de la propuesta número 759 se superpone a los predios objeto del presente litigio, con las salvedades a que se

refiere la inspección ocular y el dictamen de los peritos.

En el tercer punto enumeran los títulos de propiedad de los demandantes, en relación con cada uno de los inmuebles relacionados en la demanda.

En resumen, según lo expuesto en el alegato con fundamento en los documentos presentados al juicio, los apoderados de los actores aducen como única razón de sus pretensiones la prescripción por explotación económica, sin que al efecto hayan presentado título alguno para demostrar que la totalidad del extensísimo territorio Llano Grande fue objeto de una merced; o que las que allí se hicieron cubrieron toda su extensión; ni cuáles de éstas últimas comprenden los inmuebles a que se refieren las treinta y tres súplicas o peticiones de la demanda.

V. *Vista del Procurador Delegado.*

Este funcionario recibió en traslado el expediente el 13 de noviembre de 1960 y lo devolvió el 3 de julio de 1962, con un estudio extenso y minucioso escrito en 93 páginas, en el cual trata de las siguientes cuestiones: en las primeras 29, hecho el resumen de la demanda, trata de los presupuestos procesales, pues estima que en este caso se hizo una indebida acumulación de acciones; y en las páginas siguientes se refiere a los actuales títulos de propiedad de los distintos fundos en función con cada uno de los actores; alude a la identificación de los predios enumerados en la demanda, extremo que considera suficientemente establecido; en el tercer aparte estudia los títulos antiguos encaminados a demostrar la prescripción por explotación económica; identificación de los predios salidos del dominio del Estado y superposición de éstos sobre los especificados en la demanda; en fin, examinados a espacio las solicitudes de mercedes, los contratos de compraventa, los testamentos otorgados durante la colonia, los censos y capellanías que gravaban tales predios, y con fundamento en las leyes de desamortización, alega la reversión de la propiedad de tales fundos al Estado con posterioridad al año de 1873.

En cuanto a la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, el Procurador Delegado se expresa así, en lo sustancial:

"Cuando se trata de varios sujetos demandantes, con acciones a su vez distintas, y en un mismo libelo se acumulan de hecho aquellas acciones, así se trate de una misma parte demandada, esta acumulación de hecho de las acciones dirigidas a obtener declaraciones, reconocimientos, condenas, órdenes, mandatos o decisiones en sentencia del juez que resultarían a su vez ceñidas a derechos diferentes en cabeza de personas distintas, es impropia. Afecta en el fondo y en su esencia la forma de la demanda y da origen por consiguiente a la falta del presupuesto procesal de demanda en forma. Lo cual inhibe al fallador de instancia para pronunciarse en el fondo de los asuntos así impropiamente demandados y debatidos, examinando antes de llegar a tal pronunciamiento oficiosamente, como es su deber, si se han configurado todos los presupuestos procesales.

"Se ha hecho examen de los principios anteriores, porque en el juicio presente este presupuesto procesal de demanda en forma no aparece debidamente configurado. Los actores en él, formando un frente la parte demandante, teniendo en su cabeza acciones diferentes, como son los derechos exclusivos que alegan tener en los yacimientos de hidrocarburos existentes respectivamente en los globos de tierra en que tienen según los hechos de la demanda dominio privado actual exclusivo, elevaron por intermedio de sus apoderados judiciales en una sola demanda, acumulando indebidamente de hecho las diferentes acciones, las peticiones diferenciadas para que se declare en la sentencia el dominio privado en esos hidrocarburos, y se excluya cada porción o lote de éstos existentes en esos terrenos con respecto a cada sujeto del derecho de propiedad del contrato de explotación que la Nación llegare a celebrar con la compañía proponente.

"Así resulta que los actores o sujetos activos en la relación jurídico-procesal son distintos, y diferente son igualmente los objetos de sus demandas, o mejor, de sus acciones puesto que dichos actores tienen dominio actual señaladamente en diverseos globos de terreno, siendo evidente que las declaraciones respectivas que impetran de la Corte en la sentencia que ha de pronunciar son excluyentes unas de otras, con relación a los diversos titulares de dichas acciones. Si el que es propietario de determinado globo de tierra reclama la declaración de ser dueño de los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren dentro de ese globo no está en capacidad de hacerlo respecto de los demás yacimientos que se encuentren en los globos de terreno en los que no tiene dominio. Con el agravante de que en la sentencia, si unos de los litigantes como sujetos activos no demuestran o no han demostrado los hechos *causa petendi*, mientras que otros sí, se llegaría a una decisión contradictoria en el fondo de la cual se declaran unas peticiones favorablemente a los actores y otras desfavorablemente.

"Como se vio, y resulta de la lectura del libelo de demanda, tanto en la exposición de los hechos *causa petendi* como en las peticiones formuladas, los actores tienen acciones distintas incoadas a su favor, provenientes de títulos diferenciados en los globos de tierra objeto de tales demandas y consecuencialmente en los respectivos yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en cada uno de esos globos, con distinción a los que se encuentren en los de otros dueños. Los títulos de propiedad cuyas copias auténticas fueron allegadas con el libelo de demanda, indican la diferencia de unos a otros en cuanto a la propiedad exclusiva". (Fs. 90 y 91 C. Nº 1º).

VI. *Demanda en forma.*

Según la exposición transcrita, la falta del presupuesto procesal de demanda en forma la deduce el Procurador Delegado en la indebida acumulación de acciones, porque, por una parte, la parte actora está integrada por varias personas físicas, y, por otra, sus pretensiones recaen sobre distintos predios, vale decir, sobre distintos objetos; sin embargo, como tantas veces lo ha expuesto esta Sala en los incidentes de acumulación, con fundamento en el ordinal 4º del artículo 398 del Código Judicial la conexidad resulta "cuando las acciones provengan de una misma causa"; y en este caso, por lo menos aparentemente, los actores, en el hecho 29, sostuvieron que todos los predios descritos en las súplicas de la demanda integraron el nominado Llano Grande, salido del dominio del Estado o bien por merced o por justa prescripción con fundamento en la explotación económica; de manera, pues, que en tal afirmación o hecho fundamentaron la conexidad de las acciones, porque, si realmente se hubiese demostrado tal extremo, la causa petendi o causa justificativa de la pretensión sería la misma, pues lo que se predica del todo habría que predicarlo de cada una de sus partes, que jurídicamente, por tener el mismo título mediato, constituirían un solo objeto, no obstante la variedad y multiplicidad de los títulos inmediatos o actuales.

Si los actores no han demostrado que el predio Llano Grande salió del dominio del Estado en virtud de un título, expedido antes del 28 de octubre de 1873, no solo faltaría la conexidad sino también la causa petendi, la cual conlleva, necesariamente, una cuestión de fondo o legitimación en causa por activa; y en tales circunstancias, sería del todo inadmisible declarar la falta del alegato presupuesto procesal, en lugar de proferir sentencia de mérito, sobre lo sustancial de la acción, ya que existe una vinculación que no es posible desdoblar o separar.

VII. *Justa prescripción.*

Como se ha puesto de manifiesto con la mención de los principales apartes del alegato de conclusión, la parte actora no ha pretendido establecer que los inmuebles descritos en la demanda estén amparados por determinada merced o título, sino que todos sus argumentos se encaminan a demostrar la adquisición de la propiedad de ellos, por el modo de la prescripción con base en la explotación económica, para lo cual alude al análisis hecho por esta Sala, respecto de las pruebas producidas en otro juicio, en relación con otros demandantes y con otros inmuebles; sin embargo, antes de la demostración de este extremo o hecho, se impone el estudio de dos principales cuestiones de fondo, a saber, primero, ¿jurídica o legalmente, es posible adquirir por el modo de la prescripción la propiedad del subsuelo en relación con el petróleo subyacente?; y segundo, ¿en el supuesto de que fuera procedente tal adquisición, cuáles serían las pruebas adecuadas para establecer hoy la explotación o posesión económica consumada hace más de dos siglos o por lo menos antes del 28 de octubre de 1873?

La primera cuestión, en cuanto atañe a la adquisición de la propiedad privada de las tierras realengas o baldías por el modo de la prescripción, conviene dilucidarla tanto en relación con la legislación colonial como en función de la expedida por la República, a partir de la independencia.

A. *Legislación colonial.*

Por el hecho del descubrimiento de América, los reyes de Castilla y sus sucesores se consideraron como señores de todas las tierras de este continente, con la facultad de disponer de ellas a su arbitrio, en especial para transferir el dominio a los conquistadores o a quienes emigraban de la metrópoli con el ánimo de poblarlas y avecindarse en los territorios descubiertos; sin embargo, con el fin de invocar algún título, aparentemente distinto del de la mera conquista, en la Ley Primera, Título Primero, Libro Tercero de la Recopilación de las Leyes de las Indias, se lee: "Por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos, somos señor de las Indias Occidentales, Islas y Tierras firme del mar Océano, descubiertas y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla...".

Como una secuela de tal principio, el rey Fernando V, el 18 de junio y el 9 de agosto del año de 1513, en Valladolid, ordenó, según consta en la Ley Primera, Título Doce, Libro IV de la citada Recopilación: "Porque nuestros Vasallos se alienten al descubrimiento y población de las Indias, y puedan vivir con la comodidad y conveniencia, que deseamos: es nuestra voluntad que se puedan repartir y repartan casas, solares, tierras, cavallerías y peonías a todos los que fueren a poblar tierras nuevas en los Pueblos y Lugares, que por el Gobernador de la nueva población les fuere señalados... para que cuiden de la labranza y crianza; y habiendo hecho en ellas su morada y labor, y residido en aquellos Pueblos cuatro años, les concedemos la facultad, para que de allí en adelante los puedan vender, y hacer de ellos a su voluntad libremente, como cosa suya propia;...". Pero si antes de cumplir los cuatro años de obligatoria residencia, abandonando la tierra, se hubieran trasladado a una nueva población, "declaramos por nulo el repartimiento, que contra la decisión de nuestra ley se hiciere, y condenamos a los que lo hubieren hecho, en pena de la nuestra merced, y diez mil maravedis para nuestra Cámara".

La forma o el procedimiento para la adjudicación de tierras realengas se hacía, en los primeros tiempos, mediante "repartimiento" llevado a efecto como consecuencia de las capitulaciones celebradas por el monarca con los descubridores o conquistadores; en otras ocasiones se realizaba mediante cédulas generales o particulares, o bien por el otorgamiento de mercedes por los gobernadores, presidentes u otros funcionarios a quienes el soberano hubiese delegado tal atribución; y en fin se concedían tierras a título oneroso por medio de ventas o remates, como un medio de allegar fondos al erario real; sin embargo, todos estos medios de adjudicación o concesión de tierras tenían dos factores comunes e insustituíbles: primero, el título debía proceder, necesariamente, a la ocupación o cultivo de las tierras; y, segundo, el adjudicatario debía cultivar y residir o morar cuatro o cinco años, según la época, en la respectiva parcela, bajo las penas previstas en la ley antes citada, como de otras que se dictaron sobre esta materia.

La ocupación de hecho de baldíos o realengos, durante la colonia, fue siempre un acto ilícito, ya se refiera a toda el área o solamente a alguna parte por exceso o sobrantes de las mercedes, ventas o remates efectuados; pero como no obstante la prohibición tales ocupaciones siempre ocurrían en la práctica, los soberanos españoles idearon la forma de sanear tales vicios y a la vez obtener un provecho pecuniario con destino al erario real, mediante el sistema conocido con el nombre de "composición", que el profesor J. M. Ots Capdequí explica así:

"La 'composición' fue, tanto en el derecho histórico español como en el derecho propiamente indiano, una figura jurídica por la cual, en determinadas circunstancias, una situación de hecho —producida al margen o en contra del derecho— podía convertirse en una situación de derecho, mediante el pago al Fisco de una cirta cantidad.

"Esta figura jurídica de la composición se aplicó en las Indias Occidentales por motivos diversos y en distintas ocasiones.

"Así, por ejemplo, fueron admitidos más de una vez a composición —individual o colectivamente— los extranjeros que hubieran penetrado clandestinamente en los dominios de España en América y que, al ser descubiertos por las autoridades prefirieran componerse antes de ser expulsados. Así también los particulares —en ocasiones, según veremos, los Cabildos— que hubieran ocupado tierra baldía o realenga sin justo título, o aquellos otros que al amparo de un título legítimo hubiesen ocupado más tierra de la concedida, fueron admitidos a composición".

Más adelante se lee: "No fue por tanto, la *composición* nuevo título originario del dominio privado sobre las tierras; pero sí fue un acto jurídico por virtud del cual la *posesión,* mera situación de hecho, podía convertirse jurídicamente en *dominio,* ya que mediante ella se obtenía el título correspondiente".

Con todo, debe notarse que la "composición" no tenía la virtud de sanear toda clase de situaciones de hecho irregulares, porque, "para más favorecer y amparar a los indios y que no reciban perjuicios: mandamos que las composiciones de tierras no sean de las que los españoles hubieren adquirido de indios contra nuestras cédulas reales y ordenanzas, o poseyeren con otro título vicioso, porque en éstas es nuestra voluntad, que los Fiscales-Protectores, o los de las Audiencias, si no hubiere Protectores-Fiscales, sigan su justicia, y el derecho que les compete por cédulas y ordenanzas, para pedir nulidad contra semejantes contratos...". (Ley XVII, Título XII, Lib. IV de la Recopilación de Indias).

Sobre la necesidad del título expedido por el Soberano, para que los baldíos ingresen al patrimonio particular, en sentencia de fecha 14 de julio de 1944, esta Sala dijo: "6. Las tierras no podían pasar del poder de la Corona al de los particulares sino en virtud de actos dispositivos

del Soberano, que constituían el título para la entrega de tierras, o que saneaban situaciones anteriores de ocupaciones sin título...". (G. J. Tomo LVIII, pág. 405).

Sin embargo, la ocupación sin título o de hecho de las tierras realengas, en determinadas condiciones, originaban ciertos derechos en favor del colono o cultivador, comprendidos bajo la denominación de "justa prescripción por explotación económica", cuya naturaleza y consecuencias define esta Sala en la sentencia antes citada, con estas palabras:

"7. En lo referente a la prescripción ya dijo la Corte, con razones sacadas del estudio de la legislación indiana y española, cómo los estatutos sobre tierras en las Indias hacían parte del derecho público, no del derecho civil, y que se dictaron contemplando la situación de los dominios reales en las Indias, diferente a la situación patrimonial del Soberano en la Península. Y que esas normas especiales del derecho indiano no configuraban nunca la prescripción adquisitiva de las tierras realengas, con el criterio que venía desde los romanos; sino una prescripción, llamada así tal vez impropiamente, pues consistía en la adquisición de las tierras realengas cultivadas o explotadas, en cuya posesión se protegía y respetaba a los que la realizaban, pero quedando sujetos siempre a la obtención del título de adjudicación o merced".

En la doctrina transcrita, con bastante claridad, se define o clasifica la facultad o derecho que le asiste al cultivador o colono o poseedor de hecho, el cual consiste en "la obtención del título de adjudicación o merced"; en otras palabras, no se trata de un derecho "in re", sino de una facultad para obtener el título de adjudicación, que entre los numerosos antecedentes jurisprudenciales, se transcribe el siguiente:

"En la oposición a la adjudicación de unos baldíos, se alegó por el recurrente en demanda de casación contra la sentencia que decidió el juicio ordinario, que el Tribunal había violado los artículos 1º de la Ley 61 de 1874, 1º de la Ley 84 de 1882 y 1º del Decreto número 832 de 1884. Dijo el autor del recurso que tales disposiciones establecían que lo que los cultivadores de baldíos adquirían en virtud de ellas no eran débiles esperanzas, sino un derecho de propiedad incorporado en su patrimonio.

"'Empero, las disposiciones de que se trata no se podían tomar aisladamente, o sea con preseindencia de otras que exigía la adjudicación por el Gobierno, o la posesión dada por una autoridad competente; han de ser entendidas, por tanto, en el sentido de que conferían al cultivador un derecho preferencial o la adjudicación, observando las prescripciones legales, derecho que para convertirse en derecho *in re* necesitaba de ciertas formalidades. Véanse los artículos 3º y siguientes del mencionado Decreto 832. No prospera el cargo'. (Casación, XXXIX, número 1881, agosto 31 de 1931) 258 1ª".

Reserva del subsuelo.

Por último, no está por demás advertir que la adjudicación de las tierras realengas, bajo cualquiera de las formas mencionadas, solamente comprendía o se refería a la superficie, pero de ninguna manera al subsuelo, que se lo reservaron los soberanos españoles desde los primeros tiempos de la conquista.

En efecto, el autor citado antes, Ots Capdequí, dice sobre esta materia: "Debemos recordar ahora que los principios jurídicos reguladores de este régimen de minería, fueron, fundamentalmente, éstos:

"1º Todo yacimiento minero, cualquiera que fuera su calidad, y lo mismo si se encontrase 'en lugares públicos' que 'en tierras y posesiones de personas particulares', debía ser considerado como regalía de la Corona.

"2º El dominio del suelo no daba derecho ninguno al dominio del subsuelo.

"Como consecuencia de estos dos principios, que se mantuvieron inalterables durante todo el tiempo de la dominación española en América, el derecho de los particulares a la posible explotación de un yacimiento minero, tenía que derivar forzosamente de una gracia o merced Real, o sea que, en términos modernos, presentaba el carácter de una verdadera concesión".

En la Capitulación celebrada por el Emperador con Hernán Cortés, el 6 de julio de 1529 se mencionó expresamente aquello que se excluía de tal acto, así: "...reteniendo como retenemos... la sobernía de nuestra justicia Real... e que no podades... facer ni edificar fortalezas de nuevo... sin nuestra licencia... y retenemos ansi mismo... los mineros y encerramientos de oro y plata e de otros cualesquier metales y las salinas que obiere en las dichas tierras y que corra allí nuestra moneda... y todas las otras cosas que andan en el señorío Real y que no se pueden ni deben separar del...". (Cita de Ots Capdequí, pág. 17).

En la recopilación de Indias, en el Libro IV, Título XIX, se reglamenta lo relacionado con la industria minera, comenzando por advertir: "Es nuestra merced y voluntad que todas las per-

sonas, de cualquier estado, condición, preeminencia o dignidad, españoles e indios, nuestros vasallos, puedan sacar oro, plata, azogue y otros metales por sus personas, criados o esclavos en todas las minas que hallen, o donde quisieren y por bien tuvieren, y los coger y labrar libremente sin ningún género de impedimento, habiendo dado cuenta al Gobernador y Oficiales Reales para el efecto contenido en la ley siguiente...".

En las ordenanzas de Nueva España sobre minería, expedidas en el año de 1783, bajo el reinado de Carlos III, se declaró: "Las minas son de propiedad de mi real Corona, así por su naturaleza y origen..."; en el artículo 2º se lee: "Sin separarlas de mi Real Patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, donarlas, arrendarlas, dexarlas en testamento por herencia o manda...". En el artículo 22 del título 6º dice: "Asimismo concedo que puedan descubrir, solicitar, registrar y denunciar en la forma referida no solo las minas de oro y plata, sino también las de piedras preciosas, cobre, plomo, estaño, azogue, antimonio, piedra calimar, bismuto, salgema y cualesquiera otros fósiles, ya sean metales perfectos, o medio esmeraldas, bitúmenes o jugos de la tierra, dándose para su logro, beneficio y laborío, en los casos ocurrentes las provincias que correspondan".

Las Ordenanzas de Minería de Nueva España, en lo sustancial, fueron prohijadas por el Decreto de 24 de octubre de 1829, dictado por el Libertador en Quito, que posteriormente aparece como la Ley 10, Parte 4ª, Tratado V de la Recopilación Granadina, en cuyo artículo 1º dice: "Conforme a las leyes, las minas de cualquier clase corresponden a la República, cuyo Gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contienen este decreto".

Antecedentes.

Como un antecedente de la legislación nacional, debe anotarse las ideas expuestas en la Real Cédula de Aranjuez de 26 de mayo de 1777, en cuanto a los abusos cometidos por los terratenientes contra los colonos o cultivadores, así como también el principio de reversión respecto de los predios titulados, pero no explotados; de ahí "que en lugar de venta de tierras, sería útil, que los aplicados, que cultivasen los realengos, adquiriesen derechos a ellas, y las poseyeren, como propias, con sola la pensión de que en llegando a abandonarlas por el término de cuatro años, pudieran tomarlas otros sujetos con igual gravamen, y aún le parecía que habiéndose vendido muchísimas tierras a muy bajos precios, y donándose otras, no para tenerlas yermas, sino labradas con beneficio público en la abundancia, frutos y aplicación general de los naturales, desterrándose así la ociosidad progresiva de padres a hijos, y fomento de los vicios que de ella nacían, sería también conveniente permitir a cualquier sujeto pobre, medianamente acomodado o rico, pudiese apropiarse el terreno que necesitara en los términos anteriormente explicados, pagando al dueño legítimo el mismo valor que le hubiese costado la parte que tomaba, sin permiso, para aumentarlo, ni impedir a individuo alguno aquel derecho en paraje que se hallase inculto, y mucho menos el fabricar allí casa, corrales, y demás preciso para su subsistencia".

Legislación nacional.

De acuerdo con el artículo 55, numeral 2º de la Constitución Nacional expedida en 1821, "son atribuciones exclusivamente propias del Congreso:... 2º Decretar lo conveniente para la administración, conservación y enajenación de los bienes nacionales".

En el artículo 188 de la misma, en cuanto al tránsito de una legislación a otra, se dispuso: "Se declara en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso".

Por consiguiente, la República se subrogó en todos los derechos de la Corona Española, en cuanto atañe a las tierras realengas o baldías, tanto en relación a la superficie como en punto a la propiedad de las minas del subsuelo.

En desarrollo de la disposición constitucional, el Congreso dictó la Ley de 11 o 13 de octubre de 1821, que trata de dos cuestiones principales, según su título: "Sobre enajenación de tierras baldías y creación de oficinas de agrimensuras", con estos considerandos del Congreso General de Colombia:

"1º Que uno de sus primeros deberes es fomentar la agricultura por cuantos medios estén a su alcance.

"2º Que la enajenación de tierras baldías a precios cómodos y equitativos debe contribuír poderosamente a tan importantes objetos.

"3º Que los productos de esta enajenación son necesarios para cubrir los inmensos gastos y ero-

gaciones a que están sujetas las rentas públicas; ha venido en decretar, y decreta lo siguiente:

"Artículo 1º Podrán enajenarse en lo sucesivo, así en las provincias marítimas como en las del interior, las tierras baldías que no han sido antes concedidas a persona alguna, o que habiéndolo sido por composición, han vuelto al dominio de la República según lo dispuesto en las leyes anteriores".

En el artículo 2º se prohibió la enajenación de los terrenos de resguardos ocupados por los indios, a la vez que en el 3º se dispuso: "Queda, por consiguiente, abolido el método de composición establecido particularmente por la instrucción de 15 de octubre de 1754, y cualesquiera otras leyes para la enajenación de tierras baldías, debiendo ésta en lo sucesivo verificarse por los precios y con las formalidades que aquí se detallan".

Este artículo no solamente derogó, sino que vedó transferir el dominio de las tierras baldías por alguno de los medios previstos en la legislación colonial como las mercedes, etc.; y en forma expresa prohibió el medio de la *composición*, esto es, no sería lícito en adelante, el saneamiento de títulos viciados tanto en su expedición como en relación con la cabida; sin embargo, como podían existir colonos cultivadores de buena fe, las confirió, no propiamente la facultad de obtener título, sino de ser preferidos en la venta, según el artículo 4º que dispuso:

"Los que se hallen actualmente en posesión de las tierras baldías con casas y labranzas en ellas, sin título alguno de propiedad, serán preferidos en las ventas, siempre que en concurrencia de otro se allanen a pagar el mismo precio que se ofrece por ellas".

En cuanto concierne a los que poseyeren tierras *"a pretexto de justa prescripción"*, no les reconoció un derecho perfecto de propiedad, un *jus in re*, sino simplemente la facultad de obtener la expedición del título, previo el lleno de determinadas formalidades o diligencias administrativas, bajo la sanción de que, si no se cumplían en el plazo de un año, aquella facultad caducaba, pues el artículo 5º dice:

"Los que poseyeren tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción, deberán concurrir en el término perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad, debiendo, si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas o cultivadas".

De manera, pues, que la expedición del título fue un requisito necesario e insustituíble, para adquirir el dominio de la tierra cultivada; y aún más, si dejaba pasar el plazo sin obtener el título, en el supuesto de que tuviesen un derecho perfecto o real, caducaba, para volver al patrimonio del Estado con destino a una posterior enajenación.

Como antes se dijo, el artículo 5º no reconoció a favor de los poseedores de tierras baldías de tiempo inmemorial o "a pretexto de una justa prescripción", un derecho perfecto de dominio, sino la facultad de obtener la expedición del título correspondiente, tanto que el artículo 9º del Decreto de 4 de mayo de 1843, reglamentario de la Ley de 4 de marzo del mismo año, dispuso:

"Los que se hallen en posesión de terrenos baldíos con casa y labranza en él o sin haber llenado el deber que les impuso el artículo 5º de la Ley de 13 de octubre de 1821, serán obligados a pagar un arrendamiento anual de un 5 por 100 sobre el avalúo dado a los terrenos, por todo el tiempo transcurrido después que se cumplió el término prefijado en dicho artículo".

Si los tales poseedores o colonos tenían que pagar un canon de arrendamiento, vencido el año de plazo, se deduce que, frente al Estado, no eran sino simples tenedores de un predio ajeno, por cuyo goce debían pagar un precio mientras no obtuviesen, por la vía administrativa, el título o resolución de adjudicación; y así, en virtud de esta disposición, podría cuando más considerarse como prorrogado el plazo primitivamente señalado en el memorado artículo 5º de la Ley de 13 de octubre de 1821, pero sin que su situación de hecho mejorara la calidad o condición o de naturaleza, para transformarse en un derecho de dominio perfecto, respecto del Estado.

En los artículos 6, 7 y 8 se establecen las normas para la fijación del precio de las tierras baldías, según su ubicación y en función con la fertilidad de ellas.

Los artículos 9, 10 y 11 señalan el procedimiento para obtener la adjudicación de las tierras y expedición del título.

Desde el artículo 12 en adelante, la ley procede a reglamentar el registro, para lo futuro, de la propiedad privada rural ya titulada antes en forma regular o normal, en las oficinas de agrimesura, según las siguientes disposiciones:

"Artículo 12. Se creará en la capital de la República una oficina de agrimensura general, y una particular en cada provincia, en que se registren las propiedades rurales de todos los ciudadanos y extranjeros residentes en las expresadas provincias.

"Artículo 13. Dentro de cuatro años contados desde la publicación de la presente ley, todos los

ciudadanos y extranjeros residentes en Colombia deberán registrar sus propiedades rurales en las oficinas particulares de cada provincia, y desde este tiempo ningún juez ni escribano podrá autorizar contratos de compra y venta de dichas propiedades, sin que se acompañe un certificado del agrimensor de haberlo así verificado.

"Artículo 14. Si pasados los cuatro años los propietarios no cumplieren con el registro prevenido, sus tierras si fueron adquiridas por merced o composición, se reincorporan al dominio de la República, y si fueron adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el Gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios.

"Artículo 15. Los agrimensores, al tiempo de hacer estos registros en sus oficinas respectivas, agregarán el plano que se haya levantado con expresión de las fanegadas, estancias, celemines o cuartillos de tierras de que conste la propiedad territorial.

"Artículo 16. El agrimensor general residente en la capital de la República, será el órgano regular de todas las comunicaciones del Gobierno con los particulares de cada provincia, en todo lo que mira al buen orden y régimen de sus oficinas.

"Artículo 17. El agrimensor general llevará el registro general de todas las tierras baldías que vayan enajenándose sucesivamente; a cuyo efecto los de las provincias le remitirán copias de los planos y declaratorias de los respectivos intendentes".

En resumen, el artículo 12 crea las oficinas de agrimensura para el registro de las propiedades rurales de nacionales y extranjeros; en el 13 les señala el plazo de cuatro años para cumplir con tal formalidad, bajo la sanción de que si no presentan el certificado de registro, los funcionarios respectivos no podrán autorizar los contratos de compraventa respecto de dichas propiedades.

El artículo 14 contiene dos partes, así: en la primera, si pasados los cuatro años no se ha cumplido con la formalidad del registro, si las tierras *fueron adquiridas por merced o composición,* "se reincorporarán al dominio de la República"; en la segunda, se refiere a tierras "adquiridas por compras sucesivas u otros títulos", respecto de las cuales, el Gobierno asume la obligación de hacer practicar "los registros a expensas de los propietarios".

Ahora, cabe preguntar ¿a qué clase de compras sucesivas se refiere la disposición legal? Naturalmente, a las operaciones de enajenación de que trata la ley: a las ventas hechas por el Gobierno en desarrollo o en ejecución o cumplimiento de la misma ley; pero no a los contratos celebrados entre particulares respecto de predios baldíos, que antes no hubiesen salido del dominio del Estado en forma regular; porque si ya ha sido enajenado por el Gobierno un determinado globo de tierra, lícitamente puede ser objeto de sucesivas compras o de "otros títulos", como donación, sucesión por causa de muerte, permuta, etc., entre particulares, actos que estarían sujetos al registro o bien por sus dueños o, en su defecto, por el Gobierno de acuerdo con la última parte del artículo comentado.

En defensa de la tesis expuesta a más de las razones dichas, pueden aducirse las siguientes, dada la trascendencia de la cuestión debatida:

Las disposiciones de una ley deben interpretarse en armonía con la materia de que se trata; y en el caso de la de 13 de octubre de 1821 se ocupa de dos cuestiones: la enajenación de tierras baldías y de la organización de las oficinas de agrimensura; pero de ninguna manera, ni directa ni indirectamente, respecto de los contratos celebrados por los particulares, como justo título de adquisición de los baldíos nacionales.

El artículo 3º, en forma expresa, abolió el método de la "composición" del derecho colonial, con el objeto de prohibir el saneamiento de títulos viciosos o de situaciones de mero hecho, como sería la ocupación de baldíos con fundamento en contratos de compraventa entre particulares, sin haber precedido adjudicación o compra al Estado; de manera, pues, que no sería dable sanear tal situación con el mero registro de los documentos que contienen los tales contratos, mediante la equivocada interpretación del artículo 14 de la citada ley, con el inexplicable privilegio de que si tal formalidad no la cumplían los propietarios, la haría practicar el propio Gobierno, perjudicado con la irregular enajenación de sus tierras baldías, o sea de aquellas "que no han sido antes concedidas a persona alguna", según se lee en el artículo primero, y cuya enajenación debe "en lo sucesivo verificarse por los precios y con las formalidades que aquí se detallan", de acuerdo con el artículo 3º, que excluye los contratos celebrados *únicamente* entre particulares.

El Decreto de 29 de noviembre de 1853, sobre enajenación y arrendamiento de tierras baldías, en el artículo 9º, al tratar del obligatorio registro de las resoluciones de adjudicación, añade: "El registro y la publicación son formalidades obligatorias también en las adjudicaciones a título de compra", ratificando así lo dispuesto en la parte final del artículo 14 de la Ley de 1821.

El 23 de agosto de 1866 se dictó el Decreto reglamentario de la Ley número 70 de 4 de julio del mismo año, "sobre deslinde y formación del catastro de tierras baldías de la Nación", en cuyo artículo 5º se dijo: "Los particulares o asociaciones que están en posesión de una propiedad rural, deberán presentar a la oficina que determine el respectivo presidente o gobernador, los títulos que tengan de la propiedad, los cuales deben ser, conforme a las leyes: 1º El título de gracia o concesión o venta que se hizo por el gobierno español, conforme a las leyes y reales cédulas que se declararon vigentes hasta 1808; 2º Las escrituras de venta que se hicieran por las autoridades españolas antes de 1810, y por las autoridades de los gobiernos republicanos de las provincias unidas de Nueva Granada hasta 1819, inclusive, y por las autoridades de Colombia, Nueva Granada, Confederación Granadina, Estados Unidos de Nueva Granada y de Colombia, hasta la fecha, determinándose claramente los límites naturales y precisos...".

Como puede verse, en la enumeración no se incluye, como título legal, los contratos celebrados entre particulares respecto de tierras baldías; ni podía incluírlos si se tiene en cuenta que el Estado es tercero en tales contratos, cuyos derechos no podían afectarse por medio de actos distintos a los expresamente previstos en las leyes sobre la materia.

Sin embargo, en el citado artículo 5º se expresó: "A falta de tales documentos es título legal la posesión de buena fe por veinticinco años continuos, y que real y efectivamente hayan poseído los propietarios"; empero, debe advertirse que el decreto comentado fue expresamente derogado por el de 7 de diciembre de 1867, así como la Ley número 41 de 22 de julio de 1867, en el artículo único, dispuso: "Derógase la Ley de 4 de julio de 1866 sobre deslinde o formación de catastro de las tierras baldías de la Nación". (Art. 3º Ley 48 de 1882).

En todo caso, en nada se modificó lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley de 13 de octubre de 1821, en cuanto "los que poseyeren tierras baldías de tiempo inmemorial o a pretexto de una justa prescripción, deberán concurrir en el término perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad...".

Ya esta Sala, en sentencia de fecha 25 de octubre de 1940, tuvo que estudiar a espacio las disposiciones de la citada Ley de 13 de octubre de 1821, para ratificar una doctrina anterior, como puede verse en los siguientes apartes:

"Inclusive las tierras pobladas y cultivadas de tiempo inmemorial, y no amparadas por un título del Estado, se reputaron como no enajenadas por él, y por ende comprendidas en el concepto general de baldíos. Pruébalo superabundantemente el contenido del artículo 5º que obligó a tal clase de poseedores a sacar en el término de un año sus títulos de propiedad 'debiendo si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas o cultivadas'.

"De manera que ni aun las posesiones de origen remoto fueron reconocidas por sí solas como títulos de adquisición; pues tenían que complementarlo 'sacando el título'; el artículo no indica cómo se cumplía esa formalidad; pero es natural que fuera mediante algún acto expreso de autoridad, en que se reconociera que el poseedor había adquirido el dominio de lo poseído.

"Es indudable que entre estos poseedores de tiempo inmemorial de que habla el artículo 5º, estaban incluídos muchos, quizá todos, de los que fundaban su propiedad en adquisiciones derivadas de 'compras sucesivas u otros títulos', entre particulares, de que habla el nombrado artículo 14 de la ley. No podía ser de otra manera que la posesión inmemorial tenía necesariamente que comprender posesiones que se habían transmitido por herencia de generación en generación, o por una cadena de sucesivas enajenaciones a título de venta, u otros títulos, de los reconocidos por el derecho español. No se ve cómo podían escapar a la aplicación del artículo 5º los poseedores de tiempo inmemorial que habían adquirido por 'compras sucesivas u otros títulos'. Con tanto mayor razón cuanto el artículo inmediatamente anterior, el 4º, regula expresamente el caso de los poseedores 'sin título alguno de propiedad' ". (G. J. Tomo L, págs. 283 a 284).

Más adelante, la Sala dice: "En consecuencia, el examen que de la Ley de 11 de octubre de 1821, se ha hecho en sus disposiciones capitales, acredita que tal ley en sí misma considerada, ningún derecho de propiedad privada otorgó o reconoció sobre los baldíos ocupados por títulos de adquisición corridos solamente entre particulares". (285 ib.).

Las disposiciones de la comentada Ley de 13 de octubre, se pueden resumir en estos puntos:

a) En principio, las tierras baldías solamente se podrían adquirir en lo sucesivo a título de compraventa, otorgado por el Estado y con el lleno de las formalidades previstas en el mismo estatuto;

b) Los colonos de reciente data a la vigencia de la ley con casas y labranzas serían preferidos

en las ventas o remates de las respectivas parcelas;

c) Los colonos de "tierras baldías de tiempo inmemorial o a pretexto de justa prescripción", debían concurrir a sacar el correspondiente título en el perentorio término de un año, pues si así no lo hacían, caducaba el derecho a obtener el título y las sierras serían consideradas, aun cuando estuviesen pobladas y cultivadas, como abandonadas para una posterior y posible enajenación;

d) Todos los propietarios, nacionales y extranjeros, debían "registrar sus propiedades rurales en las oficinas" de cada provincia, dentro del plazo de cuatro años, porque de lo contrario, si se trataba de propiedades "adquiridas por merced o composición", se reincorporarían al dominio de la República, vencido el plazo dicho; ahora, si la omisión del registro tenía por objeto las "adquiridas por compras sucesivas u otros títulos" cuyo primer enajenante o vendedor hubiese sido el Estado, "el Gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios".

e) Finalmente, los contratos de compraventa celebrados entre particulares sobre terrenos baldíos, no afectaban los derechos del Estado como tercero en tales actos; ni transferían el dominio privado al comprador, sino únicamente, cuando más, la facultad de ser preferido en los remates o de concurrir a obtener el título, según el caso. (Arts. 4 y 5).

El proyecto de ley estudiado por el Congreso Nacional, en el año de 1824, no introducía ninguna reforma sustancial al artículo 5º de la Ley de 13 de octubre de 1821, porque, sí amplió el plazo dos años a contar de la publicación de la ley, dejó vigente el deber de los colonos de *"sacar sus títulos de propiedad"*, vale decir, la ley misma no hubiera podido servirles de título ante el Estado, aun cuando tanto ahora como entonces, las leyes garantizan los derechos de los cultivadores de terrenos baldíos a quienes considera como dueños o propietarios *ante terceros*.

Además, si el aludido proyecto hubiese intentado introducir una sustancial reforma a las leyes vigentes en aquel año de 1824, no podría invocarse como criterio de interpretación en pro de la innovación, sino que, por el contrario, debería considerarse desechada ya que el proyecto no fue aprobado por el Congreso.

Por leyes posteriores a la de 13 de octubre de 1821 el producido por enajenación de tierras baldías se destinó al pago de la deuda pública, como se dispuso en la de 20 de abril de 1838; por medio de la de 11 de abril de 1839, se autorizó la adjudicación de baldíos en pago de la deuda externa, "en los puntos que designen los acreedores..."; en desarrollo de la de 20 de abril de 1838, se dictó la de 30 de marzo de 1843, en la cual, además de prescribir las formalidades para el avalúo y remate de las tierras, en el artículo 13 dispuso: "Los que se hallen en posesión de tierras baldías al tiempo en que se vendan, con casa y labranzas en ellas, pero sin título de propiedad, y los que las hayan denunciado y hecho los gastos de medición y avalúo, tienen derecho al retracto de la venta por el tanto si la intentaren con arreglo a las leyes comunes de la materia; pero si la intentaren tanto el poseedor como el denunciante, será preferido el poseedor".

Esta disposición no limita el tiempo de la posesión, pero así, sea de tiempo inmemorial o de reciente fecha, no le atribuye a los colonos derecho real sobre las tierras, sino sólo el de preferencia a obtener la adjudicación o título; y para el caso de que el colono no quisiese o no pudiese intervenir en el remate, el artículo 2º del Decreto de 4 de mayo de 1843, reglamentario de la ley, ordenó: "Los terrenos baldíos que se hallen cultivados al tiempo en que se haga el denuncio y solicitud de compra, serán avaluados con separación de las mejoras, para que en caso de que se verifique el remate en persona distinta del dueño de ellas, las pague a éste el rematador, según el avalúo que separadamente se le haya dado, y el modo y términos en que ambos se convengan".

En la Ley de 29 de abril de 1848 se autorizó "al Poder Ejecutivo para que pueda declarar pertenecientes, hasta 10 fanegadas de tierras baldías, al granadino que las haya cultivado", la cual, posiblemente, es la primera disposición legal que autorizó o justificó la ocupación de hecho de los baldíos, para adjudicarlos después gratuitamente, con fundamento en el trabajo incorporado en el cultivo de los terrenos o mejoras hechas en ellos.

El Decreto de 6 de julio de 1848, reglamentario de la ley antes citada, señaló el procedimiento para obtener la adjudicación, mediante información de cinco testigos; solución de las oposiciones que se presentaren, etc., etc., para que el gobernador de la provincia le adjudique las diez fanegadas, "expidiéndole el correspondiente título en papel del sello quinto..., y será registrado en la oficina de registro del cantón en donde aquellas estén ubicadas".

Más tarde, en el año de 1863, la Ley de 9 de marzo dispuso que "el derecho de propiedad, concedido por la Ley de 29 de abril de 1848,

sobre cesión de tierras baldías, a los granadinos que hayan cultivado hasta 10 fanegadas de dichas tierras, se adquiere por el hecho mismo de establecerse en ellas haciendo casa o labranza. Parágrafo: El Poder Ejecutivo determinará el modo como debe hacerse la adjudicación y el documento que ha de servir de comprobante de este derecho".

En el artículo 2º ordena a los Agentes del Ministerio Público demandar la nulidad de las adjudicaciones de baldíos hechas "sin observar todas las formalidades prescritas en las leyes y reglamentos sobre la materia, y en perjuicio de los que, habiéndolas cultivado, tengan derecho a ellas".

En cuanto a esta ley se debe observar que solamente tenía aplicación respecto de parcelas de 10 fanegadas, cultivadas por granadinos, quienes siempre estaban en el deber de sacar el correspondiente título o "documento que ha de servir de comprobante de este derecho", según palabras textuales.

El artículo 1º del Decreto de 29 de noviembre de 1853, "sobre enajenación y arrendamiento de tierras baldías", dice: "La administración del ramo de tierras baldías, como un fondo de propiedad nacional, corresponde al Departamento de Hacienda. Toca, por consiguiente, a la Secretaría de este nombre entender en todas las adjudicaciones y en todos los arrendamientos que se hagan, así como también llevar un registro de las concesiones que se decreten, para conocimiento de la Nación y del Gobierno, y cualquiera que sea el origen de las concesiones y adjudicaciones consiguientes".

En el parágrafo 2º del artículo 2º se relacionan los motivos o causas para la adjudicación o concesión de tierras baldías, en los siguientes términos: "Corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores declarar los derechos a tierras baldías que se concedan: 1º A nuevas poblaciones y a nuevos pobladores; 2º A vecinos o a familias de distritos o territorios agraciados por leyes especiales, por vía de fomento; 3º A *los cultivadores que a título de tales* adquieran derecho a *una adjudicación* preferente; 4º A los individuos que tengan opción a ellos, a título de gracia o recompensa; 5º A las personas o compañías privilegiadas o contratistas para la mejora o apertura de vías de comunicación; 6º A los inmigrados y a las compañías o personas contratistas de inmigración".

Detallado el procedimiento que debía seguirse en cada caso, para obtener la adjudicación y expedición del título, los artículos 14 y 16 ponen a salvo los derechos de los colonos cultivadores, como los de la República, así:

"Artículo 14. Los granadinos que se hallen en las tierras baldías solicitadas en adjudicación, sea a título de compra, o de concesión, y que hayan cultivado dichas tierras, podrán hacer uso del derecho que les concede la Ley de 29 de abril de 1848, sobre cesión de tierras baldías, hasta el momento mismo en que vaya a darse posesión a los nuevos adquirentes".

"Artículo 16. En toda diligencia de posesión de tierras baldías adjudicadas por cualquier título que sea, deberá intervenir el empleado nacional que en cada provincia lleve la voz fiscal, a fin de que vigile en que aquélla se haga con exactitud y no se perjudiquen los intereses de la República".

Las adjudicaciones hechas de acuerdo con el Decreto citado quedaron, además, sujetas a llenar las formalidades que prescribió el de 20 de junio de 1855, "sobre protocolo y registro" de documentos de adjudicación de tierras baldías.

Los decretos ejecutivos respecto de adjudicación o enajenación de baldíos fueron compilados, con algunas reformas, mediante el Decreto de 20 de agosto de 1856; y aun cuando se expidieron otros sobre la misma materia, conviene mencionar, por su especial influencia e importancia, las siguientes disposiciones del Código Fiscal o Ley 106 de 1873:

"Artículo 868. Las tierras baldías son aplicables, según el parágrafo del artículo 30 de la Constitución:

"1º Al pago de la deuda pública;

"2º A concesiones a nuevos pobladores;

"3º A compensación y auxilio a las empresas para la apertura de nuevas vías de comunicación".

"Artículo 879. Los que se consideren dueños de parte de las tierras expresadas en el artículo anterior, o que pretendan tener algún derecho a ellas, deberán comprobarlo ante la Oficina de la Estadística Nacional, con títulos legítimos, o con la justificación legal de haberlas poseído durante veinticinco años, con posesión continua, real y efectiva del terreno cultivado".

"Artículo 1116. La República se reserva la propiedad de las minas y depósitos de carbón, así como también los de huano y cualquier otro abono semejante que se encuentren en los terrenos baldíos de la Nación, o en los que por todo otro título distinto le pertenezcan".

"Artículo 1117. Dichas minas o depósitos no se entenderán vendidos ni adjudicados con los

terrenos, y serán beneficiados por cuenta de la República en virtud de los contratos que al efecto celebre el Poder Ejecutivo".

Como de acuerdo con los artículos copiados, con la doctrina de la Corte y con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º del Código de Procedimiento Penal, la reserva del subsuelo petrolífero se hizo, expresamente, en este año de 1873, las normas legales posteriores no se aplican sino a la propiedad de la superficie de los baldíos adjudicados; sin embargo, se transcriben las siguientes disposiciones de la Ley 61 de 1874 que modificaron el Código Fiscal del año anterior:

"Artículo 1º Todo individuo que ocupe terrenos incultos pertenecientes a la Nación, a los cuales no se les haya dado aplicación especial por la ley, y establezcan en ellos habitación y labranza, adquieren derecho de propiedad sobre el terreno que cultive, cualquiera que sea su extensión".

"Artículo 4º Los colonos que estén en posesión de tierras baldías serán considerados propietarios de las porciones cultivadas y 30 hectáreas adyacentes a dichas porciones. Se entenderán como poseedores los que hayan fundado habitaciones y cultivos permanentes por más de cinco años de posesión continua".

"Artículo 6º Los terrenos incultos en que se ejecuten trabajos pacíficamente por más de un año, se reputarán baldíos para el efecto de que los colonos que los ocupen sean considerados como poseedores de buena fe y no puedan ser privados de la posesión sino por sentencia dictada en juicio civil u ordinario.

"Los interdictos posesorios de que trata el artículo 1218 del Código Judicial no serán admisibles contra los pobladores que hayan trabajado pacíficamente por más de un año los terrenos de cuya posesión se pretenda privarlos.

"Las disposiciones de este artículo sólo serán aplicables respecto de las tierras baldías que se adjudiquen en lo sucesivo; y en ningún caso respecto de propiedades raíces cuyo título sea anterior a la fecha de la sanción de esta ley".

Asimismo, la Ley 48 de 1882 dictó normas para esclarecer los derechos de los colonos, en relación con el discutido tema de la prescripción de las tierras baldías:

"Artículo 1º La ley mantiene el principio de que la propiedad de las tierras baldías se adquiere por el cultivo, cualquiera que sea la extensión, y ordena que el Ministerio Público ampare de oficio a los cultivadores y pobladores en la posesión de dichas tierras, de conformidad con la Ley 61 de 24 de junio de 1874.

"Parágrafo. Para adquirir gratuitamente una porción del terreno adyacente, igual en extensión a la ocupada con dehesas de ganado, conforme al artículo 2º de la Ley 61 de 1874, se necesita que dicha porción ocupada esté cubierta de pastos artificiales. Los dueños de dehesas de ganados establecidos en pastos naturales de los terrenos baldíos, sólo tendrán derecho al uso de éstos mientras estén ocupados.

"La propiedad del terreno cercado por los colonos, del modo como se expresa en el artículo 3º de la Ley 61 de 1874, no se extenderá a una porción mayor del doble de la que esté cultivada.

"Artículo 2º Los cultivadores de los terrenos baldíos, establecidos en ellos con casa y labranza, serán considerados como poseedores de buena fe, y no podrán ser privados de la posesión sino por sentencia dictada en juicio civil u ordinario.

"Artículo 3º Las tierras baldías se reputan bienes de uso público, y su propiedad no se prescribe contra la Nación, en ningún caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2519 del Código Civil.

"Artículo 4º En el juicio plenario de propiedad del terreno, único admisible contra los cultivadores de terrenos baldíos establecidos en ellos con casa y labranza, el actor deberá exhibir los títulos legales de propiedad de la tierra que reclama, que tengan una antigüedad de diez años, por lo menos, y en los cuales se expresen, con toda claridad, los linderos del terreno que reclama como suyo".

En el artículo 5º se estableció, en favor del colono, el derecho de retención mientras se le pagan las mejoras; en el 7º se impuso la reversión del dominio en favor de la Nación, si "al cabo de diez años" no se estableciere alguna industria agrícola o pecuaria.

En el artículo 9º se dijo: "En toda adjudicación de tierras baldías, por cualquier título que ella se haga, se entenderán expresamente salvados los derechos de propiedad de los ocupantes, los cuales serán amparados contra los adjudicatarios, en los términos de la presente ley".

Nótese que el artículo 3º interpretó, en forma auténtica, el artículo 2519 del Código Civil, para considerar los baldíos como bienes de uso público a los cuales debe atribuírseles igual naturaleza aún antes de la vigencia del Código Civil, en virtud del efecto retroactivo que el artículo 14 confiere a las leyes interpretativas (art. 25 C. C.), como tampoco debe olvidarse lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 153 de 1887, que dice:

"Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible, no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiere principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción".

La Ley 61, fue reglamentada por medio del Decreto número 640 de 6 de noviembre de 1882, que en el artículo 3º dispuso: "Conforme al artículo 2º de la Ley que se reglamenta, los cultivadores que estén establecidos en tierras baldías con casa y labranza, serán considerados como poseedores de buena fe para los efectos del mismo artículo; pero no serán considerados como propietarios para el efecto de trasmitir el dominio, sino después que hayan obtenido el título respectivo del Gobierno de la Unión, observándose, para esto, las prescripciones de la Ley 61 de 1874"..

Este mismo principio fue ratificado por medio del Decreto número 832 de 11 de octubre de 1884, "en ejecución de las Leyes 61 de 1874 y 48 de 1882", pues en el numeral 8º del artículo 1º se lee: "A ningún cultivador le es permitido vender el terreno que posea cultivado sino después de obtener el título de propiedad que le expida la Secretaría de Hacienda de la Unión, título que no será definitivo sino cuando el cultivador compruebe que después de obtenido éste, no ha abandonado la tierra por un término menor de cuatro años, conforme a lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 61 de 1874. En este caso, el comprador adquiere los mismos derechos y obligaciones que tenía el vendedor, quedando, por consiguiente, sujeto a seguir cultivando la tierra, pues si abandonare los trabajos durante los cuatro años de que habla el artículo 8º ya citado, el terreno volverá al dominio de la Nación. Si el cultivador vendiere las mejoras antes de obtener el título, el comprador queda sujeto a seguir cultivando el terreno para que se le reconozcan derechos, conforme a las prescripciones ya establecidas".

La mera ocupación con ganados en tierras baldías, dotadas con pastos naturales, no daba al ocupante ni siquiera la calidad de colono para demandar la expedición del título, sino que apenas le confería el uso de ellas, como se dice en la Resolución de 5 de noviembre de 1897 (D. O. Nº 10513): "Conforme al parágrafo del artículo 1º de la Ley 48 de 1882, tienen derecho al uso del terreno que ocupen con ganados los individuos que tengan establecidos hatos en los pastos naturales de las tierras baldías; mas como dicho parágrafo dispone que tales individuos no adquieren derecho de propiedad sobre el terreno, y los derechos de la Nación no prescriben contra ella conforme al artículo 3º de la misma ley, los terrenos así ocupados serán adjudicables a cualquiera que los solicite a cambio de títulos de concesión; pero en igualdad de circunstancias serán preferidos los primeros ocupantes, se resuelve: los terrenos baldíos en donde haya establecidos hatos de ganados en pastos naturales, son adjudicables así a título de cultivador como a cambio de títulos, siendo preferibles en uno y otro caso, los primeros ocupantes".

Esta doctrina fue ratificada en la Resolución de 18 de enero de 1910, así: "Resuelve: la Ley 61 de 1874 no confirió derecho alguno a los ocupantes de terrenos baldíos con dehesas para ganados, cubiertas de pastos naturales, y la 48 de 1882 sólo les concedió el de usarlas mientras las tuvieren ocupadas (D. O. 13919)".

En lo concerniente a la legislación expedida en este siglo (1900), resulta de especial interés mencionar algunas leyes y decretos legislativos, para mejor orientación en esta materia y la deducción de las consecuencias que de ellas emanen.

Según el artículo 3º de la Ley 56 de 1905, el título de adjudicación de tierras baldías será expedido por el Ministerio de Obras Públicas y anotados "en la oficina de Registro del Circuito en que se hallen los terrenos vendidos".

Después de consagrar en el artículo 7º el derecho de reversión en favor del Estado, en caso de que no se cultive el inmueble adjudicado, se dispone:

"Artículo 8º Los cultivadores o colonos pueden enajenar libremente las plantaciones, edificaciones y sementeras establecidas en terrenos baldíos, quedando dueño el respectivo comprador de los derechos del vendedor sobre el terreno cultivado.

"Artículo 9º El título de propiedad de terrenos baldíos adjudicados lo constituye el certificado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, en que conste la adjudicación definitiva y se halle además registrado en la Oficina de Registro a que pertenezca el respectivo municipio en que estén ubicados los terrenos.

"Artículo 10. La posesión de terrenos baldíos es la tenencia de éstos con ánimo de dueño, ya sea por sí mismo o en representación de terceros, en virtud de actos de dominio, tales como sementeras, edificios y cultivos en general".

En el artículo 8º se autorizó al colono para vender las mejoras hechas en el terreno baldío, a la vez que definió los derechos que adquiría el comprador, o sea, la facultad de obtener la

expedición del respectivo título, mediante el cumplimiento de las formalidades o del procedimiento administrativo predeterminado al efecto por las leyes y decretos sobre esta materia.

La definición dada en el artículo 10 sobre la posesión de terrenos baldíos, tiene excepcional importancia, en cuanto incluye, como elemento sustancial de tal hecho, la tenencia del *baldío* "con ánimo de dueño", es decir, por un lado, la conciencia del colono de que está ocupando un predio de propiedad de la Nación (art. 202 de la C. Nal.); por otro, con ánimo de dueño respecto de terceros, a quienes excluye por el hecho de los "actos de dominio", tales como sementeras, edificios y cultivos en general, principio ampliamente confirmado en el primer inciso del artículo 4º de la Ley 200 de 1936, en cuanto allí se dice: "...sin reconocer dominio distinto al del Estado, y no a título precario...".

"Un colono cultivador —dice la Corte— de terrenos baldíos puede reivindicar sus mejoras contra poseedor sin derecho, porque tiene un derecho *in re*, respecto de terceros, aunque frente al Estado y para la fácil comprobación de su derecho, necesite la adjudicación correspondiente según las leyes fiscales" (Casación Civil, abril 28 de 1953. Tomo LXXIV, pág. 752).

Mediante el Decreto número 1113 de 19 de octubre de 1905 se reglamentó la Ley 56 del mismo año, en tal forma que los artículos 1, 2 y 3 no son sino una deducción lógica del principio contenido en el citado artículo 10, pues disponen:

"Artículo 1º La Nación transmite el dominio de los terrenos baldíos, por adjudicación a cultivadores; por cesión a empresarios para fomento de obras de utilidad pública; a nuevas poblaciones y a pobladores de las ya fundadas; a cambio de bonos o títulos de concesión, y a título de venta por dinero a particulares.

"Artículo 2º El derecho de propiedad de que trata el artículo 1º de la Ley 56 de este año, lo reconoce la Nación a los cultivadores, quienes deberán, sin embargo, obtener la tradición legal del dominio mediante la adjudicación definitiva y la entrega material decretadas, previa la respectiva tramitación.

"Artículo 3º Los cultivos por medio de los cuales se adquiere derecho al reconocimiento a la propiedad por parte del Gobierno, deberán ser establecidos con anterioridad a la solicitud de adjudicación, de acuerdo con las disposiciones de las leyes y decretos sobre la materia.

"Parágrafo. Los cultivos posteriores a las adjudicaciones por cualquier otra causa, cuando vuelvan los terrenos a poder de la Nación, no dan derecho a los que los hayan establecido sino a ser indemnizados de conformidad con las leyes civiles relativas a resolución y rescisión de contratos".

En la Resolución de 20 de octubre de 1906 se dijo, en relación con los poseedores de baldíos: "Los cultivadores de terrenos baldíos o que se presuman de tales y que comprueben ocupación o posesión pacífica por más de cinco años continuos no pueden ser privados de ellos sino por sentencia judicial en juicio civil ordinario" (D. O. Nº 12801).

La Ley 25 de 1908, sobre tierras baldías, dispone:

"Artículo 1º La Nación transmite el dominio de los terrenos baldíos:

"1º Por adjudicación a cultivadores;

"2º Por cesión a empresarios para fomento de industrias o de obras de utilidad pública;

"3º Para fundación de nuevas poblaciones y a pobladores de las ya fundadas;

"4º A cambio de bonos territoriales o títulos de concesión, y

"5º A título de venta por dinero".

El artículo 2º no solamente reitera la reserva del petróleo subyacente, sino que prohibe la adjudicación de las tierras, en esta forma: "No podrá ser transferido el dominio de las islas marítimas ni el de las tierras que contengan depósitos de sal, fuentes de petróleo, asfalto, garceros, guaneros, o fuentes de aguas medicinales, pero podrán concederse en arrendamiento".

Según el artículo 8º "Desde la fecha de esta ley en adelante corre, contra los bonos, títulos territoriales y demás documentos que dan o puedan dar derecho al dominio o adjudicación de terrenos baldíos, la prescripción que extingue las obligaciones en los plazos comunes que señala el Código Civil".

En el artículo 44 de la Ley 110 de 1912 o Código Fiscal, con fundamento en el artículo 202 de la Constitución Nacional, según la codificación actual, define como tierras baldías de propiedad del Estado, las situadas "dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño"; concepto que se aclara con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de 13 de octubre de 1821, en cuanto allí se considera como tales las "que no han sido antes concedidas a persona alguna"; de manera, pues, que *son tierras baldías las que, encontrándose dentro del territorio nacional, no han sido antes concedidas o adjudicadas a persona alguna,* que lleva a la

lógica consecuencia, como negación indefinida, de que quien alega la propiedad de un predio debe demostrar el hecho positivo, esto es, la adjudicación del baldío, según lo dijo la Corte en sentencia de fecha 15 de abril de 1926 (G. J. Tomo XXXII, pág. 262).

El artículo 46 de la Ley 110 de 1912 destina los baldíos al pago de la deuda pública; concesiones a cultivadores; fomento de las obras públicas; amortización de bonos territoriales; a los servicios públicos nacionales, departamentales y municipales y a los objetos especiales determinados por la ley.

Según el artículo 47, el Estado no garantiza la calidad de baldíos de los terrenos adjudicados o concedidos; en el artículo 60 prohibe la enajenación a título de venta, como el 61 insiste en que "el dominio de los baldíos no puede adquirirse por prescripción".

Aun cuando el artículo 65 dispone que "la propiedad de los baldíos se adquiere por el cultivo o su ocupación con ganados"; en los artículos siguientes, además de indicar el procedimiento y ordenar las formalidades necesarias, le impone el deber de obtener del ministerio respectivo la resolución de adjudicación que "tiene el carácter de título traslaticio de dominio, equivalente a una escritura pública, y debe inscribirse original en la oficina de registro correspondiente", según palabras textuales del artículo 77 del citado Código Fiscal.

Cuando existe oposición a la adjudicación de un terreno considerado como baldío por el colono, en el juicio ordinario debe intervenir el respectivo Agente del Ministerio Público, de acuerdo con el artículo 80 del dicho Código; pero en estos litigios la Nación no es parte, porque o se controvierte el mejor derecho a la adjudicación, si el litigio se ha trabado entre dos colonos que reconocen la calidad de baldío del terreno; o bien entre un colono y un adjudicatario anterior que debía exhibir título emanado del Estado para triunfar en sus pretensiones de opositor, antes de la vigencia de la Ley 200 de 1936.

El Código Fiscal de 1912 ha sido reformado por varias leyes, como la 71 de 1917 que en los artículos 10 y 11, ponen a salvo los intereses de los colonos cultivadores, a quienes se "deberán reconocer las extensiones cultivadas para lo cual no se les exigirá... el que tengan adquiridos título de propiedad. Podrán ellos solicitarlo posteriormente, ciñéndose a las disposiciones de esta ley".

Aun cuando la Ley 120 de 1928, sobre prescripción y registro de propiedad, parecería no tener incidencia en esta clase de materias, sin embargo, existen varias disposiciones de decisiva influencia, como el artículo 2º, en cuanto a la calidad de título a la sentencia que declara la prescripción, en armonía con el artículo 2534 del Código Civil, sin atribuírle efecto retroactivo.

En el segundo inciso se lee: "La acción que se reconoce por este artículo no puede ejercitarse contra la Nación y demás entidades de derecho público respecto de bienes declarados imprescriptibles". Por tanto, en el supuesto de que existiera, como un derecho autónomo, la llamada "justa prescripción por explotación económica". la acción no podría ejercitarse actualmente contra la Nación ni con el pretexto de una oposición a la propuesta de un contrato para la exploración y explotación del petróleo subyacente, primero, porque las Leyes 48 de 1882 y 110 de 1912 declararon, expresamente, imprescriptible los baldíos, mediante interpretación auténtica de la legislación vigente y con las consecuencias previstas en el artículo 14 del Código Civil; segundo, porque el artículo 5º de la Ley 120, dice: "La declaración judicial de pertenencia de que trata esta ley... no comprenderá ni afectará las zonas de terreno, los yacimientos de hidrocarburos y demás bienes *que hayan sido o sean materia de reservas* de la Nación, o que hayan sido declarados imprescriptibles". (Subraya la Sala).

El artículo 4º de la Ley 37 de 1931 dice: "Los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y respetados como lo establece la Constitución, y el Estado no intervendrá con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos".

El artículo transcrito reconoció la propiedad privada sobre determinados yacimientos de petróleo; pero sin dar una pauta precisa para distinguirlos de los de propiedad del Estado, vacío que llenó el segundo inciso del artículo 10 de la Ley 160 de 1936 (art. 5º del C. de P. Decreto 1056 de 1953), así: "Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal...".

Pero todavía quedaba por averiguar qué terrenos habían salido legalmente del dominio del Estado, antes del 28 de octubre de 1873; y al efecto, el artículo 7º de la citada Ley 160 de 1936 (art. 36 del C. de P. Decreto 1056), para establecer este extremo, exigió: "a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos

públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia".

No obstante la claridad de la norma, se ha querido ver en la "justa prescripción por explotación económica", una modalidad o forma mediante la cual habrían salido del dominio del Estado, antes del 28 de octubre de 1873, determinadas zonas de tierras baldías, quizá con fundamento en el siguiente concepto u opinión de la Comisión del Senado que estudió para segundo debate, el proyecto que se convirtió en la Ley 160 de 1936:

"Propone la Comisión que en el inciso a) del proyecto del señor Ministro se cambie la redacción de 'título originario, expedido por el Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873' por 'título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873', porque el calificativo *'originario'* queda redundante y porque la expresión *'emanado del Estado'* tiene mayor amplitud, quedando en ella comprendidos los títulos que tienen valor no sólo por traspaso directo hecho en venta, merced o remate, etc., por los funcionarios que tenían legalmente la representación del Estado al tiempo de la enajenación válida del subsuelo, sino que también los que tienen valor por ministerio de determinadas disposiciones legales que reconocieron como legítimas y justas causas de dominio, determinadas situaciones de hecho o de derecho o en que coexistían los hechos y ciertas formalidades de derecho, disposiciones entre las cuales podemos citar en vía de ejemplo, como posible origen de algunas propiedades, la Ley de 11 de octubre de 1821 sobre enajenación de tierras baldías y creación de oficinas de registro".

Efectivamente, en los artículos 4 y 5 de la Ley de 13 de octubre de 1821 se consideraron "determinadas situaciones de hecho o de derecho o en que coexistían los hechos y ciertas formalidades de derecho", indicadas en las mencionadas disposiciones; pero como quedaron condicionadas al lleno de ciertos requisitos, si los colonos no los cumplieron, no adquirieron el derecho de dominio sobre el predio ocupado y cultivado, el cual, como causa de la omisión, no salió del dominio del Estado, ya que, se repite, el *jus in re* no se adquiría *ipso jure,* sino mediante el cumplimiento de las condiciones previstas en los dos artículos invocados.

Aún más, en el supuesto un tanto fuera de la realidad jurídica, de que los artículos 4 y 5 hubiesen conferido a los colonos u ocupantes de hecho la *propiedad* de los respectivos predios cultivados, tal derecho habría *caducado* respecto de aquellos que no cumplieron con el lleno de las formalidades allí prescritas u ordenadas, para convertirse, vencido el plazo de un año, en meros colonos con opción a obtener la adjudicación mediante el trámite administrativo de rigor; y en esta hipótesis, operada la caducidad, la Nación habría recuperado la propiedad de tales terrenos, según lo dispuesto en el 2º inciso del artículo 10 de la Ley 160 de 1936 o artículo 5º del Código de Procedimiento Penal; porque al actor le incumbe, en este caso, dar la prueba del hecho positivo de haber cumplido con los requisitos ordenados en los comentados artículos de la Ley de 13 de octubre de 1821.

No está por demás recordar que el artículo 9º del Decreto de 4 de mayo de 1843, reglamentario de la Ley de 4 de marzo del mismo año, impuso a los colonos que no habían satisfecho las exigencias del artículo 5º, el pago de un canon de arrendamiento, considerándolos, por tanto, como meros tenedores, no como propietarios, de los respectivos predios ocupados o cultivados antes de la vigencia de la Ley de 13 de octubre de 1821.

Según se insinuó antes, en los litigios sobre propiedad territorial entre el Estado con los particulares, la carga de la prueba correspondía a los últimos, por cuanto debían demostrar que el inmueble en cuestión había salido del dominio de aquél, en virtud de adjudicación a título de colono, o por compra o a cambio de bonos o por concesión etc., etc.; y como no siempre resultaba fácil establecer este hecho, mediante la presentación del título originario, la propiedad privada resultaba incierta frente al Estado, circunstancia que fomentó la invasión u ocupación de hecho de los llamados colonos; de ahí que para poner fin a esta incertidumbre, como también para defender a los colonos, evitando un enriquecimiento sin causa o ilícito de algunos propietarios, se expidió la Ley 200 de 1936, algunas de cuyas disposiciones inciden en la propiedad del subsuelo.

En efecto, el primer artículo consagró una presunción legal en favor de quienes poseían el suelo mediante explotación económica y "por medio de hechos positivos propios de dueño", para considerar que tales predios no "son baldíos sino de propiedad privada".

El artículo 2º establece una presunción legal contraria, pues considera baldíos los predios rústicos no poseídos en forma económica, tal como la define el artículo 1º.

En el artículo 3º se reconoció que "acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión", primero, el título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal;

y segundo, "los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la presente ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria"; sin embargo, en el segundo inciso tuvo el cuidado de limitar el efecto de los títulos entre particulares, pues hizo las siguientes salvedades:

"Lo dispuesto en el inciso anterior sobre pruebas de la propiedad privada por medio de títulos inscritos, otorgados entre particulares con anterioridad a la presente ley, no es aplicable respecto de terrenos que no sean adjudicables, estén reservados, o destinados para cualquier servicio o uso público".

Pero aún más, el artículo 5º en forma inequívoca, fijó la extensión o el alcance de la misma ley, en estos precisos términos: "Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficiaria, y no tienen aplicación ninguna respecto del subsuelo". Estrictamente, con la primera parte del artículo hubiese bastado, pero para mayor abundamiento reiteró su propósito al repetir que "no tienen aplicación ninguna respecto del subsuelo", el cual, en consecuencia, quedó sometido a las leyes anteriores, primero, para demostrar, mediante la exhibición del título emanado del Estado, cuándo y cómo salió del dominio público; y segundo, para la reversión de la propiedad del subsuelo en todos los casos en que por caducidad. resolución o adquisición a cualquier título, la propiedad de la superficie volviera al Estado, el cual, sin necesidad de expresa advertencia, transmitirá en lo sucesivo solamente la propiedad del suelo, pero no la del subsuelo. (v. art. 30 L. 100 de 1944).

El artículo 12 instituyó la prescripción de cinco años, en favor del colono que, de buena fe, posea en los términos del artículo 1º "terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación", ni estuvieren comprendidos dentro de las reservas de la explotación.

El artículo 24 prefija el medio probatorio adecuado para demostrar la explotación económica, mediante "la práctica de inspecciones oculares", con citación del respectivo Agente del Ministerio Público, que los artículos 78 a 83 del Decreto número 59 de 1938 reglamentan, en el sentido de que el interesado, con el respectivo memorial, debe acompañar algunas de las pruebas señaladas en el artículo 79 del citado Decreto; el juez debe practicar la inspección ocular con la intervención de testigos actuarios "y podrá asesorarse de peritos que dictaminen sobre las cuestiones concretas que estime oportuno someter a su consideración".

Según el artículo 33 de la Ley 100 de 1944, quien posea un predio rústico en la forma prevista en la Ley 200 de 1936, puede obtener la correspondiente declaración judicial; "y en consecuencia el terreno objeto de tales declaraciones se hallará libre por diez años de la acción extintiva del dominio que consagra el artículo 6º de la referida ley".

"Esta declaración podrá renovarse dentro de períodos sucesivos de diez años".

El artículo 2º del Decreto número 59 de 1938 impone al colono que explote económicamente terrenos baldíos, la obligación de "solicitar el respectivo título de adjudicación en la forma prevista por las leyes pertinentes", vale decir, no le reconoció un derecho perfecto o *in re* por la posesión económica, como lo mismo sucedía con la llamada "justa prescripción por explotación económica", a que alude el artículo 5º de la Ley de 13 de octubre de 1821.

En cuanto a los títulos emanados del Estado, en los artículos 13 y 14 del memorado decreto, se lee:

"Artículo 13. Constituyen título originario expedido por el Estado o emanado de éste, y en consecuencia acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial, mientras no hayan perdido o pierdan su eficacia legal, los siguientes:

"a) Todo acto administrativo, legalmente realizado y traducido en un documento auténtico, por medio del cual el Estado se haya desprendido del dominio de determinada extensión territorial;

"b) Todo acto civil realizado por el Estado en su carácter de persona jurídica y por medio del cual se haya operado legalmente el mismo fenómeno sobre tradición del dominio de determinada extensión territorial perteneciente a la Nación.

"La enumeración anterior no es taxativa, y por consiguiente, son títulos originarios expedidos por el Estado o emanados de éste, fuera de los indicados en los dos numerales anteriores, los demás que conforme a las leyes tengan este carácter.

"Artículo 14. Para que el juzgador pueda tener en cuenta cualquiera de los títulos originarios a que se refiere el artículo anterior, es necesario que se demuestre plenamente la realización del acto administrativo o civil, generador del derecho de propiedad privada".

La Ley 97 de 1946 y el Decreto reglamentario número 547 de 1947 señalan el procedimiento administrativo, para obtener la adjudicación de baldíos a título de colono cultivador o a cambio de bonos; sin embargo, conviene hacer notar que el artículo 6º de la ley dice: "Presúmese de derecho que todo terreno adjudicado por el Estado ha sido baldío, cuando la resolución de adjudicación haya tenido como base una explotación con cultivos o establecimientos de ganados por un período no menor de cinco años con anterioridad a la fecha de la adjudicación...".

Hecho el alistamiento, quizá no del todo completo, de las leyes que han regulado la colonización de los baldíos desde 1821 hasta 1947, procede deducir las conclusiones en orden a la solución de este litigio, que tiene como piedra angular la llamada "justa prescripción por explotación económica".

a) Los baldíos, en cuanto tales, no pueden considerarse como objeto de prescripción, primero, porque el artículo 3º de la Ley 48 de 1882, interpretativo de toda la legislación sobre la materia, los consideró como bienes de uso público, con los efectos indicados en el artículo 14 del Código Civil; y segundo, porque el colono no posee, en relación con el Estado, en forma exclusiva, sino reconociendo el dominio de éste, que se obliga a expedirle el título una vez comprobados los requisitos necesarios en el correspondiente proceso administrativo (art. 77 C. F.).

b) El colono por el hecho del cultivo u ocupación con ganado de un terreno baldío se coloca en una situación objetiva, dentro de las normas reglamentarias sobre la materia, que se convertirá en un derecho subjetivo o en una situación individual cuando el Estado, previo el cumplimiento del procedimiento administrativo de rigor, le expida el título de adjudicación; en otras palabras, el colono, frente al Estado, tiene un derecho en potencia o en expectativa que se transformará en un derecho adquirido o en acto, con la expedición del título en las condiciones antes expresadas, pero con las limitacones impuestas por las leyes coetáneas a la fecha de la resolución de adjudicación.

c) La rama jurisdiccional civil u ordinaria del Poder Público no tiene competencia funcional para expedir título al colono, sustituyendo en esta forma el procedimiento administrativo adecuado o determinado por las leyes para este fin, ni aún tratándose de colonos que aleguen "justa prescripción por explotación económica por tiempo inmemorial".

d) En el supuesto de que el colono pudiera ocurrir en algunos casos a la rama jurisdiccional civil para obtener una declaración sobre su calidad de colono mediante "justa prescripción por explotación económica o de tiempo inmemorial", no podría ejercitar la acción respectiva contra el Estado, en los casos determinados en el inciso 2º del artículo 2º y artículo 5º de la Ley 120 de 1928.

e) En la hipótesis de que fuera viable la acción de prescripción contra el Estado, la sentencia que la reconociera, no podría ser un título de mejor categoría que el expedido por los funcionarios administrativos, en lo concerniente a las limitaciones impuestas por las leyes vigentes al momento de su pronunciamiento o ejecutoria, en relación con las reservas que afectan a la propiedad del subsuelo petrolífero; en otras palabras, el reconocimiento de la "justa prescripción por explotación económica" comprendería solamente la propiedad de la superficie, como así lo dijo expresamente el artículo 5º de la Ley 200 de 1936 y el 5º de la Ley 120 de 1928, por más que el cultivo o la ocupación con ganados haya comenzado antes del año de 1873.

f) En cuanto a los bonos de deuda externa, emitidos de acuerdo con el convenio de 25 de marzo de 1861, para regular la extensión de los derechos del adjudicatario, no se tuvo en cuenta la fecha de emisión de aquellos, sino la de adjudicación, como se lee en el siguiente concepto del Consejo de Estado, en respuesta a la consulta hecha por el Gobierno:

"Dígase al señor Ministro de Agricultura y Comercio, como solución a su consulta de fecha 21 de marzo último, relativa a los certificados de tierras baldías conocidas generalmente con el nombre de 'bonos o títulos de baldíos ingleses (New Granada waste land certificates), que, a juicio del Consejo de Estado en su Sala de Negocios Generales, el hecho de que determinadas tierras baldías no hayan sido antes concedidas a alguna persona o corporación, 'no es el único que ha de tenerse en cuenta para los efectos de la adjudicación que de ellas o de parte de ellas se solicite a cambio de los referidos certificados; y que el Gobierno puede lícitamente negar tal adjudicación cuando el respectivo solicitante pretenda que el derecho de propiedad que por ella se le reconociere no estará sujeto a ninguna de las restricciones o condiciones establecidas en la legislación vigente en materia de baldíos, y relativas a minas o yacimientos de hidrocarburos existentes en éstos, al cultivo de los mismos, a las reservas que de ellos hayan hecho el legislador

o el Gobierno, y demás puntos análogos' ''. (D. O. Nos. 19077 y 19078).

Si las adjudicaciones de tierras baldías con fundamento en bonos, emitidos en virtud de un contrato celebrado antes del 28 de octubre de 1873, quedaron sujetas a las restricciones impuestas por las leyes posteriores, a fortiori ocurrirá otro tanto con las adjudicaciones a los colonos cultivadores que se hacen a título gratuito y con fundamento en un acto unilateral del Estado, aun cuando tengan como base la justa prescripción a que se refiere el artículo 5º de la Ley de 13 de octubre de 1821.

g) Haciendo caso omiso de la caducidad prevista en el artículo 5º de la Ley de 13 de octubre de 1821, si no se sacaba el título dentro del plazo de un año; y tomando como premisa mayor el dicho artículo, no se podría deducir consecuencia distinta a la de que ''los que poseyeren tierras baldías de tiempo inmemorial o a pretexto de justa prescripción'', *conservan* el derecho a obtener o sacar los títulos; pero no que han adquirido la propiedad, porque se romperían las leyes del raciocinio, incluyendo en la conclusión un elemento distinto al contenido en las premisas, que no se refieren al derecho de propiedad (jus in re) sino a la facultad de sacar el título, en el supuesto, se repite, de que a pesar de haber dejado vencer el año de plazo o los de prórroga, si los hubiere habido, no hubiese caducado hasta aquella facultad de obtener el título, expedido por la competente autoridad administrativa, en su caso.

h) Si los poseedores de ''tierras baldías de tiempo inmemorial o a pretexto de una justa prescripción'', ocurren a la rama jurisdiccional en demanda de una declaración respecto del derecho consagrado en el artículo 5º de la citada ley, la sentencia tendría, necesariamente, que reducirse a la declaración, cuando más, de que conservan la facultad de sacar u obtener el título; y si la sentencia se considera que sustituye al título, o que es el título mismo, sería con la restricción de producir efectos de acuerdo con la legislación vigente ahora, vale decir, con todas las restricciones impuestas a la propiedad del subsuelo a partir del 28 de octubre de 1873.

i) No puede objetarse que la última parte del artículo 5º, como sanción a la omisión de sacar el título dentro del plazo de un año, impone la de ''volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas o cultivadas'', porque, primero, lo que vuelve al Estado en tal supuesto no es la propiedad, de la cual no se ha desprendido, sino la facultad de adjudicarlas a otro colono, como en el caso de abandono de los cultivos; segundo, porque si en virtud del dicho artículo el colono ''de tiempo inmemorial o a pretexto de justa prescripción'', hubiese adquirido la propiedad de la parcela ocupada, no se explicaría ni tendría objeto alguno, el deber que le impone de sacar el título dentro del ''término perentorio de un año''; y en fin, si se interpreta el artículo en el sentido de que al colono de tiempo inmemorial o a pretexto de justa prescripción le dio un derecho perfecto de propiedad (jus in re), tampoco se puede olvidar ni se puede negar que fue un derecho condicionado, en cuanto le impuso la obligación de obtener el título; si no lo obtuvo o no lo sacó dentro del plazo prefijado, el derecho caducó o se resolvió en favor del Estado, pues los jueces pueden interpretar las normas dudosas u oscuras, pero no derogar o desconocer las expresas, claras, terminantes y perentorias como la contenida en el artículo 5º en relación con los colonos que no obtuvieron el título dentro del perentorio término de un año o del de la prórroga, si la hubo.

En resumen, el derecho que el artículo 5º de la Ley de 13 de octubre de 1821 concedió a los colonos de ''tiempo inmemorial o a pretexto de justa prescripción'', no puede ser objeto de una declaración judicial, sino de la autoridad administrativa competente para expedir el título; y en la hipótesis de que tal derecho pudiera ser objeto de una declaración judicial, la sentencia no podría referirse sino a la propiedad de la superficie del suelo, pero no a la del subsuelo, menos aún si contiene fuentes de hidrocarburos.

B. *Prueba adecuada para demostrar la justa prescripción.*

Aun cuando se ha demostrado que la llamada justa prescripción no puede ser objeto de una declaración judicial, tanto respecto de la superficie del suelo como del subsuelo, en el supuesto de que procediera una declaración de tal naturaleza, se pregunta: ¿cuál sería la prueba legal o adecuada para demostrar la posesión o explotación económica realizada hace cuatro, tres, dos siglos o siquiera veinte años antes del día 28 de octubre de 1873?

Como se trata de un hecho complejo, comoquiera que debe establecerse en el respectivo proceso una explotación económica, mediante una posesión real y efectiva, las pruebas principales serían la testimonial o una inspección ocular, con la asistencia de peritos o testigos

actuarios; sin embargo, estos dos medios son ahora físicamente imposibles, porque no existen testigos que den cuenta de hechos ocurridos hace un siglo o más; ni tampoco sería posible, por la misma razón, practicar una inspección ocular ahora, que pondría de manifiesto la actual explotación del fundo, pero no la que tuvo hace noventa o más años atrás.

Los artículos 78 y siguientes del Decreto número 59 de 1938, para establecer la posesión económica sobre un determinado predio, ordena la práctica de una inspección ocular, con todas las formalidades y requisitos allí previstos; pero este medio probatorio, dada la naturaleza de los hechos, no tiene un valor indefinido sino el de diez años, fuera de que además, se necesita establecer cierta proporción entre lo cultivado y lo que, lícitamente, pudiere estar inculto según las normas de la Ley 200 de 1936; de manera que no solamente comprende una relación en cuanto al tiempo sino también en cuanto al espacio o extensión del respectivo inmueble.

Como ninguno de los medios de prueba mencionados puede practicarse ahora, se ha ocurrido generalmente a convertir una prueba de suyo directa, en indirecta o de indicio, como las escrituras públicas en las cuales constan los contratos de compraventa, permuta, hipotecas, testamentos, etc., en cuanto toma en consideración las declaraciones contenidas en el instrumento, como cuando el vendedor o testador dice que en sus fundos existen ochenta mil cabezas de ganado vacuno, caballar, etc., etc., para deducir de allí la explotación económica; sin embargo, en rigor jurídico, tales declaraciones no demuestran sino que se hicieron ante el escribano o ante el funcionario competente, pero no la verdad o real existencia de los hechos, porque "el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes". (Art. 1759 del C. C.).

Cuando se da el valor de prueba contra terceros al dicho de las partes en un instrumento público, se desnaturaliza también su situación jurídica, porque de parte interesada pasa a ser *testigo* que narra o relata hechos o acontecimientos, de suyo transitorios, como espectador o tercero, no como el de persona actuante en el acto; en otras palabras, las declaraciones de los contratantes o partes en los instrumentos públicos tienen mérito probatorio en cuanto operan como confesiones de ellas, dentro de las normas trazadas en el artículo 1769 del Código Civil, vale decir, prueban en cuanto son hechos que les perjudican, mas no en cuanto les aprovecha.

Por otro lado, según doctrina de la Corte, como atrás se vio, los contratos entre particulares, celebrados con todas las formalidades legales, respecto de inmuebles, no prueban que el dominio de ellos haya salido del Estado; pero se incurre en una evidente contradicción si se los desecha como prueba directa, a la vez que se los admite como indirecta, para demostrar o pretender demostrar el mismo hecho: que un determinado predio ha salido del dominio del Estado por justa prescripción, con fundamento en los hechos declarados por los interesados o contratantes en los dichos contratos o instrumentos, con manifiesta violación del inciso 2º del artículo 2º y 5º de la Ley 120 de 1928; del inciso 2º del artículo 3º y del 5º de la Ley 200 de 1936, transcritos en otra parte de este fallo.

Las consideraciones precedentes se refieren a las pruebas que podrían aducirse ahora, porque si en vigencia de las leyes que reconocieron la justa prescripción, se practicaron pruebas adecuadas para establecer la posesión económica, presentadas o trasladadas con las formalidades de rito a un proceso actual, habría que reconocerles el valor probatorio atribuído por las normas coetáneas a la fecha en que fueron aducidas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara infundada la oposición formulada a la propuesta de contrato número 759 de la International Petroleum (Colombia) Limitada por los apoderados de Paulina Reyes vda. de Pava, Mercedes Pava vda. de Barrero, Florencio y Margarita Pava Reyes, Ana Villalba Donoso, en su propio nombre y como representante de la sucesión de su padre José Concepción Villalba, Herminia Torres de Reyes, Sixta Tulia Reyes de Montoya Angel, María de la Cruz Reyes Torres, Alfredo Hasche y Manuela Rocha de Fonnegra.

En consecuencia, absuelve a la Nación de todas las pretensiones contenidas en la demanda presentada a la secretaría de la Sala el dos de octubre de 1958.

Publíquese, notifíquese, cópiese, remítase testimonio de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL SEÑOR MAGISTRADO DOCTOR RAMIRO ARAUJO GRAU.

Según el derecho indiano sí era posible adquirir por prescripción las tierras realengas. No existió una prescripción sui generis que se llamara "justa prescripción por explotación económica". Tal calificación se daba a la misma prescripción del derecho peninsular.

En el fallo que ha puesto fin al juicio promovido por Paulina Reyes vda. de Pava y otros contra la Nación, sobre propiedad del subsuelo petrolífero de unos predios, se sostiene la tesis de que la Ley de 11 de octubre de 1821 introdujo fundamental reforma al régimen legal de la prescripción de las tierras realengas o baldías, consistente la reforma en haber obligado a los prescribientes a sacar el título de propiedad dentro del término de un año, so pena de que volvieran las tierras a dominio del Estado (art. 5º); de suerte que quienes no cumplieron con ese requisito perdieron la propiedad que hubieran podido tener sobre las tierras. En esto el fallo se aparta de la interpretación que con relación a la aludida ley hizo la Corte en providencia de 5 de agosto de 1942 y mantuvo en otras posteriores, según la cual el juzgador actual podría reconocer las prescripciones consumadas con anterioridad al 1821, aunque el poseedor no hubiera cumplido con la obligación impuesta en el artículo 5º de la citada Ley de 13 de octubre, en gracia a ser consecuente con el criterio de benevolencia que se considera tuvieron el legislador del expresado año y el autor del artículo 9º del Decreto de 2 de mayo de 1843. Pero en cambio aparece el fallo en acuerdo con la citada sentencia, en cuanto prohija la tesis de que durante el régimen colonial no existió la prescripción de los baldíos, sino una prescripción "sui generis", llamada "justa prescripción por explotación económica de las tierras".

Estoy de acuerdo con el fallo en que la citada Ley de 11 o 13 de octubre de 1821 produjo el trascendental efecto señalado, de que quienes, siendo prescribientes de baldíos de acuerdo con la legislación hasta entonces vigente, no concurrieron a sacar sus títulos de conformidad con el artículo 5º de la misma, perdieron la propiedad de las tierras. Asimismo estimo que tiene razón el fallo al considerar que el artículo 9º del Decreto de 2 de mayo de 1843, no invalidó la exigencia del expresado artículo 5º, sino que tan sólo implicó una prórroga del término para sacar el título. Por todo lo cual si quienes en 1821 o 1843 tenían derecho a alegar la prescripción de las tierras a que se refiere la demanda, no cumplieron en ningún momento con el requisito de sacar los títulos, no adquirieron, en definitiva, la propiedad de las tierras por el modo de la prescripción. Según los demandantes la prescripción de las tierras alinderadas en el libelo se consumó con anterioridad al año de 1821; pero como no se ha comprobado que los pretendidos prescribientes de entonces hubieran cumplido con el requisito de la sacada de los títulos, es obvio que no ha quedado establecido el hecho fundamental de que las tierras dejaron de ser del dominio estatal con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por lo cual no podrían prosperar las acciones incoadas. Estas consideraciones son suficientes para fundamentar la sentencia a que me estoy refiriendo, y en atención a ellas acepto su parte resolutiva.

Pero discrepo del proveído en cuanto afirma categóricamente que según el derecho indiano no era posible adquirir por prescripción las tierras baldías o realengas, y que sólo existió al respecto una prescripción "sui generis", la "justa prescripción por explotación económica" que sería la que habría quedado modificada, en cuanto a sus efectos, por el aludido artículo 5º de la Ley de 11 de octubre de 1821.

La prescripción de los realengos en el derecho castellano.

Es indudable que ésta se hizo posible a lo menos a partir de la expedición por Felipe II de la "Ordenanza de Alcalá", que posteriormen-

te vino a ser la Ley IV, Título VIII, Libro XI, de la "Novísima Recopilación de las Leyes de España". Reza así este ordenamiento:

"Porque algunos en nuestros Reynos tienen y poseen algunas ciudades, villas y lugares, y jurisdicciones civiles y criminales, sin tener para ello título nuestro, ni de los Reyes nuestros antecesores, y se ha dudado, si lo susodicho se puede adquirir contra Nos y nuestra Corona por algún tiempo; ordenamos y mandamos, que la posesión inmemorial, probándose según y como y con las calidades que la Ley de Toro requiere (que es la Ley I, Tít. 17, Libro X), baste para adquirir contra Nos y nuestros sucesores qualesquier ciudades, villas y lugares, y Jurisdicciones civiles y criminales, *y cualquiera cosa y parte de ello,* con las cosas al Señorío y Jurisdicción anexas y pertenecientes; con tanto que el dicho tiempo de la dicha prescripción no sea interrumpido ni destajado por Nos o por nuestro mandado, u otros en nuestro nombre, natural o civilmente; pero la Jurisdicción civil o criminal Suprema, que los Reyes han por mayoría y poderío Real, que es la de hacer y cumplir donde los otros Señores y Jueces la menguaren, declaramos, que esta no se pueda ganar ni prescribir por el dicho tiempo, ni por otro alguno: y asimismo lo que las leyes dicen, que las cosas del Reino no se puedan ganar por tiempo, se entienda de los pechos y tributos a Nos debidos".

Bien claro se echa de ver que la usucapión se autorizaba, no sólo respecto a las ciudades, villas y lugares, sino respecto a *"cualquier cosa"* del reino, salvo las excepciones que allí mismo se indican.

La Ley de Toro versa sobre los Mayorazgos y es del siguiente tenor: "Modos de probar que los bienes son de mayorazgo. Mandamos, que el Mayorazgo se pueda probar por la escritura de la institución de él, con la escritura de la licencia del Rey que la dio, siendo tales las dichas escrituras que hagan fe; o por testigos que depongan, en la forma que el Derecho quiere, del tenor de las dichas escrituras; y asimismo por costumbre inmemorial, probada con las calidades que concluyan los pasados haber tenido y poseído aquellos bienes por mayorazgo; es a saber, que los hijos mayores legítimos y sus descendientes sucedían en los dichos bienes por vía de mayorazgo, caso que el tenedor de él dejase otro hijo o hijos legítimos, sin darles los que sucedían en el dicho mayorazgo alguna cosa o equivalencia por suceder en él; y que los testigos sean de buena fama, y digan, que así lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años, y así lo oyeron decir a sus mayores y ancianos, que ellos siempre así lo vieran y oyeran, y nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que de ello es pública voz y fama, y común opinión entre los vecinos y moradores de la tierra. (Ley I, Tít. 7, Lib. V R.)".

Aplicando esta ley a la prescripción, tal como preceptúa la Ordenanza de Alcalá, resulta indudable que se consumaba con una posesión de cuarenta años por lo menos, y que debía probarse por testigos, en una forma un tanto complicada. Y parece debía ser iniciada por antecesor del prescribiente.

En su "Régimen de Tierras en Hispanoamérica" (capítulo XII) Ots Capdequí no vacila en afirmar que de conformidad con el derecho español histórico se podía adquirir por prescripción el dominio de las tierras realengas.

Vigencia del derecho castellano en América.

El derecho de Castilla debía observarse en las Indias en lo que no estuviera decidido por las disposiciones legales expedidas para ellas. El ordenamiento que tal dispuso es la Ley II, Título I, Libro II, de la "Recopilación de Leyes de Indias", que en seguida se transcribe: "Que se guarden las leyes de Castilla en lo que no estuviere decidido por las de Indias. Ordenamos y mandamos que en todos los casos negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esa Recopilación, o por Cédulas, Provisiones, u Ordenanzas dadas, y no revocadas por las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar".

Sobre este particular se expresa Ots Capdequí: "Por circunstancias históricas sobradamente conocidas, las Indias occidentales quedaron vinculadas políticamente en la Corona de Castilla, y debido a esto imperó en los nuevos territorios, aun cuando con carácter supletorio, el derecho castellano. Los preceptos legales son, a este respecto, terminantes y claros. La vida jurídica de nuestros dominios americanos había de regirse, en primer término, por el derecho propiamente indiano, y a falta de disposición aplicable al caso en la llamada Legislación de Indias, por el derecho peninsular castellano". ("Estudios de Historia del Derecho Español en las Indias", pág. 411).

La prescripción de los realengos en las Indias.

Si de conformidad con el derecho castellano era posible la prescripción de los realengos, y si

tal derecho debía regir en las posesiones españolas de América en cuanto no fuera opuesto a los ordenamientos especiales del derecho indiano, habría obviamente que concluír que en estas posesiones también fue posible adquirir por usucapión las tierras baldías o realengas, a menos que hubiera habido disposiciones legales expedidas especialmente para ellas que se opusieran a la vigencia del dicho estatuto castellano de la prescripción de los realengos.

Estudiados con todo detenimiento los ordenamientos legales expedidos para América por los reyes de España respecto a tierras, no se encuentra oposición alguna a la vigencia al instituto de la prescripción de los bienes realengos. Y de otro lado ese mismo estudio tampoco revela la existencia de una especial categoría de la prescripción que se hubiera llamado "justa prescripción por explotación económica", como se ha sostenido en la doctrina de la Corte que se comenta.

a) Las cédulas sobre repartimientos. El repartimiento, como es sabido, fue el primer sistema por el cual los particulares no descubridores o conquistadores adquirieron tierras en la América española. La adquisición de tierras por estos últimos se regía por las capitulaciones que celebraban con el Monarca. Los repartimientos los hacían los referidos descubridores o conquistadores y fue objeto de diversas ordenanzas, de las cuales resultaba que la propiedad raíz de las tierras podía perderse si no se realizaban ciertas condiciones, como la residencia en el lugar por cierto tiempo (cuatro años), la toma de posesión y la plantación de los linderos de "sauces y árboles" dentro de tres meses. (Leyes I y XI, Título XII, Libro IV, de la "Recopilación de Leyes de Indias").

Desde luego, nada puede verse en estas ordenanzas en contra de la vigencia en las Indias de la prescripción de los baldíos, como tampoco puede encontrarse en sus disposiciones la consagración de un sistema nuevo de prescripción. No se concilia con la institución de la prescripción la existencia de un título perfecto, como el del repartimiento, que hacía dueño al beneficiario, si bien su derecho de propiedad quedaba supeditado al cumplimiento de ciertas condiciones (habitación, toma de posesión, siembra de linderos, dentro de cierto tiempo). La prescripción, por su propia naturaleza, tiene por finalidad arreglar situaciones jurídicas irregulares o a lo menos dudosas, por lo que mal puede hablarse de ella en el caso de un poseedor que entra a poseer como consecuencia de un título recibido de quien estaba autorizado para expedirlo con el preciso fin de constituírlo en propietario, aunque quedara con el gravamen de cumplir ciertas condiciones. Constituye una verdadera desnaturalización del concepto tradicional de la prescripción el pretender hacerla intervenir en un tal caso. Pero de insistirse en esa desnaturalización, esa tal prescripción se habría consumado únicamente en los casos de repartimientos, o sea, en la primera época de la colonización, y no habría tenido influencia sobre posesiones iniciadas posteriormente, sin vinculación alguna con tal sistema de adquisición de tierras.

b) La Ley XIV, Título XII, Libro IV, de la "Recopilación de Leyes de Indias". Reza ella: "Por habernos sucedido enteramente en el Señorío de las Indias, y pertenecer a nuestro Patrimonio y Corona Real los baldíos, suelos y tierras, que no estuvieren concedidos por los Señores Reyes nuestros predecesores, o por Nos, o en nuestro nombre, conviene que toda la tierra, que se posee sin justos y verdaderos títulos, se nos restituya, según y como nos pertenece, para que reservando ante todas cosas lo que a Nos, o a los Virreyes, Audiencias y Gobernadores pareciere necesario para plazas, exidos, propios, pastos y baldíos de los Lugares y Consejos, que están poblados, así por lo que toca al estado presente en que se hallan, como al porvenir, y al aumento que pueden tener, y repartiendo a los Indios lo que buenamente hubieren menester para labrar, y hacer sus sementeras, y crianzas, confirmándoles en lo que ahora tienen, y dándoles de nuevo lo necesario, toda la demás tierra quede y esté libre y desembarazada para hacer merced, y disponer de ella a nuestra voluntad. Por todo lo cual ordenamos y mandamos a los Virreyes y Presidentes de Audiencias Pretoriales, que cuando les pareciere señalen término competente para que los poseedores exhiban ante ellos, y los Ministros de sus Audiencias, que nombraren los títulos de tierras, estancias, chacras y caballerías, y amparando a los que con buenos títulos y recaudos, o justa prescripción poseyeren, se nos vuelvan y restituyan las demás, para disponer de ellas a nuestra voluntad".

Tiene por finalidad la ley la recuperación por la Corona de las tierras que estaban siendo poseídas "sin justos y verdaderos títulos", para lo cual se ordena a las autoridades coloniales que convoquen a los poseedores de tierras para que justifiquen tal posesión o exhiban sus títulos, y expresamente se afirma que a quienes con justa prescripción poseyeren no se les quiten las tierras, o sea, que la prescripción queda incluída entre los "justos y verdaderos títulos". Ahora bien, si como ya se vio, el derecho caste-

llano debía regir en América en cuanto no derogado expresa o tácitamente por disposiciones especiales, es por demás obvio que esa prescripción a que alude la ley no podía ser otra que la reconocida en la "Ordenanza de Alcalá", arriba citada, que implicaba una posesión de cuarenta años por lo menos; sin que el epíteto de justa que la precede en la ley pueda considerarse como designativo de una prescripción distinta de esa tradicional, y más bien puede pensarse que ese calificativo obedeció al deseo de hacer hincapié en la existencia del instituto de la prescripción de los realengos, que sólo pocos años antes, en 1566, con la expedición de la citada "Ordenanza de Alcalá", recibió un reconocimiento expreso en el derecho castellano. Téngase bien en cuenta que la ley que se viene comentando corresponde a una ordenanza expedida por Felipe II en noviembre de 1578. En todo caso, el que el nombre de un instituto jurídico como la prescripción aparezca precedido de un epíteto está muy en armonía con el peculiar modo de redacción de los ordenamientos jurídicos de la época, y por sí solo no puede conducir a creer que se aludía a una prescripción distinta de la tradicional, a la que, con una tal lógica, habría que considerar como injusta; lo que sería un despropósito, pues no puede concebirse una prescripción injusta con relevancia jurídica. La que puede ser injusta es la posesión, pero una prescripción, desde el punto de vista del derecho, no puede ser concebida sino como productora de su efecto natural de conferir el dominio al poseedor, o sea, como una prescripción justa.

c) Las Cédulas de El Pardo, expedidas en 1578 y en 1589. En estos documentos, dados especialmente para el Nuevo Reino de Granada, se ordena, entre otras cosas, la recuperación de las tierras que estén poseídas "sin justos e verdaderos títulos", pero nada se encuentra en ellas que constituya un desconocimiento de la prescripción tradicional como un medio jurídico de adquirir el dominio de los terrenos realengos, o que consagre una prescripción especial.

d) La Cédula de San Lorenzo. Expedida por el Rey en 1754, importa conocer, para los fines de este estudio los siguientes apartes:

"...III. Que recibida que sea por cada uno de los Subdelegados principales, que ahora son, y en adelante se nombraren en cada Provincia, esta Instrucción, y el Nombramiento, que en la forma referida en el Capítulo primero se les ha de expedir, libren por su parte órdenes generales a las Justicias de las Cabeceras, y Lugares Principales de su respectivo Distrito, mandando se publique en ellos, en la forma que se practica con otras órdenes generales, que expiden los Virreyes, Presidentes y Audiencias en los Negocios de mi servicio, para que todas, y cualesquiera personas que poseyeren Realengos, estando o no poblados, cultivados o labrados, desde el año de mil y setecientos, hasta el día de la notoriedad, y publicación de dicha orden, acudan a manifestar ante el mismo Subdelegado, por sí mismos, o por medio de sus Correspondientes, o Apoderados, los Títulos, y Despachos en cuya virtud los poseen, señalando para esta exhibición el término competente, y proporcionado, según las distancias; con apercibimiento de que serán despojados, y lanzados de las tales tierras, y se hará merced de ellas a otros, si en el término que se les asignare dejaren de acudir, sin justa y legítima causa, a la manifestación de sus Títulos".

"IV. Que constando por los Títulos, o Instrumentos, que así se presentaren, o por otro cualquier medio legal estar en posesión de los tales Realengos, en virtud de venta, o composición, hecha por los Subdelegados que han sido de esta comisión antes del citado año de mil y setencientos, aunque no estén confirmadas por mi Real Persona, ni por los Virreyes, Presidentes, les dejen en la libre, y quieta posesión de ellas, sin causarles la menor molestia, ni llevarles derechos algunos por estas diligencias, en conformidad de la Ley 18, tít. 4º de la Recopilación de Indias, haciendo notar en los tales Títulos que manifestaren haber cumplido con esta obligación, para que en adelante no puedan ser turbados, emplazados, ni denunciados en ellos, ni sus sucesores en los tales Realengos; y no teniendo Títulos, les deberá bastar la justificación que hicieren de aquella antigua posesión, como Título de justa prescripción: en inteligencia, que si no tuvieren cultivados, o labrados los tales Realengos, se les deba señalar el término de tres meses, que prescribe la Ley 11 del citado tít. y lib., o el que parezca competente para que lo hagan; con apercibimiento, que de lo contrario se hará merced de ellos a los que los denunciaren, con la misma obligación de cultivarlos".

Como puede apreciarse, en esta Cédula se ordena una revisión de "títulos y despachos" análoga a la ordenada en la Ley XIV, Título XII, Libro IV, de la Recopilación, ya estudiada; se declara una amnistía con relación al hecho de que las tierras poseídas con anterioridad al año de 1700 no hubieran sido objeto de confirmación, y, lo más importante para los efectos de este estudio, contiene una referencia inequívoca a la prescripción como a un medio legítimo de ad-

quisición del dominio que se consumaba en virtud de una posesión prolongada sin necesidad de título previo alguno. Sólo que introducía una modificación importante al régimen ordinario de dicha prescripción, consistente en que la comprobación de que la posesión había sido iniciada con anterioridad a 1700 era suficiente, sin más, para su reconocimiento, o sea, sin necesidad de que hubiera sido iniciada en antecesor del prescribiente o que fuera acreditada en la forma un tanto complicada preceptuada en la Ley de Toro, requisitos todos derivados, como se vio, de ésta última.

Ese tratamiento benigno que la cédula daba a quienes poseían desde antes de 1700 tenía como contrapartida la exigencia de que las tierras debían estar cultivadas, ya en el momento de hacerse valer la usucapión o bien dentro del término de los tres meses subsiguientes o del que prudencialmente señalara la autoridad encargada de la revisión de títulos. Obsérvese que tal obligación de cultivar las tierras se debía cumplir por una sola vez, por lo que el cultivo posterior y en forma permanente no quedó como una condición de la conservación del dominio.

Resulta, pues, que esta cédula ni derogó la prescripción tradicional venida del derecho castellano, ni creó una especie nueva. Tan sólo introdujo una modificación a aquélla, en la forma ya señalada, y todo indica que tuvo operancia por una sola vez, de suerte que pasada la revisión de títulos en ella ordenada, precluyó la oportunidad de aprovechamiento de las ventajas ofrecidas a los prescribientes en el ordenamiento, y la usucapión de los realengos volvió a quedar sometida al régimen ordinario, que conllevaba la iniciación en antecesor del prescribiente y una tarifa probatoria especial. Pero si se quiere ver en la Cédula de San Lorenzo la creación de un régimen especial de usucapión de baldíos, no sería en ninguna forma el llamado de la "justa prescripción por explotación económica", que implicaba la existencia de un título (el repartimiento) y la ejecución de ciertos actos, como la habitación y la siembra de los linderos dentro de un plazo más bien corto. El fenómeno a que se refiere la aludida cédula no se integra con la existencia de ningún título previo ni requiere más actos de explotación económica de los en la misma exigidos: al momento de la revisión de los títulos o dentro de tres meses o del plazo que prudencialmente se señalara. Además esa prescripción quedaría necesariamente vinculada a la iniciación de la posesión con anterioridad al año de 1700.

e) La Cédula de San Ildefonso, expedida por Carlos III en 1780. También ordenó una revisión de títulos, pero no estableció modificación alguna al régimen de la prescripción ni a lo resuelto al respecto por la Cédula de San Lorenzo. De ella conviene destacar las siguientes palabras: "...he resuelto... que no se inquiete a los poseedores de tierras realengas, en aquéllas que actualmente disfrutan, y de que están en posesión en virtud de correspondientes títulos de venta, composición con mi real patrimonio, contrato particular, ocupación u otro cualquiera que sea capaz de evitar la sospecha de usurpación...". No sólo no se modificó, pues, en este documento el régimen de la prescripción de realengos, sino que en cierto modo se fomentó, puesto que se respetaría la posesión de quienes la tuvieran como consecuencia de una ocupación que a los ojos de los encargados de las revisiones de títulos a que se refería la misma cédula, no apareciera configurando una usurpación, lo cual había que decidirse caso por caso. No de otra manera podría interpretarse la referencia clara y terminante que hace la cédula a la "ocupación", que no podría ser la del derecho romano, puesto que no había tierras sin dueño en las colonias españolas: las no adquiridas por particulares eran de la Corona. Es claro que la ocupación que no constituía usurpación no podía ser sino la derivada de una posesión generadora de la prescripción, o sea, lo suficientemente larga para haber consumado la usucapión. Ya se ha dicho que tal posesión no podía ser inferior a cuarenta años.

En esta misma Cédula de San Ildefonso se provee a la adjudicación de tierras bajo condición de mantenerlas cultivadas; pero esto evidentemente es cosa distinta de prescripción, que supone carencia de título originario, o a lo menos de un título perfecto. Aquí se está en presencia otra vez de un caso de adjudicación de propiedad bajo condición, análogo al de los repartimientos.

La Ley de 11 o 13 de octubre de 1821.

Esta fue la primera ley sobre tierras que se dictó en la República, y su artículo 5º, aludido al principio, es del siguiente tenor: "Los que poseyeren tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción, deberán concurrir en el término perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad, debiendo, si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas o cultivadas".

Si se tiene en cuenta que en la naciente República debían observarse, en principio, las leyes españolas expedidas hasta el 18 de mayo de 1808

(art. 188 de la Constitución de 1821), resulta por demás evidente que la prescripción por posesión inmemorial a que hace referencia el artículo transcrito tuvo que ser un instituto bien conocido durante la época colonial, y ya se vio que, efectivamente, en el derecho indiano era posible la adquisición de los realengos o baldíos por el modo de la prescripción, que se consumaba con una posesión continua de no menos de cuarenta años, término evidentemente bien largo como para que el legislador lo hubiera asimilado a lo inmemorial. Sea lo que fuere, lo indiscutible es que en esta Ley de 1821 no puede verse una alusión a la pretendida "justa prescripción por explotación económica" a que se refirió la Corte en su sentencia de 5 de agosto de 1942, que —por definición—, quedaba vinculada a los repartimientos que en los primeros tiempos de la Colonia hicieron los fundadores de ciudades. Esta prescripción que menciona la Ley de 13 de octubre de 1821 es, a todas luces, un fenómeno que confería la propiedad con independencia de toda causa distinta de la posesión misma. El título que según la ley debían sacar los prescribientes no era sino el instrumento o documento en que debía aparecer el reconocimiento de haberse consumado dicho fenómeno, pero la verdadera causa de la propiedad así reconocida era, naturalmente, la prescripción; como la sentencia que hoy en día reconoce una prescripción entre particulares no es la causa de la propiedad, si bien ella hará las veces de título, en el sentido indicado de documento o instrumento probatorio.

Imprecisión de la noción de la pretendida "justa prescripción por explotación económica".

Se dijo que la primera vez que habló la Corte de esta prescripción "sui generis", la vinculó a los repartimientos. La referencia a este sistema de adquirir la propiedad es expresa en diversos pasajes de la sentencia de 5 de agosto de 1942 "(...) y el de los repartimientos. Las tierras de labor se repartían fuera del circuito poblado... Una prescripción *sui generis* debía completar y perfeccionar el dominio..."; —pág. 781—; "...precepto que contiene el establecimiento de una prescripción *sui generis*, que debía completar y perfeccionar el dominio. Si la tierra no se trabajaba se perdía para los titulares del repartimiento..." —pág. 815—; "...Tal ordenamiento consagra la prescripción adquisitiva del dominio, concreta y especialmente para los pobladores que hubiesen vivido cuatro años en las tierras a ellos repartidas..." —pág. 835—; "...De la prescripción se habló ya al tratar de los primeros sistemas de adquisición de tierras desprendidas de la Corona, y se subrayó el imperativo de los preceptos pertinentes, según los cuales la persona que recibía tierra en repartimiento la hacía suya por la ocupación y cultivo y por residir en ella durante un lapso de cuatro años. Y se vió cómo, filosóficamente considerado este fenómeno jurídico no era otro que el de la prescripción adquisitiva de dominio..." —pág. 844— (G. J. T. LIII, Nº 1987). Sin embargo posteriormente, en providencia de 14 de julio de 1944, la Sala da a entender que el título o causa a que la prescripción necesariamente quedaba vinculada, no precedía a la posesión, sino que la seguía ("... una prescripción llamada así tal vez impropiamente, pues consistía en la adquisición de las tierras realengas cultivadas o explotadas, en cuya posesión se protegía y respetaba a quienes la realizaban, pero quedando sujetos siempre a la obtención del título de adjudicación o merced". —G. J. T. LVIII, pág. 405).

La sentencia a que se refieren las presentes observaciones prohija expresamente este último concepto, y lo compara al fenómeno que ocurre con relación a la adquisición de baldíos por el cultivo de la tierra, que tan sólo da derecho a obtener la adjudicación. Pero así como nadie ha visto en esto último un caso de prescripción, siquiera *sui generis*, tampoco sería aceptable hablar de prescripción ante una posesión que por sí sola no confiere más derecho que a obtener una adjudicación. En todo caso es lo cierto que ese tipo de prescripción especial de realengos, vinculado siempre a un título o causa jurídica —repartimiento, adjudicación o merced—, no aparece contemplado como tal en la legislación indiana, según se vio.

Otra cosa es que se quiera significar que la posesión, por más antigua que fuera, no tenía operancia en la práctica como prescripción frente a la Corona, si no era reconocida oficialmente. Esto es evidente, y es valedero para nuestros días, e incluso para toda clase de derechos, de los que puede decirse que mientras no son reconocidos por autoridad competente no existen en el hecho. Pero hay una gran diferencia entre afirmar, por una parte, que en las Indias no existió la prescripción de los realengos, sino que tan sólo hubo una prescripción *sui generis* ligada indisolublemente a un título o causa jurídica previa o posterior a la posesión, y afirmar, por otra, que la prescripción carecía de relevancia legal mientras no obtuviera una reconocimiento oficial. Esto último es cierto, se repite,

pero por ello no es dable hacer la afirmación rotunda de que no existió en la América hispana el instituto de la prescripción de los realengos tal como existió en Castilla, como tampoco sostener que el proveído oficial por el cual se reconocía una prescripción fuera el título en virtud del cual se adquiría la tierra. No. La tierra se adquiría en virtud de la prescripción, que nuestro derecho civil la considera como modo y como título (arts. 673 y 765 del C. C.). Lo que realmente sucede es que un tal proveído le servía de título al prescribiente, pero tomando la palabra título, como se indicó hace poco, en acepción distinta a la de causa, que recibe cuando se habla de los títulos y modos de adquirir el dominio de las cosas. La providencia judicial que reconoce o declara una prescripción es sin duda un título de propiedad, pero en el sentido de instrumento, de documento que la acredita, no de causa jurídica de la propiedad.

Dejo en los anteriores términos expuesto mi disentimiento respecto a las tesis que sobre prescripción de realengos en el derecho indiano, sostienen mis distinguidos colegas de Sala lo que no obsta, para que, por las razones que al principio expuse, acepte la parte resolutiva de la sentencia.

Fecha ut supra.

Ramiro Araújo Grau.

PRESUPUESTOS PROCESALES. LEGITIMACION EN LA CAUSA, REFERIDA ESPECIALMENTE AL DERECHO MINERO Y MUY EN PARTICULAR A LA PROPIEDAD PRIVADA DE MINAS DE ESMERALDAS. PROTOCOLIZACION Y REGISTRO.

1. ¿Qué es la capacidad para ser parte y qué la capacidad procesal? 2. Comparación entre el interés procesal y el interés sustancial de las partes en el juicio. 3. Legitimación en cuanto a la titularidad derecho demandado en relación con minas adjudicables. 4. Títulos y requisitos necesarios para acreditar la propiedad privada de minas de esmeraldas. 5. Nulidad de los títulos sobre minas cuando no han sido debidamente registrados. 6. La certificación del Registrador no puede sustituír el instrumento original. 7. ¿Qué debe probar quien pretende tener la propiedad privada de minas de esmeraldas?

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 18 de septiembre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

Agotado el procedimiento administrativo previsto en el artículo 8 de la Ley 145 de 1959, en cuanto atañe a la solicitud de permiso para la explotación de las minas de esmeraldas Bogotá, El Pozo, Ibajuca y Vega del Castillo, sitas en los Municipios de Sutatenza y Somondoco, en el Departamento de Boyacá, el apoderado sustituto de Francis Brooksbank Powles, John Copley y Roberto Copley, como también en representación de la sociedad Hemisphere Smith Ltda., con domicilio en Bogotá, demandó a la Nación en juicio ordinario de única instancia, para que con audiencia del Procurador General, se hicieran en la sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que se aclare que no son del Estado, sino que son de propiedad privada las minas de esmeraldas a que se refiere la presente demanda, o sean las denominadas 'Bogotá' y 'El Pozo', adjudicadas al doctor Manuel Rueda Acosta, situadas en los Municipios de Somondoco y Sutatenza respectivamente, y comprendidas dentro de los linderos expresados en el hecho sexto de la presente demanda.

"*Segunda.* Que se declare asimismo que no son del Estado sino de propiedad privada las minas de esmeraldas denominadas 'Ibajuca' y 'Vega del Castillo', adjudicadas al señor Octaviano Guzmán, ubicadas en los Municipios de Sutatenza y Somondoco, respectivamente, y comprendidas dentro de los linderos expresados en el hecho sexto de la demanda.

"*Tercera.* Que se declare que los actuales propietarios de las minas a que se refieren las peticiones anteriores son mis poderdantes, señores John Copley Powles, Roberto Copley Powles y Francis Brooksbank Powles, Súbditos de la Corona Británica, representados por el señor William A. Paterson como principal y por el infrascrito como sustituto.

"*Cuarta.* Que se declare que mis mencionados poderdantes tienen el derecho de explorar y explotar por intermedio de la sociedad arrendataria, Hemisphere Smith Limitada, las minas que se han mencionado en los hechos y en las peticiones de la presente demanda". (Fs. 7 vto. a 8, C. Nº 2º).

Los hechos invocados, en síntesis son los siguientes:

1º El 3 de septiembre de 1959, Russell W. Anderton solicitó el correspondiente permiso para la explotación de las minas de esmeraldas Bogotá, El Pozo, Ibajuca y Vega del Castillo, sitas en los Municipios de Sutatenza y Somondoco.

2º En este hecho alude a los documentos e instrumentos acompañados a la solicitud de permiso, en especial a los siguientes:

"A. Escritura pública número 1409 de 12 de octubre de 1888 otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Bogotá por medio de la cual el doctor Manuel Rueda Acosta protocolizó el título de posesión y propiedad, a su favor, de las minas de esmeraldas llamadas 'Bogotá' y 'El Pozo', que le habían sido adjudicadas por el Gobierno del Departamento de Boyacá, previas las diligencias legales de aviso, denuncia y posesión el 24 de junio de 1887.

"B. Escritura pública número 1820 de noviembre de 1895 pasada ante el Notario del Circuito de Bogotá por medio de la cual el señor José María Cortés protocolizó los títulos de posesión y propiedad de dos minas de esmeraldas denominadas 'Ibajuca' y 'Vega del Castillo', adjudicadas por el Gobierno de Boyacá, así: la mina 'Vega del Castillo' el 14 de octubre de 1891, previos los trámites exigidos por el Código de Minas vigente entonces, y la de 'Ibajuca', en la misma fecha, pero a título de restaurador de ella. Ambas adjudicaciones fueron hechas al señor Octaviano Guzmán".

3º En este hecho transcribe las conclusiones a que llegó el Procurador 2º Delegado en lo Civil, respecto de los títulos presentados como fundamento del permiso solicitado, las cuales se insertan a continuación:

" 'A) Las minas de esmeraldas denominadas 'Bogotá' y 'El Pozo' de que se habla en este expediente, fueron adjudicadas mediante título otorgado por la Gobernación de Boyacá, previos los trámites respectivos exigidos en la ley, al señor Manuel Rueda Acosta. Pero no existen documentos indicativos de que mediante cadena de títulos o de modos de transmitir el dominio que tuvo dicho señor, hayan pasado esas minas en propiedad a personas que aparecen arrendándolas, y de quienes sea arrendatario actual por cesión de los derechos la sociedad 'Hemisphere Smith Ltda.' ".

" 'B) Las minas de esmeraldas denominadas 'Ibajuca' y 'Vega del Castillo' de que también se habla en este expediente, fueron adjudicadas mediante título otorgado por la misma Gobernación de Boyacá, previos los trámites respectivos exigidos en la ley, al señor Octaviano Guzmán, quien posteriormente manifestó que cedía sus derechos a la sociedad 'The Emerald Syndicate Limited', la cual a su vez hizo traspaso a la sociedad 'The Somondoco Company Limited'. Pero no existen documentos fehacientes como pruebas de que mediante cadena de títulos traslativos o de modos de adquirir el dominio, ese título haya pasado hasta llegar a quien las arrendó al señor Russell Anderton y del cual es cesionario la sociedad 'Hemisphere Smith Limitada' actual interesada en obtener permiso del Ministerio de Minas y Petróleos para explotar dichas minas' ". (Fs. 6 ib.).

4º En el cuarto alude el apoderado a los nuevos documentos presentados al Ministerio, con el memorial de 26 de octubre de 1960, los cuales sometidos al estudio de la Procuraduría General, "...insistió en mantener las conclusiones antes transcritas".

5º "*Quinto.* No obstante lo dicho por la Procuraduría General de la Nación, cuyo criterio en estas materias es bien conocido, afirmo que la documentación allegada y que aparece en el expediente demuestra: a) que las minas de esmeraldas tantas veces citadas son de propiedad particular; b) que los propietarios actuales son mis poderdantes".

6º En este hecho se copian las lindes de las minas Bogotá, El Pozo, Ibajuca y Vega del Castillo tal como aparecen en los títulos respectivos, o sea, en la diligencia de posesión de los dichos inmuebles.

7º "*Séptimo.* Las minas a que se refieren los hechos anteriores no sólo salieron del patrimonio del Estado si no que en virtud de sucesivos títulos traslaticios de dominio dejaron de ser de propiedad del doctor Manuel Rueda Acosta y del señor Octaviano Guzmán para llegar a ser de propiedad privada de mis poderdantes".

En derecho citó las siguientes disposiciones: artículo 202 de la Constitución Nacional; artículos 40 y 41 de la Ley 292 de 1875; Ley 38 de 1877; artículo 2º Ley 40 de 27 de abril de 1905; artículo 8º Ley 145 de 1959; artículo 71 del Código de Minas.

Con el fin de destacar el criterio del apoderado de la parte actora, se transcriben los párrafos que llamó "consideraciones finales", en su demanda.

"Como se desprende del texto mismo de la ley y de la naturaleza de las cosas, en juicios como el presente no debe en realidad ventilarse sino un solo problema: el de si son del Estado o de propiedad privada las minas. Así lo dice y así tenía que decirlo el legislador: Lo que la Corte debe resolver definitivamente es: 'Si son del Estado o de propiedad privada las minas de esmeraldas materia del aviso'.

"No importa, si son de propiedad privada, que le pertenezcan a *Pedro, Juan o Diego.*

"Si el avisante es Pedro y la Corte falla que las minas son de propiedad privada, a Juan y a

Diego les quedan todos los caminos expeditos, si alguno de los dos cree que tiene mejor derecho, para hacer valer ese derecho.

"Lo que importa es saber si las minas salieron legalmente del dominio del Estado.

"Que haya o no haya cadena ininterrumpida de títulos perfectos entre el primitivo adjudicatario y el denunciante, es materia en que la Nación no tiene interés.

"Pronunciado el fallo sobre la propiedad privada, puede haber litigios entre particulares, en que la Nación no tiene que ver, para que en ello se decida cuál tiene mejor derecho.

"Hay que partir de la base de que aquí no se trata de litigios entre particulares y de que el fallo que se pronuncie no afecta sino a la Nación si se declara que las minas son de propiedad privada.

"Entremezclar, como suele hacerse, la discusión sobre propiedad privada de las minas con posibles pero remotos y eventuales litigios entre particulares, que no son parte en el juicio, no tiene sentido.

"Siendo la única demandada la Nación, como lo establece la ley, el fallo que se pronuncie no tiene que recaer sino sobre el referido punto: ¿Son del Estado o son de propiedad privada las minas?

"Salidas del dominio del Estado puede haber diversas personas que se consideren con derecho a las minas, pero en esas controversias nada tiene que ver la Nación. En ellas, si se suscitan, se aplican las reglas de la prueba del dominio entre particulares.

"No obstante todo lo dicho y aun cuando desde el punto de vista puramente técnico es innecesario, he pedido que se declare que son mis poderdantes los propietarios y ello sencillamente porque en el expediente, como lo demostraré a su debido tiempo, hay elementos superabundantes para que se haga esa declaración.

"De lo que me he cuidado, por razones jurídicas elementales es de formular las dos peticiones por separado para que no se sigan confundiendo las cosas e involucrando la cuestión de la propiedad privada con hipotéticos pleitos entre particulares.

"Esa confusión ha conducido muchas veces, como en el caso del Procurador Segundo Delegado, a hacer depender ilógicamente la materia fundamental de si son o no de propiedad privada las minas, de cuestiones que no vienen al caso, como las discusiones sobre cadenas de títulos". (Fs. 8 a 9 ib.).

Anota que la sociedad Hemisphere Smith Ltda. fue constituída mediante la escritura pública número 6811 de 23 de noviembre de 1959, autorizada por el Notario 4º de Bogotá, con domicilio en la misma ciudad y representada por el doctor James Raisbeck.

Corrido el traslado de regla de la demanda, el Procurador 2º Delegado en lo Civil, después de transcribir las súplicas de la demanda, se refiere a los hechos, respecto de los cuales hace una relación o historia de la actuación administrativa, como de los dos conceptos emitidos por el mismo funcionario; sin embargo, al contestar el quinto niega que los actores sean actuales propietarios de las minas de esmeraldas; negó también el sexto; y en cuanto al séptimo aceptó la expedición de los títulos por la Gobernación de Boyacá en favor de particulares y en cuanto concierne a las minas Bogotá, El Pozo, Ibajuca y Vega del Castillo, pero agregó: "...no es verdad que en virtud de sucesivos títulos traslativos de dominio dejaron de ser del doctor Manuel Rueda Acosta y del señor Octaviano Guzmán para llegar a ser de propiedad privada de los demandantes, como se afirma en este hecho. Que se pruebe esto". (Fs. 14 ib.).

Por último con el objeto de contestar los puntos de vista de la parte actora, expuestos en la demanda, el Procurador 2º Delegado expone:

"El inciso 1º de dicha norma del artículo 8º de la Ley 145 de 1959 citada, exige que para iniciar la exploración y explotación de las minas de esmeraldas de propiedad particular, es requisito indispensable dar aviso previo y por escrito al Ministerio de Minas y Petróleos, *'acompañándolo de los correspondientes títulos de propiedad'* (subrayas de la Procuraduría). Luego no basta con que cualquiera persona, Juan, Pedro, Perico de los Palotes, NN. NN., pueda solicitar ese permiso y dar el aviso al Ministerio con pretensión de explorar y explotar minas de esmeraldas como de propiedad particular; si ha de acompañar al aviso y solicitud del permiso los correspondientes títulos de propiedad, es porque debe tener derecho a esa exploración y explotación de ellas, dominio o derecho derivado de quien sea el legítimo titular de ese dominio en tales minas". (Fs. 15 y 16 ib.).

Recibida la causa a prueba, solamente el representante de la Nación solicitó la expedición de algunas certificaciones, de las cuales, por referirse a cuestiones de hecho, se mencionan las siguientes:

En la expedida por el Ministerio de Minas y Petróleos, el 19 de enero de 1962, se lee:

"Por las relaciones recibidas de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, por las referidas minas está pago el impuesto de anualidad hasta el año de 1957, a nombre de W. A. Paterson. En los años siguientes no hay constancia del pago del referido impuesto.

"En el año de 1954 el pago del impuesto de anualidad según la misma referencia fue hecho a nombre de Mariana Powels.

"De otra parte, según el 'Anuario Estadístico' de 1937 de la Contraloría de Boyacá, las minas de esmeraldas de Bogotá, en Sogamoso, y El Pozo en Sutatenza, figuran adjudicadas a Manuel Rueda A. y Felipe J. Paúl, respectivamente". (Fs. 9, C. Nº 3).

Según la certificación de 18 de abril de 1962 del mismo Ministerio, se informa:

"a) Por las relaciones anuales recibidas de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, por las minas de esmeraldas denominadas 'Bogotá' y 'El Pozo', ubicadas en los Municipios de Somondoco y Sutatenza, Departamento de Boyacá, está pago el 'impuesto de estaca' hasta el año de 1957, así: por los años de 1953, 1954 y 1955 a nombre de Mariana Powels, y para 1956 y 1957 a nombre de W. A. Paterson. No hay constancia del pago de años posteriores. Tampoco con anterioridad a 1953 por cuanto el Ministerio de Minas y Petróleos no recibía tales informaciones.

"b) En cuanto a las minas 'Ibajuca' y 'Vega del Castillo', ubicadas en los Municipios de Somondoco y Sutatenza (Boyacá), el 'impuesto de estaca' aparece cancelado según la misma fuente indicada, hasta el año de 1957, así: años de 1953, 1954 y 1955 a nombre de Mariana Powels, y en los años de 1956 y 1957 por W. A. Paterson. No hay constancia de pagos posteriores, ni anteriores a 1953, en este Ministerio. En la Administración de Hacienda de Boyacá no se han efectuado pagos por estas minas". (Fs. 19 vto. C. Nº 3).

La Administración Regional de Impuestos Nacionales de Tunja, con fecha 2 de mayo de 1962, certifica:

"Que revisados cuidadosamente los libros radicadores de denuncios y pago de impuestos de minas, correspondiente a los años de 1893 a 1898, al folio número 3, se encuentran las siguientes anotaciones que a la letra dicen:

" 'En Tunja, a veinticinco de agosto de mil ochocientos noventa y tres, enteró el señor Bernardo D. Gutiérrez, a nombre del señor Octavio Guzmán, la suma de veinte pesos, derecho de impuesto anual de dos minas de esmeraldas; la una situada en el Municipio de Somondoco, en el punto llamado de 'Ibajuca' y la otra situada en el Municipio de Sutatenza, en el punto denominado 'Vega del Castillo' vereda de Sigüique. El impuesto corresponde al año pasado al presente. (Fdo.) Bernardo D. Gutiérrez'.

" 'En Tunja, a los veinticinco días de agosto de mil ochocientos noventa y tres, enteró el señor Bernardo D. Gutiérrez, a nombre del señor Manuel Rueda, la suma de diez pesos, impuesto correspondiente al presente año, de dos minas de esmeraldas llamadas 'Bogotá' y 'El Pozo' situadas respectivamente en los Municipios de Sutatenza y Somondoco. (Fdo.) Bernardo Gutiérrez' ". (Fs. 21 vto. a 22 ib.).

La Contraloría General de la República, Sección de Archivo y Correspondencia, el 12 de julio del año pasado, certifica:

"Que revisadas las cuentas del Ministerio de Minas y Petróleos y del Ministerio de Hacienda de años anteriores a partir de 1940, no fue posible localizar ningún comprobante relativo al pago de impuesto de *estaca,* por concepto de la explotación de las minas de esmeraldas llamadas 'Bogotá', 'El Pozo', 'Ibajuca' y 'Vega del Castillo', situadas en los Municipios de Somondoco y Sutatenza del Departamento de Boyacá. Por otra parte, se hicieron consultas a las respectivas recaudaciones de hacienda de los citados municipios, con el fin de obtener informes de sus funcionarios con base en los archivos de tales oficinas, sin que tampoco se lograra constancia alguna al respecto". (Fs. 31 ib.).

Con los documentos presentados por la parte actora, visibles a folios 139 a 144 del cuaderno número 1º que contiene la actuación administrativa, se ha probado el pago del impuesto correspondiente a los años de 1956, 1957 y 1958, respecto de las minas de esmeraldas nominadas Bogotá, El Pozo, Ibajuca y Vega del Castillo, objeto del presente litigio.

El apoderado de la parte actora, en el alegato de conclusión estima que la argumentación de la Procuraduría se funda en estas dos proposiciones inaceptables:

"a) La de que el fallo que se dicte en este juicio tiene efecto *erga omnes* y no lisa y llanamente efectos contra la Nación;

"b) La de que no se puede probar la propiedad sino mediante la presentación de lo que los viejos expositores llamaron la *cadena diabólica* de títulos". (Fs. 19 a 19 vto. C. Nº 2º).

En lo concerniente a la primera proposición o premisa, el apoderado sostiene que sería aceptable si se tratara de un fallo *erga omnes,* pero

como esto no es así, observa que "lo único importante en este juicio es saber si las minas salieron o no salieron del patrimonio nacional puesto que el fallo no le va a perjudicar, si prospera la demanda, sino a la Nación".

Con el objeto de establecer que no está en el deber de presentar la cadena de títulos respecto de las minas de esmeraldas, transcribe numerosas doctrinas, según las cuales, en los juicios de reivindicación, "basta producir la prueba de un derecho mejor y más probable", según se lee en este aparte:

" 'Una fórmula condensa toda la jurisprudencia que acaba de ser analizada (la de la Corte de Casación francesa). Ella nos ha sido suministrada por Aubry y Rau. La de que el reivindicante, para producir la prueba de su propiedad contra un poseedor no tiene necesidad de remontar, en su demostración, toda la cadena de sus predecesores sucesivos, autores los de unos de los otros; le basta producir la prueba de un derecho mejor y más probable' ". (Colin y Capitant, Tomo I, pág. 964 in fine).

El Procurador Delegado, en setenta páginas de su alegato o vista, expone las razones que le asisten para demandar la absolución de la Nación, en el presente litigio; y en la imposibilidad de resumir tan largo estudio, se mencionan las cuestiones allí tratadas, así: en la primera parte o capítulo contesta los argumentos de la parte actora, para concluír que los principios o doctrinas de la reivindicación no son viables o de recibo en el presente juicio, sobre propiedad de yacimientos de esmeraldas; a la vez insiste sobre las deficiencias de los títulos presentados por los avisantes para probar la propiedad de las minas en litigio contra la Nación.

En el segundo capítulo, bajo el rubro de "antecedentes" hace la historia de la actuación administrativa, surtida ante el Ministerio de Minas y Petróleos, incluyendo una nueva referencia a los vacíos o lagunas de los títulos aducidos por los interesados.

Hace referencia al hecho de que la parte actora no solicitó la práctica de ninguna prueba, ni siquiera la indispensable inspección ocular para determinar la localización o ubicación de las cuatro minas, pues no considera satisfactorias o suficientes las aclaraciones contenidas en el concepto del ingeniero nombrado por el Ministerio, en la etapa administrativa, con esta finalidad.

En el tercer capítulo hace la historia de la propiedad privada, comenzando por citar la Real Cédula de 15 de enero de 1529, para mencionar la legislación sobre esmeraldas, como el artículo 8º de la Ley 145 de 1959, continuar con los "*sujetos de la relación jurídico-procesal en el litigio que surge ante la Corte Suprema de Justicia en los casos de negativa del Ministerio de Minas y Petróleos a conceder el permiso solicitado por un particular que da el aviso de exploración y explotación. Legítimos contradictores en la controversia. Contenido del fallo en el fondo*". (Fs. 76, C. Nº 2º)..

Hecha una larga exposición sobre estos puntos, concluye:

"a) Los actores en este litigio carecen de derecho a su favor para obtener declaración de dominio privado en los yacimientos de esmeraldas de 'Bogotá', 'El Pozo', 'Ibajuca' y 'Vega del Castillo', objeto de la contención. No tienen ni capacidad para ser partes ni capacidad procesal suficientes, para obtener que en la sentencia se declare que tienen derecho a que a su favor se ordene otorgar el permiso para explotar esos yacimientos como de propiedad privada.

"Los títulos y otros documentos presentados con las solicitudes del permiso, no traen prueba completa de que en dichos actores en el litigio exista derecho de dominio en esos yacimientos, derivados de quienes aparecen como primitivos adjudicatarios en los títulos expedidos por la Gobernación del Departamento de Boyacá. La Procuraduría, en la oportunidad legal, hizo examen de esos documentos, y determinó su valor; ruega nuevamente a la honorable Corte tenga en cuenta ese examen y concepto para los fines del fallo de fondo que haya de pronunciar en este asunto.

"Careciendo de valor probatorio suficiente en favor de los actores la titulación aportada con el aviso y solicitud de permiso al Ministerio de Minas y Petróleos, para explorar y explotar los yacimientos de esmeraldas mencionados, no es posible con base en ellos hacer en el fallo las declaraciones impetradas por el apoderado de dichos actores. La Procuraduría solicita muy respetuosamente a la honorable Corte se niegue a hacer tales declaraciones.

"Dentro del curso del juicio, ninguna prueba distinta aportó la parte actora. Ni siquiera hizo uso del derecho de petición de ellas en la oportunidad que tuvo.

"b) Como consecuencia, no es posible acceder a la petición incoada en el sentido de que se otorgue el permiso solicitado al Ministerio mencionado, para explorar y explotar como de propiedad privada, por parte de los solicitantes de tal permiso, o de los actores que aparecieren en el juicio, los yacimientos de esmeraldas de 'Bo-

gotá', 'El Pozo', 'Ibajuca' y 'Vega del Castillo' ". (Fs. 85 a 86, C. Nº 2º).

Por último, aun cuando estima el Procurador Delegado que los actores no han probado la acción deducida en juicio, con todo, aduce como excepciones la "extinción del derecho de dominio en las minas en favor de los particulares y reversión al dominio estatal" con fundamento en la falta del oportuno pago de los impuestos legales o "por causa de abandono originado en falta de su explotación durante el lapso previsto por la ley".

No observándose causal alguna de nulidad, con el fin de resolver la controversia sobre la propiedad de las minas de esmeraldas, objeto de este litigio, se considera:

1º Como en los apartes transcritos antes, el Procurador Delegado se ha referido a la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal, conviene aclarar estos conceptos previamente, como integrantes de los llamados presupuestos procesales, pues, si fuere fundada la observación, no procedería dictar sentencia de mérito o de fondo, para limitarse a una simple inhibición o abstención.

a) La capacidad para ser parte significa que quien comparece en el juicio sea sujeto de derechos y obligaciones, esto es, sea persona natural o jurídica, según así lo expresa el artículo 230 del Código Judicial: "Las personas naturales y jurídicas pueden ser demandantes o demandadas y comparecer en juicio en los términos y con las condiciones que la ley establece".

Los actores principales tienen la calidad de personas naturales, o sea, tienen capacidad procesal; y otro tanto ocurre con la parte indirecta, con la sociedad arrendataria, porque con los documentos necesarios ha demostrado su existencia legal, para ser sujeto de derecho y obligaciones, tanto por activa como por pasiva.

b) La capacidad procesal atañe al hecho de que quien comparece en juicio esté habilitado por la ley para hacerlo por sí mismo, por cuanto tiene la libre administración y disposición de sus bienes; de ahí que el artículo 240 del Código Judicial disponga: "Los incapaces comparecen en juicio, como demandantes o demandados, por medio de sus representantes legales". Se trata, por consiguiente, de la "legitimatio ad processum", con el fin de que la relación procesal pueda trabarse válida y eficazmente, pues si comparece un menor o un interdicto sin estar asistido por sus legítimos representantes, la actuación estaría afectada de nulidad.

Los demandantes en este juicio son mayores de edad, capaces de comparecer en juicio por sí mismos, para lo cual han conferido poder a su abogado; y en cuanto a la compañía arrendataria, su representante, o sea, su gerente, confirió poder al mismo abogado para que lleve su personería en este juicio, por el interés indirecto que tiene o puede tener en los resultados del litigio. (Art. 233 del C. J.; art. 1504 del C. C.).

En consecuencia, las observaciones del Procurador Delegado en cuanto a la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal no tienen fundamento alguno, o quizá se deben a una confusión de términos o de conceptos.

2º En efecto, el Procurador Delegado quizá quiso referirse, más que a la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal, al interés procesal y al interés sustancial de las partes en el juicio, que son conceptos esencialmente distintos.

a) El interés procesal está justificado cuando ha ocurrido algún hecho o alguna omisión o abstención que deje insatisfecho un derecho o bien ponga en tela de juicio o en duda su existencia; y en los dos casos el actor está en aptitud, con fundamento en esta causa ocasional y de hecho, para comparecer en juicio, pero no antes. Si el propietario ha sido despojado de la posesión de su inmueble, tendrá interés procesal en ejercitar la acción reivindicatoria, como lo mismo sucede con el presunto dueño de las minas de esmeraldas a quien se le niega el permiso para explotarlas por medio de resolución del Ministerio de Minas y Petróleos, en la cual se consideran los títulos presentados insuficientes o que ha ocurrido el fenómeno de la reversión de la propiedad.

Este litigio se promovió una vez cumplida la etapa administrativa, cuando el Ministerio del ramo, estudiados los títulos, ordenó pasar el expediente a esta Sala de la Corte, para que se adelante el juicio que definirá el derecho sobre las minas de esmeraldas relacionadas en la demanda.

b) El interés sustancial o legitimación ad causam tiene por objeto establecer, dentro del litigio, que el actor o los actores son sujetos activos del derecho demandado; en este caso que son titulares del derecho de dominio sobre las minas de esmeraldas, en la forma prevista y definida en las disposiciones sustanciales, tanto en cuanto atañe a la adquisición del derecho como *a su conservación;* y en función con las normas invocadas en la demanda, antes citadas, diferentes a los artículos 946 y siguientes del Código Civil; de ahí que las doctrinas de los autores franceses, sobre reivindicación, resulten

inanes e inoperantes en este proceso que tiene por objetivo, no la restitución de la posesión, sino decidir si los actores han adquirido y conservado el derecho de propiedad frente al Estado, sobre las minas de esmeraldas para explotarlas, dentro de las normas señaladas por la Ley 145 de 1959 y del Decreto reglamentario número 545 de 7 de marzo de 1960.

3º En derecho minero, la legitimación en la causa o en cuanto a la titularidad del derecho demandado depende de la naturaleza de la mina, dentro de la clasificación establecida por la ley, porque distinta es la situación de las adjudicables de las adquiridas por accesión y de las que sólo pueden laborarse mediante contrato.

En relación con las primeras, el Estado se reserva el dominio de las minas, pero las adjudica en propiedad a los particulares, previo el cumplimiento del proceso administrativo de rigor; de tal manera que, en esta clase de minas, la propiedad del suelo no coincide con la de la mina adjudicada; en otras palabras, existe una doble serie de títulos, en cuanto se refiere a la propiedad del suelo o del subsuelo, en función con la mina adjudicada; y, por el contrario, en las minas que se adquieren por accesión, los títulos que amparan la superficie sirven para demostrar la propiedad del subsuelo, dentro de las limitaciones impuestas por la ley, como sucede con las fuentes de petróleo, respecto de los predios que salieron del dominio nacional en virtud de título emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873.

Además, la adjudicación de una mina, como acto administrativo, está sujeto a las limitaciones impuestas por la ley antes o después de la adjudicación, en forma tal que si el propietario o adjudicatario no las cumple o no llena los nuevos requisitos exigidos, se resuelve el acto administrativo, para efectuarse el fenómeno de la reversión en favor del Estado, como cuando el adjudicatario no paga el impuesto o no explota la mina de modo efectivo o con la intensidad prefijada en las normas respectivas.

4º "Las minas de esmeraldas existentes en el territorio del Estado —dice el artículo 40 de la Ley 292 de 1875— pertenecen a éste, quien las cede en posesión y propiedad a los que las denuncien, conforme a las disposiciones del Código de Minas, sancionado el 21 de octubre de 1867. En consecuencia, para adquirir y conservar la posesión y propiedad de dichas minas se observarán las prescripciones establecidas en el expresado Código".

En el año de 1905 se dictó la Ley 40 en cuyo artículo 1º se dijo: "Prohíbese a los particulares, en lo sucesivo, denunciar minas de esmeraldas en el territorio de la República"; en el artículo 2º, respecto de las minas adjudicadas antes, se estableció el pago de un "canon de sesenta mil pesos oro por año, a contar desde el día en que la mina o minas empiecen a producir esmeraldas"; en el 3º se ordenó a los explotadores entregar al Estado las esmeraldas, con el fin de que las "de propiedad nacional queden exentas de competencia en los mercados"; en el 4º se autorizó a los adjudicatarios con el fin de entrar en arreglos con el ejecutivo, para que, previa indemnización, "cedan en favor de la Nación todos los derechos por ellos adquiridos".

Antes de la citada Ley 40, se dictó el Decreto legislativo número 48 de 9 de marzo de 1905, que en el artículo 6º dispuso: "No podrán hacerse en lo sucesivo avisos, denuncios ni restauraciones de minas de esmeraldas. Las minas que conforme al Código de la materia se hayan titulado, denunciado, o avisado, pertenecerán a los que hayan obtenido el título o hecho el aviso o denuncio de ellas; pero quedan sujetos a pagar un impuesto de cincuenta mil pesos ($ 50.000) anuales por cada pertenencia, en moneda legal".

Mediante los Decretos 1134 de 1912 y 38 de 1913, la explotación de las minas adjudicadas a particulares debía pagar el diez por ciento del producto bruto de cada operación, además del impuesto para conservar la propiedad, que el Decreto número 223 de 1932 fijó en cinco pesos por cada kilómetro cuadrado o fracción de exceso.

El decreto últimamente citado, en el artículo 5º, respecto de las minas no laboradas formalmente, debían pagar el doble de los impuestos, durante los dos años siguientes a contar de los tres de la publicación del Decreto en el *Diario Oficial;* y vencidos estos dos años, "si la mina no hubiese sido explotada o trabajada formalmente, se reputará abandonada, aun cuando se hubiere pagado el respectivo impuesto...".

Por tanto, para conservar la propiedad de las minas de esmeraldas adjudicadas antes de la vigencia de la Ley 40 de 1905, debía pagar el impuesto de estaca y, además, trabajarse formalmente, bajo la sanción de abandono; porque las prórrogas decretadas en las Leyes 54 de 1944 y 81 de 1946, como la acordada en el artículo 16 del Decreto legislativo número 10 de 4 de enero de 1950 no tienen incidencia en este litigio, en virtud de lo dispuesto en la Ley 40 de 1905 y en el artículo 6º del Decreto número 48 del mismo año.

5º La parte actora en este juicio, como consecuencia de la resolución del Ministerio de Mi-

nas y Petróleos que encontró insuficientes los títulos presentados, tiene la carga de probar la propiedad de las cuatro minas de esmeraldas, en la forma prevista en el artículo 4º del Código de Minas, mediante la presentación de los títulos originales o de adjudicación; de los títulos derivados o traslaticios de dominio entre particulares y, en fin, la conservación de la propiedad con el oportuno pago de los impuestos y la formal explotación de las minas.

a) En cuanto concierne a los títulos de adjudicación de las minas de Bogotá y El Pozo, hecha al doctor Manuel Rueda Acosta, se tiene que las diligencias administrativas, constitutivas del título, se protocolizaron mediante la escritura número 1409 de 12 de octubre de 1888, ante el Notario 2º de Bogotá, en la cual aparecen insertos los actos de rigor, como aviso, denuncio, diligencia de posesión y orden para que se expida el título, como la nota de inscripción en la oficina de Guateque, que se llevó a efecto en el libro segundo (fs. 16 vto. del C. Nº 1º).

El artículo 94 del Código de Minas dispone que los títulos sobre minas son nulos "cuando no hayan sido debidamente registrados", como sucede en este caso, en relación con las minas Bogotá y El Pozo que se inscribió en el Libro 2º en lugar de hacerlo en el Primero, una vez que se refiere a la propiedad de inmuebles.

No aparece que se haya saneado la aludida nulidad en la forma ordenada en el artículo 98 del mismo Código.

Las minas Vega del Castillo e Ibajuca fueron adjudicadas a favor de Octaviano Guzmán, según los documentos insertos en la escritura de protocolización número 1820 de 20 de noviembre de 1895, otorgada ante el Notario número 2º de Bogotá (fs. 2 C. Nº 1º).

Por escritura número 1085 de 24 de agosto de 1895, otorgada ante el Notario número 2º de Bogotá, el adjudicatario Octaviano Guzmán declaró que las minas de esmeraldas nominadas Ibajuca y Vega del Castillo, ubicadas, en su orden, en los Municipios de Somondoco y Sutatenza, en el Departamento de Boyacá, las había avisado, denunciado y tomado posesión a nombre de la sociedad anónima "Esmerald Sindicate Limited", domiciliada en Londres, cuya propiedad manifiesta trasmite "para dar estricto cumplimiento al mandato que le fue conferido por la misma sociedad, la cual suministró los fondos necesarios para la adquisición de tales minas....".

Esta escritura fue registrada en Guateque el 21 de septiembre de 1895, en el Libro número 1º, según atestación visible al folio 218 del cuaderno número 1º.

Puede considerarse, en vista de la declaración hecha por Octaviano Guzmán, que la adjudicación de las minas Vega del Castillo e Ibajuca se hizo en favor de la sociedad The Esmerald Syndicate Limited; a su vez esta compañía manifestó su intención de transferir el dominio de las cuatro minas a la The Somondoco Company, Limited, con domicilio en Londres, según el contrato contenido en la escritura otorgada ante el Notario de Londres, el 25 de julio de 1895.

De acuerdo con la escritura otorgada ante el Notario de Londres, los administradores de The Esmerald Syndicate Limited, aparentemente, vendieron las minas de esmeraldas a The Somondoco Company, Limited; pero en realidad, como el precio de las minas lo recibieron en acciones de la nueva sociedad, hubo una dación en pago, que implica la transferencia del dominio sobre inmuebles ubicados en el territorio nacional; y en consecuencia, con sujeción a las leyes de la República, como el lleno de las formalidades y requisitos necesarios para que las compañías extranjeras pudieran mantener negocios en el país, que no aparecen demostrados en este juicio, conforme a las leyes vigentes al tiempo de los aludidos contratos.

En orden a establecer la cadena de títulos derivados o traslaticios del dominio de las minas de esmeraldas, se ha presentado la certificación del registrador de Instrumentos Públicos y Privados, de Guateque de 15 de octubre de 1960 (fs. 245 C. Nº 1º), según el cual bajo la partida número 1889 de 4 de noviembre de 1904, se inscribió el acta de liquidación y disolución de la sociedad *"Somondoco Esmerald Limited"*, según decreto de los Tribunales de Londres, como la cesión o adjudicación de los haberes a William Dosde Powels; pero sobre este documento cabe hacer dos observaciones: primera, antes se ha hablado de The Somondoco Company Limited y ahora la que se liquida se nomina "Somondoco Esmerald Limited", una razón social o persona jurídica distinta de la otra; y segunda, la copia del asiento del registro de un instrumento no puede reemplazar la protocolización del mismo, para que luego el registrador esté en capacidad legal de expedir "copias" sobre el contenido del documento inscrito, pero cuyo original no se halla bajo su cuidado, ni tampoco podía, legalmente, protocolizar mediante la simple inscripción, con el objeto de que hiciera plena prueba de acuerdo con el artículo 632 del Código Judicial, en armonía con los artículos 1759 a 1760 del Código Civil. En otras palabras, la certificación del registrador no puede sustituír el instrumento original, sino en el caso excepcional

del artículo 2675 del Código Civil, que no se ha alegado ni probado los elementos de hecho exigidos por el artículo citado.

De lo expuesto se deduce que la parte actora no ha demostrado la regular y eficiente tradición del dominio sobre las cuatro minas de esmeraldas, objeto del presente litigio.

b) Aún en el supuesto de que los títulos traslaticios estudiados fueran suficientes, los actores no han demostrado la conservación del dominio mediante el oportuno y completo pago de los impuestos, como pasa a verse.

En primer término debieron demostrar que cuando entró a regir el artículo 6º del Decreto legislativo número 48 de 1905 estaban a paz y salvo en el pago de los impuestos, pues el dicho artículo dispuso: "No podrán hacerse en lo sucesivo avisos, denuncios ni restauraciones de minas de esmeraldas"; y, en consecuencia, si en tal fecha no se había pagado los impuestos, la propiedad de las minas se perdió irrevocablemente, porque no era posible recuperarla mediante el pago de los impuestos con los recargos del caso, según el artículo 163 del Código de Minas, ya que en virtud del Decreto citado como de la Ley 40 de 1905 perdieron la calidad de adjudicables y, en caso de abandono por falta de pago del impuesto, se operó ipso jure la reversión en favor del Estado (numeral 5º del artículo 118 del C. de M.).

De acuerdo con la relación hecha antes y con fundamento en las certificaciones expedidas, se ha comprobado el pago del llamado impuesto de "estaca" por los años de 1953 a 1958, inclusive; peró con los mismos documentos se ha demostrado que, en el lapso comprendido entre 1900 a 1952, no se ha satisfecho el dicho gravamen; y, en consecuencia, no puede invocarse la presunción del artículo 173 del Código de Minas, una vez que existe la prueba en contrario; además, correspondía a los actores dar la prueba de estar a paz y salvo en el año de 1905, según lo dicho en el párrafo procedente de esta sentencia.

En resumen, cuando se trata de minas que hayan perdido su carácter de adjudicables, como las de esmeraldas, no basta demostrar que salieron del dominio del Estado en una determinada época, sino que son de propiedad de los actores, mediante la cadena de títulos desde el primer adjudicatario hasta el actual titular, para establecer así el interés sustancial en el litigio o legitimatio ad causam, ya que no puede aceptarse una acción popular o pública para obtener permiso para la explotación de tales minas, y, además de la cadena de títulos traslaticios de dominio, debe probarse que han conservado la propiedad de las minas antes adjudicadas, mediante el oportuno pago de los impuestos fijados por las leyes en las distintas etapas y suficiente explotación o laboreo según las normas reglamentarias.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *absuelve* a la Nación de las peticiones contenidas en la demanda presentada a la Secretaría el 20 de septiembre de 1961, por el apoderado de John Copley Powles, Roberto Copley Powles, Francis Brooksbank Powles y de la sociedad Hemisphere Smith Ltda., en relación con la propiedad de las minas Bogotá (o Bogatá), El Pozo, Ibajuca y Vega del Castillo, ubicadas en los Municipios de Somondoco y Sutatenza del Departamento de Boyacá.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos, con las formalidades de rigor.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

REQUERIMIENTO JUDICIAL.

Su propia naturaleza y ciertas exigencias legales lo colocan entre los actos conexos al juicio. Competencia de los Tribunales para practicar extrajudicialmente aquellos requerimientos que puedan hacerse valer en juicios sometidos a su conocimiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

El señor Alvaro Ricaurte Pardo, mayor de edad y vecino de Ibagué, pidió al Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, por medio de apoderado, que se requiriese al Departamento del Tolima en la persona de su representante legal, el Gobernador, "para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de su providencia de requerimiento, o dentro del plazo prudencial que la honorable Sala Civil del honorable Tribunal Superior de Ibagué tenga a bien señalar, dé cumplimiento a la obligación contraída de pagar, a mi mandante nombrado, la cantidad de treinta y cinco mil seiscientos once pesos ($ 35.611,00) moneda corriente por concepto de capital, y los intereses corrientes, o legales, en subsidio, desde que la obligación se hizo exigible, y queda en mora, en el caso de no efectuar el pago total o, cuando menos, el capital apuntado".

El Tribunal, en providencia de veinte de junio del presente año, denegó el requerimiento, invocando falta de competencia para hacerlo, por cuanto que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte establecida en su Sala de Negocios Generales, "el requerimiento entraña la práctica de una diligencia extrajudicial que no implica ninguna suerte de controversia, ni oposición de parte. Equivale a una sencilla notificación a la persona designada en la solicitud del que la hace, cuyos efectos se valoran posteriormente, si hay lugar a juicio en que se haga mérito del requerimiento. El requerimiento no tiene carácter contencioso, ni es una demanda judicial por la cual se promueva un juicio civil o contencioso. Por consiguiente, aun siendo parte la Nación, queda fuera de la competencia señalada por el artículo 76 del Código Judicial a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para los asuntos contenciosos en que aquélla es parte. El requerimiento de un acreedor a la Nación puede notificarse por medio de un juez de circuito, como se notifica, verbigracia, la cesión de un crédito al deudor". (G. J. LI, 132).

Contra esa providencia interpuso recurso de apelación al abogado José Aldo Buenaventura, en calidad de Procurador Judicial del señor Ricaurte, y para sustentarlo expresa que para los efectos de los artículos 76, 109 y 112 del Código Judicial no es dable ver en el requerimiento un acto de jurisdicción voluntaria, sino un acto prejudicial, por tanto, accesorio de una acción contenciosa subsecuente, por lo cual en materia de competencia se rige por las reglas a que se somete el ejercicio de dicha acción.

El requerimiento es la intimación o reconvención (*in terpellatio*) que el acreedor hace al deudor para que satisfaga la prestación debida, a fin de constituírlo en mora. No tiene el carácter de una simple notificación, como en anteriores providencias ha dicho la Corte (aunque tal sea su configuración formal), sino que es una verdadera declaración unilateral de voluntad, destinada a producir efectos jurídicos, por lo cual se lo entiende como negocio jurídico; y procesalmente es clasificado entre los actos de jurisdicción voluntaria, por cuanto no implica conflicto de intereses, ni da lugar, consiguientemente, a debate o controversia, sino que se limita a la manifestación de la voluntad del acreedor de que se cumpla la obligación contraída. Pero esa misma naturaleza de la reconvención judicial, que contiene una exigencia de pago dirigida al deudor, y la necesidad de esa exigencia cuando la ley la

ha previsto para que se produzcan ciertas consecuencias jurídicas (como la compensación moratoria, o, en ciertos casos, la asignación del riesgo, o, también en determinados casos, la misma exigibilidad de la deuda) colocan al requerimiento entre los actos conexos al juicio, al punto de que a veces aparece ligado o articulado a la causa como cuestión incidental.

Este último es el caso del requerimiento solicitado en la misma demanda con que se inicia el juicio. Esta Sala y la de Casación Civil han aceptado que así puede hacerse, y aún que, en determinadas circunstancias, esa demanda suple al requerimiento (G. J. Nº 2050, pág. 866), de acuerdo con Giorgi, quien dice: "La demanda judicial es idónea para constituír en mora al deudor que falta al cumplimiento de su obligación cuando por idéntico motivo es idónea la intimación extrajudicial, siempre que en la demanda esté implícita o explícitamente contenida la substancia de la intimación, es decir, la declaración del acreedor de poder ser pagado. Y hasta esta voluntad es la manifestación más solemne y seria que puede imaginarse, y no deja ningún camino al deudor de poder contar ya con la tolerancia del acreedor" (*Teoría de las Obligaciones,* t. II, Nº 53). Y realmente, si lo que el numeral 3º del artículo 1608 del Código Civil previene para que el deudor quede en mora es que sea *reconvenido judicialmente,* como reza la norma, y si *reconvenir judicialmente* es "hacer cargo", como dice el diccionario, por mediación de juez, no se ve el motivo para que el requerimiento no pueda formularse al través de la demanda, pues que ésta contiene precisamente los *cargos* que por conducto judicial el acreedor hace a su deudor. De ahí que en la misma ley se halle previsto que en caso de ejecución el requerimiento puede pedirse en la demanda (Cod. Jud., art. 984).

La doctrina en que se apoya el Tribunal había venido siendo sostenida, inveterada y constantemente, por la Corte, y acatada razonablemente por los Tribunales para evitar la presumible ineficacia de requerimientos hechos por autoridades no competentes conforme al criterio del fallador *ad quem,* y el consiguiente fracaso, por esta causa, del negocio, ante ese fallador; pero es lo cierto que hay incongruencia notoria en la aceptación, así sea con restricciones, de la demanda como medio idóneo para hacer el requerimiento judicial, y la negación de la competencia de los Tribunales para intimar al deudor el que pueda tener mérito en juicios sometidos a su conocimiento; si se admite la sumisión a un juez determinado del requerimiento formulado al través de la demanda, también debe reconocerse su competencia cuando la reconvención se pide fuera o independientemente de ella, aunque no esté destinada a obrar en juicio ejecutivo inmediato. Es lo lógico, y lo que mejor armoniza con un sistema procesal que ordinariamente excluye de las reglas comunes de competencia a aquellos actos o diligencias que, cumplidos fuera de juicio, pueden sin embargo, llegar a ligarse a la respectiva contención o a formar parte de ella: así, los artículos 604, 610, 644 y 695 del Código Judicial, excluyen del régimen común de competencia previsto para las diligencias en que no haya oposición de parte o no tengan carácter de juicio en el artículo 112, numeral 1º, del mismo Código, a la diligencia de absolución de posiciones, al reconocimiento de documentos privados, y en general a la confesión judicial, y a la recepción de declaraciones para perpetua memoria, a fin de atribuír esa competencia al juez de la causa en que la diligencia se pueda hacer valer.

Por estas razones, se revoca la providencia apelada, y en su lugar se ordena al Tribunal de primer grado practicar la diligencia solicitada.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR RUINA TOTAL O PARCIAL DE UNA EDIFICACION.

Presunción de culpa del propietario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 9 de octubre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de los cónyuges Emilio Cárdenas Q. y Graciela Jáuregui de Cárdenas, mediante libelo presentado ante el Tribunal Superior de Pamplona, demandó a la Nación para que, previa la tramitación de un juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.* Que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados a los padres legítimos del menor Oscar Cárdenas Jáuregui, por razón de la muerte de su indicado hijo, quien a su fallecimiento tenía la edad de nueve años siete meses, ocurrido el primero de junio de mil novecientos sesenta, en la ciudad de Cúcuta, capital del Departamento Norte de Santander, edificio de la Aduana Nacional de Cúcuta, al desprenderse una puerta de hierro que corresponde al número 10-51 de la avenida 7ª de esa ciudad, el día indicado causando la muerte violenta al menor Cárdenas Jáuregui.

"*Segunda.* Que la Nación debe, en consecuencia, ser condenada a pagar a favor de los ya mencionados señores Emilio Cárdenas Q. y Graciela Jáuregui de Cárdenas, a título de indemnización de los perjuicios materiales y morales recibidos por causa de la trágica muerte de su legítimo hijo, la suma de cien mil pesos moneda legal o la que en subsidio, de la anterior, se establezca pericialmente o se fije de otra manera durante el juicio o al ejecutarse la sentencia, pago que debe efectuarse dentro del plazo que el honorable Tribunal Superior señale"; (fs. 13 C. Nº 1º).

En cuanto a los hechos, en síntesis, invocó los siguientes:

a) El 1º de junio de 1960, en las horas de la tarde, cuando el menor Oscar Cárdenas Jáuregui regresaba de la escuela, al pasar por el andén de los depósitos de la Aduana Nacional, ubicada en la Avenida 7ª número 10-51 de Cúcuta, se desprendió una puerta de hierro, que al caer sobre el dicho menor, le ocasionó la muerte por fractura del cráneo;

b) El edificio de la Aduana es de propiedad nacional;

c) El menor Oscar Cárdenas Jáuregui nació el 10 de octubre de 1950, del matrimonio de Emilio Cárdenas con Graciela de Cárdenas;

d) Según el 4º "El desgraciado accidente que causó la muerte al menor Oscar Cárdenas Jáuregui, se debió a las circunstancias de manifiesta imprevisión y lamentable falta de cuidado en que se colocó la Nación por acción u omisión de sus empleados al no tomar las medidas de reparaciones del edificio, especialmente de la puerta que se desprendió y cayó sobre el menor ocasionándole la muerte, precauciones que se han debido tomar con el fin de eludir un tan desgraciado acontecimiento como fue la muerte del menor Cárdenas Jáuregui"; (fs. 13 vto. ib.).

En el hecho marcado con el número 6º, dice el apoderado de la parte actora: "Los señores Emilio Cárdenas Q. y Graciela Jáuregui de Cárdenas, padres legítimos de Oscar Cárdenas Jáuregui, recibieron un golpe terrible de la adversidad con la inesperada muerte de su hijo en circunstancias dolorosas, quedando así privados por completo del cariño de un ser querido y de los beneficios que hubieran reportado de su hijo inteligente y con vehementes deseos de estudio para lograr una profesión u oficio que le redundara en beneficio de sus padres y de él personalmente". (Fs. 13 vto. a 14 ib.).

En derecho citó el Título 34 del Libro IV del Código Civil; las disposiciones que regulan el procedimiento del juicio ordinario y las que determinan la competencia del Tribunal *a quo*.

Con la demanda adjuntó varios documentos que serán considerados más adelante, en este fallo.

El Fiscal del Tribunal, en representación de la Nación, contestó la demanda, así: aceptó los hechos segundo, en cuanto a que el edificio de la Aduana es de propiedad nacional; y el quinto, según el cual el menor Oscar Cárdenas Jáuregui murió a la edad de nueve años y siete meses; los demás fueron negados por el dicho funcionario, que termina su contestación oponiéndose a que se hicieran las declaraciones suplicadas.

Por haberse presentado el memorial de pruebas fuera del término legal, no fueron decretadas las solicitadas por la parte actora, según se resolvió en auto de fecha 28 de septiembre de 1961; así como posteriormente se declaró infundado el incidente sobre restitución de términos, decisión confirmada por esta Sala, el 24 de abril de 1962.

Agotada la primera instancia, el Tribunal del conocimiento dictó la sentencia de tres de julio del año pasado, por medio de la cual absolvió a la Nación, sujeta aquella a la revisión de esta Sala de la Corte, con fundamento en el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora.

Con el fin de resolver el recurso concedido por el Tribunal, se pasa a indicar los hechos que están probados, en concepto de la Sala, con los documentos presentados con la demanda.

a) El estado civil del menor Oscar Cárdenas Jáuregui está demostrado plenamente con las partidas de matrimonio de sus padres, según certificación del Notario Tercero del Circuito de Cali (fs. 1 C. Nº 1º); y la de nacimiento conforme a la certificación del Notario Primero del mismo lugar.

b) La defunción del menor está probada con la certificación del Notario Primero del Circuito de Cúcuta, partida inscrita el 1º de junio de 1960 (fs. 3 ib.).

c) Respecto de la causa de la muerte, se halla la siguiente atestación:

"Ayudantía del Comando del Resguardo. Cúcuta, septiembre siete de mil novecientos sesenta. El Suscrito Teniente Ayudante del Comando, Hace Constar: Que según el Libro de Minuta de Guardia, aparece con fecha primero de junio de 1960, a las 17:12 hs., la siguiente anotación: 'Novedad, a ésta hora se desprendió una de las puertas de hierro que da acceso a la calle, hiriendo al Guarda Peñaranda Ricardo, y matando instantáneamente al menor Oscar Cárdenas, quien tiene una edad de 11 a 12 años. El revólver del Guarda Peñaranda está en poder del Guarda Hugo Goyoneche, para entregarlo a la Comisión de Armamento. Anotación hecha por el Comandante de Guardia, Cabo 2º Leguizamón José. Para constancia se firma. Tte. 1º Alberto Echeverry Giraldo. Secretario Ayudante del Comando". (Fs. 4 a 4 vto. ib.).

Aun cuando no era del todo necesario, las firmas de la anterior certificación fueron autenticadas por los respectivos superiores del comandante de guardia, hasta llegar a la del administrador de aduana, quien reconoció su firma como auténtica ante el Notario 1º de Cúcuta.

La Sala considera que la atestación transcrita, hace plena prueba en cuanto demuestra la causa de la muerte del menor Oscar Cárdenas, porque se trata de una copia tomada de un documento oficial, que proviene de un empleado público y "en lo referente al ejercicio de sus funciones", como es la atestación dejada en el Libro de la Guardia de la Aduana, por el cabo de servicio en su condición de comandante en el momento del accidente; y que, por tanto está dentro del caso previsto en el artículo 632 del Código Judicial.

d) Mediante copia de la escritura pública número 308 de 1º de julio de 1873, pasada ante el Notario del Circuito de San José de Cúcuta, se ha demostrado que el administrador-tesorero de la Aduana de ese lugar, con la autorización del Gobierno, compró a Balvina, Bárbara, Trinidad, Teodolinda y Carlota Jordán una casa, por las lindes allí descritas, con destino a las oficinas de la Aduana, por el precio de $ 6.400,00 y además, con la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados consta que el dicho título se halla vigente "por no aparecer en los libros respectivos de la Oficina ninguna cancelación de las que establece el Código Civil en su artículo 789", según puede verse en el documento de fecha 21 de julio de 1961, expedido por el citado funcionario.

El Fiscal del Tribunal, en su concepto de primera instancia, prescindiendo en absoluto de las pruebas presentadas por los actores con la demanda, cuyo examen acaba de hacerse, dijo: "Como el actor no demostró hecho alguno fundamental de los relacionados en el libelo de demanda, y sobre los cuales hizo descansar las peticiones formuladas en ésta, es el caso de *absolver* a la Nación en sentencia de instancia que ponga fin al presente juicio". (Fs. 20 C. Nº 1º).

El Tribunal, para absolver a la Nación, después de transcribir algunos conceptos u opiniones de autores extranjeros, funda el fallo en la siguiente consideración:

"Según los hechos fundamentales de la demanda, la Nación sería responsable no de culpa, pues no aparecen pruebas de que sus agentes omitieran la reparación de esa puerta por malicia, negligencia o imprevisión; coincidencialmente se cayó cuando el niño pasaba frente a ella y le mató. Establecido el estado de peligro para los transeúntes de esa puerta, no cabría la menor duda de la responsabilidad extracontractual del dueño de la casa a que pertenecía aquélla. Mas, no estando evidenciado tal descuido o imprudencia, sería condenar por una coincidencia igual a la que ocurriría si alguien perece a causa de un terremoto o al estallido de un volcán o caída de un rayo, aerolito, cohete, etc., etc., casos en los cuales, ni remotamente puede apreciarse riesgo". (Fs. 60 a 60 vto. ib.).

En síntesis, el Tribunal considera que la culpa debe demostrarla el actor, contra lo dispuesto en el artículo 2350 del Código Civil, en el cual presume la culpa del propietario, pues textualmente dice:

"El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

"No habrá responsabilidad si la ruina acaeciese por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto".

Si se estudia con cuidado el artículo transcrito, fácilmente se pondrá de manifiesto que, en caso de ruina total o parcial de una edificación o de cualquier otra obra semejante, presume la culpa del propietario, por estas razones:

a) Al decir que el siniestro ocurra porque el propietario ha "omitido las reparaciones necesarias" o bien "por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia", si la prueba de tales circunstancias hubiese de darla el actor, se estaría, en la práctica, exigiéndole la prueba de un hecho que entraña una negación indefinida, imposible de establecer, pues tan imposible es probar que Pedro jamás ha estado en Medellín, como demostrar que el Gobierno nunca ha reparado el edificio de la Aduana de Cúcuta o que ha faltado a su cuidado como buen padre de familia.

b) En el segundo inciso, la ley establece las causas que debe demostrar el dueño del edificio, para liberarse de la responsabilidad por los daños ocasionados por la ruina, total o parcial, las cuales hace consistir en el caso fortuito, enumerando, en vía de ejemplo, avenida, terremoto, rayo, es decir, no basta la ausencia de culpa del propietario, sino que debe demostrar el caso fortuito o la fuerza mayor, sin descartar la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, como sería la demolición o ruina provocada por la explosión de una bomba arrojada por un extraño.

c) En el curso regular de los sucesos, en el caso contemplado por el artículo 2350 del Código Civil, la ruina de un edificio, el desprendimiento de una puerta, cornisa, etc., no ocurre sino por el mal estado o deterioro de la cosa, que ha llegado a una situación de inestabilidad o desequilibrio, para que las leyes físicas naturales operen en el sentido de provocar su caída, como una necesaria consecuencia de la gravitación; de manera, pues, que la presunción del artículo 2350 del Código Civil encuentra una justa y evidente explicación en las leyes físicas, porque, si la edificación y sus partes están dentro de la norma del plano de sustentación, no ocurriría el siniestro; de ahí que el propietario tenga la obligación permanente de velar por la conservación del inmueble, para evitar todo daño a terceros.

d) Dentro de las leyes de la equidad, todo daño debe ser reparado por quien, por acto u omisión, lo ha causado a un tercero, que no tenía medio alguno de evitarlo, ni el deber de prevenirlo, como la lesión o muerte ocasionada por la caída de un edificio o de alguna de sus partes accesorias, como puertas, cornisas, torres, áticos, etc.

e) Las acciones consagradas por los artículos 988 y siguientes del Código Civil, para prevenir la ruina de un edificio, están atribuídas a los vecinos, pero no a quienes transitan por la acera, es decir, a los transeúntes que no pueden ejercitarlas ni exigirles que conozcan el mal estado de una edificación o construcción, para que pongan los remedios indicados en el citado artículo 988 del Código Civil.

La anterior doctrina se halla aceptada en varias sentencias de la Corte, como en la de fecha 16 de diciembre de 1952, a la cual pertenece el siguiente aparte:

"No ha sido uniforme el concepto de los comentaristas sobre el caso a estudio, pero es la verdad que la Corte, como lo anota el recurrente, ha dictado varios fallos en el sentido de que la culpa por parte del dueño del edificio se presume catalogando en tres grupos los artículos del Código sobre responsabilidad extracontractual, así: pertenecen al primero los artículos 2341 y 2345; al segundo, los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352; y al tercer grupo, los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, que se refieren a la responsabilidad por el hecho de

cosas animadas e inanimadas'. Y dice la Corte: 'En las dos últimas agrupaciones se presume la culpa, al paso que en la primera esa presunción no existe'. (G. J., XLVII, pág. 23; L, pág. 440)''. (G. J. Tomo LXXIII, pág. 772).

Con fundamento en las razones expuestas, probado el hecho material de la muerte del menor y la responsabilidad de la Nación por la presunción de culpa, procede considerar las súplicas de la demanda, en cuanto a la indemnización de los daños materiales y morales.

Respecto de los morales, probados los lazos de parentesco que existían entre la víctima del siniestro y los actores, es natural suponer el dolor y el pesar que la muerte de un hijo ocasiona a sus padres, el cual, por no ser posible valorarse o estimarse en forma precisa o tangible, el artículo 95 del Código Penal fija en la suma de dos mil pesos, que será la indemnización que se otorgará a cada uno de los padres del menor.

Sobre los perjuicios materiales no se ha dado ninguna prueba; ni era posible darla, porque se trata de la muerte de un menor de edad, de segundo año de primaria, que no estaba en condiciones de prestar a sus padres ningún apoyo pecuniario; pues en estos casos, como las personas no son objeto de derecho alguno, si alguien demanda una indemnización por perjuicios materiales, es necesario que pruebe los recibidos por la muerte de ella, en virtud de dejar de percibir un provecho económico cierto, real y en forma continuada, como que no basta una mera expectativa o probabilidad de llegar algún día a obtener una posible, pero incierta cooperación material.

En fin, el Procurador Delegado en lo Civil afirma que el hecho principal de la demanda, la muerte del menor por el desprendimiento de la puerta no está demostrado; sin embargo, como antes se dijo, tal elemento está probado con la copia de la atestación del comandante de guardia de la Aduana, como documento público que da testimonio de un hecho material y físico, directamente aprehendido por los órganos sensorios del funcionario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, para resolver:

Primero. Condénase a la Nación a pagar, treinta días después de la ejecutoria de este fallo, a los cónyuges Emilio Cárdenas Q. y Graciela Jáuregui de Cárdenas, la cantidad de dos mil pesos a cada uno de ellos, o sea, cuatro mil pesos en total, como indemnización por los perjuicios morales recibidos por la muerte de su hijo Oscar Cárdenas Jáuregui, muerto al caer sobre él una puerta del edificio de la Aduana de Cúcuta, el día primero de junio de 1960.

Segundo. Se absuelve a la Nación en relación con las demás súplicas contenidas en la demanda.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

RESPONSABILIDAD POR PERDIDA DE MERCANCIAS EN LAS ADUANAS.

El artículo 55 del Código de Aduanas (Ley 79 de 1931), tal como quedó modificado por el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, reza: "Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal, su abandono voluntario, o hasta cuando se la considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje". En este artículo se consagra en contra de la Nación una responsabilidad directa y objetiva, para cuya deducción basta la comprobación de la pérdida o daño sufrido por la mercancía, salvo las circunstancias exculpativas previstas en el mismo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 31 de octubre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

En sentencia de 5 de julio de 1962 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla puso fin a la primera instancia del juicio ordinario promovido contra la Nación por la "Assicurazioni Generali", sociedad extranjera autorizada por la Superintendencia Bancaria para realizar operaciones de seguro en el país.

La demanda tenía por objeto obtener el pago del valor de ocho llantas que se perdieron en las dependencias de la Aduana de Barranquilla durante el trámite de nacionalización de unos chasises sin cabina para reparto marca Fargo, provistos de llantas, que habían sido importados por la sociedad "Automotora, Gallo & Rodríguez Ltda.". La entidad demandante había pagado el valor de las llantas a la sociedad últimamente mencionada, como aseguradora de ellas, e instauró la demanda invocando su calidad de cesionaria de los derechos que contra la Nación tenía la firma importadora.

Con base en el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, y manifestando que había encontrado comprobados los fundamentos de hecho de la demanda, el Tribunal declaró responsable a la Nación de la pérdida de las mercancías y consecuencialmente la condenó a pagar el valor de ellas, estimado por peritos en la suma de $ 3.392.80.

Apelado por el señor Fiscal del Tribunal dicho proveído, vino el negocio a esta Corporación donde ha sufrido la tramitación de ley.

En su vista de fondo el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación en esta instancia, acepta las conclusiones del Tribunal, salvo en lo tocante a la fijación del valor de la indemnización. A este respecto considera que el Tribunal no debió acoger la peritación practicada sobre el valor de las llantas, por carecer de una debida fundamentación, por lo cual pide a la Corte que revoque ese pasaje de la sentencia apelada y se limite a hacer una condena en abstracto al pago del valor de las ocho llantas que la Aduana no entregó a su dueño. Por lo demás, encuentra bien acreditada la calidad de cesionario en que actúa la sociedad demandante, así como todos los presupuestos procesales.

Para resolver se considera:

1. El artículo 55 del Código de Aduanas, tal como quedó modificado por el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, reza: "Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido, el Gobier-

no responderá a los dueños de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal, su abandono voluntario, o hasta cuando se la considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

En este artículo se consagra en contra de la Nación una responsabilidad directa y objetiva, para cuya deducción basta la comprobación de la pérdida o daño sufrido por la mercancía, salvo las circunstancias exculpativas previstas en el mismo.

Que los chasises con sus correspondientes llantas, incluídas las de repuesto, fueron depositadas en las dependencias aduaneras del terminal de Barranquilla, aparece plenamente demostrado con diversos documentos originarios de la referida Aduana, de los que resulta que dichos chasises fueron desembarcados del vapor noruego "Otta", llegado el 9 de marzo de 1956. Hasta el 13 del mismo mes, en que los vehículos fueron examinados por los reconocedores o aforadores, tenían sus llantas completas, según resulta de la atestación dejada por dichos funcionarios en el correspondiente lugar del manifiesto presentado para su nacionalización, copia del cual debidamente autenticada aparece en el expediente.

La pérdida de las llantas de repuesto aparece mencionada en informe del almacenista de la Aduana y en oficio que el sub-almacenista dirigió al capitán del puerto, dándole cuenta del robo de las llantas y pidiéndole iniciara una investigación. Pero el documento que no deja duda al respecto es la copia de la "orden de entrega", que el importador presenta al almacenista para retirar las mercancías una vez pagados los correspondientes impuestos, y en la cual deja constancia de su recibo y del estado de ellas. La nota de recibo que el interesado firmó en la referida orden de entrega es del siguiente tenor:

"Recibí seis (6) pzas. Chassises. Las pzas. 82642417 y 82542377 tienen llantas de repuestos y su ring. Cuatro (4) pzas. no tienen llantas de repuestos. Marzo 17/56".

Ahora bien, si ese documento prueba inequívocamente que a los chasises les faltaron algunas llantas, no es menos cierto que sólo prueba que faltaron cuatro llantas y no ocho como alegan los demandantes, pues lo normal es que un vehículo tenga una sola llanta de repuesto; y como el recibo que firma el importador en la orden de entrega es la prueba por excelencia de lo que en realidad le es entregado, fuerza es concluír que sólo cuatro llantas se perdieron en la Aduana. Acaso pudo suceder, como parece sugerir el oficio del sub-almacenista, que los chasises tenían llantas de repuesto dobles, pero esta es una simple suposición que no tiene asidero en ninguno de los documentos presentados a la Aduana con el manifiesto de importación, ni con lo atestado en la orden de entrega por el agente de los importadores, que, como se dijo, constituye la prueba por excelencia del estado en que la Aduana entrega las mercancías. Ni, por lo demás, se ha probado que chasises como los importados tengan generalmente llantas de repuesto dobles.

En consecuencia no puede reconocerse a la entidad demandante el valor de ocho llantas, sino tan sólo de cuatro.

El aseguro de las mercancías aparece debidamente establecido.

En cuanto al valor asignado a cada llanta por los peritos que intervinieron en la primera instancia, la lectura del dictamen bien a las claras revela que carece de una debida fundamentación, pues no hacen mención siquiera de la clase de llantas que debieron tener los chasises importados. En consecuencia habrá de hacerse una condenación en abstracto, para que mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, se fije el valor de dichas cuatro llantas, teniendo en cuenta las características de llantas como las que debieron traer los chasises, de conformidad con los datos que arrojan los documentos aduaneros acompañados al manifiesto de importación mediante el cual fueron nacionalizados, ejemplares de los cuales existen en este expediente. Naturalmente, se tendrá en cuenta el precio de las llantas en la fecha en que debieron ser entregadas, 17 de marzo de 1956, pero sin que en ningún caso cada llanta resulte con un precio superior al que fue reconocido por la sociedad aseguradora y demandante.

El valor de las llantas tiene que ser determinado por peritos, porque él no aparece en los documentos aduaneros, debido a que los chasises con sus llantas fueron importados como un todo.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Modifícase la sentencia apelada, la cual quedará así:

1º Por ser civilmente responsable, condénase a la Nación a pagar a la sociedad demandante, "Assigurazioni Generali", el valor de las cuatro

llantas de repuesto con que vinieron dotados cuatro de los seis chasises marca "Fargo", modelo 1955, que fueron importados por la Aduana de Barranquilla por la sociedad "Automotora, Gallo & Rodríguez Ltda.", y nacionalizados mediante manifiesto de importación número 7326, presentado el 12 de marzo de 1956 por "Roldán & Co. Ltda.".

2º Mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, se fijará el valor de dichas llantas, teniendo en cuenta las bases dadas en la parte motiva de esta providencia.

3º La suma líquida que resulte devengará intereses legales a partir del 14 de agosto de 1956, en que la sociedad demandante pagó el valor de las llantas a la sociedad importadora.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LA NACION, POR DAÑOS OCASIONADOS CON UN VEHICULO OFICIAL. LIMITES DE LAS FACULTADES DE LOS PERITOS.

1. Responsabilidad directa de las personas morales y en especial de las de derecho público.
2. Limitaciones legales dentro de las cuales deben ejercer los peritos sus atribuciones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

Siendo aproximadamente las diez y media de la noche del veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, un vehículo del servicio oficial que conducía a la radiopatrulla número ciento cuarenta de la Policía Nacional, guiado por el agente Luis Vargas Cuéllar en ejercicio de funciones oficiales, chocó en forma violenta, en el cruce de la carrera cuarta con la calle doce de la ciudad de Bogotá, cuando avanzaba en dirección de Occidente a Oriente por la calle doce hacia el Juzgado Permanente Central, con el taxi distinguido con la placa número 64614 de Bogotá, afiliado a la empresa Real Tax, que marchaba por la carrera cuarta, de Norte a Sur, conducido por el chofer José Antonio Méndez. Debido a la violencia de la colición, el vehículo radiopatrulla lanzó al taxi sobre el andén oriental, donde se hallaba la señora Avelina Rudas de Sierra, a consecuencia de lo cual este último vehículo arrolló a dicha señora causándole graves lesiones.

Estos son, sucintamente narrados, los hechos que movieron a la señora Rudas de Sierra, quien es mayor de edad y vecina de Bogotá, a demandar a la Nación, por medio de apoderado, para que con citación y audiencia del respectivo agente del Ministerio Público se hiciesen las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por la señora Avelina Rudas de Sierra, como consecuencia de la colisión entre el vehículo radiopatrulla de la Policía Nacional, distinguido con el número ciento cuarenta (140), perteneciente a la Primera Estación y conducido por el agente Luis Vargas Cuéllar, y el vehículo de servicio público afiliado a la empresa denominada 'Real Tax', con placas números 64614 de Bogotá, conducido por el señor José A. Méndez, ocurrida entre las diez y las once de la noche del día veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), en la esquina de la carrera cuarta (4ª) con la calle doce (12) de Bogotá.

"*Segunda.* Se condene a la Nación a pagar a mi mandante, señora Avelina Rudas de Sierra Tovar, el valor de los perjuicios materiales y morales a que se refiere la declaración contenida en la súplica anterior, en la cuantía que aparezca demostrada en el juicio, o en la que se demuestre conforme al procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial".

La parte actora refiere así los hechos en que apoya las anteriores pretensiones:

"*Primero.* Entre las diez y las once de la noche del día veintitrés (23) de septiembre del año de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), gozando de perfecta salud, la señora Avelina Rudas de Sierra Tovar se encontraba en la acera oriental de la carrera cuarta (4ª) de esta ciudad, frente a la puerta del restaurante denominado 'Paz del Río', a pocos metros de la esquina de dicha carrera con la calle doce (12), esperando a su esposo, doctor Efraín Sierra Tovar, para entrar con él a comer en el citado restaurante.

"*Segundo.* En esos momentos cruzaba la calle doce (12), por la carrera cuarta (4ª), el vehículo de servicio público afiliado a la empresa 'Real Tax S. A.', con placas números 64614 de

Bogotá, en dirección Norte a Sur, conduciendo a las señoras Clara Inés Pedraza y Judith Rincón de Saavedra. El taxi era conducido por el señor José A. Méndez.

"*Tercero.* El citado vehículo de servicio público, al hacer el cruce indicado, fue violentamente atropellado por el vehículo radiopatrulla perteneciente a la Policía Nacional, marcado con el número ciento cuarenta (140), conducido por el agente Luis Vargas Cuéllar, de la Primera Estación de la Policía, y el cual cumplía funciones oficiales. La radiopatrulla transitaba por la calle doce (12) en dirección Occidente a Oriente.

"*Cuarto.* El taxi recibió el impacto en su costado derecho, cuando ya cruzaba la calle doce (12), y fue arrojado por la fuerza del mismo sobre la acera oriental de la carrera cuarta (4ª), frente a la puerta del restaurante 'Paz del Río', atropellando allí a la señora Avelina Rudas de Sierra Tovar.

"*Quinto.* De conformidad con los reglamentos de Circulación y Tránsito vigentes en el Distrito Especial de Bogotá, el vehículo que transita por una carrera tiene prelación de paso sobre aquél que transita por una calle.

"*Sexto.* Dadas las circunstancias que relatan los hechos anteriores, el hecho causante del accidente obedece a culpa del conductor del vehículo radiopatrulla número ciento cuarenta (140) de la Primera Estación de la Policía Nacional.

"*Séptimo.* Del accidente tomó nota el agente de la Secretaría de Tránsito y Transportes de Bogotá, D. E., que esa noche conducía la motocicleta número treinta y cuatro (34).

"*Octavo.* El atropello ocasionó a la señora Avelina Rudas de Sierra Tovar, la fractura de la parte inferior del fémur de la pierna derecha, el derrame del líquido sinobial de la rodilla derecha, una herida semi-circular de aproximadamente 0.18 m. de longitud en la parte derecha de la cabeza, alteraciones en la región pulmonar, y graves contusiones en todo el cuerpo.

"*Noveno.* Momentos después de ocurrido el doloroso accidente, la señora de Sierra fue trasladada al Juzgado Permanente Central, donde se le aplicaron los primeros auxilios, y, poco rato después, su marido solicitó la comparecencia de la ambulancia del Instituto de Traumatología y Ortopedia, y en ella la condujo a esa clínica.

"*Décimo.* En el Instituto de Traumatología y Ortopedia, la señora de Sierra permaneció hospitalizada durante cuatro (4) días, durante los cuales fue sometida a una intervención quirúrgica para inmovilizarle la pierna derecha, y se le suministraron los tratamientos adecuados.

"*Undécimo.* Transcurridos los cuatro (4) días subsiguientes a aquél en que ocurrió el doloroso accidente, la señora de Sierra fue trasladada a su residencia, carrera cuarta (4ª) número doce cuarenta y siete (12-47) de Bogotá, donde aún guarda el lecho de enferma y permanece inmovilizada.

"*Duodécimo.* La señora Avelina Rudas de Sierra es propietaria de un establecimiento docente denominado 'Colegio de Nuestra Señora de la Esperanza', que funciona en Bogotá, en la carrera cuarta (4ª) número doce cuarenta y siete (12-47), y en el cual reciben educación cerca de noventa (90) alumnas.

"*Decimotercero.* Desde la fundación del Colegio, la señora de Sierra ejerció su dirección, ocupando también su tiempo en dictar algunas cátedras, labores para cuyo desempeño quedó imposibilitada desde la fecha de la ocurrencia del accidente.

"*Decimocuarto.* Las lesiones sufridas por la señora de Sierra le ocasionaron una incapacidad parcial permanente para el ejercicio de sus actividades ordinarias, además de los perjuicios consistentes en las fuertes erogaciones ocasionadas por los tratamientos médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios, y gastos extraordinarios que éstos accidentes importan.

"*Decimoquinto.* Los perjuicios morales que ocasionó el accidente a la señora de Sierra, consisten en la depresión y dolor que para una persona activa y trabajadora acarrea el verse intempestivamente privada de medios de locomoción e impedida para continuar desarrollando una labor pedagógica por ella iniciada y dirigida.

"*Decimosexto.* La Policía Nacional es una entidad del orden nacional, representantiva del cuarto contingente de las Fuerzas Armadas de la Nación, y, por lo tanto, el vehículo radiopatrulla número ciento cuarenta (140), adscrito a su servicio, es una máquina de propiedad nacional. El conductor de la máquina, agente de la Policía Nacional, y quien ejercitaba en el momento del insuceso actividades oficiales, es un empleado nacional por medio del cual la entidad de Derecho Público ejercitaba su actividad".

La primera instancia se adelantó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con audiencia del respectivo fiscal en representación de la Nación demandada, funcionario que contestó la demanda oponiéndose a la acción y negando los hechos invocados para sustentarla.

Recibido el negocio a pruebas, la parte actora trajo a los autos las que obran en el cuaderno

segundo del expediente. La opositora se abstuvo de solicitarlas.

El Tribunal de primer grado desató la litis en sentencia de ocho de marzo de mil novecientos sesenta y dos, en la que condena "a la Nación Colombiana a resarcirle a Avelina Rudas de Sierra los perjuicios que recibió por razón del accidente relatado en el proceso, y como civilmente responsable de los mismos, la cantidad de veintinueve mil doscientos diez pesos, moneda legal ($ 29.210,00)".

Siendo de advertir que uno de los Magistrados que integraban la Sala de Decisión, el doctor Alejandro Vanegas Gil, salvó su voto en consideración a que, en su concepto, apoyado en fallos de esta Corte, la responsabilidad en que puede incurrir el Estado puede ser directa o indirecta, según que la culpa proceda de un órgano de la administración pública o de un agente simplemente, y no siempre directa como lo entiende el fallo; y porque, de diverso modo a como lo afirma el sentenciador de primer grado, en el caso concreto de este juicio no aparece comprometida la responsabilidad directa del Estado, porque el daño "no proviene de actos u omisiones ejecutados por funcionarios órganos, que hubieran encarnado la voluntad de la entidad nombrada; ni se ha demostrado el mal comportamiento anónimo del servicio de policía como causa determinante del daño sufrido"; por lo cual, "brilla por su ausencia la llamada falta del servicio".

La sentencia expresada subió en consulta a la Corte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 508 del Código Judicial, y agotado el trámite de segunda instancia se procede a resolverlo.

Ya esta Corte, en sentencias de treinta de junio de mil novecientos sesenta y dos, proferidas, por la Sala de Negocios Generales en el juicio ordinario de Aníbal Gómez y Fanny de Gómez contra la Nación (con salvamento de voto del Magistrado doctor Osejo Peña), y por la de Casación Civil en el ordinario de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el Municipio de Bogotá, definió como directa la responsabilidad en que pueden incurrir las personas morales, y particularmente las entidades de derecho público, y expuso con la debida extensión las razones en que funda la doctrina que ha seguido aplicando sobre esa materia a partir de tales fallos, las que es conveniente resumir aquí en atención a que aún no han sido publicados en la *Gaceta Judicial*. Tales razones se reducen en lo esencial a las siguientes proposiciones: 1) Conforme a las normas de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, la responsabilidad indirecta de la persona moral resulta, no solamente de una relación de dependencia o subordinación en sentido lato, sino de un deber específico de *custodia* que no se presenta entre la persona jurídica y sus empleados o servidores; 2) Esa responsabilidad indirecta supone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas *in eligendo e in vigilando*, o sea, la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como autor del *eventus damni* con la *in eligendo* o *in vigilando* que se atribuye al patrono, en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquella obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos; 3) En el caso de los entes públicos, la administración absorbe en cierto modo la culpa del funcionario en cuanto la actividad administrativa se traduce siempre en actos de los agentes y empleados, sin que sea dable separar la una de los otros, salvo que el hecho sea personal, como cuando se ejecuta en provecho exclusivo del agente o por su cuenta; 4) Por lo general la falta de éstos genera fallas o deficiencias en la organización o funcionamiento del servicio, en forma que el daño producido en tales condiciones denuncia un mal funcionamiento de la administración pública por falla o defecto en su organización o deficiente coordinación de sus órganos o agencias; 5) La falta (o sea, la culpa) de la administración resulta así de la falta, conocida o anónima, de los encargados de mover la actividad del servicio, en atención a que la culpa de éstos determina errores o deficiencias en el mecanismo administrativo atribuíbles a la organización general.

Dan cuenta las pruebas traídas al proceso de que, encontrándose la señora Avelina Rudas de Sierra, parada frente al restaurante denominado Paz del Río, en el andén oriental de la carrera cuarta de Bogotá, a pocos pasos de la esquina Sureste, entre diez y once de la noche del veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, el vehículo radiopatrulla número ciento cuarenta de la Policía Nacional, que marchaba en dirección Occidente a Oriente por la calle doce, atropelló al automóvil de servicio público de placas 64614 de Bogotá, afiliado a la empresa Real Tax, que avanzaba por la carrera cuarta de Norte a Sur, conducido por el chofer José Antonio Méndez, con tal violencia que el taxi se precipitó sobre la acera Oriental, arrollando

a la señora de Sierra y causándole graves lesiones. Esta es la versión del hecho en que coinciden los testigos presenciales José Andrés Viáfara, José León Saboyá y David Pabón Pertuz. El conductor del vehículo oficial, Luis Vargas Cuéllar, por su parte, ofrece la siguiente versión de lo ocurrido: "(...) entre las diez y las once, a las diez y treinta, cuando el radiopatrulla que yo conducía avanzaba por la calle doce de esta ciudad en dirección Occidente-oriente dirigiéndome al Juzgado Permanente Central llevando de unos diez a doce detenidos por vagancia, *atropellé* (subraya el fallador) o tuve un choque con un automóvil Real Tax con placas número 64614, que tengo anotado en mi libreta, carro que efectuaba el cruce de la calle doce por la carrera cuarta en dirección de Norte a Sur". Es de observar que, aunque Vargas Cuéllar da más adelante como razón exculpativa de su responsabilidad la excesiva velocidad a que dice marchaba el automóvil de servicio público, este hecho no se halla demostrado en los autos, y ni siquiera se intentó probarlo. En cambio, aparece acreditado que conforme al artículo 5º del Decreto 14 de 1941, sobre tránsito, "en los cruces de las esquinas tienen prelación los vehículos que transiten por las vías arterias, y en los demás casos los que transiten por las carreras y a los cuales deben, en consecuencia, ceder el paso los vehículos que pasen por las calles", reglamento que estaba vigente en la fecha de la colisión a que se refiere este fallo, según certificación de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá. Además, de la descripción que la misma Secretaría hace, por conducto de la sección técnica, de los daños sufridos por los dos vehículos, resulta que ellos fueron: los del taxi, "parachoque delantero doblada la platina en su extremo izquierdo; guarda polvo delantero destruído; persiana, roto el bocel superior del conjunto izquierdo; capot descuadrado; guardafango delantero derecho sumido y rayado en su parte media hacia atrás y fuertemente sumido en su parte inferior trasera; puerta delantera derecha fuertemente sumida; rayado el tablero en toda su extensión, destruída la chapa y roto el cristal además de descuadrado; paral central del costado derecho sumido hacia adentro y desfigurado en su parte media; puerta trasera derecha sumido el tablero en toda su extensión, dañada la chapa y roto el cristal; estribo derecho sumido y desfigurado en su parte anterior hacia atrás, en toda su extensión; copa de la rueda derecha destruída; vidrio parabrisas roto en el extremo derecho y en el costado izquierdo; guardafando trasero derecho sumido en su parte media trasera inferior; guardafando delantero izquierdo fuertemente sumido en su parte delantera lateral hacia atrás; copa de la rueda delantera izquierda sumida en su parte central; puerta delantera izquierda descuadrada y rayada en su parte posterior inferior; paral central izquierdo sumido y rayado en su parte inferior; puerta izquierda trasera ligeramente rayado el tablero en su parte media inferior, descuadrada y dañada su chapa: (...) guardafando delantero derecho con huellas de pintura superpuesta de color gris"; y los del vehículo radiopatrulla, "parachoques delantero doblado en el costado izquierdo; guardafango delantero izquierdo fuertemente sumido en la parte frontal y soplado en el costado; linterna delantera izquierda destruída junto con sus aros; capot sumido en la parte frontal; costado izquierdo con raspaduras y desgarraduras; parabrisas destruído; vidrio de la puerta izquierda delantera roto; óganos de control y seguridad en buen estado de funcionamiento".

La anterior descripción de los daños sufridos por los vehículos pone en evidencia que el vehículo radiopatrulla chocó de frente contra el costado derecho del taxi, pues que los mayores desperfectos de aquél aparecen en su parte delantera mientras que los de éste en el costado aludido; y cuando el vehículo ha embestido a otro en uno cualquiera de sus costados, con su parte delantera, es de presumir la culpa del conductor del primero si el embestido tenía preferencia de paso conforme a los reglamentos de circulación. "En estos casos se estima que quien no ha podido detener a tiempo su vehículo para evitar la colisión es porque marchaba a exceso de velocidad, o porque no actuaba con la atención debida o por carecer de frenos en buenas condiciones, circunstancias todas éstas que señalan, en principio, la responsabilidad del citado agente. El fundamento de esta presunción *hominis* no es otro pues que la inobservancia por parte del conductor de la regla que obliga a mantener en todos los casos el control sobre la marcha del vehículo" (Brebbia, *Accidentes de Automotores*).

De las circunstancias en que ocurrió el accidente, así pues, y de las modalidades de éste, lo mismo que de las informaciones de testigos presenciales, entre ellas la del mismo chofer del vehículo oficial que admite que "atropelló" al taxi, resulta que el conductor de la radiopatrulla fue el culpable del accidente, y que por haberlo causado en ejercicio de sus funciones, cuando cumplía la tarea oficial que se le había encomendado, compromete la responsabilidad de la Nación, ya que su condición de agente de la

Policía y la circunstancia de hallarse prestando servicio la noche en que ocurrió el accidente se encuentran debidamente comprobadas en los autos. No sobra observar que Vargas Cuéllar fue dado de baja en la Policía Nacional por Resolución 618 de 18 de mayo de 1956, "por incapacidad profesional para el desempeño de sus funciones de conductor".

A consecuencia del siniestro la señora Avelina Rudas de Sierra sufrió la fractura conminutiva del fémur derecho, compromiso definitivo de la articulación de la rodilla, como efecto de la cual ha quedado afectada la "incapacidad funcional permanente", según el dictamen de los peritos médicos, doctores Alfonso Vargas Rubiano y Marco A. Castro Rey, quienes además indican: "La articulación de la rodilla del lado derecho es rígida y dolorosa en grado intenso y para caminar debe ayudarse de muletas. Hay por lo tanto gran limitación funcional de todo el miembro inferior derecho y rigidez de la rodilla. En la actualidad hay pérdida completa de la función de la rodilla derecha y al mismo tiempo existe dolor permanente. Al desaparecer el dolor, en este caso concreto solamente por procedimiento quirúrgico, habrá también, salvo complicaciones, pérdida completa de la función de la rodilla derecha, pero el uso de muletas o bastón dejaría de ser necesario. Habrá cojera permanente, sin dolor y sin necesidad de muletas o bastón". Esta apreciación de los peritos, que, por lo demás, coincide con la historia clínica que obra en autos y con lo que deponen testigos en cuanto a las lesiones recibidas por la demandante, hace plena prueba de las lesiones recibidas por ella, conforme al artículo 722 del Código Judicial, por cuanto es la conclusión a que expertos en ortopedia llegaron mediante el examen médico de la paciente y el análisis de los antecedentes clínicos y quirúrgicos de esas lesiones.

La indemnización reconocida en concreto por el Tribunal de primer grado comprende, según se infiere del respectivo fallo, perjuicios ocasionados a la demandante por el accidente, que pueden clasificarse así: a) gastos médicos-quirúrgicos y por concepto de clínica, drogas, etc., ya realizados; b) costo del tratamiento médico quirúrgico que se verá obligada a seguir para obtener un restablecimiento relativo o mantenerse en estado no susceptible de agravación; y c) lucro cesante derivado de la disminución de su capacidad de trabajo. Tales perjuicios se hallan acreditados en los autos en la siguiente forma: 1) Los gastos realizados, con el testimonio del médico, doctor Enrique Acosta, quien informa que, llamado de urgencia el veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, para atender a la señora Rudas de Sierra, la encontró en estado de chock intenso a causa del traumatismo ocasionado por el accidente de tránsito, por lo cual, autorizado por ella, determinó la conducta terapéutica que debía seguirse, habiéndose procedido al respectivo tratamiento; que después de éste fue examinada la paciente, y que presentó una incapacidad parcial temporal de carácter funcional; que dicha paciente atendió a los gastos de clínica y al pago de los honorarios profesionales. Esta declaración aparece corroborada con las de los testigos José Andrés Viáfara, José León Saboyá y David Pabón Pertuz, quienes afirman que después del accidente la señora de Sierra fue conducida al Instituto de Traumatología y Ortopedia. 2) Los gastos futuros, con el dictamen pericial de los doctores Vargas Rubiano y Castro Rey, según los cuales debe practicarse a la demandante una intervención quirúrgica (artrodesia de la rodilla), con el objeto de "suprimir el dolor y fijar la rodilla en posición de marcha sin flexión y supresión de las muletas o bastones", intervención que en su opinión representa un costo de cuatro mil trescientos treinta pesos, que se descomponen así: sala de cirugía, ciento ochenta pesos; anestesia, cien pesos; treinta días de clínica, seiscientos pesos; drogas, seiscientos pesos; transfusiones, quinientos pesos; honorarios de cirujanos, dos mil pesos; laboratorio, rayos X y otros exámenes, trescientos cincuenta pesos. Este concepto, pues que es el dictamen de especialistas, y aparece fundado en las observaciones de los médicos y en el estudio de los antecedentes clínicos de la paciente, merece pleno crédito para establecer la necesidad de la operación quirúrgica a que se refieren y es suficiente para fundar una condena en concreto respecto del daño emergente futuro. 3) Los mismos peritos señalan a la demandante una disminución de su capacidad de trabajo durante cinco años, concepto que es aceptable por las razones ya expresadas.

Pero si el dictamen pericial aparece bien fundado en cuanto a la determinación de los daños sufridos por la demandante, y a la del monto del perjuicio emergente futuro a que acaba de hacerse referencia, porque se funda en observaciones e inferencias que se apoyan en los conocimientos que de la materia tienen los peritos por

razón de su especialidad científica, no sucede lo mismo en lo relativo a la fijación de la cuantía de los demás perjuicios, porque en este último caso sus conclusiones no proceden de su propio conocimiento técnico, ni implican deducciones sacadas con aplicación de una ciencia o arte, sino que provienen del conocimiento a que llegaron de hechos no establecidos en el juicio, por medios no ofrecidos oportunamente por la vía procesal adecuada. Los peritos calculan, en efecto, los gastos médicos, farmacéuticos y hospitalarios ya verificados con base en cuentas o comprobantes que les fueron indicados, y en datos de que tuvieron información, por vía distinta de la procesal, sobre visitas médicas, drogas, exámenes de laboratorio, etc., en su mayor parte; y el lucro cesante, por informaciones por ellos obtenidas en los libros de la demandante y en otras fuentes sobre reducción en el número de alumnos en el Colegio de Nuestra Señora de la Esperanza, de que aquélla es propietaria y directora, y sobre la suspensión de clases nocturnas que la señora de Sierra dictaba en el instituto, hechos que los peritos atribuyen al déficit que en su capacidad laboral sufrió la demandante con motivo del accidente y a secuelas de las lesiones recibidas por ella. Pues bien: es sabido que los peritos no pueden sustituír al Juez en la apreciación de las pruebas, y que, por otra parte, es principio normativo para la producción de ellas que se ofrezcan de manera que la contraparte tenga oportunidad de controvertirlas; y la estimación que en el caso de este juicio hacen los peritos de documentos que no fueron traídos al proceso para establecer la cuantía del perjuicio, sustrae al conocimiento de la parte contraria pruebas que ella hubiera podido discutir en oportunidad, y que sin embargo, son tenidos en cuenta, aunque indirectamente, en la decisión final, e implica la sustitución del Juez por los peritos en el ejercicio de una función sólo a aquél atribuída por la ley: la de valorar, conforme a las reglas legales que disciplinan la materia, las pruebas aducidas por las partes. La peritación es un medio técnico para suplir las deficiencias del Juzgador en materias en que no es experto, pero no puede ser entendida como instrumento para hacer que indirectamente influyan en la solución del litigio otras pruebas que no fueron sometidas al debate entre las partes y que escapan a la apreciación directa del fallador. Acaso pudiera argüírse que en el caso del daño emergente ya causado la aceptación que los peritos hacen del precio o costo de los servicios prestados implica su conformidad con ellos con arreglo a sus conocimientos médicos; lo que sería admisible si hubieran expresado los motivos de esa conformidad, y no los hubieran callado, como lo hacen, produciendo la impresión de haber aceptado sin análisis cuentas e informaciones, e incurriendo en una omisión que deja en lo que a este punto concierne sin valor alguno a la prueba pericial por falta de la debida fundamentación.

Por estos motivos la Sala se ve en el caso de reformar la sentencia de primer grado, en cuanto contiene una condena concreta respecto del daño emergente ya causado y del lucro cesante, para remitir a las partes a que liquiden la cuantía de ellos por la vía indicada en el artículo 553 del Código Judicial. En cuanto al daño emergente futuro se acepta la cuantía señalada por los peritos, por los motivos arriba expresados.

Para la liquidación se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. Daño emergente. Se computarán los siguientes gastos: Los de orden médico, quirúrgico, hospitalario, farmacéutico, de laboratorio, radiografías, etc., esto es, las expensas del tratamiento a que la demandante hubo de someterse por causa del accidente, y cualesquiera otras a que diera lugar el mismo suceso. 2. Lucro cesante. Se computará por este concepto: a) El que, con pruebas adecuadas, acredite haber sufrido la demandante hasta ahora, por la imposibilidad en que hubo de encontrarse durante algún tiempo para atender personalmente a la dirección del Colegio de Nuestra Señora de la Esperanza, como aparece establecido con los testimonios de los deponentes Viáfara, Saboyá y Pabón, o a causa de secuelas de las lesiones recibidas o del respectivo tratamiento que incidan en la marcha del nombrado instituto o hayan afectado su organización, funcionamiento o prestigio, como sería el carácter irritable de su directora de que da cuenta el dictamen de los peritos Vargas Rubiano y Castro Rey que obra en el juicio; b) El déficit en la capacidad laboral de la demandante subsiguiente al período a que se extiende el perjuicio señalado en el literal anterior y no comprendido en él, que no sea imputable a causas distintas del accidente a que este fallo se refiere, debiendo tenerse en cuenta para tal efecto el concepto de los peritos ya nombrados. 3. Por haberse conformado la parte actora con la cuantía señalada en el fallo de primera instancia, la que se fije en el incidente de liquidación no podrá exceder de la suma allí indicada. 4. El daño moral objetivo a que alude la peritación se entiende comprendido en el material, conforme a conocida doctrina de la Corte.

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, reforma en el sentido arriba indicado el ordinal primero de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el ocho de marzo de mil novecientos sesenta y dos, que quedará así:

Condenar a la Nación Colombiana a indemnizar a Avelina Rudas de Sierra los perjuicios que recibió en el accidente a que el proceso se refiere, como responsable de ellos, los que se liquidarán como lo establece el artículo 553 del Código Judicial, salvo en lo que concierne al tratamiento pendiente cuando fue presentada la demanda, concepto por el cual se reconoce a la demandante la suma de cuatro mil trescientos treinta pesos ($ 4.330,00) que como indemnización deberá pagarle la Nación dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la providencia fin a la actuación en este juicio.

La liquidación deberá hacerse teniendo en cuenta las indicaciones contenidas en la parte motiva de este fallo.

En lo demás se confirma.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, remítase copia al Ministerio de Gobierno, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO. PRESUPUESTOS ESENCIALES DE LA ACCION PROPUESTA. FRACASO DE LA MISMA POR CUANTO NO FUERON ESTABLECIDOS EN EL PROCESO.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

Con motivo de la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional formulada por la Texas Petroleum Company y registrada en el Ministerio del Ramo bajo el número 871 (Usaquén), la Compañía Manufacturas Lomitas Limitada, cuya existencia y personería están acreditadas en este juicio, demandó a la Nación por medio de mandatario judicial y en libelo presentado ante esta Sala de la Corte el 4 de junio de 1959 a fin de que, mediante el trámite de que trata el artículo 2º del Decreto extraordinario número 3050 de 1956 y con audiencia del representante legal de la entidad demandada, se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que el inmueble rural denominado actualmente 'Lomitas' situado en jurisdicción de los Municipios de Usaquén y La Calera (Cundinamarca) y cuyos linderos se indicarán más adelante, salió del patrimonio del Estado, con mayor extensión por título originario del Estado con anterioridad al día 28 de octubre de 1873.

"*Segunda.* Subsidiaria de la anterior. Que el mencionado inmueble denominado actualmente 'Lomitas' situado en jurisdicción de los Municipios de Usaquén y La Calera, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y con mayor extensión, en virtud de la justa prescripción por explotación económica de esas tierras.

"*Tercera.* Que como consecuencia de cualquiera las dos declaraciones anteriores, se declare, que son de propiedad de la sociedad que represento denominada 'Manufacturas Lomitas Limitada', como actual dueña y poseedora inscrita del mencionado terreno 'Lomitas' ubicado en jurisdicción de los Municipios de Usaquén y La Calera, los petróleos y demás hidrocarburos existentes o que puedan existir en el subsuelo de dicho terreno, el cual tiene la siguiente alinderación: "Partiendo del origen o nacimiento de la quebrada de 'La Alaja', llamada también quebrada del Ajisal, quebrada del Romeral y quebrada de la Hondura, y siguiendo por todo su cauce hasta donde se cruza con el zanjón del Hoyo del Caballo, y de aquí siguiendo el camino público a dar a la Peña de las Aguilas, de ahí hasta el punto más próximo a las peñas que existen en el punto de El Rincón, de ahí por la quebrada Aguanica, aguas arriba hasta su origen o nacimiento, o sea donde está colocado un mojón de concreto y hierro que se denominará mojón número uno (1); de este mojón en línea recta hacia el Oriente, y en una extensión de más o menos doscientos sesenta metros (260 mts.), hasta encontrar otro mojón de concreto y hierro que se denominará mojón número dos (2); de este mojón en línea recta hacia el Sur en una extensión de ochocientos once metros (811) más o menos, hasta encontrar un nuevo mojón de concreto y hierro que se denominará mojón número tres (3); de este mojón en línea recta al Occidente en una extensión de ciento diez metros (110 mts.) más o menos, hasta dar a otro mojón que está construído sobre la recta que partiendo del nacimiento de la quebrada Aguanica, o sea del mojón número uno (1) va a dar a la parte más alta del cerro del Espinazo y que se denominará mojón número cuatro (4); de este mojón en línea recta a dar a la parte más alta del cerro del Espinazo, o sea donde está la Torre Geodésica número cuatro (4) del Instituto Geográfico Militar y Catastral, de ahí al origen o nacimiento de la quebrada de la Alaja, punto de partida".

Las anteriores peticiones se fundan en hechos que en lo fundametal son del siguiente tenor:

1º La sociedad actora es dueña y poseedora inscrita del predio denominado 'Lomitas' la cual

lo adquirió por haber sido aportado al haber social por Paula Luisa Mesa Belén, según consta en la escritura de constitución de esa compañía número 2516 de 28 de junio de 1946, pasada ante el Notario Público 5º del Circuito de Bogotá.

2º El predio en cuestión formó parte integrante de la antigua hacienda denominada "El Patronato", finca que a su vez integraba la antigua hacienda de "La Calera", y salió del patrimonio del Estado, en mayor extensión, por título emanado de éste con anterioridad al 28 de octubre de 1873, como lo acredita el instrumento público otorgado el 3 de enero de 1879 ante el Notario 3º José Leiva.

3º En todo caso, el inmueble de Lomitas salió del dominio estatal con anterioridad a la ya indicada fecha de la reserva fiscal del petróleo, en mayor extensión, por virtud del fenómeno de la justa prescripción o posesión inmemorial por explotación económica.

4º El Ministerio de Minas y Petróleos aceptó la propuesta de contrato a que se ha hecho anterior mérito mediante Resolución número 400 de 21 de abril de 1958, sobre un globo de terreno de 49.996 hectáreas con 3.000 metros cuadrados de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de La Calera, Guasca, Sopó, Cajicá, Chía y Cota, en el Departamento de Cundinamarca, y Usaquén, Engativá y Suba, en el Distrito Especial de Bogotá, globo de terreno determinado por los linderos que aparecen en el aviso publicado en el *Diario Oficial* número 29.683 de 6 de junio de 1958.

5º El mencionado lote de terreno de Lomitas está comprendido dentro del área de la propuesta de contrato a que se refiere el punto anterior.

Con la demanda se presentaron los siguientes documentos, enunciados así por el actor: "El poder que se me ha conferido. —Un ejemplar del Diario Oficial año XCV— número 29683 de 6 de junio de 1958 en que aparece publicado el extracto de la propuesta número 871 de la Texas Petroleum Company. Certificado expedido por el Ministerio de Minas y Petróleos. Escritura número 2516 de 28 de junio de 1946, Notaría 5ª de Bogotá. Constitución de la sociedad 'Manufacturas Lomitas Ltda.' Gerente Agustín Mesa. Certificados dos (2). Escritura número 1754 de 19 de noviembre de 1937, Notaría 5ª de Bogotá. Paulina Luisa Mesa compra a Teresa Castaño Mejía parte de la hacienda de El Patronato. Escritura número 1235 de 31 de agosto de 1938 Notaría 5ª de Bogotá. Teresa Castaño Mejía compra a Sara Franco Niño. Escritura número 1339 de 9 de julio de 1928 Notaría 4ª de Bogotá. Protocolización del juicio de sucesión de Francisco Franco Amaya. Hijuela de Sara Franco Niño. Escritura número 920 de junio 20 de 1892 Notaría 2ª de Bogotá. Francisco Franco Amaya compra a Francisco Ramírez Zalamea el terreno de Patronato en jurisdicción de Usaquén y La Calera. Escritura número 579 de 20 de mayo de 1892 Notaría 4ª de Bogotá. Francisco Ramírez Zalamea compra a Antonio Mendoza. Escritura número 118 de 26 de febrero de 1887 Notaría 4ª de Bogotá. Antonio Mendoza compra a Francisco Ramírez Zalamea. Escritura número 485 de 19 de abril de 1884 Notaría 2ª de Bogotá. Francisco Ramírez compra a Emiliano Caicedo. Certificado número 12411 en el que figura la escritura número 1291 de 22 de noviembre de 1882 Notaría 2ª de Bogotá, Emiliano Caicedo compra a José Joaquín Castillo. Escritura número 1299 diciembre 21 de 1878 Notaría 1ª de Bogotá, José Joaquín Castillo compra a Pedro M. Ibáñez el terreno 'El Boque' parte del de 'Patronato'. Escritura número 1306 de diciembre 27 de 1878 Notaría 1ª de Bogotá. José Joaquín Castillo compra a Alejandro Caicedo la otra parte de El Patronato. Escritura número 2062 de 21 de diciembre de 1871. Notaría 2ª de Bogotá. Alejandro Caicedo compra a Rafael Tovar Mendigaña derechos y acciones en un globo de tierra denominado 'Patronato' según linderos que constan en la escritura de fundación otorgada el 9 de septiembre de 1776 por el señor Diego Tovar y Buendía ante el Escribano Real Pedro Joaquín Maldonado. Escritura número 1192 de 25 de noviembre de 1878 Notaría 1ª de Bogotá. Pedro María Ibáñez compra a Leocadia Aldana el 'Boque'. Escritura número 635 de 12 de noviembre de 1877 Notaría 1ª de Bogotá. Escritura por la cual se protocolizaron varios documentos entre los cuales figuran: Una fundación hecha el 9 de septiembre de 1776 por el señor Diego de Tovar y Buendía, vecino de Bogotá y regidor del ilustre Cabildo de ella. Fundación hecha en su hacienda llamada 'La Calera' en la cual hay más de ocho estancias de pan y ganado mayor. Varias pruebas pedidas en la demanda iniciada por Rafael Tovar Mendigaña sobre la propiedad del terreno denominado 'Patronato'. Y una sentencia dictada por la Corte Suprema Federal el 27 de agosto de 1873, sentencia relacionada con la fundación hecha por don Diego de Tovar y Buendía y con los señores Agustín Tovar y Rafael Tovar Mendigaña quienes figuran como demandados y a cuyo favor fue dictado el mencionado fallo (trece folios). Escritura número 251 de 27 de mayo de 1873 Notaría 3ª de Bogotá. Leocadia Aldana compra

a Luciano Caicedo 'El Boque' vendido luego a Pedro María Ibáñez por escritura número 1192 citada antes. Certificado (copia) expedido por el señor Aristides Forero Registrador de Bogotá. Compra hecha por Emiliano Caicedo a José Joaquín Castillo del terreno situado en los 'Distritos de La Calera y Usaquén' ''.

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor legal al representante de la Nación, éste la contestó en el sentido de manifestar su oposición a que se decretaran las peticiones allí suplicadas y de expresar, en cuanto a los hechos, que los negaba en términos generales a fin de que fueran establecidos en el juicio.

Recibido el negocio a pruebas, se decretaron las solicitadas por el apoderado de la sociedad actora y, entre ellas, las siguientes: a) Expedición por el Ministerio de Minas y Petróleos de una copia debidamente autenticada del plano correspondiente a la propuesta de contrato número 871 (Usaquén), formulada por la Texas Petroleum Company; b) Expedición de copias por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, de estos documentos: fallo dictado por la Corte Suprema Federal el 27 de agosto de 1873; escritura de 9 de septiembre de 1776, otorgada ante Pedro Joaquín Maldonado por don Diego de Tovar y Buendía sobre fundación de un patronato; c) Expedición de copias por el precitado funcionario de una serie de instrumentos públicos corridos entre particulares y referentes a la adquisición de los terrenos objeto del litigio por parte de antecesores en el dominio de la actual sociedad actora.

Además se decretó la práctica de una diligencia de inspección ocular, en asocio de peritos, a fin de establecer los siguientes hechos: identificación del predio de Lomitas a que se contrae la demanda; establecimiento de que el mencionado inmueble forma parte de las tierras sobre las cuales don Diego Tovar y Buendía fundó un patronato el 9 de septiembre de 1776, tierras que son las mismas a que se refiere la sentencia de la Corte Suprema Federal de 27 de agosto de 1873; verificación de que el terreno materia de la demanda está comprendido dentro del área de la propuesta de contrato 871, formulada por la Texas Petroleum Company.

Como el negocio se ha sometido a las ritualidades de rigor legal y ha llegado la oportunidad procesal de desatarlo en el fondo, se considera en orden a tal finalidad:

De conformidad con las normas legales que reglan la materia, los elementos constitutivos de la acción de dominio privado del subsuelo petrolífero que pueda encontrarse en determinados terrenos, son los siguientes: título proveniente del Estado con anterioridad a la reserva fiscal del 28 de octubre de 1873, o, a falta de éste, documentos de origen oficial emanados de autoridad competente que demuestren su existencia; propiedad actual de la parte actora en el período de la prescripción extraordinaria, relativa a las tierras en cuyo subsuelo pueda hallarse el petróleo de que se trata; determinación precisa del inmueble en que subyace el petróleo cuya propiedad se disputa; identificación de los terrenos comprendidos por el título proveniente del Estado; superposición de áreas entre la señalada en la propuesta de contrato, la del título proveniente del Estado y la de las tierras en cuyo subsuelo se halla el petróleo objeto de la declaración de propiedad particular impetrada.

A fin de comprobar la compañía demandante, que el globo de terreno denominado ''Lomitas'' salió del patrimonio del Estado antes de la ya indicada fecha de la reserva fiscal del petróleo, se invocaron y trajeron al proceso los títulos que a continuación se relacionan:

a) Escritura pública número 635 pasada el 12 de noviembre de 1877 ante el Notario 1º del Circuito de Bogotá, por medio de la cual Alejandro Caicedo D. protocolizó, entre otros instrumentos, copia de la escritura otorgada el 9 de septiembre de 1776 ante el Escribano Real del Juzgado de Provincia de Santa Fé por Diego Tovar y Buendía, referente a la fundación de un patronato de legos en su hacienda llamada ''La Calera'', sita en jurisdicción de esta ciudad y deslindada así: ''Por un costado con los resguardos del pueblo de Usaquén, siguiendo todas las estancias que confinan por la parte de abajo, y van camino real hasta llegar al sitio de Tibabita, con cuyas estancias lindan; por el otro costado, las dichas tierras, y por la parte de arriba hasta el Romeral y toda su cuchilla haciendo frente con la parte mencionada del primer lindero, en cuyo globo hay más de ocho estancias de pan y ganado mayor, que según su estimación y precio exceden al valor de cinco mil pesos''. El fundador de dicho patronato estableció para su ejecución un principal de cinco mil patacones castellanos, garantizados con gravamen o hipoteca sobre el aludido inmueble, para que con los réditos de ese principal, que son 250 patacones o pesos anuales, se paguen las misas que se dicen en los días festivos en la Viceparroquia de Nuestra Señora del Rosario, sita en la hacienda de La Calera, y se apliquen por el alma del otorgante, la de su consorte, hijos, padres de unos y otros, deudos y demás del purgatorio. Tovar y Buendía nom-

bró como patronos de esta capellanía hasta el final de sus días, a sus hijos legítimos habidos con su esposa doña Agustina de Andrade y demás descendientes de esta línea, prefiriendo el mayor al menor y el varón a la hembra. Además, designó como primer Capellán, directamente, a don Luis Espinosa, clérigo de menores órdenes, para que a su título pudiera obtener las órdenes mayores hasta el "Sacro Presbiterato", y dejó a cada patrono en su tiempo el nombramiento de Capellán.

b) Escritura pública número 15 de 28 de enero de 1869 pasada ante el Notario 3º del Circuito de Bogotá, de la cual aparece que Miguel Salgar, en su carácter de Agente General de Bienes Desamortizados, compareció ante ese despacho notarial y dijo: "que consta en su oficina por el certificado expedido por la Secretaría del Tesoro y Crédito Nacional de fecha treinta de diciembre de mil ochocientos sesenta y ocho, número dos mil ciento noventa y dos, que el señor José Araújo, por el señor Rafael Tovar, ha redimido en el Tesoro el censo de cuatro mil pesos que al cinco por ciento reconocía en unos terrenos denominados patronato, en jurisdicción de La Calera y Usaquén, en el Estado de Cundinamarca, a favor de la Iglesia de La Calera; en cuya virtud, en uso de sus facultades legales y a nombre del Gobierno General de los Estados Unidos de Colombia, da por rota y cancelada la escritura de nueve de septiembre de mil setecientos setenta y seis, otorgada por el doctor don Diego de Tovar y Buendía, por ante el Escribano Pedro Joaquín Maldonado, y libre de la finca por ella hipotecada de la responsabilidad a que estaba constituída".

c) Certificación expedida el 26 de agosto de 1870 por la Agencia General de Bienes Desamortizados, relativa a varios puntos concernientes a la citada fundación, la cual reza así: "De los documentos existentes en la Agencia General aparece lo siguiente: ...1º Que en la Agencia subalterna de Bienes Desamortizados de Zipaquirá fue inscrita la hacienda denominada 'Patronato' pero se ignora la fecha de la inscripción, la que únicamente consta en la mencionada agencia de Zipaquirá... 2º Que en el respectivo copiador de oficios se encuentra la siguiente comunicación: 1868, noviembre 6. Número 73. Señor Agente Subalterno del Circuito del Norte. Zipaquirá. Con fecha 4 del presente y bajo el número 137, Sección 3ª, ha dirigido a mi despacho el señor Secretario del Tesoro y Crédito Nacional la siguiente comunicación: 'El señor José Araújo, como apoderado del señor Rafael Tovar, dirigió a este despacho una solicitud en que pide se reforme la resolución dictada por la Junta Suprema Directiva del Crédito Nacional con fecha 15 de noviembre de 1866. (Diario Oficial número 805) y que se le admita a su poderdante la redención del censo de $ 4.000 que grava los terrenos denominados Patronato, en jurisdicción del Distrito de Usaquén; y considerada por el Poder Ejecutivo esta petición, ha resuelto lo siguiente: Elimínese del Registro de Bienes Desamortizados la hacienda llamada 'Patronato' e inscríbase en su lugar el patronato de legos que por $ 4.000 se fundó sobre dicha hacienda. El mencionado principal es redimible de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de 26 de junio de 1866 y las posteriores referentes a dicho asunto'. También fue considerada por el Poder Ejecutivo la nota de esta oficina de fecha 23 de septiembre último número 79, en la cual hace varias consultas relacionadas con el asunto anterior, y sobre ellas ha declarado lo siguiente: '1º Que el Gobierno solamente tiene derecho en los productos de la finca afecta (sic) en la fundación de $ 4.000 a los réditos del censo que la constituyen, y por tanto no tiene derecho al usufructo de la misma finca, de conformidad con la Ley de 2 de junio de 1853, adicional a la 7ª, partida 2ª, título 2º, Recopilación Granadina, con la resolución del Gobierno provisorio relativa a la inteligencia de la ley que se acaba de citar, que se registra en el acta de la Junta Suprema directiva del crédito nacional, correspondiente al 28 de noviembre de 1862, con el artículo 1º de la Ley de 26 de junio de 1866 y con el 10 de la Ley de 20 de agosto de 1876 sobre bienes desamortizados... 2º Que el contrato de arrendamiento del terreno denominado 'Patronato' celebrado con el señor Joaquín Montejo ha quedado rescindido de hecho, a consecuencia de no haber entrado en posesión de la finca el arrendatario, debiendo la Agencia devolverle la suma de $ 40.00 en las mismas especies que fue consignada por parte del arrendamiento; y 3º Que no hay lugar al resarcimiento de daños y perjuicios por ser éste un asunto de la competencia de los Tribunales, si el señor Montejo cree tener derecho a reclamar algunos. Lo que comunico a usted para que, por su parte, le de su cumplimiento. Soy de usted atento servidor, Miguel Salgar'... 3º Que no consta que se haya sacado a remate en esta oficina el terreno mencionado... 4º Que como se expresa en el segundo punto de este informe, el terreno en cuestión se devolvió a la familia del fundador de la Capellanía, y en su lugar se inscribió el censo que lo gravaba... 5º Que respecto de la pregunta marcada con este mismo número, me refiero a lo que dejo expuesto...

Bogotá, 26 de agosto de 1870... El Agente General, Miguel Salgar. (Rúbrica)".

d) Sentencia pronunciada por la Corte Suprema Federal el 27 de agosto de 1873, en virtud de la cual se absuelve a Agustín Tovar y Rafael Tovar Mendigaña de la acción para que se declarara como oculto y de propiedad de la Nación, por corresponder al ramo de bienes desamortizados, el predio en que fundó un patronato de legos don Diego Tovar y Buendía, acción propuesta por Manuel J. Angarita y coadyuvada por el Agente Fiscal.

En relación con el primero de los documentos que se acaban de relacionar, o sea, la escritura pública de 9 de septiembre de 1776, se advierte que sólo da cuenta de la fundación de un patronato de legos por Diego Tovar y Buendía, garantizado con hipoteca sobre su hacienda llamada "La Calera". Pero es obvio que una capellanía o un patronato de legos, por sí mismos, no demuestran que las tierras en cuestión hubieran salido del poder del Estado y pasado al patrimonio del otorgante cuando aquél se constituyó. En las referencias que contiene tal escritura, como aparece de su texto antes transcrito, no se menciona título alguno proveniente del Estado, pues el otorgante apenas dice ser "suya la hacienda que soporta el gravamen", pero sin indicar siquiera las personas de quienes hubiera adquirido el dominio, a título universal o singular.

El documento público número 15 de 28 de enero de 1869 indica que el señor José Araújo, en representación del señor Rafael Tovar, redimió en el Tesoro Nacional, de acuerdo con disposiciones o resoluciones sobre desamortización de bienes y derechos de manos muertas, el censo que pesaba sobre el aludido inmueble de La Calera, constituído por don Diego Tovar y Buendía en favor del mencionado patronato laical. Desde luego, el alcance de esa redención no podía ser otro que el de libertar la finca gravada, para suprimir las trabas que tal sistema implicaba para el desarrollo de la propiedad inmueble, redención que, de otra parte, hizo el Gobierno Federal en cumplimiento de las normas estatuídas en el Decreto de 9 de septiembre de 1861, en sus artículos 1º, 14 y 15. Tanto más se impone esta conclusión si se tiene en cuenta que las fincas gravadas con censos en favor de manos muertas, no podían ocuparse por los administradores de bienes desamortizados sino en el caso especial previsto por el artículo 6º de la Ley 41 de 29 de mayo de 1864, caso que no se ha demostrado fuera el del censo redimido en 1869. En consecuencia, si los títulos de la finca a que se contrae el litigio no eran idóneos respecto del Estado en esa época, la redención del censo en el Tesoro no podía cambiar dicha situación.

Refuerzan las anteriores conclusiones el contenido del certificado expedido el 26 de agosto de 1870 por la Agencia General de Bienes Desamortizados, referente a varios puntos que conciernen a la citada fundación del patronato de legos, certificado del cual resulta: que el poder ejecutivo ordenó que se eliminase del registro de bienes desamortizados la hacienda materia de la litis y que, en su lugar, se inscribiese el patronato de legos que se fundó sobre la misma; que el principal de esa capellanía es redimible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 26 de julio de 1876 y las posteriores referentes a dicho asunto; que "el Gobierno solamente tiene derecho en los productos de la finca afecta en la fundación de $ 4.000 a los réditos del censo que la constituyen"; que el terreno en cuestión se devolvió a la familia del fundador de la Capellanía, inscribiéndose sólo el censo que lo gravaba; que el inmueble mencionado no se sacó a remate por la Oficina de Bienes Desamortizados. El texto de esta certificación, según se indicó antes, confirma que no hubo título traslativo del dominio por parte del Estado a particulares, sino únicamente un reconocimiento del que se venía invocando por los causahabientes de Diego Tovar y Buendía, o sea, de un acto o contrato corrido entre particulares, el cual no es suficiente ni válido para acreditar que los terrenos allí aludidos salieron del patrimonio nacional antes de la reserva del petróleo de 28 de octubre de 1873, como lo ha expresado la Corte en innúmeros fallos.

Otro tanto cabe decir en relación con la sentencia pronunciada por la Corte Suprema Federal de 27 de agosto de 1873, mediante la cual se absolvió a Agustín Tovar y Rafael Tovar Mendigaña de la acción propuesta para que se declarara como de propiedad de la Nación, por corresponder al ramo de bienes desamortizados, el predio en que fundó un pratronato de legos don Diego Tovar y Buendía, por cuanto de conformidad con la escritura de 9 de septiembre de 1776 sobre fundación del patronato de legos, como reza el fallo, "lo que pertenecía y pasó a ser de propiedad de la Nación era únicamente el censo de cinco mil pesos ($ 5.000) y no el predio sobre que éste se impuso", el cual quedó libre de aquél gravamen como aparece del documento existente en el libro protocolo bajo el número 15 de 28 de enero de 1869, sobre cancelación de dicho gravamen.

Pero no sólo se impone el fracaso de la acción

propuesta por no haberse dado la prueba sobre propiedad privada del petróleo prevista por la ley, sino porque resulta deficiente la identificación real de las tierras objeto de la litis a través de los medios de convicción con los cuales se pretendió establecer aquél extremo de la misma.

En efecto, para demostrar la parte demandante los hechos antes referidos, solicitó la práctica de una diligencia de inspección ocular, en asocio de peritos, visita que se llevó a cabo por el Juez 6º Civil de Bogotá el 12 de marzo de 1960, en virtud de comisión conferida por la Sala. El personal inspector, según reza el acta respectiva, identificó el inmueble denominado "Lomitas", mediante el recorrido de sus linderos, comprobándolos sobre el terreno de acuerdo con los títulos de propiedad actual de la compañía actora, linderos que son los mismos que aparecen descritos en la demanda. También en la expresada acta se dejó testimonio de que el Juzgado, en presencia del plano topográfico de la concesión a que se refiere la propuesta de contrato número 871 y de una carta preliminar del Instituto Agustín Codazzi, "pudo apreciar en principio que la finca donde se practica la diligencia queda comprendida dentro del globo de terreno sobre el cual don Diego Tovar y Buendía fundara un patronato el 9 de septiembre de 1776, según consta en la escritura sin número otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá (fls. 9 v. 10 ss. del Cuad. Nº 1), según las demarcaciones que en tinta se hacen por los ingenieros peritos en el plano respectivo. Se deja igualmente constancia de que el personal de la diligencia se trasladó a uno de los sitios más altos de la finca con el fin de poderse dar cuenta de los linderos generales del inmueble y de los que se pudieran apreciar en sus puntos más cercanos y visibles del patronato en cuestión".

Por su parte, los peritos llegan a las siguientes conclusiones, al contestar estos puntos del interrogatorio que les fuera sometido a su consideración:

1º Los linderos de la finca "denominada Lomitas", según el recorrido que de ellos se hizo, concuerdan con los descritos en el documento número 2859 del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá.

2º "El mencionado terreno de 'Lomitas' forma parte del terreno sobre el cual don Diego Tovar y Buendía fundó un patronato el 9 de septiembre de 1776, según consta en escritura sin número de esa fecha, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, o sea el mismo patronato a que se refiere la sentencia de la Corte Suprema Federal dictada el 27 de agosto de 1873".

Como fundamento del dictamen y respecto de esta última conclusión sólo expresan los expertos que sobre una carta preliminar del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, plancha 228 III-A, dibujaron los linderos del patronato aludido, los cuales aparecen descritos en la escritura también precitada, linderos que posteriormente fueron definidos por medio de declaraciones rendidas ante el Juez de La Calera en agosto de 1870.

El señor Procurador Delegado en lo Civil manifiesta en su alegato de conclusión que el Juez 6º Civil del Circuito, en el acto de la diligencia de inspección ocular, no hizo el reconocimiento de los términos que individualizan la hacienda gravada con el patronato de legos por don Diego Tovar y Buendía en el año de 1776, pues ni siquiera intentó la localización de los puntos básicos del alindamiento descrito en tal documento confrontándolos con datos geográficos actualmente existentes. Luego agrega que los peritos, no obstante la deficiencia del anotado reconocimiento judicial, se limitaron a dibujar sobre una carta del Instituto Geográfico Agustín Codazzi el perímetro del dicho patronato. Y agrega a este particular: "Deducción empírica, sin base cierta y real, que no puede constituír plena prueba. Es un dictamen carente de debida fundamentación, que no contaba con base probatoria alguna establecida en la inspección ocular, que fue tan deficiente en este punto, por lo cual, aunque los peritos dictaminen de común acuerdo, su parecer no tiene valor de prueba suficiente y completa, como lo exigen los artículos 722 y 723 del Código Judicial".

En efecto, en la vista de ojos en cuestión se prescindió de llevar a cabo un examen objetivo de las tierras conocidas con el nombre de Patronato, pues durante la práctica de la misma no se intentó verificar relación alguna de identidad entre los puntos de referencia u otros datos sobre linderos enunciados en el documento de fundación de la Capellanía y la realidad geográfica y topográfica de los respectivos terrenos, verificación que hubiera dado a los peritos una base real para la determinación de tales áreas. Y los peritos, por su parte, no obstante la deficiencia anotada, procedieron simplemente a dibujar sobre cartas del Instituto Geográfico Militar una figura irregular que en su concepto es la representación gráfica de las tierras llamadas Patronato, pero sin que el dictamen contenga explicación alguna técnica o de otro orden que revele las razones determinantes para la escogencia y seña-

lamiento de las líneas trazadas para ese fin, ya que omiten referir esos dibujos a los datos geográficos o linderos que aparecen en el documento relativo a la fundación del patronato de legos, confrontándolos con lugares conocidos o siquiera designados en los mapas del Instituto con nombres semejantes.

De lo anteriormente expuesto se sigue que en este juicio no se produjo la plena prueba de la determinación de las tierras litigiosas en relación con los documentos que se invocan como provenientes del Estado y con los cuales se quiere acreditar la salida o enajenación de las mismas por actos de las autoridades nacionales.

Y en cuanto a la explotación económica inmemorial del referido predio, cabe decir que aún en el supuesto de que ésta fuese un medio apto para adquirir la propiedad del subsuelo petrolífero por prescripción, bastaría considerar que como ya se han calificado de ineficaces los medios de prueba que obran en el juicio para la determinación de las tierras a que los títulos antiguos pudieran referirse y, además, se dejaron de establecer las correspondientes relaciones de identidad entre los terrenos a que aluden esos mismos documentos y los de propiedad actual de la sociedad actora, resulta vana, en consecuencia, la pretensión fundada en el hecho de que tales títulos puedan arrojar la prueba de la existencia de antiquísima explotación económica de tales tierras, por faltar la identificación de los lugares en donde hubiera podido recaer dicho aprovechamiento.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Niéganse las peticiones de la demanda ordinaria promovida por la Compañía Manufacturas Lomitas Limitada, materia de esta sentencia, y, en consecuencia, *se absuelve* a la Nación demandada de todos los cargos formulados en el libelo.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA NACION POR LA DESTRUCCION DE MERCANCIAS ALMACENADAS EN LAS ADUANAS. CIRCUNSTANCIAS DE EXONERACION DERIVADAS DE LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y ocho de noviembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la sociedad "Compañía Agrícola de Seguros S. A.", domiciliada en esta ciudad, presentó demanda contra la Nación, por medio de apoderado, pidiendo se hicieran los siguientes pronunciamientos:

"1º Que al Estado Colombiano o la Nación colombiana se le declare responsable por el incendio ocurrido en la bodega número 8 de las Aduanas de Buenaventura, el 7 de agosto de 1957".

"2º Que se condene al Estado Colombiano a pagarle a la Cía. Agrícola de Seguros la suma de $ 59.064.80 que ella cubrió por indemnización y aseguradora de la siguiente manera:

"A Distribuidora Lucky Strike, la suma de $ 26.303.56. A Rosemberg e Hijos Ltda., la suma de $ 12.950.74. A Vicente Giraldo y Sucesores, la suma de 19.810.50".

"3º A pagarle las demás sumas que haya cancelado la Compañía Agrícola de Seguros S. A. o haya pagado como consecuencia de la cobertura del siniestro mencionado y que resultaren probadas en el juicio".

"4º A pagarle agencias en derecho y costas judiciales".

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

"1º El día 20 de enero de 1953 se suscribió la póliza automática de transportes entre la Compañía Agrícola de Seguros y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, tendiente a amparar el traslado de mercancías que se importaran por conducto de la Federación mediante los tratados de compensación o trueque comercial celebrados entre esta entidad y algunos institutos o gobiernos extranjeros. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia obra en los actos de importación como simple gestor de negocios ajenos y en representación de los importadores colombianos que quieran utilizar los tratados de compensación. La Compañía Agrícola de Seguros en virtud de la póliza automática de transportes cubre los siniestros ante el aviso de despacho de la mercancía de su lugar de origen y en caso de producción del siniestro cancela al importador la indemnización correspondiente, de acuerdo con la cláusula 10ª de la póliza mencionada que dice lo siguiente: 'Comienzo y fin de los riesgos'. Tomando como base de apreciación los lugares geográficos estipulados en el certificado de seguros, los cuales forman 'el trayecto asegurado' por la Compañía, el seguro hecho bajo esta póliza ampara los intereses asegurados desde el momento en que son sacados de sus depósitos de origen, para ser expedidos directa o indirectamente a sus destinatarios, hasta el momento en que llegan a sus depósitos de destino. En los casos de mercancías despachadas en condiciones C. I. F. (costos, seguros y fletes), refiriéndose tal seguro al trayecto marítimo y asegurados en el trayecto interior solamente, la responsabilidad de la Compañía comienza desde el momento en que tales mercancías son embarcadas con dirección al lugar de su destino, al tenor de lo dicho en la misma cláusula y sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al primer asegurador por el siniestro ocurrido en el trayecto amparado por él, para lo cual se tendrá en cuenta el certificado de avería expedido por el reconocedor de la Compañía. Para mayor claridad se advierte que el seguro tomado desde Barranquilla, Buenaventura, Cartagena o Santa Marta, comienza a tener efecto únicamente desde que la cosa asegurada es movilizada con dirección inmediata al vehículo que haya de transportarla al interior, es decir, desde el depósito más próximo a su embarque".

"2º En virtud del convenio sobre intercambio de mercancías y pagos, celebrado entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el Dutsche Notebank de Berlín (República Democrática Alemana), se realizaron los siguientes pedidos de importación:

"a) La Distribuidora Lucky Strike amparada con la licencia de importación número 08733 solicitó se le despacharan 20.000 kilos de parafina refinada por un valor total de US$ 3.561.70.

"b) La Fábrica de Jabones Rosemberg Hnos. e Hijos Ltda., amparada con la licencia de importación número 011554 solicitó se le despacharan cinco toneladas de azul ultramarino puro por un valor de US$ 1.619.98.

"c) Vicente Giraldo G. y Sucesores amparados con la licencia de importación número 011569 solicitó se le despacharan 50 kilos de azul de ultramar, tipo A con perfume por un valor de US$ 2.426.72".

"3º Con motivo de los pedidos anteriormente mencionados se suscribieron tres contratos entre las empresas citadas y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia para que ésta en su calidad de gestora llevara a buen término la negociación. Entre las cláusulas de estos contratos sobresalen para los fines *sub júdice* la que estipula que la entidad gestora contratará el seguro de la mercancía en representación de los importadores".

"4º La Compañía Agrícola de Seguros principió la cobertura de los riesgos una vez que se despachó de su lugar de origen la mercancía importada. Los avisos de despacho fueron expedidos para la aseguradora por Deutscher Innen und Aussenhandel Chemie, el día 4 de agosto de 1957 y por Mineralole Export und Import el día 29 de junio de 1957, y fueron aplicados a la póliza automática de seguros, sirviendo de base para la posterior expedición de los certificados de seguros".

"5º Las mercancías fueron embarcadas en el vapor Elbe en Hamburgo y llegaron a Buenaventura el día 5 de agosto de 1957 como consta en el manifiesto de importación expedido por la Aduana".

"6º Las mercancías mencionadas el mismo día de su llegada fueron depositadas en la bodega número 8 de la Aduana de Buenaventura".

"7º El día 7 de agosto de 1957 siendo aproximadamente las 10 y media p. m. cayó un rayo y a las 11 y media de la noche se presentó un incendio en la bodega número 8 de las Aduanas de Buenaventura que provocó cuantiosas pérdidas y que destruyó las mercancías importadas por Vicente Giraldo G. y Sucesores, Rosemberg Hnos. e Hijos Ltda. y Distribuidora Lucky Strike y Kool Ltda.".

"8º Como causas posibles de este siniestro se atribuyen las siguientes: rayos, corto circuito, incendio ocasional. Se ha comprobado que en la bodega número 8 existió un terreno condicionado para la presentación del siniestro y que una grave negligencia en el servicio y las seguridades aduaneras tales como mala distribución de mercancías, defectuoso servicio de extinguidores, mala instalación eléctrica que tenía fusibles reforzados, carencia de un adecuado equipo de incendios, presencia de explosivos sin condiciones de seguridad. Sobre este tema en el acta de incendios consta lo siguiente: 'A la angustia de la falta de agua, se aumentó la falta de funcionamiento del equipo contra incendio que tiene el terminal, consistente en dos máquinas motobombas War La France, el cual, a pesar de todos los esfuerzos realizados, no se logró hacerlo funcionar y succionar agua del mar'".

"Se debe tener en cuenta que en materia aduanera y debido al depósito forzoso de mercancías que impone el Estado, existe una presunción de responsabilidad de éste compitiéndole desvirtuarla, cosa que considero imposible en el caso presente".

"8º (sic). Los funcionarios de Aduana, de Contraloría, los representantes de los importadores y de los seguros, verificaron el acta de avería y comprobaron la pérdida total de la mercancía. En cuanto a la mercancía amparada por la Compañía Agrícola de Seguros, se suscribieron las siguientes actas: número 1 con fecha 15 de agosto de 1957 para la mercancía importada por la Distribuidora Lucky Strike y Kool Ltda., acta número 25 con fecha 17 de agosto de 1957 para la mercancía importada por Vicente Giraldo y Sucesores, acta número 38 de 20 de agosto de 1957 para la mercancía importada por la Fábrica de Jabones Rosemberg Hnos. e Hijos Ltda. Las actas anteriores se encuentran suscritas por el representante de la Compañía de Seguros, de la Auditoría Fiscal y por el aforador, revisor fiscal, almacenista general, y comisionista".

"9º Las mercancías perdidas fueron precisamente las amparadas por la póliza número 2 de la que hablamos en el punto 1º, según lo acreditan los certificados de seguros números 3507, 3424 y 3658".

"10. Ante la pérdida total de las mercancías mencionadas, la Compañía Agrícola de Seguros S. A., pagó la indemnización correspondiente

hasta el monto del seguro, a los importadores en forma directa (Fábrica de Jabones Rosemberg Hnos. e Hijos Ltda.), o por intermedio de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia (Distribuidora Lucky Strike y Kool Ltda., y Vicente Giraldo y Sucesores). Los pagos los hizo de la siguiente forma: A Distribuidora Lucky Strike y Kool Ltda. $ 26.303.56 el 16 de noviembre de 1957; a Fábrica de Jabones Rosemberg Hnos. e Hijos Ltda., $ 12.950.74 el día 3 de octubre de 1957; a Vicente Giraldo y Sucesores, la suma de $ 19.810.50 el día 4 de diciembre de 1957".

"11. En virtud del pago hecho en la forma relatada anteriormente, los beneficiarios del seguro cedieron expresamente sus derechos contra terceros responsables, quedando colocada la Compañía en calidad de subrogatoria de las acciones contra el Estado Colombiano por responsabilidad del mismo. Los importadores que recibieron el valor del siniestro cedieron sus derechos a la Compañía Agrícola de Seguros como lo compruebo con los documentos adjuntos. Por lo demás, no es necestaria la cesión expresa de los derechos para que una compañía de seguros pueda reclamar a los terceros responsables de un siniestro que ha cubierto ya que el Código de Comercio Terrestre en su artículo 677 establece el interés directo de las empresas aseguradoras para poder ejercitar las acciones legales pertinentes. Sobre esta materia la Corte Suprema de Justicia, ha dicho lo siguiente: 'El inciso 2º del artículo 677 del Código de Comercio consagra una acción de daños y perjuicios a favor del asegurador que satisface el resarcimiento 'sin necesidad de cesión' contra los autores del siniestro en su carácter de interesados (el asegurador) en la conservación de la cosa asegurada'. (G. J. T. Nº 2151, pág. 846)".

"11. (sic). Agotando la vía conciliatoria, la Compañía Agrícola de Seguros se dirigió al señor Director de Aduanas con el fin de reclamarle sus derechos pero hasta el momento no ha tenido respuesta a la comunicación cuya copia acompaño".

Sobre fundamentos de derecho expuso:

"1º Normas sustantivas: 2341 a 2360 del Código Civil, 1666 a 1671, 677 a 679 del Código de Comercio Terrestre, artículos 2260 a 2272 del Código Civil; artículo 2º del Decreto 630 de 1932 y demás normas pertinentes".

"Normas adjetivas: artículos 735 a 763 del Código Judicial y demás normas complementarias, tales como el artículo 205 y 209 del Código Judicial, y demás normas pertinentes".

Al contestar la demanda el señor Fiscal del Tribunal manifestó que no le constaban los hechos fundamentales y que se oponía a los pronunciamientos impetrados. En su alegato de fondo adujo la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, sosteniendo que el incendio que destruyó las mercancías cuyo valor pagó la Compañía aseguradora y demandante fue debido a un rayo que cayó sobre la bodega en que estaban almacenadas.

En sentencia de 3 de septiembre de 1962 el Tribunal puso fin a la primera instancia, haciendo en su parte resolutiva los siguientes pronunciamientos:

"1º Declárase a la Nación civilmente responsable de la pérdida de las mercancías detalladas en la parte motiva de esta providencia y que pertenecían a Distribuidora Lucky Strike & Kool Ltda. Fábrica de Jabón Rosemberg Hnos. e Hijos Ltda. y Vicente Giraldo G. Sucesores, ocurrida con motivo del incendio de la bodega número 8 de la Aduana de Buenaventura con fecha 7 de agosto de 1957".

"2º Condénase a la Nación a pagar, una vez ejecutoriada esta sentencia, a la sociedad 'Compañía Agrícola de Seguros S. A.', domiciliada en Bogotá, quien como aseguradora pagó el valor del siniestro y es cesionaria de los damnificados, la suma de $ 59.064.80, ello por conducto del órgano administrativo a quien corresponda".

"3º Niéganse las demás súplicas del libelo".

"4º No hay lugar a condena en costas".

Interpuesta apelación contra dicho proveído por el señor Fiscal del Tribunal y concedida en legal forma, vino el negocio a esta Sala donde ha sufrido los trámites de ley.

Para resolver se considera:

1. Se está en presencia de una acción de responsabilidad civil extracontractual contra la Nación, a la que se considera responsable de la destrucción de mercancías almacenadas en bodegas del terminal marítimo de Buenaventura, bajo control de la Aduana, mientras se realizaban los trámites legales de nacionalización de las mismas, que habían sido importadas por los comerciantes indicados en el libelo, a los cuales la Compañía demandante pagó el valor de ellas, como aseguradora. Debe, pues, ante todo, determinarse si tal compañía, cuya existencia está debidamente acreditada, es realmente cesionaria de los derechos de éstos. Y debe declararse que sí lo es, pues en el expediente aparecen, al pie de las "actas de avería", las respectivas notas de recibo y cesión, firmadas por los represen-

tantes legales de los importadores damnificados. La legitimación activa de la compañía demandante es, pues, indudable.

2. De conformidad con el artículo 55 del Código de Aduanas, tal como quedó modificado por el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, "salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal, su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

Consagra este texto, como puede apreciarse, una responsabilidad directa y objetiva en contra de la Nación con relación a las mercancías depositadas en las aduanas con ocasión del trámite de nacionalización de las mismas; pero de tal responsabilidad queda eximida, de comprobarse cualquiera de las circunstancias exculpativas contempladas en el mismo precepto. Y precisamente el Personero de la Nación en la primera instancia alegó una de ellas: la fuerza mayor o caso fortuito.

3. Antes de dilucidar si las mercancías perecieron o no por efecto de la alegada fuerza mayor debe determinarse si realmente fueron entregadas a la Aduana de Buenaventura, y al respecto hay que anotar que tal entrega aparece plenamente comprobada con la serie de documentos emanados de la misma Aduana y las declaraciones de testigos que tuvo en cuenta el Tribunal al dar por establecido este hecho. De tales elementos probatorios aparece que del vapor "Elbe" llegado el 5 de agosto de 1957 fueron desembarcadas las siguientes mercancías: para la Distribuidora Lucky Strike & Kool Ltda., de Bogotá, 400 bultos de parafina refinada con peso de 20.000 kilos y un valor de US$ 3.651.70; para la Fábrica de Jabones Rosemberg Hnos. e Hijos Ltda., de Bogotá, 100 bultos de azul ultramarino puro con un peso de 5 toneladas y un valor de US$ 1.619.98; y para "Vicente Giraldo G., Sucesores", de Armenia, 150 bultos de azul de ultramar puro, con peso de 7.500 kilos y un valor de US$ 2.426.72.

4. La destrucción de esas mercancías dentro de las dependencias aduaneras resulta plenamente establecida con los documentos originarios de las mismas dependencias oficiales examinados por el Tribunal, a saber las actas de "repeso, averías o saqueos". También con las copias de los manifiestos de Aduana que fueron presentados para su nacionalización, en los cuales se da cuenta de una "avería total" de los artículos importados.

5. El Fiscal del Tribunal, como ya se dijo, alegó fuerza mayor o caso fortuito, consistente, según afirma, en que las mercancías se destruyeron en un incendio producido por un rayo. Expresó que ésto aparecía comprobado tanto con la confesión hecha por el apoderado de la entidad demandante en el libelo, como por "el parte de auxilios" del cuerpo de bomberos voluntarios de Buenaventura, presentado con el mismo libelo.

6. Los apartes de la demanda relacionados con el incendio rezan así: "7º El día 7 de agosto de 1957 siendo aproximadamente las 10 y media p. m. cayó un rayo y a las 11 y media de la noche se presentó un incendio en la bodega número 8 de las Aduanas de Buenaventura que provocó cuantiosas pérdidas y que destruyó las mercancías importadas por Vicente Giraldo G. y Sucesores, Rosemberg Hnos. e Hijos Ltda. y Distribuidora Lucky Strike y Kool Ltda. 8º Como causas posibles de este siniestro se atribuyen las siguientes: rayos, corto circuito, incendio ocasional. Se ha comprobado que en la bodega número 8 existió un terreno condicionado para la presentación del siniestro y que acusa una grave negligencia en el servicio y las seguridades aduaneras tales como la distribución de mercancías, defectuoso servicio de extinguidores, mala instalación eléctrica que tenía fusibles reforzados, carencia de un adecuado equipo de incendios, presencia de explosivos sin condiciones de seguridad. Sobre este tema en el acta de incendios consta lo siguiente: 'A la angustia de la falta de agua, se aumentó la falta de funcionamiento del equipo contra incendio que tiene el terminal, consistente en dos máquinas motobombas War La France, el cual a pesar de todos los esfuerzos realizados, no se logró hacerlo funcionar y succionar agua del mar' ".

Leídos con todo detenimiento tales apartes no puede afirmarse en realidad que en ellos el apoderado de la entidad demandante acepta que la destrucción de las mercancías ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito. Sin duda habla de un rayo que cayó una hora antes de producirse el incendio, y aunque no descarta la posibilidad de que tal rayo hubiera producido el siniestro, no afirma que haya sido su causa verdadera y única. Además, y es lo más importante, la referencia al rayo está íntimamente vinculada a la enumeración de una serie de irregularidades y negligencias en los servicios de almacenaje de la carga, por cuya virtud ni se podían prevenir in-

cendios, así fueran causados por rayos, ni, producidos éstos, podrían ser eficazmente combatidos. Imputa, pues, al Estado, custodio de las mercancías, lo que la doctrina ha llamado una culpa del servicio.

7. En cuanto al "parte de auxilio" del cuerpo de bomberos, las conclusiones que de él surgen son análogas. Dice así en lo pertinente: "Observaciones Generales. Se trató de un incendio en el terminal marítimo, localizado en el muelle número 8, sector Norte Occidental. Sus causas, difícil de determinar, aunque existe la creencia general, de que el incendio se produjo al caer un rayo de esa parte de la bodega. La labor de extinción se hizo difícil, por cuanto no había la presión de agua suficiente, fue necesario dar dos toques más de sirena para pedir más presión de agua, sin embargo, ante la angustia de no haber sido atendido el toque de sirena pidiendo más agua, fue indispensable que dos oficiales del Cuerpo de Bomberos Voluntarios, llegaran hasta la planta donde se encuentran las bombas, para solicitar más agua. Solamente a las dos y media de la madrugada se pudo apreciar que el agua había sido aumentada. Pero esa alegría no duró mucho porque entre las cuatro y media y cinco de la madrugada, cuando el fuego estaba prácticamente dominado, un funcionario de la planta del acueducto, de apellido Sanclemente, en presencia del señor administrador del puerto y de otros funcionarios oficiales, nos manifestó que solamente había agua por media hora más, siendo necesario dar una espera por lo menos de treinta minutos para esperar a que volvieran a cargar los tanques del acueducto para reiniciar el bombeo. A la angustia de la falta de agua, se aumentó la falta de funcionamiento del equipo contra incendios que tiene el terminal, consistente en dos máquinas moto-bombas War La France, el cual, a pesar de todos los esfuerzos realizados, no se logró hacerlo funcionar, y succionando agua de mar...".

8. Con relación a la fuerza mayor o caso fortuito liberador de responsabilidad, ha dicho la Corte lo que sigue, que fue transcrito en la sentencia del Tribunal:

"Ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual. La cuestión de la fuerza mayor no es cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) no ser imputable al deudor; b) no haber concurrido una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al incumplimiento contractual; c) ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor —dominado por el acontecimiento— en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad 'relativa') de ejecutar la obligación; d) haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trata, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización".

"Esos cuatro caracteres de la fuerza mayor liberatoria (o caso fortuito liberatorio, pues ya tiene establecido la doctrina que las dos expresiones son sinónimas) pueden reducirse, bien analizadas las cosas, a la noción de *imposibilidad de ejecución* que se subdivide en varios elementos; en el espacio, imposibilidad de ejecución propiamente dicha, y, en el tiempo, imposibilidad de prever y evitar el acontecimiento (Demogue, Tomo VI Nº 536). En efecto: la no imputabilidad (en sus dos manifestaciones: ausencia de culpa anterior y ausencia de culpa concomitante) constituye un requisito que en realidad queda absorbido por el de la irresistibilidad, que es la imposibilidad para el deudor de obrar de modo distinto a como ha obrado; y por su parte, la imprevisibilidad queda en la imposibilidad *absoluta de ejecutar,* que implica imposibilidad de prever y de evitar". (Casación, 5 de junio de 1935, G. J., T. XLII Nº 1897, pág. 54).

"Hay muchos hechos de la naturaleza de los expresados en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que sustentan por sí mismos los caracteres de fortuito y pueden ser obstáculo invencible para el cumplimiento de la obligación. El rayo y el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos, que avasallan el poder del hombre. Es difícil escapar a sus efectos aniquiladores y prever el fenómeno. Pero no son raros los casos de esta naturaleza que sea siempre y en todo supuesto causas de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor, a sabiendas, se embarca en una nave averiada, que zozobra y le hace perder lo que debe; temerariamente se expone a la acción de

sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación en su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor. Es que los caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad.

"De consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor".

"Por ende, en tanto que sea posible prever la realización de un evento susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y que este evento pueda evitarse con mediana inteligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitiría evitar encontrarse en semejante situación. El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de los animales, el daño de las cosas, etc., son hechos en general previsibles y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan incierto si dependen o no de culpa del deudor. Por consiguiente es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen la culpa. Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor está obligado a prevenir e impedir. Por ejemplo, el robo o el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No constituye caso fortuito sino probando que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso; como cuando se consuman por un asalto violento que domina la guardia suficiente con que se custodiaba la cosa. Pero cuando la causa del robo queda ignorada, cuando ni siquiera se conoce el autor, entonces no hay derecho a exculparse con el caso fortuito para librarse de la respectiva obligación. La presunción de culpa sigue pesando sobre el obligado". (Sent. Sala de Negocios Generales, 31 de agosto de 1942, G. J., T. LIV; 27 de noviembre de 1942, T. LV, pág. 166; Casación, 28 de abril de 1951, T. LXIX, pág. 555).

9. De conformidad con la anterior doctrina, para que la Nación hubiera quedado exonerada de la responsabilidad que le incumbe al tenor del artículo 55 del Código de Aduanas, no bastaba que las mercancías hubieran perecido en un incendio, sino que habría sido necesario que éste hubiera ocurrido como consecuencia de una fuerza mayor o caso fortuito. Pero ya se vio cómo el alegado por el señor Fiscal del Tribunal, la caída de un rayo, no quedó establecido con las probanzas que señaló. Debe añadirse que tampoco lo acreditan los testigos que depusieron en la primera instancia a solicitud del apoderado de la sociedad demandante, pues ninguno de ellos, al referirse a las circunstancias del incendio, afirma categóricamente que fue causado por un rayo, y apenas sí mencionan tal meteoro como una mera suposición.

10. Estuvo, pues, bien rechazada por el Tribunal *a quo* la excepción de fuerza mayor o caso fortuito.

11. El aseguro de las mercancías por la compañía demandante a favor de los comerciantes importadores, realizado a través de la Federación de Cafeteros, aparece plenamente establecido con los diversos documentos que al respecto tuvo en cuenta el Tribunal.

12. Las sumas pagadas por la compañía demandante a sus cedentes corresponde a las que resultan tener en los documentos empleados para su nacionalización.

13. El Tribunal no accedió a hacer el pronunciamiento formulado en la tercera súplica de la demanda, y para abstenerse a considerar este particular basta tener en cuenta que la sociedad demandante no apeló.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confírmase la sentencia apelada.

Sin costas.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

PERDIDAS DE MERCANCIAS ALMACENADAS EN BODEGAS OFICIALES.

De conformidad con el artículo 55 del Código de Aduanas, tal como quedó modificado por el 2º del Decreto 630 de marzo 10 de 1942, "salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal, su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

En consecuencia si aparece comprobado que la Aduana recibió, pero luego no entregó, las seis válvulas cuya valor pagó la sociedad demandante, como aseguradora, a la sociedad importadora, prosperará la acción. Pero la falta de prueba de cualquiera de los tres aludidos fundamentos producirá, naturalmente, la absolución de la Nación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 22 de noviembre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la "Maritime Insurance Company Limited", sociedad extranjera con negocios en el país, contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla de 10 de julio de 1962, vino a esta Corporación el presente juicio ordinario, promovido por la citada sociedad contra la Nación.

En la referida providencia el Tribunal no accedió a condenar a la Nación al pago impetrado en el libelo, de los perjuicios sufridos por la sociedad "Comercial Limitada Ferretería Colda", de Barranquilla, derivados de la pérdida en las dependencias de la Aduana de dicho puerto de seis válvulas de hierro para agua, parte de un cargamento traído en el vapor "Colombia" para esa ferretería y que había sido despachado por la casa exportadora "H. A. Aslett & Co.", de New York. "Maritime Insurance Comp.", demandó como cesionaria de la "Comercial Limitada Ferretería Colda", a la que había pagado, como aseguradora, el valor de las válvulas que la Aduana, luego de concluído el proceso legal de nacionalización, dejó de entregarle.

De conformidad con el artículo 55 del Código de Aduanas, tal como quedó modificado por el 2º del Decreto 630 de marzo 10 de 1942, "salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal, su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

En consecuencia si aparece comprobado que la Aduana recibió, pero luego no entregó, las seis válvulas cuyo valor pagó la sociedad demandante, como aseguradora, a la sociedad importadora, prosperará la acción. Pero la falta de prueba de cualquiera de los tres aludidos fundamentos producirá, naturalmente, la absolución de la Nación.

La compañía demandante considera que el recibo de las válvulas por la Aduana y su no entrega posterior a los importadores, está plenamente acreditada con los siguientes documentos:

a) Certificado de la Secretaría de la Aduana de Barranquilla respecto a los informes rendidos por el bodeguero del almacén número 8, el "chequeador" encargado del patio número 5 y el almacenista general de la Aduana;

b) Ejemplar del comprobante de "rentas por cobrar" en que consta haberse pagado los impuestos liquidados al manifiesto 8095;

c) Ejemplar debidamente autenticado del manifiesto 8095, por el que se nacionalizó un cargamento de 20 bultos contentivos de varios artículos, entre ellos válvulas de hierro para agua, y al que se le liquidaron impuestos por cantidad igual a la que aparece pagada en el comprobante de rentas antes mencionado;

d) Copia al carbón y en papel común de lo que parece ser la factura consular acompañada al manifiesto, con la impronta de un sello de caucho que dice: "Consulado de Colombia - Nueva York";

e) Ejemplar de una copia, con leyendas al carbón poco visibles, de un conocimiento de embarque;

f) Ejemplar de la copia de una factura comercial pasada por H. A. Astlett & Co. de New York a "Comercial Limitada Ferretería Colda", de Barranquilla, sobre un cargamento de válvulas de hierro para agua y otros artículos, iguales a los relacionados en el manifiesto número 8095;

g) Certificado del administrador de la Aduana de Barranquilla sobre el hecho de haberse cancelado el sobordo del vapor "Colombia", que desembarcó las válvulas.

Pero si de estas probanzas puede inferirse que la Aduana recibió del barco transportador un cargamento de válvulas, no puede concluírse de ellas, sin embargo, que luego hubiera dejado de entregar las seis unidades del mismo cargamento a que se refiere la demanda.

Es evidente que ni de la factura consular, ni del conocimiento de embarque ni de la factura privada puede deducirse nada respecto a no entrega por la Aduana de determinados artículos relacionados en esos documentos, pues ellos no tienen como finalidad probar cosa alguna a ese respecto. El manifiesto y el comprobante de rentas sí podrían, en cambio, revelar algo. Pero no en casos como el de estudio, en que la pérdida de la mercancía ocurrió con posterioridad a las diligencias de nacionalización y sólo se cayó en la cuenta de ella al momento del retiro de las mercancías, luego de liquidados y de pagados los impuestos. Por este motivo en el manifiesto se hizo liquidación sobre la totalidad de las mercancías declaradas, y aparece constancia en él de que el cargamento fue recibido completo.

Las únicas probanzas que hablan de la pérdida de las seis válvulas es la proveniente de la secretaría de la Aduana, que confiere autenticidad a los informes del funcionario encargado de la bodega número 8, del "chequeador" encargado del patio número 5 y del jefe de almacenes. Ahora bien: prescindiendo de la consideración del valor que pueda atribuírse a tales informes sobre hechos de que en gran parte queda constancia en actuaciones escritas, es lo cierto que en el presente caso nada puede establecer, dado que aparece una clara contradicción, puesta de manifiesto por el Fiscal del Tribunal *a quo*, entre lo que dice el bodeguero con vista "en el libro de relación de mercancías" y lo que afirma el jefe de almacenes: aquél manifiesta que el cargamento de que hacían parte las válvulas supuestamente perdidas "fue recibido por la Aduana sin observaciones, y se entregó en las mismas condiciones", mientras que éste hace una relación de circunstancias de las que resulta que a la Ferretería Colda dejaron de entregársele seis válvulas. Pero no hay motivo para preferir un informe al otro. La plena prueba de la no entrega de las seis válvulas la habría suministrado la "orden de entrega" en la que tiene que estar la constancia que debió dejar el importador sobre los artículos no entregados por la Aduana; pero tal documento no fue allegado a los autos.

Si, pues, no se ha establecido la no entrega por parte de la Aduana, de las seis válvulas a que alude la demanda, de donde habría surgido la obligación de indemnizar al importador de dichos artículos, es por demás palmario que tampoco tiene por qué indemnizar cosa alguna a la compañía demandante, cuyas pretensiones se fundan en el hecho de haber pagado como aseguradora el valor de unos artículos que la Aduana habría dejado de entregar a su dueño. Huelga por lo mismo, entrar a considerar si en esta segunda instancia se completó la prueba de la legitimación en causa activa de la sociedad demandante, deficiencia probatoria sobre la cual el Tribunal fundó su sentencia absolutoria.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confírmase la sentencia apelada.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO. CUESTIONES INCIDENTALES Y CUESTIONES DE FONDO EN RELACION CON EL DESISTIMIENTO DE LA PROPUESTA DE CONTRATO. INTERESES JURIDICOS DE LA NACION Y DE LOS PARTICULARES EN ESTA CLASE DE ACCIONES.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

Para denegar la solicitud presentada por el actor, en el sentido de declarar terminado este juicio por desistimiento de la propuesta de contrato, esta Sala expuso los siguientes motivos: "(. . .) Las cuestiones incidentales que surgen durante la tramitación o desarrollo del proceso, si bien aparecen por lo general relacionadas con el tema básico del litigio, no pueden con todo llegar a confundirse con él; están destinadas a influír generalmente en la solución de mérito, pero no han de referirse a la cuestión que es materia de la pretensión procesal pues ésta debe ser resuelta en la sentencia. La existencia de la propuesta de contrato está en este caso estrechamente ligada a la cuestión de fondo, como que constituye uno de los hechos fundamentales de la demanda y se vincula al interés en obrar que tenga el demandante. Sobre la incidencia que su retiro o abandono pueda tener en la pretensión procesal debe resolverse en el fallo definitivo, no por la vía de un incidente anterior a ese fallo. La misma figura '*sustracción de materia*', como la denomina el demandante, sobre la cual hubiera de recaer la decisión judicial está indicando que se trata de una cuestión atinente a esa decisión, y no a una resolución anterior de carácter incidental".

El recurrente expresa, por su parte: "La acción ordinaria a que se refiere el artículo 2º del ya mencionado Decreto 3050 de 1956, no suspende la tramitación de la propuesta, solamente puede intentarse dentro del término de un año contado desde la publicación del extracto y debe contener necesariamente dos peticiones: la de declaración de dominio privado del subsuelo y la de la consiguiente exclusión en la propuesta. Y según lo ha dicho la honorable Sala en su auto de 5 de julio, materia del recurso, 'la existencia de la propuesta se vincula al interés en obrar que tenga el demandante'. Al dejar de existir la propuesta, el demandante puede desistir de la acción y pedir que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban para colocarse, por lo menos, en igualdad de condiciones con los propietarios de tierras ubicadas dentro de la extinguida propuesta, que no ejercieron el derecho de demandar".

Se entiende por interés jurídico la utilidad actual o inmediata que pueda derivar el demandante de la declaración de certeza que se solicita del órgano jurisdiccional, consistente en el reconocimiento de un derecho o en el esclarecimiento de una situación jurídica dudosa u obscura. La Corte ha dicho que "la acción declarativa, para que sea procedente, requiere ante todo que el demandante tenga un interés actual en la pronta constatación judicial de su derecho, la cual se realiza, generalmente, mediante la presencia simultánea de tres condiciones: a) Que la sentencia de declaración sea la única adecuada y necesaria para evitar el peligro de incertidumbre en el derecho del actor (. . .); b) Que la sentencia de declaración sea la única adecuada y necesaria para evitar el peligro de incertidumbre en el derecho del actor, y que esta incertidumbre sea de tal naturaleza que suscite temores reales sobre la seguridad de ese derecho; c) Que no sea factible entablar acciones distintas a la declarativa, debido a las dificultades que se opongan a ello" (Casación, 2 de abril de 1936, XLIII, 759).

En materia de hidrocarburos no puede realmente hablarse de obscuridad o duda, y menos del desconocimiento del derecho del demandante, mientras el Ministerio de Minas y Petróleos no

haya aceptado propuesta de un tercero para su exploración y explotación. La duda sobre los derechos de aquél no sobreviene sino en el momento en que, mediante la actuación administrativa que precede al juicio, el Gobierno admite la propuesta. Por eso la acción judicial se entiende condicionada a la existencia de una propuesta que haya sido aceptada regularmente, la que por este motivo viene a ser la causa ocasional de la acción y se vincula a la cuestión de fondo, ya que sin dicha aceptación no habría interés alguno en perseguir la afirmación de un derecho que nadie niega ni pone en duda.

Pero es claro que cuando una propuesta para la exploración y explotación de hidrocarburos ha sido admitida por el Gobierno, respecto de los petróleos subyacentes dentro de su perímetro se configura para el dueño del terreno un interés en obrar, pues que en tal caso, desde luego que el Estado, por medio del Ministerio del Ramo, acepta la propuesta que un tercero presenta para que contrate con él la exploración y explotación de los yacimientos, implícitamente está poniendo en duda que sean del dominio particular o privado, esto es, la eficacia del título alegado por el demandante para amparar su propiedad; duda que ciertamente no depende de la ocasional circunstancia de que se haya formulado una propuesta de contrato al Ministerio de Minas y Petróleos, sino que surge del desconocimiento formal del título en que el actor funda su derecho de propiedad contra el Estado, implícito en la admisión de la propuesta y en la posterior oposición a las pretensiones formuladas en juicio por el demandante. Y la acción en este caso no puede reputarse que sólo sea de exclusión de unos bienes del contrato propuesto al Estado, sino que fundamentalmente supone la declaración de propiedad privada de esos bienes, por lo cual el interés del actor no se limita a que se prescinda del contrato, sino que se extiende al reconocimiento del derecho de dominio con el fin de excluír la posibilidad de esta especie de convenios con el Estado sobre el inmueble objeto de la demanda; interés que tampoco es exclusivo del demandante sino que comprende también al Estado, para que se aclare y defina la situación jurídica de bienes que él reputa como de su propiedad, y que se ve obscurecida mediante la acción intentada, teniendo en cuenta principalmente que el Estado está favorecido, frente a los particulares, con una presunción de dominio que exige ser desvirtuada con las pruebas que la ley señala, por lo cual no puede desconocérsele el interés jurídico que alega para que cuando quiera que una litis se ha trabado entre él y los particulares sobre la propiedad de una porción de territorio la cuestión se decida en sentencia definitiva. Tanto como a los particulares la claridad de los títulos que alegan en apoyo de su derecho, al Estado le interesa que se defina de una vez la situación jurídica de tierras que aquéllos reclamen como de propiedad privada, por lo cual una vez trabada la relación jurídica procesal no es posible admitir el desistimiento condicional de la acción sino con la anuencia del representante de la Nación, ya que ésta tiene un interés legítimo inmediato en la correspondiente declaración de certeza, porque la ley la presume dueña de las tierras comprendidas dentro del perímetro de su territorio y la acción de propiedad privada que se intentase encamina a demostrar lo contrario. No parece discutible, por ello, que, para la Nación, no se ha perdido el interés en obtener la declaración por el sólo hecho de que haya desaparecido la *causa ocasional* del litigio, sino que por el contrario subsiste en el momento de la sentencia, puesto que el hecho fundamental que dio lugar al conflicto de intereses que reclama solución judicial, o sea, la *causa jurídica* de la acción —la legitimidad del título— subsiste a pesar del desistimiento de la propuesta, hecho este extraño a la voluntad de las partes.

Por las razones enunciadas, la Sala deniega la reposición del auto objeto del recurso.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

EMBARGO PREVENTIVO CONTRA ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO COMO LOS DEPARTAMENTOS O LOS MUNICIPIOS.

Las hipótesis previstas en el numeral 2º del artículo 274 del Código Judicial no pueden predicarse, jurídicamente, ni de los departamentos ni de los municipios. Dentro del juicio ejecutivo correspondiente, no hay obstáculo para que se embarguen bienes de tales entidades, en cantidad suficiente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 26 de noviembre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado del doctor Alejandro Burgaleta ha interpuesto el recurso de reposición contra el auto de veinticinco del mes de julio pasado, en virtud del cual se revocó el embargo preventivo decretado contra el Departamento del Chocó, por el Tribunal de Quibdó como medida precautelativa, para asegurar el pago del pagaré presentado como título ejecutivo por el valor de ciento cincuenta mil pesos.

Para fundar la reposición demandada, el apoderado argumenta así:

"El artículo 274 del Código Judicial requiere, entre otros requisitos, para que prospere la acción preventiva que el acreedor afirme que el deudor de algún modo trata de eludir el pago. Basta la aseveración del acreedor, sin prueba alguna, para que los funcionarios jurisdiccionales tengan como demostrada una o algunas de las circunstancias previstas en el numeral 2 del artículo 274".

En ninguna parte del auto protestado se ha exigido que el demandante *pruebe* que el deudor trata de eludir el pago, pues el fundamento de tal providencia consiste en algo sustancialmente distinto al mero elemento probatorio o a la simple afirmación del acreedor, como que allí se sustentó la tesis de que el artículo 274 del Código Judicial no es aplicable a las entidades de derecho público, porque las hipótesis previstas en el numeral 2º no pueden predicarse, jurídicamente, ni de los departamentos ni de los municipios, que no pueden ocultarse, ni ausentarse de su sede; ni tampoco tienen negocios que pudieran conducirlos a una situación de quiebra o mediante maniobras fraudulentas evadir el pago.

Tampoco puede aceptarse que el verbo *eludir*, usado en el numeral 2º del artículo 274 del Código Judicial, signifique simplemente mora o aplazamiento del pago de la deuda, sino que debe tomarse en sentido restricto, en cuanto implica el uso de determinadas maniobras fraudulentas para evadir el pago, porque así lo dice el primer inciso del artículo comentado, cuando dispone que, para el cumplimiento de una obligación personal, puede pedirse el secuestro de bienes muebles o el mero embargo de inmuebles al presunto demandado, "*en cantidad suficiente para seguridad del pago, a fin de que el juicio no sea ilusorio en sus efectos*", es decir, para evitar que el deudor sustraiga fraudulentamente los bienes de su patrimonio con la dolosa intención de dejar insolutos los créditos y baldíos los procedimientos judiciales de ejecución; y si esto es posible en relación con las personas de derecho privado, no ocurre lo propio con los entes públicos, sujetos al cumplimiento de requisitos, formalidades y de especiales reglamentaciones en la disposición de bienes muebles e inmuebles, con la intervención de varios funcionarios y corporaciones, que hacen del todo imposible los actos fraudulentos en perjuicio de sus reales y legítimos acreedores.

Como antes se ha dicho, la doctrina sustentada en la anterior providencia como en la presente, solamente se refiere a las entidades de derecho público, mas no a las personas particulares, según parece entenderlo el apoderado de la parte ejecutante; porque las medidas preventivas contra las últimas, prosperarán cuando el acreedor

afirme que el deudor trata de eludir el pago, en la forma antes explicada, pues no basta la simple mora en el cumplimiento de la obligación para demandar el embargo preventivo de los bienes del obligado.

Si bien, respecto de las entidades de derecho público, no prospera el embargo preventivo, por las razones antes expuestas, no por esto se ha negado la acción ejecutiva contra la entidad morosa; y en consecuencia, dentro del respectivo juicio, podrán embargarse bienes en cantidad suficiente para satisfacer la obligación pendiente o insatisfecha, para garantizar los legítimos derechos de los acreedores de los municipios y departamentos.

Por los motivos expuestos, no se repone el auto protestado por el apoderado del ejecutante.

Como el Gobernador del Chocó no ha constituído apoderado, para notificarle esta providencia, se comisiona al Tribunal Superior de Quibdó, con tres días de término, para cuyo fin se librará el correspondiente despacho.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION SOBRE DOMINIO PRIVADO DEL SUBSUELO PETROLIFERO. REQUISITOS PARA LA PROSPERIDAD DE ESTA CLASE DE ACCIONES. LA PRUEBA PERICIAL Y LA DETERMINACION DE LOS PREDIOS.

Desestimación de la acción por cuanto no se estableció uno de sus fundamentos esenciales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 29 de noviembre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

El apoderado que constituyó Emilia Samper de Ortega, vecina de esta ciudad, demandó ante esta Sala a la Nación para que, previo el trámite de un juicio ordinario de única instancia, se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que el globo de terreno de propiedad de mi mandante, determinado en el hecho primero de esta demanda, por su ubicación, extensión superficiaria y linderos, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de varios títulos emanados del Estado y de la justa prescripción por explotación económica de las tierras".

"*Segunda.* Que en consecuencia tanto el suelo como el subsuelo del globo de terreno determinado en el hecho primero de esta demanda, por su ubicación, extensión y linderos, y de manera especial el petróleo, gases, hidrocarburos y demás minerales o substancias que se hallen en el subsuelo de dicho globo de terreno son de propiedad de mi poderdante la señora Emilia Samper de Ortega".

"*Tercera.* Que, por consiguiente, el subsuelo del referido globo de terreno y de manera especial el petróleo, gases y demás hidrocarburos y substancias que se encuentren en dicho subsuelo pueden explotarse como de propiedad privada de la señora Emilia Samper de Ortega y su exploración y explotación no pueden adelantarse por la Texas Petroleum Company, solicitante de la propuesta número 871 (Usaquén) de que se habla más adelante, ni por ninguna otra persona natural o jurídica distinta de la señora Emilia Samper de Ortega".

"*Cuarta.* Que en el evento de que ya se hubiere celebrado por la Nación con la Texas Petroleum Company contrato de exploración y explotación del petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del mencionado globo de terreno como si fuesen de propiedad nacional, por hallarse éste ubicado dentro del perímetro de la propuesta número 871 (Usaquén), dicho contrato debe declararse terminado en lo referente al subsuelo petrolífero del globo de terreno objeto de esta demanda, conforme lo dispone el inciso tercero del artículo 2º del Decreto 3050 de 1956".

Como fundamentos de hecho expuso los siguientes:

"Primero. Mi poderdante, la señora Emilia Samper de Ortega es actual propietaria y poseedora inscrita de un predio rural denominado 'Torca', ubicado en jurisdicción de los Municipios de Chía y antiguo Municipio de Usaquén, hoy Distrito Especial de Bogotá, Departamento de Cundinamarca, comprendido dentro de los siguientes linderos:

"Por el Norte, en toda su extensión con la hacienda de 'Fusca', de propiedad de la sociedad de responsabilidad limitada que gira con la razón social de 'Tamayo Londoño Hermanos Limitada'; por el Occidente, con terrenos que fueron antes de propiedad de los herederos o sucesores de don Pedro Ignacio Castro y hoy forman la hacienda de 'Santiago' de propiedad de las señoras Olga Kopp de Samper, Elsa Kopp de Pombo y Beatriz Kopp de Gómez; por el Sur, con terrenos que fueron también antes de propiedad de los herederos o sucesores del señor Pedro Ignacio Castro y con la finca antiguamente llamada 'la Carolina' y hoy, en parte,

con la citada hacienda de 'Santiago' hasta la carretera que existe hoy por la antigua vía del Ferrocarril Central del Norte, y en otra parte, de la citada carretera al Oriente, hasta la carretera Central del Norte, con el camino público que une esas dos carreteras, y por último de la carretera Central del Norte, al Oriente, con las fincas de 'Betania o 'Monteliévano' de propiedad del señor Antonio Sefair y 'Monita' de propiedad de Reinhard Kling, y por el Oriente, con las fincas denominadas 'Gabriel' y 'Márquez' ".

"Segundo. La tradición del dominio del globo de terreno de que trata el hecho anterior, cuyo suelo y subsuelo es de propiedad de mi poderdante, mediante una cadena comprobada de títulos, se remonta desde la señora Emilia Samper de Ortega hasta las personas que lo adquirieron antes del 28 de octubre de 1873 en virtud de títulos emanados del Estado y de la prescripción adquisitiva".

"Tercero. El Ministerio de Minas y Petróleos por medio de la Resolución número 400 de 21 de abril de 1958 admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional registrada bajo el número 871 (Usaquén) formulada por la Texas Petroleum Company, el día 17 de agosto de 1956, sobre un globo de terreno de 49.996 hectáreas con 3.000 metros cuadrados, ubicado en jurisdicción de los Municipios de la Calera, Guasca, Sopó, Cajicá, Chía y Cota, en el Departamento de Cundinamarca, y Usaquén, Engativá y Suba, hoy Distrito Especial de Bogotá, y comprendido dentro de los siguientes linderos: '...' (aquí ellos).

"Cuarto. Los terrenos de que trata el hecho primero de esta demanda salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 octubre de 1873, por virtud de numerosos actos jurídicos, que son la causa legal del derecho de mi mandante sobre el subsuelo del citado predio, ya que constituyen títulos originarios o emanados del Estado y pruebas de explotación económica de tales terrenos con muchos años de anterioridad a la reserva del subsuelo por parte del Estado".

"Quinto. El globo de terreno mencionado cuyo suelo y subsuelo es de propiedad de mi mandante está comprendido dentro del área de la propuesta número 871 (Usaquén) de la Texas Petroleum Company, cuyo perímetro se superpone a él".

"Sexto. El globo de terreno mencionado, cuyo suelo y subsuelo pertenecen a la señora Emilia Samper de Ortega, está claramente determinado en los títulos de adquisición y es determinable sobre el terreno".

Sobre derecho expuso:

"En derecho fundo esta demanda en los artículos 5, 34, 36 y concordantes del Decreto 1056 de 1956 (Código de Petróleos) 2º del Decreto extraordinario número 3050 de 1956 y demás disposiciones concordantes de las Leyes 37 de 1931, 160 de 1936, 11 de 1953 y sus decretos reglamentarios; en las legislaciones colonial española, Código de Indias y Reales Cédulas sobre la materia, así como en las Leyes de 11 de octubre de 1821, 70 de 1866 y Código Fiscal de 1873, artículos 669, 673 y concordantes del Código Civil, 1º de la Ley 50 de 1936, 734, siguientes y concordantes del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes".

De conformidad con el Código de Petróleos, para que acciones como la presente prosperen se requiere la comprobación de los siguientes fundamentos: que el demandante es propietario actual del predio; que éste salió del patrimonio del Estado en forma legal con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que se encuentra comprendido dentro de los linderos de la propuesta hecha al Gobierno y aceptada por éste para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional. No acreditándose, por tanto, cualquiera de estos tres fundamentos la acción deberá ser rechazada.

A la segunda comprobación se llega mediante la verificación de que el predio coincide con los terrenos descritos en los documentos presentados para justificar su salida del patrimonio nacional, o que se encuentra comprendido en todo o en parte dentro de ellos; siempre que, desde luego, tales documentos sean de los que efectivamente acrediten esa salida. Bastará, pues, que falte esa identificación para que el fundamento resulte fallido.

Durante la inspección ocular practicada durante el término probatorio se identificó debidamente el predio objeto de la demanda, pero ningún intento se hizo por verificar si correspondía a las tierras dadas en merced a diversas personas durante la época colonial según los documentos que en copia autenticada del Archivo Nacional presentó el apoderado de la actora. Esta verificación quedó exclusivamente a cargo de los peritos, de conformidad con lo ordenado al respecto por el Juez que por comisión de la Sala practicó la vista de ojos, no obstante que ella se había decretado también para intentar

esa comprobación. En la diligencia en referencia estuvo presente el apoderado de la actora y aceptó la determinación del juez.

Los títulos cuyos datos los peritos trataron de localizar sobre el terreno son los siguientes: a) la merced dada a Juan de Artieda en 1598, y b) la otorgada a Juan Muñoz de Collantes en 1549.

Las tierras mercedadas a Juan de Artieda aparecen descritas de la siguiente manera: "...en tierras del repartimiento de Chía, de mi encomienda, está un pedazo de tierra que habrá como dos estancias, la una de ganado mayor y la otra de pan y ganado menor que alinda con estancia de Joan de Silva Collantes, corriendo el camino real de esta ciudad a la ciudad de Tunja; e por el otro lado lindero del río entre la sierra y el dicho río, de la cual se me puede hacer merced para en ella sembrar para el sustento de mi mujer e hijos, que el llano corra de la falda de la sierra y el repartimiento de Sopó".

Y las concedidas a Muñoz de Collantes así: "...una estancia para ganado por mí, que se entiende desde el mogote redondo que está y lindero con la que era de Juan de Ortega que va prosiguiendo por la falda de la sierra adelante hasta los términos de Sopó, y por la una banda del río grande y por los páramos arriba y que corra por lo llano hacia la punta de Tuna para que en ella pudiese traer sus ganados de puercos y sembrar trigo y cebada, maíz, y otras semillas; y ansimismo vos vendí otra estancia para vacas de la otra banda del río de aquella parte de la sierra de Chía, junto a los capitanes llamados Tasuantiva y Ninnenquetiva que corra hacia los términos de Tenjo y Tabio, el valle arriba y abajo; e otrosí le dí un solar para adobes con tierra de una huerta junto al río de esta ciudad que es la primera yendo por el río abajo donde vos habeis fecho vuestros adobes, que me pedíades vos confirmase las dichas estancias de ganado de puercos e vacas y para sembrar, y el dicho solar de adobes; e por mí visto lo susodicho os dí la presente por la cual en nombre de su majestad e por virtud de los poderes que para ello tengo sin perjuicio de la corona real, indios ni otro tercero alguno confirmo y apruebo a vos el dicho capitán Juan Muñoz de Collantes las dichas estancias e solar de adobes e las datas e preveimientos que de ella se vos están hechos, e si es necesario vos lo doy e proveo de nuevo como a vecino poblador de este dicho Reino, las cuales dichas estancias de ganado e para sembrar tengan la cantidad or medida que en este Reino se acostumbran dar para semejantes estancias de ganado e para sembrar...".

La diligencia de medición de estos últimos terrenos reza: "En el valle de Chía, término y jurisdicción de la ciudad de Santafé, en veinte y tres días del mes de febrero de mil y quinientos y noventa y cuatro años, yo Francisco Ortiz de Mariaca, persona nombrada por el señor visitador para el medir de las estancias, medí una estancia de ganado mayor de las antiguas que fue proveída a Juan Muñoz de Collantes y al presente es de don Juan de Artieda... Medísela en la parte y lugar que dice su título estando presente el corregidor don Francisco de Rivadeneira y encomenzose a hacer la dicha medida desde una quebrada que parte los términos entre Tuna y Chía, llamada la dicha quebrada Upsía, la cual dicha quebrada sale de la sierra y del pie de la dicha sierra quedando por mojón la dicha quebrada que está más adelante de un mogote que está junto al camino real que es el que el título declara, y de la dicha quebrada le midieron sesenta cabuyas que son seis mil pasos por el llano abajo hacia la punta de Tuna, dejando la quebrada a mano derecha paró la última de las sesenta cabuyas de la una cuadra en un llano pantanoso de muchos sartenejales, doce cabuyas más abajo de la dicha punta de Tuna, en la propia derecera de ella y allí se hizo un mojón grande de céspedes y por no saber el nombre de aquella tierra por no estar allí indios de Tuna no se puso, y de este dicho mojón se volvió a la dicha quebrada adonde se comenzó a hacer la dicha medida parale medir otras sesenta cabuyas de otra cuadra por no se poder medir por la parte de abajo por ser tierra agra y pantanosa, y del dicho mojón se le fueron midiendo las otras sesenta cabuyas de la otra cuadra por el camino real adelante que va hacia Tunja, y paró la última de ellas al pie de un cerro pedregoso llamado Banzá que del pie del sale una quebrada que queda por mojón la punta del dicho cerro y quebrada, y con esto quedó medida y amojanada la dicha estancia en la manera que dicha es, la cual dicha medida no la he dado porque en el título que estaba esta dicha estancia había otra proveída a dicho Juan Muñoz de Collantes, la cual se ha medido en presencia de García de Toraya, que es la sucesiva después de esta. Y el dicho don Francisco lo firmó... Francisco Ortiz de Mariaca... Medida... En el valle de Chía y en Oguangatá, cinco días del mes de julio de mil y quinientos noventa y cuatro años, Francisco Ortiz de Mariaca, persona nombrada por el señor licenciado Miguel de Ibarra, del consejo del rey nuestro señor y su oidor de la Real Audiencia de este Nuevo Reino de Granada y visitador general del

partido y jurisdicción de la ciudad de Santafé para el medir de las estancias del dicho partido, por ante mí el presente escribano midió una estancia de ganado mayor antigua que fue proveída a Juan Muñoz de Collantes y al presente es de don Juan de Artieda; midiósele en la parte y lugar que dice en su título y comenzáronsele a medir las sesenta cabuyas que son seis mil pasos, desde una quebrada que está por bajo del pueblo de Guangatá, llamada la dicha quebrada Chigué, la cual quebrada es la que viene de Tabio, y de esta dicha quebrada donde entra otra quebrada que baja de hacia Tenjo llamada Chuato, y quedando por mojón la junta de estas dos dichas quebradas se le fue midiendo la cuadra por la dicha quebrada arriba llamada Chigué, y prosiguiendo con la dicha medida hubo hasta confrontar con el mojón del resguardo que se dio al dicho pueblo de Guangatá, mil y doscientos pesos (sic) poco más o menos, la cual dicha estancia pierde los dichos mil y doscientos pasos hasta llegar al otro resguardo que se dio hacia la sierra al dicho pueblo; y prosiguiendo con la dicha medida hubo hasta llegar al camino real que va de Mariquita a Tunja, veinte y cinco cabuyas y media, corriendo la dicha medida por el dicho camino real adelante paró la última de las dichas sesenta cabuyas en el dicho camino real en un sitio llamado Fosvita, adonde se hizo un mojón grande de céspedes, y frontero de este dicho mojón a la parte de la sierra está una piedra grande blanca, la cual dicha piedra está por encima del camino que baja a lo llano, el cual dicho camino es el que baja del portachuelo de Tabio llamado Histosuca, el cual dicho camino es el que baja hacia mano izquierda de dicho valle hacia la ramada de la estancia de doña Catalina Ciliceo; no se le midió otra cuadra por decir el dicho título, entre el dicho valle y la sierra; y porque de el dicho camino real a la dicha sierra parece no haber las dichas sesenta cabuyas, no se le midió y con esto se hizo la dicha medida en la forma y manera dicha, y el dicho Francisco Ortiz de Mariaca dijo que en esta dicha medida entraba toda la tierra que se le midió del camino real hacia las tierras de Chía a la estancia de don Francisco de Rivadeneira que el dicho Francisco Ortiz había medido; y asimismo declaró haber entrado en esta dicha medida dos estancias de pan y ganado menor, proveída la una al relator Lope de Rioja y la otra al capitán Rodrigo de Cárdenas que al presente eran de Francisco Durán y lo firmó...".

Tales son las tierras que los peritos debían localizar sobre el terreno y demostrar que comprendía en todo o en parte el predio de la demandante.

El dictamen de dichos peritos reza así en lo pertinente:

"...b) Que los terrenos materia de la demanda del presente juicio por su ubicación y linderos están comprendidos dentro de los diferentes actos y títulos contenidos en las pruebas presentadas y en los que se practiquen en la referida diligencia... Ubicar sobre el mapa del 'Instituto Geográfico de Colombia Agustín Codazzi' los linderos no ha resultado fácil, no sólo por la manera de definirlos al tenor de los documentos coloniales, sino por los cambios de nombres con el correr de los días... La ubicación ha exigido pues una gran labor, sobre diversos mapas, croquis y documentos... Entre los mapas consultados mencionaremos: a) Los mapas 228-IC, 228-III A, y 227-IV-B del año de 1946 del Instituto Codazzi... b) El mapa geográfico del Estado de Cundinamarca, levantado por el Coronel Agustín Codazzi, años de 1856 y 1858, el cual reposa en el archivo Histórico Nacional... c) La plancha de Bogotá (carta General) del año de 1962 del Instituto Codazzi... d) Numerosos mapas antiguos, concernientes a la Sabana de Bogotá, además de todos los planos y croquis, que se encuentran adjuntos en el expediente correspondiente, especialmente la fotoscopia del plano antiguo que está incorporado a juicio de María Francisca Restrepo Murillo contra la Nación... Cuando se dibujó sobre la plancha de Bogotá los linderos se tomaron como derroteros los siguientes:... a) El camino Real que de Santa Fé conduce a Tunja... b) El filo de la cuchilla que es el lindero del Municipio de Sopó con los de Chía y Usaquén... c) El Río Grande o Río de Bogotá... d) El cerro de Suba, dentro del cual figura la punta del Tuna... El Mogote redondo, junto al camino de Tunja, que hemos identificado como el actual cerro de Torca... f) El cerro pedregoso de Banza situado también a la orilla del camino de Tunja, que identificamos como el actual cerro de Buazá o Guanza. Como es obvio los precitados accidentes son de empleo frecuente, en la descripción de linderos coloniales, ya que a los agrimensores de aquellas épocas le resultaban de esa forma, linderos fijados por la mayor objetividad y claridad posibles... No obstante las dificultades que hemos reseñado, los peritos creemos que los linderos dibujados sobre la plancha de Bogotá tienen un aceptable grado de certidumbre, no sólo por la ubicación, orientación y distancia entre ellos sino por la descripción de la topografía en los Títulos Coloniales que coincide con la

actual... Hacemos especial atención al hecho de que el croquis citado en el expediente número 210, propuesta número 871 de la Texas Petroleum Company y que figura en el folio 38 de este expediente, presenta una serie de puntos arcifinios como: la estancia de la Punta, las Tierras del Noviciado, de Fusca y Tibavita, la punta del Tuna, la estancia del alto de Tuna, Cama Vieja, y las casas de Fusca y los caminos, que van al pueblo de Suba, y el de Santa Fe a Tunja; el cerro de Suba, que permanecen en su denominación y situación iguales en la fecha... La descripción de las zonas ciénagas también es un hecho que aún podemos constatar con gran claridad y precisión y en esta zona... Con relación a la merced de Juan de Artieda, dada el 14 de octubre de 1598 por Francisco de Sande al tenor de lo relatado en el documento que aparece en la página 22 reverso, cuaderno 3 de este expediente, deducimos que los linderos medidos según el acta siguiente, tienen un grado de aproximación que nos da suficiente claridad y responsabilidad para ubicarlo sobre el mapa anexo, según las siguientes relaciones:... '(aquí sigue la diligencia de medición de 23 de febrero de 1594, que ya se transcribió en la página 6 de la sentencia)' ... Aclaramos que las distancias anteriormente citadas, a pesar de la vaguedad de los sitios entre los cuales se hicieron, concuerdan aproximadamente con los planos actuales y que para hallar la equivalencia de una cabuya se consultó el libro de Luis E. Páez Courvel 'Historia de las medidas agrarias antiguas' página 50, publicado en el año de 1940. En él encontramos que la cabuya equivale a 100 pasos o sea que las sesenta cabuyas citadas en la medición equivalen a 6.000 pasos y a éstos 4.080 metros lineales. (Sistema métrico decimal)... Al analizar el título de la merced concedida a Juan Muñoz de Collantes dada por Miguel Díaz de Armedarez al 20 de octubre de 1549 según consta en el folio 19 del presente expediente observamos que existe correlación entre lo descrito, a continuación y lo ubicado sobre el mapa anexo... 'El licenciado Miguel Díaz de Armendarez, Juez de residencia y Gobernador por su majestad en éste Nuevo Reino y otras gobernaciones a él comarcanas. Por cuanto vos el Capitán Juan Muñoz de Collantes, vecino de ésta ciudad de Santa Fé me habéis hecho relación diciendo que a vos se os ha sido dada una estancia para ganado por mí, que se entiende desde el mogote redondo que está y lindero con la era de don Juan de Ortega que va prosiguiendo por la falda de la sierra adelante hasta los términos de Sopó, y por la una banda del Río Grande y por los páramos arriba y que corra por lo llano hacia la punta de Tuna para que en ella pudiese traer sus ganados de puercos y sembrar trigo, y cebada, maíz y otras semillas'... Asi mismo queremos hacer mención que las dos mercedes descritas figuran dos puntos comunes que son:... El mogote redondo situado junto al camino Real que identificamos los peritos como el actual cerro de Torca y la punta de Tuna en un extremo del cerro de Suba, los cuales nos definen una vecindad entre las dos mercedes... En el folio 17, al cuaderno 3 se lee que el título de la merced de Don Juan de Artieda describe terrenos que 'Don Juan de Artieda, digo: que soy casado con hija y nieta de conquistadores de esta tierra y tengo hijos, y asi mismo y he servido al Rey nuestro señor en lo que se ha ofrecido e nunca se me ha dado ninguna estancia para en ella criar ganados e sembrar; y en tierras del repartimiento de Chía, de mi encomienda, está un pedazo de tierra que habrá como dos estancias, la una de ganado mayor y la otra de pan y ganado menor que alinda con estancia de Joan de Silva Collantes corriendo el camino Real de esta ciudad a la ciudad de Tunja; e por el otro lado lindero el río entre la sierra y el dicho río, de la cual se me puede hacer merced para en ella sembrar para el sustento de mi mujer y hijos, que el llano corra de la falda de la sierra y el repartimiento de Sopó'... En base de lo anterior podemos los peritos concluír con los terrenos que actualmente pertenecen a la hacienda de Torca de propiedad de la señora Emilia Samper de Ortega, pertenecieron a mercedes que el Estado concedió en tiempos coloniales a particulares... c) Que los terrenos a que se refiere la demanda del presente juicio han sido explotados económicamente desde tiempo inmemorial y con varios años de anterioridad al 28 de octubre de 1873... En la inspección ocular se pudo establecer por las personas que intervinieron que la Hacienda de Torca ha sido y lo está, explotada económicamente, puesto que existen instalaciones vetustas para explotación de la ganadería y de la agricultura, que aún son aprovechadas para éstos fines. La lectura del expediente nos informa que esta zona, desde los tiempos coloniales, ha sido aprovechada para cultivos y cría de ganado, lo cual también se está cumpliendo en la actualidad...''.

La primera observación que cabe hacerles es la ya insinuada antes, a saber, que los peritos, pues salvo en lo tocante a la identificación de la finca objeto de la demanda, que fue hecha durante la inspección ocular, actuaron en lo de-

más con entera independencia de dicha diligencia, y así procedieron a identificar, pero ni siquiera en el terreno, sino en diversos mapas y en especial en uno del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", en el que hicieron demarcaciones en tinta roja, de algunos de los puntos arcifinios mencionados en los documentos coloniales antes transcritos. Pero ya ha dicho la Sala en varias oportunidades que el actuar los peritos con prescindencia de los datos comprobados en la inspección ocular le resta valor al dictamen.

En segundo lugar, no bastaba que los peritos identificaran o dieran por existentes determinados accidentes geográficos, tales como el filo de la cuchilla que separa al actual Municipio de Sopó de los de Usaquén y Chía, el Río Grande o de Bogotá, el cerro de Suba, la punta de Tuna, el mogote redondo junto al camino de Tunja, el cerro de Banza. Lo importante y necesario era el poder situar sobre el terreno las tierras objeto de las mercedes y que como consecuencia de ello el predio de la demandante resultara comprendido en todo o en parte dentro de esas tierras; pero esto no lo han hecho, como resulta de la atenta lectura del dictamen. Y tan cierto es ésto, que en el mapa del Instituto "Agustín Codazzi" a que se ha hecho referencia, no pudieron dibujar el perímetro de las mercedes, ni han afirmado —lo que es bien significativo— cuál de dichas dos mercedes es la que cubre la actual finca "Torca", o si ambas. Como bien dice el señor Procurador Delegado, los puntos principales citados por los peritos y localizados en el mapa aparecen colocados en línea recta de Norte a Sur, dividiendo la finca en dos. En el mapa unieron tales puntos con una línea, pero no hicieron el menor intento de tratar de hacer un cerramiento; de suerte que a lo sumo puede admitirse que indicaron un lindero de las mercedes, acaso común a ambas, y nada más. Pero ésto dista muchísimo de constituír la localización, así sea en un mapa, de las tierras mercedadas a Artieda y a Muñoz Collantes. Esas tierras, como es obvio, estaban delimitadas por polígonos, y es del todo imposible reconstruírlos con base en una sola de sus líneas componentes.

Finalmente cabe transcribir lo que anota el señor Procurador Delegado en uno de los pasajes de su vista: "A pesar del verdadero esfuerzo realizado por los peritos para ubicar los linderos de las mercedes se deja entrever de la redacción de su dictamen el signo de posibilidad, de aproximación, pero en ningún caso la afirmación absoluta, la certeza. Es natural que hayan procedido en esta forma por cuanto ninguno de los puntos arcifinios en que se basaron puede afirmarse que correspondan a los descritos en los apartes anteriores. Así tenemos que el pueblo de Tuna colindante con el de Chía, la quebrada de Upsia, el mogote, el camino real que conduce a Tunja y el cerro de Banza no fueron identificados".

De todo lo dicho resulta que no se ha establecido que la finca "Torca" corresponda en todo o en parte a las tierras mercedadas a Juan de Artieda y a Muñoz Collantes. O lo que es lo mismo, no se ha comprobado que salieron del patrimonio del Estado en virtud de esas adjudicaciones. En consecuencia resulta que no se ha establecido uno de los fundamentos esenciales de la acción incoada, lo cual es suficiente para su desestimación.

No está de más destacar que la afirmación de los peritos, de que el predio de la demandante está comprendido dentro de los linderos de la propuesta 871, carece de toda fundamentación.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Declárase infundada la oposición presentada por la señora Emilia Samper de Ortega a la propuesta número 871 formulada por la Texas Petroleum Company, y en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. CONCURRENCIA DE CULPAS. REGULACION DE INDEMNIZACIONES.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 29 de noviembre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

I. El representante de los actores "obrando en su carácter de apoderado judicial de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, que formaron don Benjamín León Herrera y doña Bárbara Moncada y de su heredero Alejandrino León...", demandó en juicio ordinario al Departamento de Antioquia con el objeto de que en la sentencia definitiva, se hicieran estas declaraciones y condenas:

"1º Que el Departamento de Antioquia, como propietario que es de la empresa de transporte denominada 'Ferrocarril de Antioquia' es responsable, y, por lo tanto, debe pagar todos los perjuicios materiales causados a mis mandantes, sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Benjamín León H. y de doña Bárbara moncada (sic) con motivo del accidente ferroviario ocurrido el 6 de febrero último (1943), en el kilómetro 50 de la línea del ferrocarril mencionada, en el punto denominado 'La Maní' del Distrito de Amagá entre las estaciones 'Minas' y 'Amagá', en la sección del Cauca, Segunda División, y que dio por resultado la muerte del cónyuge don Benjamín León H.

"2º Que el Departamento de Antioquia, como dueño y empresario del Ferrocarril del mismo nombre debe pagar a la misma sociedad conyugal la suma de tres mil pesos ($ 3.000) como valor de los perjuicios morales sufridos por ella debido a la muerte de don Benjamín León, ocurrido en el mismo paraje y día indicados en la petición primera.

"3º Que como consecuencia de la primera petición le suplico se sirva condenar a la misma entidad a pagar a dicha sociedad la suma de siete mil pesos ($ 7.000), valor de los perjuicios materiales sufridos por ella, en que los estimo.

"En subsidio, le suplico condenar a la entidad de derecho público Departamento de Antioquia, dueña de la empresa de transportes denominada Ferrocarril de Antioquia a pagar a la misma sociedad conyugal disuelta e ilíquida de don Benjamín León H. y Bárbara Moncada la cantidad que se fije por peritos durante este juicio o en otro distinto como valor de los perjuicios materiales y morales sufridos por dicha sociedad por la muerte de don Benjamín León H.

"En subsidio, pido igualmente sea condenada la misma entidad Departamento de Antioquia, a pagar a la sociedad conyugal que formaron don Benjamín León H. y doña Bárbara Moncada, disuelta e ilíquida y a la sucesión de don Benjamín León H., representada por sus herederos Benjamín, Alejandro, Abelardo, Marcojulio, Roberto, Arturo y Vitalino León Moncada, la cual también se encuentra ilíquida, la suma de siete mil pesos ($ 7.000) por concepto de perjuicios materiales y de tres mil pesos ($ 3.000) por concepto de perjuicios morales causados a dichas entidades por el accidente ferroviario ocurrido en el punto, día, mes, año y hora ya indicados.

"Mas en subsidio, suplico condenar a la entidad Departamento de Antioquia, a pagar a la sociedad conyugal y sucesión ilíquida antes indicadas las sumas que por peritos se asigne en este juicio o en otro distinto, por concepto de perjuicios materiales y morales causados por el accidente ferroviario de que tantas veces se ha hablado, y que dió por resultado la muerte de don Benjamín León H.".

Posteriormente, el mismo abogado obrando "en su carácter de apoderado de la señora Bárbara Moncada de León, y de los señores Alejandrino, Benjamín, Abelardo, Marco Julio, Roberto, Arturo y Vitalino León Moncada, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 208 de la Ley 105 de 1931...", corrigió la primitiva demanda para suplicar, como principales, las siguientes declaraciones:

"a) Que el Departamento de Antioquia, como propietario que es de la empresa de transportes denominada Ferrocarril de Antioquia, es responsable, y, por lo tanto debe pagar todos los perjuicios materiales y morales causados a los señores Benjamín, Alejandrino, Abelardo, Marco Julio, Roberto, Arturo y Vitalino León Moncada por motivo del accidente ferroviario ocurrido el 6 de febrero último (1943), en el kilómetro 50 de la línea del Ferrocarril mencionado, en el punto denominado 'La Maní' del Distrito de Amagá entre las estaciones 'Minas' y 'Amagá', en la sección del Cauca, segunda división, y que dió por resultado la muerte de su padre señor don Benjamín León Herrera, y, como consecuencia, le suplico se sirva condenar a la expresada entidad pagar a los mencionados señores la suma de diez mil pesos ($ 10.000) moneda legal, así tres mil pesos ($ 3.000) por los perjuicios morales y siete mil pesos ($ 7.000) por los materiales sufridos por ellos.

"Las súplicas marcadas con los numerales 1º, 2º y 3º del primitivo libelo de demanda, se deben tener como primeras subsidiarias, quedando igualmente en firme las subsidiarias subsiguientes".

Los hechos en los cuales fundó las súplicas transcritas, en síntesis y de acuerdo con las enmiendas hechas en la demanda corregida, son los siguientes:

"1º Doña Bárbara Moncada y sus hijos Benjamín, Alejandrino, Abelardo, Marco Julio, Roberto, Arturo y Vitalino León Moncada, me han conferido poder para que a nombre de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que la primera formó con don Benjamín León y a nombre de la sucesión ilíquida de don Benjamín León Herrera, demande a la entidad de derecho público, Departamento de Antioquia por la muerte de su esposo y padre ocurrida el 10 de febrero último, debido a un accidente ferroviario en el kilómetro 50, entre las estaciones denominadas 'Minas' y 'Amagá', en el paraje o vereda 'La Maní de las Casas', el 6 del mismo mes".

En los hechos 2, 3 y 4 se refiere al matrimonio de Benjamín León Herrera con Bárbara Moncada; a los siete hijos que nacieron del matrimonio y a la disolución de la sociedad conyugal por la muerte del primero de los nombrados, ocurrida el 10 de febrero de 1943.

En el 5º menciona el accidente de que fue víctima Benjamín León Herrera, en las circunstancias ya narradas en el hecho primero, con la adición de la apertura del juicio de sucesión del causante León Herrera, según auto de 19 de mayo de 1943 del Juez del Circuito de Titiribí, en el cual fueron reconocidos como herederos Benjamín, Alejandrino, Abelardo, Marco Julio, Arturo, Roberto y Vitalino León Moncada.

6º "Según se me ha informado, de fuentes fidedignas, el señor Pedro Pablo Vélez maquinista que dirigía la locomotora, en el momento de ocurrir el accidente que dió por resultado la lesión de don Benjamín, es un individuo que ha acostumbrado siempre dirigir las locomotoras a una velocidad exagerada, demasiado descuidado e imprudente en el manejo de éllas y que el día en que ocurrió el accidente ferroviario de que he venido hablando, avanzaba a una velocidad desmedida e irreglamentaria.

"Séptimo. Era tan exagerada la velocidad de la locomotora que el director de élla, no pudo detenerla para evitar el accidente ferroviario sino después de haber recorrido aproximadamente una cuadra del lugar en donde recibió el golpe el esposo y padre de mis poderdantes, hasta tal punto de haber arrojado al señor León cinco metros del punto en donde se encontraba hacia un terraplén.

"Octavo. Dado el punto en donde ocurrió el accidente, la composición y localización del terreno, el maquinista señor Vélez pudo perfectamente ver a unas dos cuadras aproximadamente cuando don Benjamín iba arriando una vaca de la carrilera hacia su propiedad, habiéndolo atropellado a una distancia de media cuadra de donde empieza una recta que existe en ese punto".

9º "La compañía del Ferrocarril de Amagá, por medio de la escritura número 1733 de 2 de octubre de 1923, corrida por ante el señor Notario 2º del Circuito de Medellín, compró unas fajas o zonas de terreno con todas sus mejoras, situadas en el paraje 'La Maní' en el Distrito de Amagá, en los kilómetros 50 y 51 del trazado definitivo de la misma entidad, y bajo la letra d) de la cláusula décima, se obligó a cercar por ambos lados las fajas de terreno y a sostener en buen estado a perpetuidad y a su costa estos cercos en toda su extensión. Tales cercos serán de seis hilos de alambre de púas con estacones de buenas maderas colocados a una distancia de dos metros, hasta donde lo permita la naturaleza del terreno".

En los hechos 10 y 11 el apoderado enumera las obligaciones que contrajo la compañía compradora de la zona para mantenerla cerrada con cercos y, especial, la de "que en todo tiempo queda el ferrocarril de Amagá con la obligación

de responder al Banco Sucre a los sucesores en la propiedad de la finca 'La Maní' de todos los perjuicios que provengan del ferrocarril, o de sus empleados de acuerdo con las disposiciones legales vigentes''.

12. ''En virtud de la ordenanza 8 de 30 de marzo de 1917 de este Departamento, el señor Gobernador procedió a comprar las acciones de la sociedad anónima denominada 'Compañía del Ferrocarril de Amagá' para el Departamento de Antioquia, y reunidas las diez mil acciones integrantes, procedió a declararla disuelta y a nombrar como liquidador al doctor Juan de Dios Vásquez, de la referida Compañía de Amagá, por medio de la escritura número 795 de 4 de marzo de 1927 de la Notaría 2ª del Circuito de Medellín. En la cláusula cuarta y en la letra a) dijo: 'Por haber obtenido en plena propiedad el Departamento de Antioquia todas las acciones que constituían la Compañía del Ferrocarril de Amagá, ésta ha quedado disuelta...' ''.

13. ''Bajo la cláusula segunda de la escritura número 795, preindicada se expuso: 'Que en virtud de esa adquisición de todas las acciones de la Compañía del Ferrocarril de Amagá, el Departamento se ha substituído a la referida compañía en todos los derechos y obligaciones del contrato o contratos en que la compañía, por una parte, y el Gobierno y cualesquiera otras personas o entidades, por la otra'. Y bajo la tercera, se expresó: Que como tal sucesor de la compañía del Ferrocarril de Amagá, el Departamento de Antioquia está en la obligación de cumplir con las prescripciones legales pertinentes en cuanto a la disolución y liquidación de la indicada sociedad anónima de que es sucesor''.

En el hecho 12 bis de la primitiva demanda afirma que el causante León Herrera fue dueño del terreno nominado La Maní, por las lindes que describe, el cual adquirió en virtud de los contratos de compraventa citados en los hechos 13 bis y 14 del citado libelo, con lo cual pone de manifiesto la calidad de sucesor mediato de León Herrera en relación con el Banco Sucre.

En el hecho 15 hace alusión a que el Departamento de Antioquia, por la compra de las acciones de la antigua compañía, se hizo dueño del Ferrocarril de Amagá, ''con todas sus obligaciones incorporadas en escrituras y títulos anteriores''.

Según el hecho 16, el predio de la sucesión de Benjamín León Herrera linda con la ''línea del ferrocarril''; en el 17 alude al incumplimiento del ''Ferrocarril de Antioquia'' de las obligaciones contraídas para la conservación de las cercas, que no fueron reparadas no obstante los reclamos hechos por los interesados, de acuerdo con la narración contenida en los hechos 18 y 19.

20. ''El incumplimiento por parte del Ferrocarril de Antioquia, de sus dependientes en el sostenimiento de las cercas, la velocidad imprudente e irreglamentaria que llevaba la locomotora el 6 de febrero último dirigida por el maquinista Pedro Pablo Vélez, el descuido, la negligencia y la imprudencia de los empleados del Ferrocarril, fueron la causa determinante y única de la muerte del esposo y padre de mis poderdantes señores don Bejamín León, ya que si el Ferrocarril hubiese cumplido sus elementales obligaciones necesariamente el semoviente de propiedad de don Benjamín no se habría salido a la línea férrea, y por ende, su propietario no hubiese sido víctima del accidente que le causó la muerte''.

En derecho invocó los artículos: ''1494, 1604, 1613, 1614, 1602, 1008, 1155, 1615, 1616, 2342, 2343 y con especialidad en los artículos 2341, 2347 y 2356 de nuestro ordenamiento civil'', según palabras textuales; además cita el artículo 8º de la Ley 76 de 1920, el cual inserta así: '' Es obligación de toda empresa de Ferrocarril mantener la vía debidamente cercada, a uno y a otro lado, salvo los pactos especiales con los colindantes. La falta de cumplimiento de esta disposición impone a la respectiva empresa la obligación de resarcir los daños y perjuicios consiguientes a la infracción' ''.

II. Corrido el traslado de rigor al fiscal del Tribunal, contestó el primitivo libelo negando los hechos fundamentales alegados por la parte actora; aun cuando respecto del decimoséptimo, que trata de la obligación que tiene el Ferrocarril de Antioquia de conservar los cercos, propone la excepción de prescripción; y en cuanto concierne al vigésimo, dice: ''No es cierto. Si sucedió el hecho que motiva la presente acción, todo ello fue por causa única y exclusiva del señor Benjamín León, quien, no obstante su avanzada edad y defectos auditivos que padecía, se aventuró a transitar por la vía férrea con el fin de arrear una vaca que se encontraba en la carrilera. Culpa exclusiva de la víctima''.

El Fiscal terminó así: ''De conformidad con la anterior contestación, en la que niego los hechos y el derecho, me opongo a las declaraciones pedidas, y propongo las excepciones siguientes: a) Falta de legitimación en la causa en la parte actora, o sea falta de personería sustantiva de la parte demandante; b) falta de legitimación en la causa en la parte demandada, o sea falta de

personería sustantiva del demandado; c) indebida acumulación de responsabilidades, y d) todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. Y por último, culpa de la víctima".

En el escrito por medio del cual dió respuesta a la corrección de la demanda, el fiscal ratificó sus anteriores conceptos, así: "Niego las razones de derecho, me opongo a las declaraciones pedidas y reitero las excepciones propuestas al contestar el primer libelo".

III. Conviene destacar dos apartes del alegato de conclusión de la parte actora, que dicen así:

"En mi carácter de demandante, por tratarse de una culpa contractual, no estaba en la obligación de suministrar la prueba, sino de presentar el contrato y alegar su incumplimiento, en armonía con los principios consagrados en nuestra jurisprudencia y de acuerdo con los mejores tratadistas de derecho civil. Así se ve que el doctor Juan José Anilzaga, catedrático de la Facultad de Derecho de Montevideo, al tratar de la responsabilidad contractual dice: 'El que acusa a la contraparte por no haber cumplido con las cláusulas de algún contrato, no tiene que probar absolutamente nada, tiene que presentar el contrato y alegar su incumplimiento. De manera que se presume la falta de cumplimiento de la otra parte y es ésta la que tiene que probar, o bien que ha cumplido con lo estipulado en el contrato, o bien que no ha cumplido por haber mediado fuerza mayor o caso fortuito, o encontrarse dentro de algunas de las excepciones expresamente establecidas por la ley' ".

"La excepción indicada en la letra c) por el demandado, es decir, 'la indebida acumulación de responsabilidades', no aparece en parte alguna establecida en los autos. Del contexto de mi libelo de demanda y con especialidad de las disposiciones en que la apoyé, se desprende que la acción iniciada fue la de una responsabilidad contractual y no aquiliana. Estúdiese los artículos 1494, 1604, 1613, 1602, 2341, 2347 y 2356 de nuestro ordenamiento civil, y artículo 8º de la Ley 76 de 1920, y se verá que lo que se persigue es la indemnización de perjuicios causados por una culpa contractual". (Fs. 34, C. Nº 1º).

IV. El Gobernador del Departamento, en el alegato de conclusión, expone:

"No he podido explicarme la táctica empleada por el distinguido apoderado de los demandantes: Las peticiones que hace en su demanda primitiva de 17 de abril de 1941 están diciendo, por cuanto demanda para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida León-Moncada y para los herederos de aquél, que la acción tiene por base la culpa contractual; pero al reformar su libelo por memorial del 2 de septiembre del año citado, en el que ya pide, como súplica principal, que las declaraciones se hagan no ya en favor de los representantes de la sociedad conyugal y de la sucesión, sino en favor personal de los mismos, esto es sin que se tenga en mira la calidad de representantes de aquellas entidades, está diciendo que la acción tiene por causa la culpa extracontractual. No obstante lo anterior, en el alegato de conclusión, el señor apoderado es expreso al rechazar, como base de la acción, la culpa extracontractual, cuando dice que la excepción de la indebida acumulación de responsabilidades no aparece establecida, por cuanto del contexto de su libelo de desprende que 'la acción iniciada fue la de una responsabilidad contractual y no aquiliana' y que 'lo que se persigue es la indemnización de perjuicios causados por culpa contractual' y con base en esta culpa solicita que sea interpretada su demanda. Para mí, esta precisión del señor apoderado para definir cuál culpa es la que basamenta la demanda, está poniendo de presente la excepción de petición de modo indebido, que solicito sea reconocida en la sentencia si es que no se acepta alguna otra de las excepciones perentorias y definitivas que se propusieron al contestar la demanda". (Fs. 36 a 36vto. ib.).

Con fundamento en este antecedente, el Gobernador propone la excepción de "ilegitimidad de la personería de la parte demandada", por cuanto no ha traído a los autos la escritura de liquidación de la antigua Compañía del Ferrocarril de Amagá; por otra parte, el Decreto número 24 de 4 de marzo de 1927, sobre administración del Ferrocarril de Amagá, "no puede tener la virtud de constituír título escriturario y, además, porque si lo tuviere, ese decreto se trajo de una manera informal, por lo cual fue rechazado como prueba".

Sobre la hipótesis de que se trata de una culpa contractual, alega la falta de causalidad "entre la omisión de unos cercos y el accidente de que fue víctima el señor León".

No halla tampoco la prueba de la capacidad productiva del extinto Benjamín León, ni que hubiese "sostenido a los actores"; además de "que ninguno de estos dos hechos fueron expuestos en la demanda como hechos jurídicos fundamentales de la acción"; y al efecto, cita la doctrina contenida en la sentencia de 30 de septiembre de 1935, publicada en el Tomo XLIII de la *Gaceta Judicial*, página 141.

V. En la sentencia de 16 de marzo de 1946, el Tribunal de Medellín, tomando como base de la acción ejercitada la responsabilidad extracontractual de la parte demandada, expuso:

"Por lo que se deja dicho, en el accidente concurrieron circunstancias de culpabilidad, tanto por parte de los dependientes de la empresa encargada de la conducción del tren, como por parte de la víctima. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, dice el artículo 2357 del Código Civil. Para determinar el monto de los perjuicios a que habrá de condenarse al Departamento, se tendrá en cuenta esta concurrencia de culpas".

Como no encontró prueba alguna que demostrara el daño material causado a los actores con la muerte de Benjamín León Herrera, solamente condenó a pagar al Departamento los perjuicios morales y, teniendo en cuenta la concurrencia de culpas, falló el litigio así:

"1º No están probadas las excepciones propuestas.

"2º Condénase al Departamento de Antioquia a pagar por concepto de perjuicios morales sufridos por los demandantes por la muerte del señor Benjamín León Herrera, las siguientes sumas: a la señora Bárbara Moncada viuda de León, quinientos pesos ($ 500.00) moneda legal, y a cada uno de Benjamín, Abelardo, Alejandrino, Marco Julio, Roberto, Arturo y Vitalino León Moncada, la suma de cincuenta pesos ($ 50.00) moneda legal.

"3º No se hacen las demás declaraciones suplicadas".

Apelada esta sentencia por ambas partes, esta Sala, en providencia de fecha 15 de octubre de 1948, resolvió que se pusiera en conocimiento de los demandantes la causal de nulidad en que se había incurrido por indebida representación; y cumplidas las notificaciones personales á los actores, por auto de fecha 20 de febrero de 1963 se dió por ratificada la actuación en este juicio, el cual se notificó al Gobernador el primero de marzo de este año, mediante comisión impartida al Tribunal Superior de Medellín.

VI. Ratificada, pues la actuación, ha llegado el momento de decidir este litigio mediante la correspondiente sentencia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

a) Es evidente que el apoderado de la parte actora, desde la primitiva demanda, no ha sido lo suficientemente exacto o preciso en la determinación de la acción, porque, en el primer libelo, si bien demanda a nombre de la sucesión, en ejercicio de la responsabilidad contractual, en las disposiciones de derecho invoca los artículos 2341 y siguientes del Código Civil que reglamentan la extracontractual y, además, transcribe apartes de la sentencia de fecha 20 de junio de 1941 de la Sala de Casación de la Corte relacionada con un litigio sobre responsabilidad de esta última especie. (G. J. Tomo LI, pág. 299).

En la corrección de la demanda, las súplicas las hace en nombre de sus mandantes, en forma directa y personal, para configurar la responsabilidad extracontractual, prescindiendo así de la contractual, trasmitida por el causante a sus herederos, mientras que en la otra el derecho a la indemnización nace directamente en la persona de los damnificados por el delito causado o cuasidelito o culpa; sin embargo, en el alegato de conclusión de primera instancia, el mismo apoderado insiste en sostener que ha ejercitado la acción sobre culpa contractual.

b) Si se tiene en cuenta que en la corrección de la demanda se ejercitó la acción a nombre propio de las personas allí enumeradas; que la petición principal configura una responsabilidad extracontractual y que las del libelo primitivo, suplicadas bajo la base de una responsabilidad contractual, se dejaron como subsidiarias, debe decidirse en primer término sobre la extracontractual, porque dada la súplica y los hechos, calificar la naturaleza de la acción, como cuestión de derecho, corresponde al juzgador; y luego, porque la relación jurídico-procesal entre las partes no puede modificarse con lo expuesto en el alegato de conclusión, que no es medio adecuado ni oportuno para modificar la demanda. (Art. 208 C. J.).

c) Se ha objetado también que el apoderado de la parte actora ha acumulado dos acciones incompatibles, como la indemnización por perjuicios contractuales, por un lado, y por otro la fundada en la culpa extracontractual; sin embargo, propiamente no existe contradicción o incompatibilidad entre las dos acciones, sino que no puede por el mismo hecho o acto, obtenerse una doble indemnización en obedecimiento al principio de "nom bis in idem"; porque existen casos en que, como el presente, la indemnización de los perjuicios puede fundarse en una u otra fuente, y según le convenga al demandante y de acuerdo con los medios de prueba de que disponga, elegir la que estime más adecuada para obtener la reparación de los perjuicios causados.

Además, según lo expuesto antes, la dificultad resulta puramente teórica en este caso, pues, en virtud de la corrección de la demanda, la

indemnización con fundamento en la culpa extracontractual se formuló como petición principal, a la par que la contractual quedó enmarcada dentro de las subsidiarias y, por tanto, aun considerándolas incompatibles, se cumple a cabalidad con los requisitos previstos en el artículo 209, ordinal 3º del Código Judicial.

VII. Se procede, pues, a estudiar los elementos que integran la responsabilidad extracontractual en cuanto atañe al accidente de tránsito imputado al Departamento de Antioquia.

a) La primera cuestión que surge, puesta en duda por la entidad demandada, atañe a la propiedad del ferrocarril en el sector de Amagá, porque, se dice, la antigua compañía o empresa no aparece que se haya liquidado en forma legal, para que, mediante la adjudicación de regla, el Departamento de Antioquia hubiese asumido el carácter de propietario.

La objeción propuesta realmente carece de todo fundamento, si se consideran los siguientes antecedentes:

De acuerdo con la ordenanza número 8 de 30 de marzo de 1917, la Asamblea del Departamento de Antioquia autorizó "al Gobernador para que, de acuerdo con la Junta Directiva del Ferrocarril de Antioquia, cuando lo estime conveniente, técnica y económicamente, adquiera para el Departamento la propiedad del Ferrocarril de Amagá, en todo o en parte, substituyéndose proporcionalmente, el Departamento a la Compañía empresaria en los derechos y obligaciones procedentes del contrato o contratos entre la Compañía, por una parte, y el Gobierno y cualesquiera otras personas o entidades por la otra".

El general Pedro J. Berrío, en su calidad de Gobernador del Departamento, en la escritura pública número 795 de 4 de marzo de 1927, pasada ante el Notario 2º de Medellín, declaró que, en cumplimiento a lo dispuesto en la citada ordenanza, se había adquirido la totalidad de las acciones de la sociedad anónima denominada "Compañía del Ferrocarril de Amagá", agregando en la cláusula segunda, que en virtud de tal adquisición, "el Departamento se ha sustituído a la referida compañía en todos los derechos y obligaciones procedentes del contrato o contratos entre la Compañía, por una parte, y el Gobierno y cualesquiera otras personas o entidades, por la otra".

En el mismo instrumento, en la cláusula cuarta, el Gobernador declara: "a) Por haber obtenido en plena propiedad el Departamento de Antioquia, todas las acciones que constituían la 'Compañía del Ferrocarril de Amagá', ésta ha quedado disuelta"; en consecuencia, el Departamento adquirió la propiedad del ferrocarril por ministerio de la ley, sin necesidad de que se hubiese hecho una posterior liquidación y adjudicación de los haberes de la compañía disuelta.

Por otra parte, la omisión de la posterior liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad disuelta, tanto por activa como por pasiva, si necesaria o conveniente entre las partes, no puede oponerse en este caso a terceros, porque equivaldría a aprovecharse de la propia culpa o descuido, con evidente desconocimiento del principio según el cual 'nemo auditur propiam turpitudin em allegans'.

Un servicio público no siempre debe reglamentarse ni organizarse por escritura pública, sino mediante los actos administrativos conducentes, expedidos por la autoridad competente en forma de decretos o de resoluciones, los cuales conservarán su plena validez y vigencia en relación con terceros, aun cuando en este caso, no se hubiese llevado a efecto la liquidación y adjudicación de bienes de la disuelta Compañía del Ferrocarril de Amagá.

Finalmente, como se verá más adelante, los empleados del ferrocarril en el sector de Amagá aparecen como dependientes del de Antioquia.

b) Con el objeto de establecer la culpa de la parte demandada, no con fundamento en la contractual, sino en la civil o extracontractual, conviene determinar los *deberes legales* impuestos a las empresas de transporte por ferrocarril entre otras, en la Ley 76 de 1920, que dispone:

"Artículo 1º Los ferrocarriles de cualquiera clase construídos en Colombia estarán sujetos a las prescripciones de la presente ley y de los decretos reglamentarios que el Gobierno dicte en su desarrollo.

"Artículo 2º Es prohibido a los particulares introducirse o estacionarse en la vía de un ferrocarril, situarse en las estaciones a una distancia de los rieles menor de dos metros, ocupar la zona con animales, depósitos de carga o cualesquiera otros objetos, embarazar de otra manera el libre tránsito de los trenes, transitar por los puentes destinados exclusivamente al servicio de las empresas férreas, y tocar las agujas de las palancas de los apartaderos y los demás elementos que sirvan para comunicar señales.

"

"Artículo 8º Es obligación de toda empresa de ferrocarril mantener la vía debidamente cer-

cada, a uno y otro lado, salvo los pactos especiales con los colindantes. La falta de cumplimiento de esta disposición impone a la respectiva empresa la obligación de resarcir los daños y perjuicios consiguientes a la infracción.

"... ... ...

"La infracción de las disposiciones contenidas en este artículo será castigada con multas sucesivas de diez a doscientos pesos, que impondrá el Gobierno, aparte de responder, en cada caso, de los daños y perjuicios que se causen por la omisión.

"... ... ...

"Artículo 26. Las empresas férreas están obligadas:

"... ... ...

"e) A indemnizar los daños que se causen a las personas que vayan en los trenes o estén en las inmediaciones de las vías, motivados por descuidos, omisiones o impericias de tales empleados".

c) En cuanto a los elementos de hecho se tiene que está demostrada la mala conservación de los cercos que separaban, en la fecha del accidente, las propiedades particulares de la zona de la vía férrea, lo cual hizo posible que una vaca de propiedad del difunto Benjamín León hubiese penetrado a la dicha zona, de la cual fue a sacarla momentos antes de ser arrollado por el tren de pasajeros que hacía el recorrido ordinario y a la hora acostumbrada.

Según las declaraciones recibidas o ratificadas en primera instancia, se deduce que el accidente se efectuó en una recta, pues en el acta de la diligencia de inspección ocular, practicada extrajuicio, se lee:

"Del punto en la carrilera que nos señalaron como el lugar en donde fue atropellado el señor Benjamín León por la locomotora hay aproximadamente una cuadra y media en recta hacia la estación 'Minas'. Es decir, la locomotora o el tren atropelló al señor Benjamín León en una recta de una cuadra y media más o menos, es decir, teniendo en cuenta que el lugar que nos señalaron los señores León en donde había sido atropellado su padre sea ese en realidad. Consideramos que el maquinista sí pudo haber visto al señor Benjamín León a más o menos una cuadra y media aproximadamente".

Ramón Bernal, en la declaración rendida antes del juicio y ratificada dentro del término legal, en la segunda respuesta dice: "es verdad, me consta directa y personalmente, pues lo vi, que el día seis de febrero último, como a eso de las ocho u ocho y media de la mañana, en el kilómetro 50 del Ferrocarril de Antioquia, entre las estaciones 'Minas' y 'Amagá', en el paraje llamado 'Maní de las Casas', de la finca de don Benjamín León salió hacia la carrilera del Ferrocarril una vaca de color blanco, horra, de regular estatura (sic), la que salía de la mencionada finca, por cercos que pertenecen al Ferrocarril, y detrás de ella iba don Benjamín León en actitud de volverla a su predio".

También este mismo testigo declara sobre el mal estado de las cercas que separaban la zona de la vía férrea de las propiedades particulares.

El testigo Bernardo Quintero, en la fecha antes indicada, vio la vaca de propiedad de Benjamín León en la carrilera, a la cual trató de devolver hacia el potrero.

El secretario del departamento legal del Ferrocarril de Antioquia, expidió la siguiente copia del parte o informe rendido por el respectivo empleado de la empresa:

"Me permito informar a usted sobre el accidente ocurrido al señor Benjamín León, el día 6 del presente mes a las 8.30 a. m. El señor León se encontraba transitando por la carrilera cerca al kilómetro 50 entre las estaciones Minas y Amagá, cuando la locomotora número 46 con el tren de pasajeros se acercaba al lugar indicado, el señor León se metió dentro de la carrilera a espantar una vaca. Cuando el maquinista a poca distancia lo vio, le pitó varias veces, pero al notar que no se retiraba aplicó el freno de emergencia y no obstante estas maniobras, siempre cogió al señor León, causándole la fractura de una pierna, una herida en el abdomen y otra en la cabeza. El herido fue recogido por el mismo tren y llevado a la estación de Amagá, donde fue atendido por el médico oficial de dicho lugar y enviado ese mismo día en el tren mixto al hospital del Ferrocarril, donde murió ayer 10, como al medio día. La tripulación del tren se componía del maquinista Pedro P. Vélez, fogonero Antonio Ramírez, ayudante Manuel Martínez, conductor Roberto Cuartas, guardia Francisco E. Gómez, freneros Benedicto Abad, Azarías Jiménez, además iba el duardia (sic) Deptal. Rogelio Alvarez. Estos testigos informan que el señor León era un poco sordo".

Según certificación de la Auditoría del Ferrocarril de Antioquia, la empresa pagó varias indemnizaciones por la muerte de animales ocasionada por accidentes de tránsito en la vía férrea.

En cuanto concierne a la actividad de Benjamín León o por qué se ocasionó el accidente,

las causas no aparecen del todo claras, porque si el conductor del tren pudo verlo a una distancia de más o menos cien metros, la misma posibilidad existía para la víctima; sin embargo, permaneció en la carrilera o a tan poca distancia de ella que la locomotora lo arrolló a su paso, no obstante las señales de alarma del maquinista; por tanto, si la víctima no evitó el accidente con un poco de actividad, indudablemente padecía de una sordera de alguna consideración que no le permitió oír el pito ni el ruido producido por los carros del tren.

En consecuencia, si a la empresa del Ferrocarril de Antioquia se le imputa el descuido en el mantenimiento de los cercos, para seguridad de las personas y de los semovientes, también hay que reconocer que la víctima obró con bastante imprudencia, porque si sus órganos estaban sanos, debió oír las señales de alarma, que percibieron varios testigos a alguna distancia; y, en caso contrario, tomar todas las precauciones del caso, tanto más que conocía el horario del movimiento de los trenes en el sector del siniestro aledaño a su residencia.

Existiendo un concurso de culpas, de acuerdo con el artículo 2357 del Código Civil, el juzgador podrá regular la indemnización de los perjuicios, que en este caso se reducen a los morales, porque en cuanto atañe a los materiales no se ha presentado prueba alguna para establecerlos ni menos para determinar la cuantía, ya que los ocasionados por el delito o culpa deben ser ciertos, actuales, personales, determinados o determinables. Como los morales tampoco pueden ser determinados en forma precisa, se ha ocurrido, como así lo hace el Tribunal, a dar aplicación al artículo 95 del Código Penal, que permite fijarlos hasta en la cantidad de dos mil pesos, regulados en la sentencia en quinientos pesos para la cónyuge y en cincuenta pesos para cada uno de los hijos; que la Sala estima demasiado moderados, aun cuando se tenga en cuenta el concurso de culpas; y de ahí que se fije la suma de mil pesos para la viuda y la de quinientos para cada uno de sus hijos, para acomodarlos a la equidad y a los nexos de familia que los ligaba con la víctima del accidente ferroviario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Condénase al Departamento de Antioquia a pagar dentro del plazo de sesenta días a contar de la ejecutoria de esta sentencia, por concepto de indemnización de perjuicios morales por la muerte de Benjamín León Herrera, la suma de mil pesos a la cónyuge Bárbara Moncada viuda de León o a quien sus derechos represente, y la de quinientos pesos a cada uno de sus hijos, o sea, a Benjamín, Abelardo, Alejandrino, Marco Julio, Roberto, Arturo y Vitalino León Moncada.

Segundo. Se confirma en lo demás la sentencia apelada por ambas partes.

En los términos anteriores queda reformada la sentencia de primera instancia.

Para notificar al Gobernador de Antioquia de esta providencia, se comisiona al Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, con cinco días de término, para lo cual se librará el despacho del caso.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACLARACION DE SENTENCIAS.

Solicitud para que se aclare una sentencia proferida en juicio sobre propiedad de unas minas de esmeraldas. La corte encuentra infundada e improcedente la aclaración impetrada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 3 de diciembre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El Procurador 2º Delegado en lo Civil, con fundamento en el artículo 482 del Código Judicial, solicita la aclaración de la sentencia de fecha 18 de septiembre de este año, proferida en el juicio promovido por Francis Brooksbank y otros, sobre propiedad de las minas de esmeraldas nominadas Bogotá (o Bogata), El Pozo, Ibajuca y Vega del Castillo, ubicadas en territorio del Departamento de Boyacá.

El citado funcionario pretende se declare que la dicha sentencia tiene valor *erga omnes,* o sea, que perjudica o puede perjudicar a terceros en el dicho pleito; pero para mayor claridad se hace necesario exponer algunos antecedentes, antes de considerar la singular aclaración demandada a nombre de la Nación.

En la demanda, el apoderado de los actores, formuló cuatro peticiones, así: en las dos primeras solicitó que se declare que las minas de esmeraldas Bogotá, El Pozo, Ibajuca y Vega del Castillo "no son del Estado, sino de propiedad privada" en virtud de los títulos de adjudicación expedidos por la Gobernación de Boyacá, al doctor Manuel Rueda Acosta, respecto de las dos primeras, y a Octaviano Guzmán de las dos últimas.

Las otras dos peticiones están concebidas en estos términos:

"Tercera. Que se declare que los actuales propietarios de las minas a que se refieren las peticiones anteriores son mis poderdantes, señores John Copley Powles, Roberto Copley Powles y Francis Brooksbank Powles, súbditos de la Corona Británica, representados por el señor William A. Paterson como principal y por el infrascrito como sustituto.

"Cuarta. Que se declare que mis mencionados poderdantes tienen el derecho de explorar y explotar por intermedio de la sociedad arrendataria, Hemisphere Smith Limitada, las minas que se han mencionado en los hechos y en las peticiones de la presente demanda". (Fs. 7 vto. a 8, C. Nº 1º).

Obviamente se comprende que las dos primeras súplicas, propiamente, no son objeto de una declaración, sino que contienen una cuestión de hecho fundamental en este litigio, como la afirmación de que fueron adjudicadas al doctor Rueda y a Guzmán, esto es, que salieron del dominio del Estado en el tiempo en que las minas de esmeraldas tuvieron la calidad de *adjudicables.*

La tercera contiene una súplica declarativa: sin embargo, como para los fines de la explotación de las minas de esmeraldas por los demandantes, no bastaba una mera declaración, en la cuarta demandó una condena de la Nación, para otorgar el permiso negado o permitiera la explotación en vista de la sentencia, porque no otra cosa significa la súplica formulada a modo de "declaración" de que los actores "tienen derecho de explorar y explotar... las minas que se han mencionado en los hechos y en las peticiones de la presente demanda", pues si los demandantes tienen derecho, a la Nación le correspondería la obligación de permitir la explotación de las dichas minas, en caso de que el pleito hubiese sido fallado en favor de aquéllas.

Por tanto, la afirmación del Procurador de que en la demanda no se solicitó ninguna condena, carece de fundamento, aun cuando no se haya demandado, por ejemplo, que se condene a la Nación a otorgar el denegado permiso, pues no existen palabras sacramentales de imprescindible uso.

Por estos motivos, la Sala, con toda propiedad, dijo en la sentencia glosada por el Procurador

2º Delegado, de que absolvía a la Nación de las *peticiones* de la demanda, todas las cuales conducían a una sola finalidad: que se condenara a la Nación a otorgar el permiso para la exploración y explotación de las dichas minas que fue negado administrativamente. Ahora, pasando propiamente al objeto de la aclaración, se transcribe el párrafo que parece sustancial en el memorial del Procurador 2º Delegado en lo Civil:

"10. Por lo demás, el contenido de lo dispuesto en el artículo 8º de la tantas veces mencionada Ley 145 de 1959, al disponer que la honorable Corte debe desatar el litigio en el que el avisante es el actor y la Nación la demandada, decidiendo si son de propiedad privada o de la Nación los yacimientos de esmeraldas objeto de aquél, en forma definitiva, esto, en concepto de la Procuraduría, implica una decisión o fallo con efecto *erga omnes* puesto que la sentencia ejecutoriada al definir como de propiedad nacional las minas, trae como consecuencia que, perteneciendo al dominio público éstas, no pueden ser objeto de aviso posterior y de solicitud de permiso válido por parte de terceros ya que la decisión ha hecho declaración favorable al Estado, que como cosa juzgada afecta a cualquiera que en el futuro quiera pretender derecho de dominio privado en los yacimientos, y explotarlas como tales". (Fs. 118 a 119 ib.).

El artículo 482 del Código Judicial, invocado por el Procurador Delegado, dice textualmente:

"La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado. Con todo, pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.

"Estas aclaraciones pueden hacerse de oficio 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".

Si el artículo prohibe revocar o reformar la sentencia al mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado, menos podrá conseguirse, con el pretexto de una aclaración, no reformar o revocar la dictada, sino proferir otra nueva contra quienes no han sido parte en el litigio, con fin de que, aun cuando tengan títulos saneados, no puedan obtener el permiso para la explotación de las minas, por ser ya una cosa juzgada, según palabras del Procurador Delegado.

Sin embargo, el propio Procurador Delegado, en la contestación de la demanda, para refutar la tesis del apoderado de los actores, sostuvo la de que quien solicita el permiso para la explotación de las minas, debe ser titular, como se leerá en este párrafo ya copiado en la sentencia cuya aclaración demanda:

" 'El inciso 1º de dicha norma del artículo 8º de la Ley 145 de 1959 citada, exige que para iniciar la exploración y explotación de las minas de esmeraldas de propiedad particular, es requisito indispensable dar aviso previo y por escrito al Ministerio de Minas y Petróleos, *'acompañándolo de los correspondientes títulos de propiedad'* (subrayas de la Procuraduría). Luego no basta con que cualquiera persona, Juan, Pedro, Perico de los Palotes, NN. NN., pueda solicitar ese permiso y dar aviso al Ministerio con pretensión de explorar y explotar minas de esmeraldas como de propiedad particular; si se ha de acompañar al aviso y solicitud del permiso los correspondientes títulos de propiedad, es porque debe tener derecho a esa exploración y explotación de ellas, dominio o derecho derivado de quien sea el legítimo titular de ese dominio en tales minas'. (Fs. 15 y 16 ib.)".

Si cualquiera no puede demandar el permiso, la sentencia que se dicte en el juicio tampoco puede perjudicarlo, menos hacer tal declaración con el pretexto de una aclaración respecto de algo que no fue objeto de la demanda ni de una de reconvención, presentada por el Procurador Delegado, con el fin de fijar la extensión de la cosa juzgada, si esto fuera posible hacerlo desde entonces y no en cada caso en particular, al estudiar la correspondiente excepción, como dilatoria o perentoria.

Como se anota en el transcrito párrafo del Procurador Delegado, la sentencia no puede tener sino un valor relativo, entre la Nación y el demandante, porque se profiere en consideración a los títulos presentados y estudiados en el juicio; que afecta tanto a los adjudicatarios directos como a los causahabientes a título universal o singular; pero no a terceros cuyos derechos son de orden público y se hallan garantizados en la Constitución.

Por lo expuesto, no se hace la aclaración suplicada por el Procurador 2º Delegado en lo Civil, por improcedente e infundada.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

REGULACION DE PERJUICIOS.

Responsabilidad civil extracontractual y regulación de perjuicios. Cómo han de determinarse los perjuicios materiales derivados de la muerte o lesiones causadas por el hecho dañoso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 4 de diciembre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del Departamento del Meta contra el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio de 4 de junio próximo pasado, que puso término al incidente de regulación de los perjuicios materiales a cuyo pago, y a favor de Elvia Rincón Torres, fue condenado el aludido Departamento por sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que fue confirmada por la de esta Sala de fecha 18 de abril de 1961.

El auto en referencia fijó en $ 120.000 la suma que queda a cargo del Departamento por concepto de perjuicios materiales.

A continuación se estudian, en su orden, los diversos motivos en que el apelante sustenta su recurso:

1. Uno de los dos peritos que avaluaron los perjuicios sufridos por la demandante, el doctor Rey Rojas, incurrió en mora en rendir su dictamen, por lo cual ha debido ser reemplazado, al igual que se había hecho con el primer perito nombrado por el Departamento, doctor Guillermo Hernández.

Esta anomalía, meramente procesal, no tiene por qué incidir en el valor de la peritación en sí misma considerada, sino que es de las que dan lugar a la interposición de los pertinentes reclamos dentro de su oportunidad legal. Dictado el auto que puso término al incidente de liquidación de los perjuicios quedó cerrada toda posibilidad de volver sobre esa cuestión.

2. El concepto pericial del doctor Rey Rojas fue rendido sin que éste hubiera examinado el expediente ni conocido la víctima del accidente.

Una peritación como en la que se basa el auto recurrido no implicaba el conocimiento directo de Elvia Rincón, de la que hay constancia plena en los autos que sufrió la amputación de sus dos miembros inferiores como consecuencia del accidente de tránsito de que se hizo responsable al Departamento del Meta. Para estimar el trabajo que habría podido desempeñar durante su menor edad y posteriormente, a la señorita Rincón no se necesitaba conocerla personalmente, sino tan sólo estar enterado de lo que en la ciudad de Villavicencio suele pagarse a personas de su condición social en el servicio doméstico y hacer cálculos sobre el posible aumento de ese salario.

En cuanto al no conocimiento del expediente por parte del perito, debe anotarse que su exposición pericial revela un conocimiento exacto de él, que, a juzgar por lo que en algún memorial afirma el apoderado de la demandante, lo obtuvo a través de copias que le suministró este último.

3. El dictamen pericial no está estampillado.

Tal irregularidad quedó ya subsanada.

4. La víctima del accidente, Elvia Rincón Torres es ya mayor de edad, y por consiguiente ha terminado la representación legal de su señora madre.

Esto no puede tener incidencia sobre la legalidad del auto recurrido, si bien deberá ser tenido en cuenta por los funcionarios encargados de dar cumplimiento a la sentencia.

5. a) Los peritos se basaron en las tablas que sobre supervivencia humana utilizan las compañías de seguro, siendo así que Elvia Rincón carece de sus miembros inferiores y su vida necesariamente será más corta.

No pertenece a la categoría de los hechos notorios el que una persona desprovista de sus miembros inferiores tenga vida más corta que las normales. Acaso la quietud forzada no podrá

librarla de muchos de los riesgos a que se ven expuestos quienes gozan de la plenitud de sus medios naturales de movilización? Esta alegación sin duda es de las que habrían podido fundamentar una tacha de error de hecho al dictamen, pero no fue alegada en su oportunidad.

5. b) Ha debido establecerse la supervivencia de Elvia Rincón, como base indispensable de todos los cálculos de los peritos.

En el expediente consta plenamente la existencia de la señorita Rincón, de manera que su muerte no puede ser presumida, sino comprobada, y falta todo elemento de convicción al respecto. Hay, pues, que considerarla viva. Esa supervivencia, desde luego, deberá ser acreditada al momento del pago de la suma en que resultaron fijados los perjuicios.

5. c) "La desvalorización de la moneda y la carestía de la vida que pueda presentarse dentro de diez o veinte años, sería de considerar, si el pago se fuera a hacer dentro de diez o veinte años, pero lo que ocurre, es muy diferente, que se va a hacer un pago para gastos que pueden presentarse dentro de diez o veinte años, y que es obvio el dinero que se entrega ahora debe devengar un interés, los bienes que se adquieran hoy seguramente tendrán un mayor valor dentro del tiempo indicado".

Parece referirse el apelante al enriquecimiento que representaría para la damnificada el recibir por adelantado la totalidad de las diversas cuotas que se estimaron debía percibir mes por mes en los años futuros. Y en esto tiene razón, ya que los peritos no hicieron deducción alguna de los intereses que devengarían esas sumas y que constituirían un verdadero enriquecimiento y no una indemnización.

Sobre el particular ha dicho la Corte que "...no es acertado ni equitativo el sistema adoptado por nuestras autoridades judiciales y por los señores peritos para fijar la cantidad global que ha de pagarse, multiplicando el promedio mensual de perjuicios por el número de meses de vida probable. Como esa cantidad total se entrega desde un principio, es lo razonable y equitativo que se deduzcan los intereses correspondientes a los anticipos periódicos que integran esa suma".

"En efecto: la responsabilidad legal en estos casos se reduce a la indemnización de los perjuicios causados, o cantidades que dejaron de ganarse, pero en ningún caso puede ser motivo de utilidad económica para los reclamantes. Y éstos obtendrían un fuerte provecho pecuniario si en lugar de cubrirles cada mes, durante veintinueve años, por ejemplo, lo que dejaron de percibir debido a la muerte de padre, madre, etc., consiguieran que se les anticipasen todas esas rentas mensuales".

"Lo mismo ocurre respecto a la indemnización que ha de pagarse a la persona que sufre una lesión. Lo equitativo es que si de un principio se van a pagar, en una cantidad total, las cuotas que debieron ganarse por mensualidades, durante cuarenta años, por ejemplo, se haga el descuento de los intereses correspondientes al tiempo por el cual se anticipa el pago de cada cuota mensual...".

En las sentencias nada se dijo sobre la deducción de intereses, pero ello es cosa que va implícita en toda condena a pagar por adelantado sumas que podrían ser recibidas periódicamente en lo futuro. Con relación a este punto debe, pues, reformarse el auto recurrido.

Por otra parte observa la Sala, y acaso a ello también quiso referirse el apelante en el párrafo antes transcrito, que en la fijación del sueldo de la persona que deba cuidar de Elvia Rincón los peritos tomaron en cuenta el factor de depreciación de la moneda, lo cual es inaceptable, pues equivaldría a quitarle al peso colombiano su poder liberatorio indefinido que le otorga la ley. En consecuencia, se deberá tener como base de la aludida retribución únicamente la suma de $ 100.00 fijada como sueldo actual. Naturalmente se deberá dar aplicación también a las tablas de Garuffa, para deducir los intereses de las cuotas que por anticipado va a recibir la demandante.

En virtud de auto dictado por la Sala en ejercicio de las facultades que confieren los artículos 600 y 719 del Código Judicial, los peritos ampliaron su dictamen en el sentido de hacer la deducción de intereses de que se acaba de hablar y en consecuencia fijaron en $ 22.649.76 lo que correspondía a lucro cesante.

En cuanto al daño emergente, o sea, al sueldo que deberá pagarse a una persona para que atienda a Elvia, de que se está hablando, los peritos hicieron las siguientes operaciones, tomando en cuenta las sumas progresivas que habían fijado en el primitivo dictamen y teniendo presente únicamente las cuotas que en realidad van a resultar futuras (el accidente ocurrió el 18 de noviembre de 1950):

"1º) 15 años a $ 1.200 anuales, así:

a) 13½ años a $ 1.200 anuales $ 16.200.00

b) 1½ año, según las tablas de Garuffa, factor (aproximadamente) 1,267 x $ 1.200 anuales 1.520.40

2º) 10 años, según las tablas de Garuffa, factor 7,360 x 1.800 anuales 13.248.00

3º) 21 años, según las tablas de Garuffa, factor 11,764 x 2.400 anuales 28.233.60

$ 59.202.00''

Ahora bien, como solamente se debe tener en consideración el sueldo de $ 100.00, y no los otros aumentos, es claro que la corrección de dichas operaciones deberá hacerse así:

a) 13½ años a $ 1.200 anuales ...$ 16.200.00

b) 1½ año, según las tablas de Garuffa, factor 1, 267 x $ 1.200 anuales 1.520.00

c) 31 años, según las tablas de Garuffa, factor 13,911 x $ 1.200 ..... 16.693.20

$ 34.413.20

El total, pues, que deberá pagar el Departamento del Meta por razón de perjuicios materiales será .....$ 22.649.76
+ 34.413.20

$ 57.062.96

En mérito de todo lo expuesto se resuelve:

Modifícase el auto apelado, el cual quedará así:

Fíjase en $ 57.062.96, la suma que el Departamento del Meta deberá pagar a Elvia Rincón Torres, actualmente mayor de edad, por razón de los perjuicios materiales a cuyo pago fue condenado en las sentencias a que se ha hecho alusión en la parte motiva de esta providencia (dictadas por el Tribunal Superior de Bogotá, en 7 de junio de 1960, y por la Corte —Sala de Negocios Generales—, en 18 de abril de 1961).

Sin costas.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD DE LA NACION POR PERDIDA DE MERCANCIAS ALMACENADAS EN BODEGAS DE LAS ADUANAS.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 4 de diciembre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

En grado de consulta se procede a revisar la sentencia de fecha 6 de octubre de 1962, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por el apoderado de Seguros Comerciales Bolívar, contra la Nación con el objeto de que, en la sentencia definitiva, se la condenara a pagar "el valor comercial, gastos de transporte marítimo y el correspondiente reintegro de los derechos proporcionales de importación y tonelaje, en relación con la falta de entrega de una parte del cargamento importado por el cesionario, señor José Miguel Caldas 'Almacén F-8'...".

Los hechos, en síntesis, dicen lo siguiente:

a) José Miguel Caldas, propietario del Almacén F-8 de Bogotá, importó varias piezas o repuestos para automotor, como carburadores, escobillas, platinos, distribuidores de corriente, etc., elementos que fueron despachados por la casa Geon International Corporation Great Neck N. Y., con fecha 6 de diciembre de 1957 y de conformidad con la factura consular número 35247 de fecha doce del mes y año citados.

b) La mercancía, transportada en el barco Santa Luisa, llegó al puerto de Buenaventura el 20 de diciembre de 1957; y los empleados de la Aduana la recibieron sin observación alguna, esto es, completa, tal como fue nacionalizada mediante manifiesto número 27099 de 28 del citado mes.

c) Al entregar la mercancía al consignatario Escipión Mosquera y Cía de Buenaventura, para reexpedirla al importador a Bogotá, se observó "que le faltaba al cartón número 16 un carburador, seis válvulas, y siete diafragmas...", que fueron estimados en el acta de reconocimiento número 174 de fecha 27 de febrero de 1958 en la suma de $ 541.28, a la vez que se constató faltaban ocho kilogramos con 50 grs. en el peso total de la mercancía.

En derecho invocó el artículo 677 del Código de Comercio; D. número 700 de 1954; D. 0188 de 1958 y la sentencia de casación de 30 de noviembre de 1886.

Admitida la demanda y corrido el traslado de regla al Fiscal del Tribunal, la contestó en el sentido de que no le constaban los hechos y que se oponía a la condena solicitada contra la Nación.

Agotado el procedimiento de primera instancia en forma regular, el Tribunal dictó la sentencia citada al principio de esta providencia, en cuya parte resolutiva se lee:

"Primero. *Declárase* a la Nación civilmente responsable de la pérdida de las mercancías especificadas en la parte motiva de esta providencia y que pertenecían a José Miguel Caldas, 'Almacén F-8', ocurrida durante su permanencia en las bodegas de la Aduana de Buenaventura;

"Segundo. *Condénase* a la Nación, como consecuencia, a pagar, una vez ejecutoriada esta providencia, a la sociedad 'Seguros Comerciales Bolívar', domiciliada en esta ciudad, la suma de quinientos cuarenta y un pesos con veintiocho centavos ($ 541.28) moneda corriente;

"Tercero. *Niéganse* las demás peticiones de la demanda;

"Cuarto. *No hay* lugar a condenar en costas; y

"Quinto. En caso de no ser apelado este fallo consúltese con el Superior".

Como ninguna de las partes protestara el fallo, ha venido en grado de consulta, que vale tanto como haber sido apelado por la Nación, pero no por el actor contra quien se hallan ejecutoriadas las decisiones que le perjudican.

El señor Procurador 1º Delegado en lo Civil, como ya lo ha hecho en otras ocasiones, considera que la Sala de Negocios Generales no tiene competencia para la revisión de la sentencia, porque, en tratándose de un acto administrativo, está

atribuída a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

También esta Sala en otros negocios ha demostrado que tiene competencia para evocar el conocimiento de éstos, porque la Ley 167 de 1941 no le adscribió ni al Consejo de Estado ni a los Tribunales Administrativos jurisdicción para resolver los litigios sobre responsabilidad civil en que incurre el Estado por esta clase de hechos, que expresamente los tuvo en cuenta en el artículo 55 del Código de Aduanas, ahora sustituído por el artículo 2º del Decreto número 630 de 1942, que dice así:

"Salvo pérdidas o daño por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada, o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o el abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

Como no puede ponerse en tela de juicio la responsabilidad del Estado, en caso de pérdida o entrega equivocada de la mercancía depositada en las bodegas de la Aduana, para los fines de la nacionalización, procede estudiar los medios de prueba allegados al juicio por la parte demandante, con el objeto de justificar sus pretensiones.

Aparece en primer término, junto con el documento de cesión de José Miguel Caldas a favor de Seguros Comerciales Bolívar, por la suma de $ 541.28, el certificado de la Superintendencia Bancaria, en el cual consta la legal existencia de la sociedad cesionaria y demandante, como la persona que, al iniciarse el juicio, tenía la facultad de representarla, o sea, el doctor Enrique Cortés Reyes en su calidad de gerente.

Además de la factura comercial y consular, conocimiento de embarque, manifiesto de aduana para la nacionalización de la mercancía, se presentó el acta de reconocimiento de averías número 174 de 27 de febrero de 1958 en la cual se dejó una descripción de lo ocurrido con las mercancías importadas por José Miguel Caldas, en los siguientes términos:

"Detalle. Almacenes: La Sección de Almacenes de la Aduana (Bga. Nº 4) Informa: En la reja de esta Bga. se encuentra la mercancía mencionada por los memorialistas, en las siguientes condiciones: Un cartón reempacado en un saco y siete carburadores reempacados en otro saco, éstos sacos están sin marca y S./N.

"Reconocimimento: Al efectuar el reconocimiento de acuerdo con la lista de empaque, al cartón Nº 16 aludido por los interesados, observado por la Sección de Almacenes y el cual se encuentra reempacado *se constató*: Al cartón en mención se le encontró un faltante de *un carburador, seis válvulas y 37 diafragmas*. Se concede una avería por un valor de $ 541.28 M/cte., y un peso faltante de 8,500 kilogramos (*ocho kilos 500 gramos)*".

Con el objeto de fijar el valor de la avería, o mejor, el de los elementos sustraídos, se tuvo en consideración la factura comercial, en la cual aparecen discriminados los precios asignados a cada unidad con el correspondiente número de referencia; por tanto, no se puede hacer objeción alguna a la cantidad reconocida en favor del comerciante cedente, además de que el acta se halla suscrita por todos los funcionarios encargados de cumplir con el reconocimiento e inclusive, por el Auditor de la Contraloría General en la Aduana de Buenaventura.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia consultada por el Tribunal Superior de Bogotá.

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

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Aráújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

USO ILEGAL DE MARCAS Y MODELOS INDUSTRIALES REGISTRADOS.

Acción de amparo administrativo y acción indemnizatoria ante la justicia ordinaria. Hasta dónde se extiende la protección legal de las marcas y modelos registrados. Imitaciones ilegales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cuatro de diciembre de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el doctor Guillermo Eastman Mejía, mayor de edad y vecino de aquella ciudad, instauró, por medio de apoderado, juicio ordinario contra el Departamento de Caldas, representado por su Gobernador, para que mediante los trámites de rigor y en sentencia definitiva, se hagan en su favor las siguientes declaraciones:

"a) Que previos los trámites del juicio ordinario, se declare judicialmente que el doctor Guillermo Eastman Mejía, de condiciones civiles anotadas, es el legítimo propietario del modelo industrial consistente en un estuche o envoltura de paja de iraca, destinado a cubrir el envase de licores y otros productos similares, y que, consecuencialmente, es la única persona autorizada para utilizar dicho modelo industrial en todo el territorio de la República, por el término de diez años, contados a partir del día 22 de diciembre de 1951.

"b) Que se condene al Departamento de Caldas, representado por su Gobernador que en la actualidad es el señor Coronel Daniel Cuervo Araoz, a pagar al doctor Guillermo Eastman Mejía, de condiciones civiles anotadas, la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000) moneda legal, por concepto de los perjuicios civiles que le ocasionó la entidad de derecho citada por el uso ilegal y fraudulento del modelo industrial descrito en el punto a) de la parte petitoria de la demanda, pago que deberá hacerse una vez ejecutoriada la sentencia que resulte como secuela del presente juicio o dentro del término que se fije en la misma.

"c) Que se condene, de no accederse al punto b) de la parte petitoria de la demanda, al Departamento de Caldas, representado por el señor Gobernador, a pagar al doctor Guillermo Eastman Mejía, de condiciones civiles anotadas, los perjuicios civiles que le ocasionó la utilización ilegal y usurpación del modelo industrial identificado en este libelo, de acuerdo con la tasación que se haga dentro del juicio por peritos nombrados para tal fin, pago que debe hacerse una vez ejecutoriada la sentencia respectiva o dentro del término que en ella se fije".

Como hechos fundamentales de la demanda, expuso los siguientes:

"*Primero.* El doctor Guillermo Eastman Mejía, por intermedio del doctor Marco Naranjo López, gestionó ante el Ministerio de Fomento —Departamento de Propiedad Industrial— el registro del modelo industrial consistente en un estuche o envoltura de paja de iraca, destinado a revestir toda clase de envase de cristal, de acuerdo con modelos y planos que fueron presentados por mi mandante al citado Ministerio.

"*Segundo.* El Ministerio de Fomento, mediante Resolución de fecha 22 de diciembre de 1951, concedió a favor de mi mandante el registro de modelo industrial descrito en el hecho anterior, previo estudio de la documentación pertinente presentada por éste y en vista de que ella reunía los requisitos exigidos por la Ley 94 de 1931, artículo 10, en concordancia con el Decreto 1200 de 29 de mayo de 1951.

"*Tercero.* Como secuela legal de la Resolución mencionada en el hecho anterior, el mismo Ministerio expidió el certificado de registro de

modelo industrial a mi mandante, en el cual se le reconoció como único propietario de dicho modelo industrial, con derecho a usarlo exclusivamente en el territorio de la República y por un término de diez años, contados a partir del 24 de enero de 1952.

"*Cuarto.* El título de registro de modelo industrial a que hace referencia el punto anterior, fue inscrito en el Libro I, folio décimo letra B, del Departamento de Propiedad Industrial del Ministerio de Fomento, cumpliéndose así uno de los requisitos exigidos por la Resolución ya citada, para la validez del mismo.

"*Quinto.* Mi poderdante, haciendo uso del derecho que le fuera concedido por Resolución del Ministerio de Fomento, debidamente legalizado, celebró diversos contratos con la Industria Licorera de Caldas, en virtud de los cuales le suministró a dicha institución envases forrados en estuche o envoltura de paja de iraca, con destino a los licores de dicha industria, especialmente para el 'Ron Viejo de Caldas'.

"*Sexto.* En el desarrollo de la empresa industrial establecida por mi mandante, con el fin de utilizar el modelo industrial tantas veces citado, verificó distintas gestiones que lograron acreditar los productos de la Industria Licorera de Caldas no sólo en el territorio nacional sino en otros países. Y así fue como de varios departamentos, como del exterior, recibió mi mandante distintas propuestas en orden a obtener la exclusividad para usar dicho modelo industrial.

"*Séptimo.* Los resultados prácticos obtenidos por la utilización de dicho modelo, fueron evidentes en tal forma que lograron interesar a la Industria Licorera de Caldas en la adquisición, por compra a mi mandante de la respectiva patente. Así fue como en la Administración del doctor José Restrepo Restrepo fue citado mi mandante por este con el fin de estudiar la forma de obtener para esta entidad, es decir para la Industria Licorera de Caldas, el uso exclusivo del modelo industrial de que habla el libelo de la demanda, no habiéndose llegado a resultado positivo.

"*Octavo.* La originalidad, buena presentación y el carácter autóctono del modelo industrial, perteneciente a mi mandante, lograron acreditarlo dentro y fuera del país, conquistándole un prestigio comercial que se traduce en Good-Will, que por razones de índole legal pertenece a mi mandante.

"*Noveno.* La Industria Licorera de Caldas en el mes de septiembre de 1954, empezó a utilizar y a usar para la venta al público y para su propaganda de sus productos, el modelo industrial perteneciente a mi mandante, sin autorización de éste y para el efecto contrató la elaboración de envases de esta índole en la ciudad de Aguadas, violando en forma protuberante las disposiciones legales que amparan el derecho de mi poderdante.

"*Décimo.* Mi mandante estableció su industria de elaboración o forrada de envase en paja de iraca en las poblaciones de Aguadas y de Pácora, de acuerdo con el modelo industrial que le fuera legalmente reconocido por el Gobierno Nacional.

"*Undécimo.* Al enterarse mi patrocinado de la violación por parte de la Industria Licorera de Caldas a su derecho, descrita en el punto noveno de la presente demanda, elevó la reclamación correspondiente ante el Gerente de la respectiva institución y ante la Junta Directiva, en la cual planteó fórmulas tendientes a solucionar amistosamente la situación litigiosa creada por la conducta ilegal de la empresa. A raíz de las diferentes propuestas hechas por mi mandante se creó una atmósfera conciliatoria entre mi representado y las directivas de la Industria Licorera de Caldas. En este estado de cosas, se llevaron a cabo diversas conferencias no sólo con el señor Gerente, sino con cada uno de los señores miembros de la honorable Junta Directiva. Desafortunadamente y por circunstancias ajenas a la voluntad de mi mandante, no se llegó a ninguna solución efectiva.

"*Duodécimo.* El envase usado por la Industria Licorera de Caldas, a base del modelo industrial de mi mandante, fue puesto a la venta en todos los almacenes y estancos de dicha empresa oficial y despachado en grandes cantidades a sus agentes fuera del Departamento.

"*Decimotercero.* También la Industria Licorera de Caldas utilizó el envase tantas veces expuesto en la presente demanda para propaganda de sus licores por dentro y fuera del país, como muestrarios y en avisos en almanaques y prensa.

"*Decimocuarto.* La usurpación del modelo industrial, el uso ilegal y la violación al derecho de mi mandante que consumó la Industria Licorera de Caldas, ha ocasionado a mi mandante diversos perjuicios de índole material entre los cuales se pueden puntualizar los siguientes:

"a) Mi mandante perdió el dinero que había invertido en el establecimiento de su industria tendiente a elaborar el modelo industrial citado en esta demanda, ya que dicha industria perdió

su razón de ser, como consecuencia de la competencia desleal que le hiciera la Industria Licorera de Caldas, por la usurpación misma de dicho modelo industrial;

"b) Mi representado perdió la oportunidad de verificar contratos exclusivos con los Departamentos del Valle y de Antioquia, como con varias industrias particulares del país, ya que tales entidades y empresas le exigían a mi mandante la efectividad de dichas exclusividades las que no se podían garantizar en virtud a la situación ilegal y de hecho creada por la competencia desleal de la Industria Licorera de Caldas;

"c) Mi mandante no pudo vender a firmas particulares su modelo industrial que en repetidas ocasiones le ofrecieron dicha transacción comercial, por la imposibilidad en que se halló precisamente por el uso ilegal y usurpación por parte de la Industria Licorera de Caldas, ya que tales casas comerciales o industrias privadas le exigían a mi mandante su exclusividad;

"d) Mi representado ha perdido las utilidades que hubiera podido derivar de la explotación del modelo industrial y que constituyen un lucro cesante resultante de la violación de su derecho;

"e) Mi mandante perdió las sumas invertidas en la consecución de la legalización de su modelo industrial.

"*Decimoquinto.* La Industria Licorera de Caldas, incorporada hoy a la 'Superintendencia General de Rentas de Caldas', es una dependencia administrativa y fiscal del Departamento, subordinada a la Gobernación y que funciona con patrimonio del erario departamental de Caldas. Por ello los actos ejecutados por personas naturales a nombre de la Industria Licorera de Caldas, compromete á este Departamento".

Como fundamentos de derecho, invocó lo dispuesto en las Leyes 31 de 1925, 94 de 1931; en el Decreto 1200 de 1951; artículos 1494, 2341, 2347, 2349, 2356, 1613 y concordantes y complementarios del Código Civil; artículo 737 y siguientes del Código Judicial.

Recibido el negocio a pruebas se practicaron las que figuran en los cuadernos 2º y 3º, a solicitud de las partes demandante y opositora, respectivamente.

La primera instancia terminó con la sentencia de veinte de septiembre de mil novecientos sesenta, en la cual el Tribunal sentenciador deniega las peticiones de la demanda y absuelve al Departamento de los cargos en ella formulados, por cuanto, en su concepto, el modelo "patentado por el demandante y amparado por el certificado número 284 no es igual al modelo industrial empleado por la Industria Licorera de Caldas para el expendio de sus licores y adquirido directamente de sus productores en el Municipio de Aguadas".

Contra este fallo interpuso la parte actora recurso de apelación, el que se procede a decidir, agotado como se encuentra el trámite de segunda instancia.

Respecto de la procedencia de la acción intentada, el representante judicial del Departamento manifiesta, en su alegato de primera instancia, que la demanda "es improcedente, por decir lo menos", por cuanto "ante la prescripción de un procedimiento especial sobre amparo administrativo, dentro del cual tiene cabida exacta el caso planteado por la parte demandante en el libelo que dio lugar a este litigio, resalta con nítida claridad el desacierto con que el apoderado de la parte demandante ha querido incoar la acción por la vía ordinaria"; en otras palabras, la parte opositora indica que por no haberse agotado el procedimiento administrativo previo a la vía judicial ésta no es la procedente para definir los derechos de las partes.

La acción de amparo administrativo está regulada en los artículos 67 y siguientes de la Ley 31 de 1925, y se encamina a prevenir los daños que al propietario pueda ocasionar la usurpación de una marca de fábrica, de comercio o de agricultura, o de una patente de invención, etc. El artículo 68 de ese estatuto dispone: "La primera autoridad municipal, si se justifica la solicitud, dictará dentro de cuarenta y ocho horas una resolución posesoria de amparo, por medio de la cual prevendrá al sindicado 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 información presentada"; y el 74 ordena: "Cuando, no obstante la fianza dada, el infractor continuare defraudando al propietario de la patente o de la marca ya expresada o reincidiere en tal fraude, el dicho propietario podrá, probado sumariamente el hecho, pedir a la primera autoridad municipal que declare al reo incurso en tal fianza, y dicha autoridad así lo hará". La sola lectura de estas normas pone en evidencia que en verdad no se trata de un procedimiento administrativo previo a la acción ordinaria, sino de una acción preventiva, de simple amparo, como se desprende de su misma denominación, dirigida a evitar daños mayores al propietario de la marca o

patente, independiente de la ordinaria que ante el órgano jurisdiccional puede instaurar el damnificado para el reconocimiento de los perjuicios causados, y que por tanto puede entablarse o no, según las circunstancias, con anterioridad a la segunda. Así lo reconoce, por lo demás, el señor apoderado del Departamento, cuando en su alegato de conclusión en esta segunda instancia rectifica así su concepto anterior: "De paso no sobra advertir, así sea para relievar la falta de prueba de la culpa (que vendría a ser la llamada usurpación o uso ilegal) que la ley brinda una protección a la propiedad industrial (patentes, marcas y modelos o dibujos), mediante la acción de amparo administrativo, procedimiento que no se siguió, ni se propuso por el señor Eastman Mejía frente a los artesanos de Aguadas y Pácora, ni menos frente al Departamento de Caldas. Esa acción de amparo administrativo, si bien no puede llegar a constituír un presupuesto necesario y obligado para la acción civil de perjuicios, sí configura una etapa fundamental y de indiscutible valor para preestablecer la prueba de la usurpación".

Al proceso acopió la parte actora numerosas pruebas —testificales, documentales, reconocimientos judiciales y peritaciones— de las cuales resulta: a) que el demandante doctor Guillermo Eastman Mejía registró en el Ministerio de Fomento el modelo industrial que adelante se describe; b) que la Industria Licorera de Caldas hacía a Eastman Mejía pedidos de envases forrados en paja de iraca; c) que éste ordenaba la confección de tales forros o estuches a obreros de Pácora y Aguadas, quienes los hacían conforme al diseño que les suministraba el demandante; d) que Eastman Mejía ofreció en venta al Departamento de Caldas el modelo industrial por él registrado; e) que el Departamento no mostró interés en la adquisición del expresado modelo, sino que optó por adquirir directamente, con prescindencia de Eastman Mejía, y en ocasiones de los mismos operarios que trabajaban para éste, los empaques de paja de iraca tejidos sobre el envase con que daba al expendio sus productos; f) que Eastman Mejía tuvo propuesta de compra del modelo industrial por él registrado, de la firma *Vinos Continental, Ltda.*, con sede en Armenia, pero que la negociación fracasó por haber estimado aquella firma que, puesto que el Departamento de Caldas estaba haciendo uso del modelo, no había lugar a que ella adquiriera la exclusividad que le interesaba.

Estos hechos, además de hallarse debidamente acreditados, no han sido controvertidos por el Departamento, y de ellos resulta claramente un daño inferido al dueño de la patente, consistente en el lucro cesante ocasionado por la usurpación, o sea, por la culpa en que incurrió el demandado en el caso de que el modelo usado por la Industria Licorera sea el mismo registrado por el demandante, que es la que se procede examinar.

Se entiende por *modelo industrial,* conforme al artículo 10 de la Ley 94 de 1931, "todo objeto que pueda servir de tipo para la fabricación industrial de un producto y las formas que presenten los productos industriales o que sean susceptibles de aplicarse a éstos". Los modelos industriales están sometidos, según la citada disposición, a las normas que establecen el régimen marcario y protegen la utilización de marcas de fábrica, comercio o agricultura, entre las que se halla la del artículo 32 de la Ley 31 de 1925 que prohibe usar una marca registrada por otra persona "si estuviere destinada a artículos de la misma naturaleza y que pueda presumirse que tienda a imitarla".

Como se desprende de esta última regla, no solamente se incurre en violación del precepto contenido en el artículo 32 de la Ley 31 de 1925, y consiguientemente en usurpación de acuerdo con el artículo 24 de la misma ley, mediante el uso de un modelo industrial ya registrado, sino también con la utilización del que *tienda* a imitarlo; es decir, que no se exige que haya identidad sino que basta que entre ellos se presenten semejanzas que puedan inducir a confusión entre los dos. La ley protege al dueño no solamente de la reproducción servil de la marca o el modo, sino también de la de sus elementos característicos con mira a confundir a la clientela, aunque al original se le introduzcan variaciones (añadimientos, supresiones o cambios accesorios) destinados a encubrir la imitación. "Ninguna variante quita del medio la falsificación —dice Ramella— cuando la marca resultante conserve aún en si misma la figura característica de la original, ni adquiera ya otra individualidad". (*Tratado de la Propiedad Industrial,* t. II, 516). De ahí que el mismo autor afirme: "En el caso de que existan dos marcas que haya que comparar, no hay que atenerse a la existencia de diferencias entre ellas, sino solamente a ésto: si los consumidores a quienes con preferencia la marca está destinada, pueden, por el examen

de ella, ser inducidos a error, de modo que mientras desean adquirir mercancías de una marca determinada, vengan, contra su voluntad, a recibirlas de otro productor'' (*ibíd.* t. II, 515). Para los efectos que se propone la ley, la imitación resulta, así, de los elementos figurativos de un *objeto-tipo,* o sea, de un modelo, de modo que la semejanza se conserve pudiendo inducir a error no obstante las modificaciones que se hayan introducido para disimular la imitación; y de ahí que la jurisprudencia nacional, siguiendo en esto la recomendación de Breuer Moreno, haya indicado que para apreciar si en el caso concreto la imitación da lugar a confusión han de tenerse en cuenta las siguientes reglas:

''1ª La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.

''2ª Las marcas deben examinarse sucesiva y no simultáneamente.

''3ª Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza del producto.

''4ª Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existan entre las marcas''.

La Ley 94 de 1931 recoge implícitamente esta doctrina en su artículo 8º, que dice: ''Marca original es la inscrita. Marca imitada es la no inscrita, igual o semejante a la inscrita. Hay imitación desde que entre ambas marcas existan una o más partes esencialmente parecidas o desde que puedan confundirse a primera vista, de suerte que sólo por medio de un examen detenido sea posible distinguir la una de la otra y siempre que la marca original y la imitada se apliquen a distinguir artículos de la misma clase o naturaleza''.

Cabe anotar, además, que si bien el modelo industrial participa de la naturaleza de la propiedad marcaria en cuanto sirve para distinguir los productos o artículos de un determinado industrial o comerciante, por lo cual el régimen legal a que se lo somete es generalmente el mismo establecido para reprimir el empleo de medios incompatibles con la lealtad en los procedimientos comerciales y con la conveniencia de asegurar el principio de la libre concurrencia, no por ello deja de ser también de la índole de la propiedad artística, como que por lo común es obra de invención o ingenio, por lo que también le son aplicables las reglas que amparan esta especie de propiedad y las que reprimen cualquier violación del derecho ajeno. Entre éstas, la que en el Código Civil consagra como principio general el deber de indemnizar los perjuicios que a otro se causen por culpa propia (*Cod. Civ.,* art. 2341).

El demandante en este juicio, señor Guillermo Eastman Mejía, obtuvo el registro de un modelo industrial que, según la copia del correspondiente certificado (el número 284 expedido por el Ministerio de Fomento el 24 de enero de 1952), consiste en ''un estuche o envoltura de paja de iraca, de conformidad con la descripción y dibujos presentados y con el concepto técnico emitido sobre el particular por la entidad examinadora'', al que describe así la solicitud hecha al Ministerio de Fomento por el señor Eastman, según copia expedida por ese despacho que obra en autos: ''(. . . . un estuche o envoltura de paja, tejido sobre envases para líquidos; tejidos que se hace sobre el mismo envase, es decir, no puede ser removido sin destruírlo, y que lleva cinco soluciones de continuidad en las cuales, mediante el expediente de hacer un poco separado el tejido, es decir, un poco ralo, se rompe la monotonía del conjunto, dentro del envase mismo, es decir, le sirve de adorno. La tapa de la dicha vasija o envase, está constituída por un cilindro, hueco por una punta y cerrado por la otra, que encaja perfectamente en la tapa misma, con el fin de que no se quede viendo el envase por ninguna parte, sino todo el tejido; este aditamento, va unido mediante un cordón tejido de paja, al cuerpo de la vasija o envase, es decir, puede quitarse y ponerse sin peligro de pérdida, por estar unido al envase. De uno de los bordes del aditamento anterior y como si quisiera imitar la cinta de un sombrero, va un cordón, tejido de paja, el que se envuelve en un sombrero pequeño, de alas anchas, cordón que termina sobre los bordes del sombrero en dos alpargatas pequeñas. En el ala del sombrero con hilo o lana rojas, van escritas las palabras *Aguadas Caldas,* y las alpargatas van adornadas y completadas con el mismo hilo; de la misma manera, sobre la copa del sombrero va una cruz hecha del hilo mencionado''.

Obran en el expediente, de otro lado, tres inspecciones oculares y dos peritaciones que dicen cuáles son las notas que identifican al modelo registrado con el usado por el Departamento de Caldas, y cuales las que diferencian al uno del otro. En la diligencia de reconocimiento judicial practicado en la primera instancia a petición del Departamento demandado se lee: ''a) (. . .) El modelo del forro de las botellas que aparece en las fotografías, a que se refiere el cuestionario, y las cuales se agregan a la diligencia de inspección ocular, tiene cierta semejanza con las botellas presentadas al honorable Tribunal

por el demandante y las cuales son las mismas que se hallan depositadas en esta secretaría del Tribunal. Consiste dicha semejanza en que ambos forros son de un mismo material, o sea, de iraca; en que el calado de la fibra, en forma de rombos continuos, es uno mismo; en que ambos modelos, el de la fotografía y el de las botellas referidas, tienen una pequeña tapa o capuchón del mismo material, ambos una especie de cinta, igualmente de iraca, que sale de la parte superior, costados de la botella y que sirve para llevarla colgada; del forro o capuchón se desprende una pequeña cuerda, en ambos modelos, de la cual pende una especie de mulera con una imitación de peinilla o machete. Discrepan ambos modelos en el número de rombos, lo que hace suponer que las fotografías presentadas y a que se refiere la prueba no parecen haber sido tomadas a las mismas botellas presentadas por el demandante. (...) b) (...) La fotografía que aparece al folio cuarto del cuaderno principal, relativo a una botella de 'Ron Extraviejo Juan de la Cruz' —República de Colombia— Manizales y Pereira - 1932 (Carta de oro) - Industria Licorera de Caldas, con la figura de algunas monedas y el escudo de la República de Colombia, botella que lleva un empaque de iraca, con tapa o capuchón del mismo material, y accesorio a la dicha tapa, una pequeña cuerda de la cual pende un sombrerito y un modelo de pequeñas alpargatas, todo del mismo material de iraca, y el clisé que obra al folio tercero del cuaderno principal, consistente en una hoja pequeña que tiene estampada una botella, al parecer forrada, con una pequeña tapa al cual acceden un sombrerito y unas alpargatas, forro y adminículos al parecer de iraca, repartido aquél en cinco bandas, caladas, corresponden a las descripciones del estuche o envoltura de paja, tejidos sobre envases para líquidos, contenidas en los siguientes documentos: a) solicitud al Ministerio de Fomento de registro de un modelo industrial, presentada por el doctor Marco Naranjo López como apoderado del doctor Guillermo Eastman Mejía - folios 22 y ss. del cuaderno tercero; y b) carta dirigida a la Industria Licorera de Caldas, el 10 de agosto de 1953, por el doctor Néstor Echeverri, sobre concepto a una propuesta del doctor Guillermo Eastman Mejía - folio 7º ft. del cuaderno tercero. (...) Conforme a las descripciones precedentes, los modelos a que se refieren los puntos a) y b) no son idénticos y discrepan en los detalles que se observan en las mismas descripciones". La anterior descripción coincide con la que aparece en el acto de la inspección ocular practicada por el Tribunal *a quo* a solicitud del demandante y comisión conferida por la Corte: "El señor almacenista enseñó al suscrito Magistrado y a sus acompañantes cuatro modelos de envase de licor Ron Extraviejo Juan de la Cruz, Industria Licorera de Caldas, los cuales se describen así: uno que se llama 'botellón' forrado en empaque de iraca con una caperuza desprendible en su parte superior, con una cinta del mismo material, asegurada a los lados del modelo. Este empaque tiene un bordado o calado formado por rombos continuos, separados en líneas oblicuas. Tiene cuatro rombos contados de arriba hacia abajo o viceversa. La capacidad de este modelo es de tres botellas o dos mil ciento sesenta centímetros cúbicos (2.160 cc.). El segundo modelo está también forrado en paja de iraca, contiene la cinta detallada antes, la caperuza desprendible a la cual accede una imitación de escoba y tiene dos rombos en el calado, igualmente separados por líneas oblicuas. Otro tipo de este modelo tiene cuatro rombos en la misma forma de los anteriores. Se distingue del anterior en que la escoba de la caperuza es más grande. La capacidad de ambos es de una botella. El tercer modelo está recubierto, igualmente, de paja de iraca con la caperuza ya descrita de la cual pende una especie de *china,* adminículo éste de cocina, la misma cinta que arranca de los lados del modelo. La capacidad de éste es de trescientos cincuenta centímetros cúbicos (350 cc.). Cuarto, este modelo está igualmente cubierto con envoltura de paja de iraca. La misma caperuza de los anteriores, de la cual pende una escoba a tres colores. La misma cinta lateral, ostenta un rombo separado por las líneas transversales u oblicuas. Capacidad cuarenta centímetros cúbicos (40 cc.). Informa el señor almacenista que el accesorio que pende de la caperuza es variado. Puede ser una escoba, un machete, un sombrero, unos alpargates, una china, etc. En todo caso motivos típicos". En el reconocimiento judicial realizado por la Sala de Negocios Generales de la Corte, de tres envases de Ron Extraviejo de Caldas (Juan de la Cruz), producido por la Industria Licorera del mencionado Departamento, se estableció que "estos tres envases son muy semejantes en todos sus detalles a los que en fotografías figuran a folios 7 y 33 del cuaderno 3º del expediente", y que "también tienen semejanza, aunque sin parecer idénticos, a las que figuran en las fotografías de los folios 103 y 104 del cuaderno 2º, pues estas últimas carecen por el lado de la fotografía de la etiqueta y leyendas de las primeras, y el calado del envase, en tres de ellas, las colocadas en

primero, segundo y tercer término, no parece ser exactamente igual al de las que se tuvieron a la vista. Este calado, si es muy semejante en su elaboración, es menos numeroso en las de las fotografías que en las que obran en los autos''.

Los peritos que actuaron en esta segunda instancia conceptúan, por su parte, que ''confrontando el modelo industrial con el empaque empleado posteriormente por el Departamento de Caldas (...) existe igualdad o semejanza en el material empleado para construír el envoltorio, por ser ambos de paja de iraca; pero que el modelo industrial registrado por el doctor Eastman Mejía es distinto al envoltorio empleado por el Departamento de Caldas, ya que difiere en el tamaño y forma del envase; en que el calado en ambos no es igual, pues en el modelo registrado existen cinco (5) soluciones de continuidad en forma horizontal y en el otro aparecen en forma oblicua con rombos; y en lo demás, como aparece de la respuesta que hemos dado a la primera parte de esta pregunta'', respuesta que es del tenor siguiente: ''Al confrontar este modelo (el registrado por el demandante) con el empleado por el doctor Eastman Mejía en las botellas de la Licorera de Caldas que él presentó como pruebas en la primera instancia, encontramos que existe semejanza o igualdad en el material empleado para construír el envoltorio o empaque, por ser en ambos de paja de iraca; pero estimamos que el modelo industrial registrado de conformidad con la descripción que hemos transcrito, es distinto al empleado como envoltorio de las botellas de la Licorera de Caldas por el mismo doctor Eastman Mejía. Explicamos que la diferencia consiste en el tamaño y forma del envase; en que el calado es distinto, pues en el modelo registrado no figuran rombos y en el otro sí; el modelo registrado es de botella común y el empleado como envoltorio de las botellas de la Licorera de Caldas aparece adherido a un tipo de botella distinto, el llamado comúnmente 'botelloncito' ''.

De las piezas anteriores, así como de la confrontación del modelo industrial registrado, según el clisé que obra en los autos, con los modelos que emplea la Industria Licorera de Caldas, resulta que entre aquél y éstos hay las siguientes notas de diferencia: a) el tamaño y la forma de los envases de vidrio; b) el calado, más ralo en el modelo registrado que en el usado por el Departamento; c) en el modelo primeramente citado ese calado aparece labrado en líneas o franjas horizontales con cinco soluciones de continuidad, mientras que en el segundo consiste en rombos separados por bandas oblicuas. En cambio se asemejan: 1) en que en ambos se trata de un estuche o forro de paja de iraca que cubre íntegramente el envase de vidrio y se adapta a su forma; 2) en que la boca y el cuello de ese envase están recubiertos de una tapa, de forma cilíndrica, también de paja de iraca, que da un aspecto uniforme a toda la envoltura; 3) en que la uniformidad del conjunto se rompe mediante un labrado en la paja de que está elaborado el estuche; 4) en que de uno de los costados de éste se desprende una cinta, igualmente de iraca, que se envuelve al cuello del envase y sirve de cogedera; 5) en que de la tapa pende un accesorio que sirve de adorno, consistente en la reproducción de un objeto típico.

Las diferencias anotadas conducen a los peritos, lo mismo a los que actuaron en la primera instancia que a los que lo hicieron en la segunda, a concluír que, no obstante las diferencias descritas, o precisamente por razón de ellas, los dos modelos son distintos y no pueden ser confundidos ''a primera vista''. Sin embargo, si como arriba se indica, se examinan los modelos teniendo en cuenta las semejanzas que tienden a identificarlos con preferencia a las diferencias que pudieran distinguirlos, no puede menos que aceptarse que tales semejanzas se presentan en las características esenciales de los dos modelos, por lo cual provocan confusión ''a primera vista'', de suerte que sólo un cuidadoso examen de aquellas diferencias permite distinguir entre uno y otro, como se aprecia mediante la observación del dibujo del modelo registrado y de las fotografías y modelos que obran en autos. La envoltura tejida en paja de iraca que se adapta a la forma del envase, con adornos labrados que rompen la monotonía del conjunto; la tapa cilíndrica, también de paja de iraca, idéntica en los dos modelos; la cinta, del mismo material, que se desprende de uno de los costados del envase y se envuelve en el cuello; el adorno, que pende de la tapa, y que representa un objeto típico, éste, por lo demás, poco visible; todos éstos elementos concurren a darles un aspecto uniforme, igual, a los modelos, suficiente para suscitar confusión en quien no se detenga, como es usual en el comprador corriente, a verificar detalles que pueden considerarse secundarios, como son la dirección y número de las bandas caladas y el objeto representado por el adorno que pende de la tapa. Por lo que hace al tamaño y a la forma del envase de vidrio, cabe observar que el modelo registrado por el señor Eastman no es de una *forma de vidrio* sino de un accesorio o empaque que se adapta a esa forma: ''un estuche o en-

voltura de paja, tejido sobre envases para líquidos; tejido que se hace sobre el mismo envase, es decir, no puede ser romovido sin destruírlo'', expresa la solicitud de registro, sin aludir para nada a la forma y al tamaño del envase; en otras palabras, el modelo que ha motivado esta litis no es de un tipo determinado de envase para líquidos sino de ornamentación exterior de ese envase cualquiera que sea su tipo.

Si los peritos, en concepto que comparte el fallador de primer grado, llegan a la conclusión de que los dos modelos no pueden confundirse a primera vista, es porque sin tener en cuenta que, como lo enseñan la jurisprudencia y la doctrina, la confusión resulta de la impresión de conjunto, se atienen exclusivamente a las diferencias que en su opinión los diversifican; mas, a distinta conclusión se llega mediante la apreciación de ese conjunto con el ánimo desprevenido del comprador corriente, que no se detiene a observar los detalles secundarios sino que juzga por la apariencia que a primera vista ofrece la semejanza de los elementos esenciales. Por eso el artículo 8º de la Ley 94 de 1931 define como imitación la que resulta, no de la identidad entre las marcas o modelos, como erróneamente se sugiere en las peritaciones, sino de las semejanzas en sus partes esenciales que hagan posible la confusión a primera vista; definición que excluye la identidad como elemento de la imitación, para determinarla por el simple parecido que se presenta como suficiente para causar confusión en el comprador ordinario, constituyendo así un acto de competencia desleal contrario, por consiguiente, al principio de la libre concurrencia.

Para la Corte no hay duda, así pues, confrontadas las descripciones de ambos modelos y comparados los demás elementos de juicio a que se ha aludido, que en virtud de las semejanzas entre ellos existentes, y dado que producen confusión a primera vista, aunque aquellos no sean idénticos, el modelo usado por el Departamento de Caldas es una imitación del registrado por el demandante, susceptible de inducir a error a los consumidores de licores, que puede causar daño al dueño del modelo registrado por emplearse por la Industria Licorera de Caldas en los mismos productos para los cuales se registró la imitada.

Establecidos el lucro cesante que al dueño del modelo causó la circunstancia de que el Departamento hubiera adquirido los estuches en que dio al expendio sus productos con prescindencia de él, y la culpa de esa entidad consistente en la usurpación, es llegado el momento de examinar la posibilidad de determinar la cuantía del perjuicio para el efecto de una condena en concreto. Tal cuantía fue calculada por los peritos que dieron dictamen en la primera instancia, quienes se expresan así sobre el particular: ''Si el Departamento de Caldas hubiera continuado adquiriendo del doctor Eastman Mejía los estuches de paja de iraca, el doctor Eastman Mejía hubiera continuado percibiendo una utilidad y ante la ausencia de pruebas respecto del costo de producción de dichos estuches o envolturas de paja, tenemos que establecerla por medio de estimativos o estimaciones. Porque si bien se conoce el precio a que el señor Eastman Mejía vendió los primeros empaques o estuches al Departamento, no se conoce cual fue el valor de costo de dicha mercancía para el mismo doctor Eastman. Y faltando uno de los dos factores comparativos, quizá el principal, es imposible establecer un guarismo exacto y preciso. Por averiguaciones personales hechas por los suscritos y estudio de algunas actividades comerciales y fabriles de alguna similitud con la industria de los estuches o envolturas de paja, consideramos un rendimiento de utilidad de un treinta por ciento en dicha actividad. Ese treinta por ciento viene a ser la utilidad que hubiera podido obtener el doctor Eastman Mejía si el Departamento de Caldas le hubiera continuado comprando, como único proveedor, sus estuches o envolturas de paja de iraca. Para llegar a alguna suma concreta y que es motivo de la pregunta, tenemos que, conociendo las compras hechas por el Departamento desde el mes de agosto de 1954 hasta el mes de julio de 1959, el Departamento adquirió estuches de paja de iraca por valor de $ 204.986.25, lo que arroja un promedio mensual de compras de $ 3.474.34, habida consideración que dicho período comprende 59 meses. Como no existen datos de las compras hechas por el Departamento en los años de 1952 y 1953 y 8 meses de 1954, nos hemos valido del promedio mensual de compra ($ 3.474.34) hechas por el Departamento a personas distintas del doctor Eastman Mejía para concluír que el total de compras de 1952 a 1959, mes de julio, ha podido ser de $ 316.164.49. Esta cantidad está representada por las compras certificadas y por el estimativo de los años de 1952, 1953 y parte de 1954. Y aplicando al cálculo total de compras ($ 316.164.49) el porcentaje de utilidad calculado en un 30% tenemos que el doctor Eastman Mejía dejó de percibir una utilidad de $ 94.849.34 de 1952

a 1959, por el hecho de que el Departamento de Caldas no le compró en ese período los estuches o envolturas de paja de iraca. Pero a esa posible utilidad es preciso restar la suma de $ 12.507.60, que corresponde a la posible utilidad durante un año, el de 1956, en que el Departamento de Caldas no compró estuches de paja de iraca o al menos así se desprende de los certificados del señor Contralor y de la Gerencia de la Licorera. Y si el Departamento no hizo compra alguna en dicho año, mal pudo haber sufrido el doctor Eastman Mejía ninguna merma en sus posibles utilidades. Se tiene así un saldo de $ 82.341.74, que es lo que el doctor Eastman hubiera podido ganar si la Industria Licorera de Caldas, en vez de comprar a otras personas, le hubiera comprado al doctor Eastman los estuches de paja de iraca para revestir los licores (...) No es posible fijar ningún valor o estimativo a las posibles utilidades que hubiera podido derivar el doctor Eastman Mejía en negociaciones con otras entidades públicas o empresas particulares".

Se observa en el anterior dictamen que los peritos no están absolutamente ciertos de las conclusiones a que llegan, pues ellos mismos declaran que "faltando uno de los factores comparativos, quizá el principal, es imposible establecer un guarismo exacto y preciso"; y sobre todo, que en parte alguna expresan los elementos de juicio que tuvieron en cuenta para inferir la cuantía del daño, pues se limitan a manifestar que "por averiguaciones personales (...) y estudio de algunas actividades comerciales y fabriles de alguna similitud con la industria de los estuches o envolturas de paja", sin indicar cuáles son ellas, consideran que la utilidad que de la suya derivaba el demandante era de un treinta por ciento. Lo que quiere decir que, además de tener carácter meramente hipotético la utilidad que asignan al demandante, el dictamen no aparece debidamente fundamentado en lo que atañe al monto del perjuicio, por lo cual el juzgador se ve privado de la oportunidad de apreciar por sí mismo la naturaleza de los factores que los peritos tuvieron en consideración y el proceso lógico que los llevara a formarse un determinado concepto.

La peritación, así pues, único elemento probatorio que en los autos pudiera servir para determinar la cuantía del daño, no es susceptible de ser estimada para ese efecto, debido a las deficiencias anotadas, por lo cual no es posible hacer una condena en concreto, sino que ella debe pronunciarse en abstracto para que por la vía señalada en el artículo 553 del Código Judicial se haga la liquidación correspondiente. Para ello, sobre la base de los estuches de paja de iraca de las características del modelo calificado como imitación del registrado por Eastman, que se demuestre haber adquirido el Departamento, o sea, la Industria Licorera de Caldas, de personas distintas del demandante, se calculará la utilidad neta que Eastman Mejía hubiera podido derivar si el Departamento, en vez de contratar directamente con los fabricantes u obreros la confección de tales estuches lo hubiera hecho con él, debiendo tenerse en cuenta el precio de compra del Departamento a Eastman durante el período en que éste le suministró los empaques, y el de costo pagado por Eastman en la época en que él hizo los suministros, a fin de determinar aquella utilidad neta.

Consiguientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoriad de la ley, *revoca* la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el veinte de septiembre de mil novecientos sesenta, y en su lugar falla: condénase al Departamento de Caldas a pagar al demandante Guillermo Eastman Mejía, dentro de los treinta días siguientes al de la ejecutoria de la providencia que ponga fin al incidente de liquidación correspondiente, los daños que le ocasionó con la utilización del modelo industrial registrado por él, a que se refieren los autos, los que se fijarán por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Gobernador del Departamento de Caldas, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

PROPIEDAD PRIVADA DEL PETROLEO. DESISTIMIENTO DE LA ACCION DE OPOSICION.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 9 de diciembre de 1963.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de "Carboneras Samacá S. A." desiste de la acción de oposición hecha a la propuesta número 911 de la Texas Petroleum Company en relación con el predio Siberia, con fundamento en el reajuste hecho según lo ordenado en la Ley 10 de 1961, para lo cual presenta el siguiente certificado del secretario auxiliar del Ministerio de Minas y Petróleos, previa orden, no del Ministro, sino del secretario general del despacho citado:

"*Primero.* Que por medio de Resolución número 1243 de 23 de octubre de 1958, se aceptó la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleo, registrada por este Ministerio bajo el número 911, formulada por la Texas Petroleum Company sobre un globo de terreno de 49.998 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Lenguazaque, Villapinzón y Guachetá en el Departamento de Cundinamarca; Ventaquemada, Samacá, Ráquira, Boyacá, Sáchica, Tinjacá y posiblemente Tunja en el Departamento de Boyacá.

"*Segundo.* Que la Texas Petroleum Company con fecha 8 de septiembre de 1961, solicitó el ajuste de la mencionada propuesta número 911, para adaptarla a la Ley 10ª de 1961.

"*Tercero.* Que dicha adaptación fue registrada nuevamente, por este Ministerio, con el número 1228 y quedando su área reducida a 21.845 hectáreas".

Con fundamento en tal certificación, en el memorial de desistimiento, el apoderado de la parte actora dice:

"4. Al reducirse en cerca de 28.000 hectáreas la propuesta inicial quedó excluído de la posible contratación de la exploración y explotación de petróleo la totalidad del inmueble de propiedad de la sociedad demandante denominada 'La Siberia' o 'El Rabanal' y en estas condiciones, la compañía demandante no tiene ya interés para que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda, ya que la compañía proponente ha excluído de su propuesta de contrato la zona correspondiente al inmueble de la sociedad demandante.

"5. Por lo expuesto y, haciendo formal reserva de todos los derechos que, según los títulos que obran en el proceso, la sociedad demandante tiene y posee en el citado inmueble 'La Siberia' o 'El Rabanal', desisto de la acción incoada contra la Nación".

Con el fin de resolver la anterior solicitud se considera:

a) De acuerdo con el artículo 597, numeral 3º del Código Judicial, las pruebas pedidas en tiempo (art. 746 ib.) pueden agregarse al expediente "antes de la citación para sentencia"; pero en este caso, el juicio no solo ha terminado con el auto de citación para sentencia, sino que se halla registrado el respectivo proyecto con fecha 25 de noviembre de este año (fs. 120 C. Nº 1º); de manera que resulta del todo extemporáneo el allegar pruebas para demostrar hechos que no han sido objeto de la relación jurídico procesal, la cual debe fallarse de acuerdo con la situación de hecho que existía en el momento de trabarse.

b) En el supuesto de que los documentos presentados con el memorial de desistimiento fueran admisibles, resulta que no puede darse por probado el hecho de que el predio La Siberia quedó fuera de la propuesta rectificada, porque nada prueban los trazos hechos en uno de los planos ahora presentados, para establecer el dicho extremo.

c) La propuesta de contrato para explorar o explotar un determinado globo de tierra, no es sino la causa ocasional para que los pretensos dueños del subsuelo ejerciten la acción de oposición; en otras palabras, aparece en los actores el interés procesal para incoar la acción; pero

el sustancial sobre la propiedad del subsuelo, no nace de la propuesta, sino de los títulos expedidos por el Estado antes del 28 de octubre de 1873, que debe resolverse de acuerdo con las pruebas presentadas al proceso mediante la respectiva sentencia de fondo, una vez que la relación procesal se ha trabado válidamente entre las partes, que tienen *derecho* a que el litigio se resuelva en forma definitiva.

d) Como una lógica consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior, cuando se presente un desistimiento unilateral, la ley exige que sea *incondicional* para que la contraparte no quede sujeta a las eventualidades de un nuevo proceso, sino que el desistimiento le ponga fin, cuanto más tratándose de litigios sobre la propiedad del subsuelo, adelantados contra la Nación, los cuales no pueden promoverse en forma sucesiva, según el artículo 177 del Código de Procedimiento, pues si así no fuera, quedaría en manos de los proponentes borrar, por ejemplo, las consecuencias de la caducidad de la acción, con solo ocurrir al sistema o de desistir de la propuesta o de hacer el reajuste previsto en la Ley 10 de 1961, que nada dispuso sobre los pleitos pendientes, ni reformó el citado artículo 177 del Código de Procedimiento.

Por los motivos expuestos, no se acepta el desistimiento de la acción en el presente litigio, según solicitud del apoderado de "Carboneras Samacá S. A.".

Notifíquese, cópiese, e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

INDICE

SALA PLENA

Págs.

Moción de duelo.—La Corte, en sesión de Sala Plena de fecha 11 de julio de 1963, aprobó una proposición por medio de la cual deplora el fallecimiento de la señora María Alfonso v. de Poveda, madre del doctor Rafael Poveda Alfonso, Conjuez de esta Corporación 5

Exequibilidad del artículo 5º de la Ley 1ª de 1961 que autoriza el funcionamiento de la Lotería Extraordinaria de Pereira.—Privilegios, gracias y beneficios.—Fomento de empresas dignas de estímulo.—Con fecha 15 de julio de 1963 la Corte declara exequible el mencionado artículo.—Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 6

Moción de duelo.—La Sala Plena, en sesión de fecha 25 de julio de 1963 aprobó una moción de pesar por la muerte del señor Santiago Vergara Crespo, hermano del doctor Primitivo Vergara Crespo.—Magistrado de esta Corporación 11

Inexequibilidad limitada al pasado, de los artículos 1º y 136 de la Ley 81 de 1960, reorgánica del impuesto sobre la renta, en cuanto hicieron aplicable el artículo 23 de la misma ley a los ingresos extraordinarios percibidos por los contribuyentes durante el año de 1960.—Derechos adquiridos.—Irretroactividad de la ley.—Con fecha 26 de julio de 1963 se declaran inexequibles los artículos 1º y 136 de la Ley 81 de 1960 en cuanto hicieron aplicable el 23 de la misma ley a los ingresos extraordinarios percibidos por los contribuyentes durante el año de 1960.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 12

Salvamento de voto del Magistrado, doctor Efrén Osejo Peña, en el fallo de que trata la parte anterior de este índice.—Se sostiene en este salvamento de voto que la Corte no es competente para decidir el presente juicio y que, aceptando que lo fuera, ha debido pronunciarse en favor de la exequibilidad de las disposiciones acusadas 16

Se absuelve al ex-Presidente de la República, señor Gustavo Rojas Pinilla, del delito de concusión.—Competencia de la Corte para conocer y decidir este proceso.—Condiciones necesarias para proferir sentencia condenatoria.—1. La atribución señalada a la Corte en el ordinal 1º del artículo 151 de la Carta, no está condicionada a que el Jefe del Estado, sujeto de una sindicación por delitos, se encuentre en el ejercicio del cargo.—Al Senado corresponde el juzgamiento por la responsabilidad política.—A la Corte incumbe definir la responsabilidad penal.—No resulta ilógico que mientras se condena por la responsabilidad política, la justicia ordinaria adopte solución distinta sobre el cargo propiamente delictuoso. Uno es el juicio político y otro el penal, y a ellos corresponden presupuestos diferentes.—2. Progresiva exigencia probatoria de la ley según se trate de detener preventivamente al procesado, de llamarlo a juicio o, finalmente, de proferir sentencia condenatoria en su contra.—3. Para absolver no es necesario que esté demostrada la inocencia: basta que la infracción o la responsabilidad no se hayan acreditado en forma plena o completa. Con fecha 31 de julio de 1963 la Corte resuelve absolver al ex-Presidente de la República, señor Gustavo Rojas Pinilla por el delito de concusión que le fue imputado y decreta el desembargo de los bienes de propiedad del acusado; y además, cancela la fianza prestada para la libertad del procesado.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 21

Salvamento de voto de los Magistrados, doctores José Hernández Arbeláez, Enrique Coral Velasco y Luis Alberto Bravo, al fallo anterior 28

Aclaración del Magistrado, doctor José J. Gómez R., con relación a este mismo fallo ... 30

Salvamento de voto del Magistrado, doctor Enrique López de la Pava, en el fallo anterior de este índice 32

Proposiciones aprobadas por la Corte Plena en su sesión de fecha 1º de agosto de 1963, con ocasión del fallecimiento de los doctores Luis

Págs.

Enrique Cuervo Araos y Roberto Goenaga, ex-Magistrados de la Corporación 34

Moción de duelo.—Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha 3 de agosto de 1963 con motivo del fallecimiento de la señora Delfina Londoño v. de Vila, familiar del honorable Magistrado doctor Carlos Peláez Trujillo 34

Moción de duelo con motivo del fallecimiento del doctor Francisco Roenes Sampayo, Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena.—Aprobada en la sesión plenaria del 5 de septiembre de 1963 35

Moción de duelo aprobada en Corte Plena, en sesión de 12 de septiembre de 1963, con motivo del fallecimiento del doctor Ricardo Hinestrosa Daza, ex-Presidente de la Corporación 35

La Corte deplora el fallecimiento del doctor Gerardo Angel Santacoloma, Magistrado del Tribunal Superior de Neiva.—Proposición aprobada con tal motivo en sesión plenaria de fecha 26 de septiembre de 1963 35

Inexequibilidad del proyecto de ley "por la cual la Nación se asocia al cincuentenario del Municipio de Valdivia en el Departamento de Antioquia".—Con fecha 2 de octubre de 1963 la Corte declara inexequible el proyecto de ley fechado el 24 de julio del año en curso.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 36

Exequibilidad del proyecto de ley por el cual se reconoce el valor de diez kilómetros de carreteras nacionales y un puente, construído por la Intendencia del Caquetá.—El proyecto en referencia no desvirtúa ni contradice los programas a que según la Constitución Nacional deben someterse las obras públicas.—Con fecha 3 de octubre de 1963 la Corte declara exequible el proyecto de la referencia.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 38

Objeciones a un proyecto de ley.—Con fecha 30 de octubre de 1963 la Corte decide sobre las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Presidente de la República contra los artículos 4º y su parágrafo, 5º y 6º del proyecto de ley, "por el cual se dan unas autorizaciones a los departamentos para el cobro de las inversiones verificadas en la pavimentación de las carreteras, y se dictan otras disposiciones".—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 40

Págs.

Salvamento de voto al fallo de que trata el aparte anterior de este índice de los Magistrados, doctores Enrique López de la Pava, Ramiro Araújo Grau, Enrique Coral Velasco, Carlos Peláez Trujillo, Efrén Osejo Peña, José J. Gómez R., Gustavo Fajardo Pinzón, Alvaro Díaz Granados y Arturo C. Posada 43

Incompetencia para decidir sobre una acusación de inexequibilidad.—No compete a la Corte el decidir sobre las acusaciones de inexequibilidad de los decretos de carácter reglamentario dictados por el Gobierno.—Con fecha 31 de julio de 1963 la Corte se inhibe de conocer de la acusación de inexequibilidad formulada contra el artículo 82 del Decreto 465 de 27 de febrero de 1961.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón ... 44

Acusación de inconstitucionalidad contra el Decreto número 1228 de 1959, por el cual se dictan unas medidas para reprimir el contrabando de exportación de café.—Incompetencia de la Corte para decidir la presente acusación.—Condiciones que han de llenar las demandas sobre inexequibilidad.—A qué se extiende la jurisdicción constitucional de la Corte.—Con fecha 4 de noviembre de 1963 la Corte se inhibe para hacer la declaración de inconstitucionalidad impetrada.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco ... 46

Se declara exequible el artículo 7º del Decreto-ley 1713 de 1960, disposición que regula la profesión de contadores.—La disposición acusada se mantiene dentro de los límites de las autorizaciones extraordinarias.—La mencionada norma no infringió el artículo 39 de la Carta, sino antes bien, hizo un legítimo desarrollo de sus disposiciones.—Es verdad que el precepto constitucional garantiza a toda persona libertad para escoger profesión u oficio, pero no es lo menos que no consagra su ejercicio en términos absolutos.—Con fecha 7 de noviembre de 1963 la Corte declara exequible el artículo 7º del Decreto-ley 1713 de 1960.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 48

Inexequibilidad del proyecto de ley "por el cual se decreta la construcción de unos edificios nacionales con destino a las dependencias oficiales en las ciudades de Buga, Palmira y Cali y se dictan otras disposiciones".—Facultades del legislador.—Bienes y rentas municipales.—Control constitucional de la Corte.—1. Examen comparativo de los ordinales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta.—Planes

Págs.

y programas a que debe sujetarse el legislador al decretar obras nacionales o fomentar las pertenecientes a otras entidades o personas.—2. Autonomía de los departamentos y municipios en relación con la administración y disposición de sus bienes y rentas.—Extensión del control constitucional de la Corte.—Con fecha 12 de noviembre de 1963 la Corte declara inexequibles los artículos números 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º, con excepción del parágrafo segundo del artículo 1º del proyecto de ley antes mencionado.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 51

Inexequibilidad del proyecto de ley "por el cual se destina una partida para el Liceo Celedón de Santa Marta y se provee a su funcionamiento".—Normatividad de la Ley 61 de 1946.— Autonomía de los departamentos en la administración de su patrimonio.—1. Las condiciones contenidas en la Ley 71 de 1946 no son sino el necesario desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, y deben aplicarse como tales mientras el legislador no las derogue.—2. Autonomía de las entidades departamentales para el manejo y disposición de su patrimonio.—La ley no es medio constitucional idóneo para que un departamento exprese su voluntad en cuestiones tendientes a definir asuntos de interés patrimonial.—Con fecha 18 de noviembre de 1963 la Corte declara inexequibles los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del proyecto de ley antes citado.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 58

Sanciones disciplinarias.—No hay lugar a imponer sanción alguna en relación con la presente queja.—Con fecha 30 de noviembre de 1963, la Corte resuelve que no hay lugar a imponer sanción disciplinaria alguna al doctor Demófilo Candela Moriones, Magistrado del honorable Tribunal Superior de Cali.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 64

Palabras pronunciadas en nombre de la Corte por el Magistrado, doctor José Hernández Arbeláez en el sepelio del Magistrado doctor José J. Gómez R. 68

La Corporación deplora la muerte del Magistrado, doctor José J. Gómez R. y rinde homenaje de admiración a su memoria.—Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha 13 de diciembre de 1963 68

SALA DE CASACION CIVIL

Págs.

Promesa de compraventa.— Enajenación de ejidos.—Formación del consentimiento de los municipios.—Sentencia de 2 de julio de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Pedro Arce contra la Cooperativa de Transportes del Valle Ltda.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 69

Contratos.—Obligaciones del deudor.—Quien no cumple la obligación dentro del término estipulado se constituye en mora.—Requerimiento judicial para constituir en mora al deudor.—Efectos de la voluntad explícita de no cumplir la obligación expuesta por uno de los contratantes al otro.—Sentencia de 3 de julio de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el juicio ordinario promovido por Juvenal Saavedra contra Ricardo Varón.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 78

Instrumentos negociables.— Firma.— Sentencia de 18 de julio de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por León Botero Villegas contra Abiécer Salazar Montoya.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 81

Presunción de muerte por desaparecimiento —índole de ésta.—Convenciones a que puede dar lugar una sucesión futura.—Fenómenos jurídicos de la apertura, delación y disposición de la herencia en los casos de muerte real y de muerte presunta.—Efectos que produce el decreto de posesión definitiva de los bienes del muerto presunto.—Prueba principal y prueba supletoria de la muerte de una persona.—La notoriedad no es medio supletorio de comprobar el fallecimiento de una persona.—Sentencia de 8 de agosto de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario promovido por Sara May de Martínez contra Luis A. Tobar.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 84

Nulidad de unos contratos y reivindicación.—Posterior interdicción judicial del vendedor por motivo de demencia.—Razones por las cuales no procede alegar, simultáneamente, error de hecho y de derecho respecto de un mismo medio probatorio.—Antitécnica acusación, con base en la causal primera, por errónea apreciación de la prueba y de los he-

Págs.

chos.—En casación es ineficaz la oposición de declaraciones de testigos a conceptos periciales que el juzgador considera bien fundados.—Sentencia de 20 de agosto de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario promovido por Elsa Martínez de Coral y otro contra Alfonso Camues Vallejo.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 93

Usucapión ordinaria.—Error de derecho en la apreciación de prueba testimonial.—El secuestro no tiene el alcance o significado de posesión, es un título de mera tenencia.—El secuestro de la cosa poseída no implica interrupción de la prescripción adquisitiva.—Sentencia de 28 de agosto de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por el Municipio de Cali, contra Luis F. Muñoz.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. ... 101

Restitución de un terreno a una comunidad de indígenas que lo había adquirido por prescripción extraordinaria.—Representación de ella y prueba de su existencia.—Infracción por errónea interpretación o aplicación de la ley.—Elementos de la acción reivindicatoria y finalidad de la misma.—Conexión entre los hechos y la parte resolutiva del fallo y alcance de ésta.—La cosa juzgada se extiende a la parte motiva de la sentencia.—Sentencia de 28 de agosto de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario promovido por la comunidad de indios del Municipio de Córdoba, contra Julio Guerrero y otros.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada ... 107

Diferencias entre la simulación y la nulidad.—Simulación absoluta y simulación relativa.—La omisión del requisito exigido por el artículo 1458 del Código Civil, acarrea nulidad absoluta.—Error de hecho en la interpretación de la demanda.—Sentencia de 29 de agosto de 1963.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Luis Alberto Mancheno contra Julio César Farah Helo.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón ... 113

Reivindicación.—Acción de recobro.—La calidad de poseedor atribuída por el reivindicante al demandado, una vez aceptada por éste, no puede ser negada por aquél en el curso del juicio.—Sentencia de 5 de septiembre de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario promovido por Manuel Duque, contra Carmen Carrera.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 126

Tacha por infracción directa del artículo 30 de la Constitución Nacional.—Técnica del cargo por error de derecho.—Estimación de la buena fe.—Sentencia de 13 de septiembre de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Vicente López Gómez contra el Municipio de Cali.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 132

Revisión de sentencias.—Causal 2ª del artículo 524 del Código Judicial.—Es hecho extraño a la falsedad de documentos apreciados en el proceso, el que determinados testimonios no se hubieran recibido en el juicio por culpa de la parte favorecida con la sentencia.—Providencia de 19 de septiembre de 1963.—No se da curso a la demanda presentada por el demandado contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 1961, por el Tribunal Superior de Bogotá, en juicio promovido por Joaquín Lée Achury y otro contra Isidro Bejarano Chívita.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 136

Filiación natural, reforma de testamento y petición de herencia.—Promoción de la acción cuando se ha cedido parte de los derechos en la sucesión del presunto padre natural.—Sujeto pasivo muerto el presunto padre.—No hay inconsonancia cuando la decisión, tácitamente, abarca la excepción alegada.—En casación la Corte debe situarse dentro de los límites que el impugnante le precise.—Autonomía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas.—Viabilidad excepcional de un cargo atinente a la materia del artículo 702 del Código Judicial.—Pluralidad de relaciones sexuales.—Derechos y obligaciones transmisibles que competen al cesionario.—Quiénes pueden instaurar la acción de petición de herencia, en cuanto restitutoria.—Sentencia de 20 de septiembre de 1963.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por José Galeano contra la sucesión de Luis Bernal Granados y otros.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 139

Salvamento de voto del Conjuez, doctor Ernesto Escallón Vargas.—Fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 155

La apelación da plenitud de competencia al superior que conoce de ella.—La confirmación

Págs.

que, aunque por distintas razones, haga el Tribunal de la sentencia de primer grado, no justifica el cargo de falta de competencia, ni el que se proponga, como subsidiario, bajo el nombre de ilegitimidad de personería del demandado.—Quien puede alegar esta última.—Sentencia de 23 de septiembre de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por el Municipio de Cali, contra la sociedad "José Fernández y Cía Ltda.".—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 156

La responsabilidad del dueño de edificios ruinosos, por los daños que ocasionen a terceros, comprende también los que originen los elementos confinados a espacios fijos, como ocurre con los ascensores.—La causal 2ª de casación debe buscarse en la parte resolutiva del fallo.—La competencia del a quo *determina la del* ad quem.— *Cuándo la acción civil sobre indemnización de perjuicios por la muerte de una persona puede intentarse independientemente de toda definición penal.—Causal 1ª de casación.—Condiciones para considerar vulnerado el artículo 26 de la Carta.—Los artículos 205 y 593 del Código Judicial no son normas de carácter sustancial.—Requisitos para que pueda tener trascendencia en casación el quebranto del artículo 1757 del Código Civil.—La lógica de los hechos como razón de la apreciación indiciaria.—La crítica global de las pruebas no es de recibo en casación.—Dependencia del empleado respecto del empresario a quien sirve.—Presunción de culpa por actividades peligrosas.*—Sentencia de 1º de octubre de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Syra Martínez de Rojas y otros contra Jaime Posada Peláez.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 161

Nulidades que afectan los actos y declaraciones de la voluntad y nulidades de carácter procesal.—Derecho sustancial y derecho procesal.—Condiciones para que el cargo por la causal 6ª de casación sea acogido.—Por regla general, la violación del artículo 26 de la Carta, sólo puede ser indirecta.—Previsiones legales para cuando una persona se niega a recibir una notificación.—Sentencia de 5 de octubre de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por la sucesión de Valentín Bonilla García contra Ulpiano Villegas Marulanda.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 174

Mutuo disentimiento en contratos de tracto sucesivo.—Causales 2ª y 3ª de casación.—Sentencia de 5 de octubre de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Oreste Brusatín contra la sociedad Castro Borrero y Caicedo Herrera Ltda.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 181

Usucapión.—Es del todo extraño a la posesión el alcance jurídico de las inscripciones de las escrituras públicas.—Prueba de la propiedad raíz por medio de los certificados del registrador.—Relación material entre el poseedor y la cosa.—Sentencia de 9 de octubre de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Margot Ferreira de Roa contra Georgina Isaza Ardila.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 187

La noción de justo precio como categoría jurídica.—La rescisión de la compraventa por lesión enorme, esta referida únicamente a los inmuebles.—Inadmisibilidad de la tacha por error grave contra dictamen pericial firme en el plenario.—Sentencia de 10 de octubre de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el juicio ordinario promovido por Bernardo Páez Fuentes contra María Isabel Llorente de López y otra.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 193

Asunción de deuda ajena.—Las reglas sobre la eficacia de los actos jurídicos son inherentes a todos los contratos, incluso el llamado negocio fiduciario.—La asunción de deuda ajena puede ser expresa o tácita.—La sucesión no es persona jurídica ni sujeto de derechos y obligaciones.—Prueba sumaria no es prueba incompleta, sino no controvertida.—Sentencia de 10 de octubre de 1963.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Eduardo Escallón Umaña contra Luis Escallón Umaña.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 198

Cesión de derechos hereditarios.—El cesionario no puede pedir en su propio nombre y para sí, sino en el de la herencia, la liquidación de la sociedad de hecho formada por el causante.—Se reitera la doctrina referente a

Págs.

que la legitimación en causa es uno de los elementos de la acción y no del proceso.—Sentencia de 15 de octubre de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por Rafael Hernández Cuéllar contra Lucrecia Velásquez de Téllez y otros.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 214

Nulidad de un juicio divisorio.—El ordenamiento jurídico no consagra instituciones legales contradictorias entre sí.—Causas que originan la nulidad de una partición.—Interpretación de la demanda.—El fallador no puede cambiar su sentido.—Sentencia de 14 de noviembre de 1963.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario promovido por Aura María Collazos contra Víctor Maya Canencio y otro.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 218

Contrato de seguro.—La falta de la firma del asegurado en la póliza no impide hacerla valer contra la entidad aseguradora.—Poder representativo de los agentes colocadores de seguros.—El plazo para el pago de la prima del seguro, otorgamiento del agente colocador al asegurado que de buena fe lo contrató, es término de gracia que obliga a la entidad aseguradora.—Sentencia de 22 de noviembre de 1963.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por María de la Cruz Ramírez de Parra contra "Seguros Bolívar" y "Seguros Comerciales Bolívar".—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón ... 223

Acción resolutoria.—Casación.—No es tercera instancia que abra de nuevo el debate judicial.—La simple interpretación de los medios con criterio distinto del que guiara al Tribunal no alcanza a prevalecer en casación.—Los perjuicios por el incumplimiento.—Condición resolutoria tácita.—La excepción non adimpleti contractus mira a la titularidad.—Consecuencias del éxito de la pretensión resolutoria: a) para el comprador; b) para el vendedor.—Sentencia de 29 de noviembre de 1963.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Alberto Cadavid Sierra y otra contra Juvenal J. Gaviria y otra.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 232

Nacionalidad.—Adquisición, pérdida y subsistencia.—Partidas eclesiásticas.—Cómo se subsana la omisión de éstas en los libros parroquiales.—Legislación nacional y extranjera.—Regla en caso de conflicto entre éstas.—Impugnación de un acta de nacimiento en cuanto al lugar donde éste se efectuó.—Filiación natural.—El domicilio del demandante y la competencia.—Adelantamiento de la acción de filiación natural, según el Derecho Internacional Privado.—Violación indirecta de la ley.—Aplicación por los jueces colombianos de la Ley Ecuatoriana.—Tratado de Derecho Internacional Privado, firmado entre Colombia y Ecuador.—Análisis de éste y del Código Civil del Ecuador frente a la legislación colombiana.—Derechos sucesorales de los hijos naturales en concurrencia con los hijos legítimos en relación con el Tratado suscrito entre Colombia y Ecuador.—Sentencia de 29 de noviembre de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por Leonidas Espíndola contra César Espíndola Tangel y otros.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 240

Simulación.—El juzgador puede acogerla, por vía de excepción, aunque no haya sido propuesta o alegada por el demandado.—Valor probatorio de la confesión hecha en posiciones, cuando en la diligencia no se transcriben las preguntas y se omite luego el traslado a quien las pidió.—Prueba de la identidad del bien que se reivindica.—Error de hecho.—En casación no es de recibo la crítica global del problema probatorio.—Derecho de retención hasta cuando se garantiza el pago satisfactorio de las mejoras.—Sentencia de 3 de diciembre de 1963.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Eurípides Rodríguez y otro contra Belén Rodríguez v. de Gómez.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 260

Culpa por daños ocasionados por un edificio ruinoso a la construcción contigua.—Efectos de la omisión de la querella de obra vieja por los vecinos conocedores del peligro que ofrece el mal estado de la edificación contigua.—Relaciones de vecindad.—Formas variadas que revisten.—Error de hecho en la apreciación de pruebas.—Sentencia de 4 de diciembre de 1963.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Dora Rubio de Blanco y otra contra Luis A. Plata S.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 272

SALA DE CASACION PENAL

Págs.

Delito de robo.—Causales 4ª, 2ª y 1ª de casación.—Derecho de defensa.—Alcance de la confesión en materia penal.—En cuanto al valor del acervo probatorio, el demandante está obligado a demostrar con mejores argumentos a los empleados por el fallador, que la conclusión judicial es equivocada.—Por sentencia de 4 de julio de 1963, la Corte no casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado a Arnulfo Garzón Maldonado.—Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 284

Delito de homicidio y robo.—El vocero del procesado debe reunir las calidades exigidas por la ley para ejercer su cargo.—La falta de vocero en la audiencia no origina nulidad legal ni menos constitucional.—Es improcedente plantear en casación una recusación contra funcionario que intervino en las instancias.—La circunstancia prevista en el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal, no está contemplada en el artículo 363 de la misma obra como elemento constitutivo del delito de asesinato.—Técnica del recurso de casación.—Argumentos de la Corte sobre la inaplicabilidad de la causal segunda en los juicios con intervención del jurado.—Por sentencia de 5 de julio de 1963, la Corte no invalida la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado a Félix María Charry (a. Cucha) y otros.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 291

Abuso de confianza.—Indemnización de perjuicios.—Causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.—Elementos de integración y agravantes específicos del delito de abuso de confianza.—En este delito el daño o perjuicio surge de la apropiación que implica la consumación del ilícito.—Los artículos 92 del Código Penal y 2341 del Código Civil, imponen al reo el deber de indemnizar perjuicios.—Por sentencia de 30 de julio de 1963, la Corte invalida el fallo recurrido en casación, proferido por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso seguido a Federico Rivas Vargas.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 300

Asesinato.—Causales cuarta, tercera y primera de casación.—Apreciación de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad.—Derecho de defensa del procesado.—Condiciones de inferioridad o indefensión de la víctima.—Conformidad entre la sentencia y el veredicto.—Por providencia de 13 de agosto de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto por Rafael Ojeda Tapia y otros, contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, en el proceso que se les siguió por los delitos de homicidio agravado y robo.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 304

Delito de abuso de confianza.—Causales segunda y primera de casación.—Condiciones para que la venta ilegal hecha por el síndico-secuestre constituya delito.—Responsabilidad penal y civil, atribuible al síndico del concurso.—Error valorativo de la prueba.—No siempre el mandatario judicial, al disponer de la cosa mueble ajena, incurre en apropiación o uso indebido.—Errada apreciación de los hechos que estructuran el delito de abuso de confianza.—Por sentecia de 29 de agosto de 1963, la Corte invalida la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso seguido a Walter de Freitas, por el delito de abuso de confianza y otras defraudaciones consumado en contra de los intereses patrimoniales del concurso de acreedores de la "Chivor Esmeral Mines Inc.".—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria ... 313

Abuso de confianza por retención ilícita de fracciones de lotería premiadas.—Apreciación de las pruebas del proceso.—Prueba de la circunstancia de mayor peligrosidad a que alude el ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal.—Por sentencia de 29 de agosto de 1963, la Corte invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso adelantado a Omar Díez Ortiz.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 328

Delito de estafa.—Invocación de las causales cuarta, segunda y primera de casación.—Análisis probatorio.—Por providencia de 29 de agosto de 1963, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Antonio José Arango Villegas.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 341

Revisión en materia penal.—Intereses y fines del Estado al propiciar este recurso extraordinario.—Hechos nuevos y autoridad de cosa juzgada.—Eficacia probatoria para remediar un error judicial.—Por sentencia de 30 de agosto de 1963, la Corte ordena la re-

Págs.

visión del proceso adelantado contra Arturo Gómez Urueta, condenado por el Tribunal Superior de Aduanas, por el delito de contrabando.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 350

Facultad legal de los juzgadores para apreciar la conducencia de pruebas testimoniales.—Nulidad en el proceso penal por reemplazo ilegal de miembros del jurado.—Interrogatorio al procesado.—Por providencia de 7 de septiembre de 1963, la Corte desecha el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que condenó a Luis José Rangel Durán, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 356

Tránsito de procedimiento y competencia para juzgar a miembros de la policía Nacional por la vigencia del Decreto-ley número 1705 de 1960.—Las normas de procedimiento, relativas a competencia, son de aplicación inmediata.—Fuero penal militar.—Causal cuarta de casación.—Nulidad de carácter supralegal.—Por sentencia de 10 de septiembre de 1963, la Corte invalida la proferida por el Tribunal Superior Militar que condenó a Roberto Pérez Mahecha, como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 361

Tentativa del delito de falsificación de moneda.—Causal segunda de casación.—Naturaleza de las normas de carácter especial y general que reprimen la tentativa.—Elementos constitutivos de la tentativa y la consumación.—Criterios material y formal de la doctrina moderna en relación con la preparación y ejecución del delito.—La "falsificación de monedas", en la modalidad de circulación dolosa, no admite la figura de imperfección.—Por providencia de 12 de septiembre de 1963, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Tunja que condenó a Domingo Galvis Velandia, "como responsable del delito imperfecto de falsificación de moneda".—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 366

La errada aplicación de la ley penal en cuanto a la competencia para conocer del proceso, no funda el recurso extraordinario de revisión.—Efectos de las sentencias sobre inexequibilidad de las leyes.—Por sentencia de 13 de septiembre de 1963, la Corte declara que no hay lugar a la revisión del proceso seguido contra Juan Rivera Torres por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 371

Violencia carnal.—Causales 4ª, 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.—Para admitir la nulidad constitucional por violación del derecho de defensa del procesado, se requiere que éste no cuente en ningún momento con la ayuda jurídica de un profesional de la abogacía.—Límites de las facultades de la Corte, en casación, en la estimación de las pruebas.—Para la consumación del delito de violencia carnal, no se requiere la perfección fisiológica del acto sexual.—Correcta aplicación de la pena impuesta al procesado.—Por providencia de 20 de septiembre de 1963, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que condenó a Rafael Sanguino Carrascal.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 373

Estupro.—Causales 2ª y 1ª de casación.—Alcance del dicho de la persona perjudicada por la infracción penal.—La promesa matrimonial como elemento constitutivo del estupro por seducción.—Facultad de los falladores de instancia en la estimación del recaudo probatorio.—La preparación ponderada es elemento estructural del delito de estupro.—Por sentencia de 1º de octubre de 1963, la Corte invalida la proferida por el Tribunal Superior de Buga que condenó a Manuel Enrique Quiroga Muñoz.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 377

Delito de robo.—Causales 1ª, 2ª, 4ª y 5ª de casación.—Cuantía del delito y funcionario competente para conocer de la infracción penal.—No es pertinente, dentro del procedimiento especial del Decreto número 0014 de 1955, el caso de nulidad señalado en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.—Es suficiente que el empleo de la llave resulte ilegítimo, para que la sustracción de cosa mueble ajena, sin el consentimiento del dueño y con el propósito de apoderarse de ella, configure el delito de robo.—Error en la dosimetría de la pena impuesta.—Estimación de la prueba dentro del recurso de casación.—Por sentencia de 3 de octubre de 1963, la Corte invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso que condenó a Miguel Barrera Marín.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 383

Págs

Posesión y tráfico ilegítimo de armas y municiones.—Sentido y alcance de las normas que sancionan estos ilícitos.—Violación de la ley por errada interpretación de disposición penal.—Retroactividad de la ley penal permisiva o favorable al reo.—Causal primera de casación.—Por sentencia de 5 de octubre de 1963, la Corte invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior Militar que condenó al Teniente Alberto Cendales Campuzano, al soldado Alberto Ariza, a los particulares Luis Emilio Olaya Novoa y José Amadeo Guzmán y otros soldados, por "rebelión", "tráfico ilegítimo de armas" y otros ilícitos.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 391

El homicidio preterintencional no es incompatible con la circunstancia aminorante de la provocación a que se refiere el artículo 28 del Código Penal.—Veredicto.—Calificación genérica del delito.—Por sentencia de 7 de octubre de 1963, la Corte no casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso seguido a Misael González García.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 396

Falsedad en documentos.—Ineficacia probatoria del concepto grafológico llevado a cabo sobre la fotocopia del documento tachado de falso.—Causal segunda de casación.—Por sentencia de 14 de octubre de 1963, la Corte invalida la proferida por el Tribunal Superior de Cali que condenó a Gilma Cardona Echeverri de Osorio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez ... 399

Impedimentos.—Génesis de los impedimentos.—Motivos de impedimento previstos en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.—Impedimento generado en el interés.—Características de los establecimientos bancarios como sociedades de capitales y sociedades comerciales.—Constitución como sociedad anónima en los Bancos de Bogotá y de Colombia por haber sido fundados antes de la Ley 45 de 1923.—Alcance y contenido de los ordinales 2º y 10º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.—Con fecha 8 de noviembre de 1963 la Corte declara infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta, doctor Rodrigo Linero Noguera, para conocer de un proceso en que actúa como parte civil el Banco de Colombia.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 403

Págs.

Concurso material de los delitos de falsedad y estafa.—Uso de un cheque.—Diferenciación entre documento público y documento privado.—Efectos de la equiparación que hace nuestra ley penal entre instrumentos negociables y los instrumentos públicos.—Sanciones por falsedad en instrumentos negociables y por el delito de estafa.—Con fecha 28 de noviembre de 1963 no se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó al procesado Bernardo Gómez Zuleta por los delitos de falsedad documentaria y estafa.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo ... 405

Falsedad en documentos, bigamia y estupro.—Nulidades legales y supralegales.—Competencia.—Con fecha 3 de diciembre de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, que condenó a Ramiro Sarria Navarro, como responsable de los delitos de falsedad en documentos, bigamia y estupro.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres ... 417

Contrabando.—Eventos en los cuales hay lugar a casación de conformidad con el artículo 20 del Decreto 188 de 1958.—Invocación de nulidad supralegal atañedera al derecho de defensa.—Acusación de la sentencia por error de hecho y error de derecho.—El examen trunco o parcial del recaudo probatorio no da lugar a aceptar en casación el error propuesto.—Con fecha 3 de diciembre de 1963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas que condenó a Ildelfonso Castaño Tirado y otros por el delito de contrabando.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 421

Falsificación de monedas.—Conducta ilícita compleja.—Concurso material y concurso formal de delitos.—Interpretación de la ley.—Elementos estructurales que caracterizan la estafa y la falsificación de monedas.—Delito de tipo especial previsto en el numeral 4º del artículo 214 del Código Penal.—Prueba de incriminación.—Pena imponible.—Con fecha 5 de diciembre de 1963 se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual fueron condenados César Augusto Delgado Aguilar y Enrique Sanín Mejía por el delito de falsificación de monedas y otros hechos.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 427

Abuso de confianza.—Naturaleza y fines de la sociedad constituída.—Aportes.—Elementos

Págs.

tipificadores del delito de abuso de confianza.—El fraude.—Administración de la sociedad.—Conducta de un administrador y su responsabilidad cuando la sociedad es de derecho.— Causal segunda de casación penal.—Noción de delito continuado.—Sus elementos.—Interpretación de los artículos 412, 413 y 414 del Código Penal.—Correcta aplicación de normas penales.—Causal primera.— Con fecha 9 de diciembre de 1963 no se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Abel Carrasco Amaya como responsable del delito de abuso de confianza.—Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 434

Extradición.—Normas que la rigen.—La ley colombiana y el delito político.—Delito estrictamente militar.—Mínimo probatorio exigido por el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal.—Con fecha 13 de diciembre de 1963 la Corte emite concepto favorable con respecto a la solicitud presentada por el Gobierno de la República de Venezuela, sobre extradición del ciudadano de ese país, señor Cruz Mario Montemorro.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez ... 456

Asociación para delinquir.—Propósitos criminosos de los asociados.—Diferencia entre la asociación para delinquir y coparticipar criminal.—Concepto de tratadistas sobre estos aspectos.—Elementos tipificadores de la asociación para delinquir.—Con fecha 19 de diciembre de 1963 la Corte invalida la sentencia acusada del Tribunal Superior de Neiva, proferida en la causa de Rodulfo Molano Tingelli, Julián y Farid Caviedes Ordóñez y otros, por el delito de asociación para delinquir.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 466

SALA DE CASACION LABORAL

Tacha de testigos y casación.—Representantes del patrono y su responsabilidad.—Cesantía.—Lucro cesante.—Indemnización moratoria.—Con fecha 8 de julio de 1963, no se casa la sentencia recurrida del Tribunal de Pamplona en el juicio laboral promovido por la señora Myriam Becerra de Santarelli contra la sociedad "Leonidas Lara e Hijos, Limitada", sucursal de Cúcuta.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. ... 477

Reclamación de salarios.—Prestaciones e indemnizaciones.—Técnica del recurso de casación.—Falta de interés jurídico para recurrir.—1. En un cargo planteado con base en error de hecho no es admisible involucrar la modalidad atinente a la interpretación errónea de la ley.—Esta infracción se opera con independencia de toda cuestión de hecho.—2. Falta de interés jurídico para recurrir en casación respecto a una decisión consentida en las instancias.—Con fecha 10 de julio de 1963 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral promovido por Ana Delfa Puente de Perdomo contra Roberto Solarte y Leonilde Palacio de Solarte.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 483

Reclamación de viáticos y gastos del transporte.—Importancia del petitum de la demanda de casación.—Indemnización moratoria.—Alcance y sentido del Decreto 797 de 1949.—1. La omisión del petitum en la demanda de casación hace inestimable el recurso.—2. Examen del Decreto 797 de 1949 en relación con la sanción moratoria que allí se establece.—Con fecha 18 de julio de 1963 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral promovido por Alvaro Gutiérrez Bolívar contra el Instituto de Crédito Territorial.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina 487

Reclamación de salarios, prestaciones e indemnizaciones.—Técnica del recurso de casación.—Violación indirecta de la ley.—Error de hecho.—1. Violación directa y violación indirecta.—Elección equivocada de la vía de impugnación.—2. Necesidad de señalar las normas sustantivas que consagran los derechos que se reclaman.—3. Error de hecho y error de derecho en la estimación de las pruebas.—4. Requisitos necesarios para que proceda el recurso de casación por error de hecho.—Con fecha 31 de julio de 1963 no se casa la sentencia recurrida pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario laboral adelantado por Pedro Luis Londoño contra Laura Gómez de Polanía.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 490

Técnica de casación laboral.—Seguro de vida.—Derechos y garantías de los trabajadores.—1. No puede afirmarse, de unos mismos elementos probatorios, simultáneamente, error de hecho y error de derecho. Un error de hecho no puede originar uno de derecho.—2. Beneficiarios de seguro de vida por acci-

Págs.

dente de trabajo.—3. El mínimo legal consagrado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, no es óbice para que se pacten condiciones más favorables para el trabajador.—Con fecha 20 de agosto de 1963 no se casa el fallo recurrido proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral adelantado por Carmenza Henríquez v. de Cuéllar, en su propio nombre y en el de su hijo menor Luis Alfonso Cuéllar Henríquez contra la sociedad "Asociación Interamericana de Aviación (Aida Ltda.)".—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 496

Honorarios del mandatario.—Sistema probatorio.— Violación directa y aplicación indebida.—Técnica de casación.—1. De dónde proviene la violación directa y de dónde la aplicación indebida.—2. Si la acusación se funda en las pruebas es impertinente hablar de infracción directa.—3 No hay incompatibilidad entre los artículos 2184 (numeral 3º) y 2143 del Código Civil, en relación con la fijación de honorarios del mandatario.—4 En los juicios sobre reclamación de honorarios (Decreto 459 de 1956) la prueba se rige por las leyes laborales.—5. En tales juicios las pruebas deben estimarse conforme al sistema de la persuasión racional.—El Juez no está obligado a establecer la costumbre según el artículo 700 del Código Judicial.—6. No son las normas civiles sino las laborales las que rigen la materia probatoria en estos juicios.—7. Es improcedente el cargo que acusa de violación directa y a la vez de error de hecho.—8. A través de errores de hecho no puede producirse la infracción directa.—Con fecha 28 de agosto de 1963, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Alfonso Guillén Estévez contra Compañía del Cafetal de la Trinidad, S. A.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina 502

Técnica de la demanda de casación.—A la Corte no le está permitido establecer de oficio si las probanzas reputadas de no apreciadas se estimaron indebidamente en cambio.—Con fecha 20 de septiembre de 1963 no se casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio de Marco Tulio Alvarez contra Julio Olarte.—Magistrado ponente, doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga 508

Demanda de casación.—Reformatio in pejus.—Violación directa.—Pruebas decretadas en segunda instancia.—1. La omisión de petitum hace inestimable la demanda de casación.—El demandante tiene la carga de determinarlo con precisión.—2. Cuando ambas partes apelan del fallo de primera instancia, no es posible que el de segunda incurra en el vicio de la reformatio in pejus.—3. La infracción directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria.—4. Pruebas que legalmente puede decretar la Sala Laboral del Tribunal.—Con fecha 26 de septiembre de 1963, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio laboral adelantado por Pablo Conte B. contra "Laboratorios Vicar, S. A.".—Magistrado ponente, doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga 511

Reclamación de prestaciones y salarios caídos.—No tuvieron ocurrencia los supuestos errores de hecho que se le imputaron a la sentencia condenatoria acusada.—Por sentencia de 30 de noviembre de 1963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Blas García de León contra "Asociación Cooperativa de Autobuses Urbanos, Ltda.".—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 515

Condiciones de admisibilidad del recurso de hecho.—1. Para formalizar una demanda de casación o un recurso de hecho ante la Corte, se necesita que el abogado aparezca inscrito en la Secretaría de la Corporación.—2. No puede entrar a considerarse el recurso de hecho formalizado fuera del término legal.—Con fecha 5 de octubre de 1963, la Corte no admite el recurso de hecho interpuesto por Samuel Medina contra la providencia del Tribunal Superior de Medellín que denegó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del mismo Tribunal en el juicio seguido por el recurrente contra la Compañía Colombiana de Tabaco, S. A.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 519

Procedencia y técnica del recurso de casación.—Irrenunciabilidad de las prestaciones.—Indemnización moratoria.—1. La Corte en sede de casación, no puede apoyarse en errores aritméticos para anular la sentencia recurrida.—2. Al recurrente en casación compete señalar con exactitud el precepto infringido.—3. Los derechos y prestaciones del trabajador accidentado son irrenunciables.—4. La indemnización moratoria no procede a

Págs.

partir de la notificación de la demanda sino de la terminación del contrato.—Con fecha 16 de octubre de 1963, la Corte casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario laboral de Darío Gómez Velásquez contra Eduardo Cadavid C.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 521

Técnica de casación.—Corrección de la demanda.—Prueba de horas extras.—1. La demanda de casación debe declarar precisamente el alcance de la impugnación.—2. Oportunidades procesales en que puede ampliarse el alcance de lo pedido en la demanda original.—3. Cómo debe hacerse la impugnación de una decisión de instancia que se apoya en pluralidad de medios probatorios.—4. Prueba de horas extras por medio del testigo.—Con fecha 18 de octubre de 1963, la Corte no casa la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario de trabajo de Loie Ragsdale y Beryl Edwin, Glenn Earl y Wallace Eayne Ragsdale contra la sociedad "American Pipe and Construction Co.".—Magistrado ponente, doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga 528

Infundada reclamación de salarios y otras prestaciones.—A trabajo igual salario igual.—Auxilio de invalidez.—Técnica del recurso de casación.—1. El artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo no regula el caso de la remuneración que debe corresponder al trabajador por el desempeño de funciones adicionales a las originalmente pactadas.—2. A la Corte le está vedado establecer de oficio si la prueba señalada como no estimada fue apreciada indebidamente en cambio.—3. Requisitos para que la invalidez permanente parcial de lugar a la prestación de que trata el ordinal a) del inciso 1º del artículo 278, Código Sustantivo del Trabajo.—4. Todo porcentaje de invalidez permanente parcial menor al indicado en tal disposición, está especialmente exceptuado del auxilio.—Con fecha 26 de octubre de 1963, la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario del trabajo seguido por Rafael Enrique Donoso contra la sociedad denominada "Cine Colombia S. A.".—Magistrado ponente, doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga 531

Individualismo y justicia social.—El espíritu social de las instituciones nacionales.—Poderes de los árbitros en los conflictos colectivos.—Efecto jurídico y vigencia de los laudos.—Restricciones legales, la voluntad contractual.—Eliminación de la cláusula de reserva.—1. Trascendencia jurídica y social de la Declaración de los Derechos del Hombre.—2. Nuestra Constitución ha acogido ya en buena parte el fuerte espíritu social característico del derecho contemporáneo.—En el orden legislativo ha ocurrido otro tanto.—3. Comparación entre las facultades de los jueces ordinarios y las que tienen los árbitros en los conflictos colectivos.—4. Vigencia de los laudos arbitrales.—Continuidad en la normación de las condiciones generales de trabajo.—5. Extralimitación de funciones de los árbitros.—6. Cláusula segunda del laudo recurrido.—Límites de la libertad contractual.—Condiciones de trabajo para los trabajadores de los contratistas en actividades petroleras.—Cuáles deberá cumplir la empresa directamente.—7. Cláusula séptima del laudo.—Eliminación de la cláusula de reserva.—Con fecha 31 de octubre de 1963, la Corte resuelve que no es exequible el artículo 2º del laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento obligatorio que estudió y decidió el conflicto colectivo surgido entre el sindicato de trabajadores de la empresa "Colombian Petroleum Company" y esta misma empresa; y en lo demás, se homologa dicho laudo.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 535

Salvamento de voto del Magistrado, doctor Roberto de Zubiría C., en relación con el fallo anterior 551

Cesantía.—Lucro cesante.—Indemnización moratoria.—Errores de hecho en la estimación de las pruebas.—Se casa parcialmente la sentencia acusada.—Con fecha 5 de noviembre de 1963, la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral promovido por Julio Hernando Méndez Muñoz contra el Distrito Especial de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 552

Pensión de jubilación de los trabajadores ferroviarios.—Derecho de cesantía por el tiempo excedente.—Reintegro de sumas recibidas.—Violación directa del Decreto 2340 de 1946.—1. Oportunidad de optar por el derecho de cesantía en lugar de la pensión según el artículo 9º del Decreto 2340 de 1946.—2. Auxilio de cesantía para los ferroviarios por el tiempo de servicios que exceda del necesario

Págs.

para adquirir el derecho a la pensión.—3. Reintegración de sumas recibidas por concepto de cesantía.—Con fecha 5 de noviembre de 1963, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Zacarías Tovar Díaz contra los Ferrocarriles Nacionales.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 556

Indemnización por desconocimiento del plazo presuntivo.—Técnica de casación.—1. El equivocado planteamiento de la vía directa en vez de la indirecta, es bastante para rechazar el cargo.—2. El no señalar ni determinar por su contenido la norma o normas sustantivas que a juicio del recurrente hubieren resultado indirectamente infringidas, a consecuencia de errores de hecho o de derecho, es omisión que torna inestimable el cargo.—Con fecha 7 de noviembre de 1963, la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario de trabajo, adelantado por Pedro José Rangel V. contra la sociedad "Mora Hermanos y Compañía Comercial Ltda.".—Magistrado ponente, doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga 562

Providencias que no admiten recurso de casación.—Con fecha 8 de noviembre de 1963, la Corte declara bien denegado el recurso de casación interpuesto por el mandatario judicial del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" contra el proveído de fecha 18 de marzo de 1963 del Tribunal Superior de Cartagena, dictado en el juicio ordinario laboral incoado por Gerardo Gómez Amaya contra el citado Instituto.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 566

Reclamación de prestaciones contra el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico.—Ha debido dirigirse la acción contra la Caja Nacional de Previsión Social.—Relación contractual de trabajo y relación de derecho público.—Técnica del recurso de casación.—Con fecha 14 de noviembre de 1963, la Corte no casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario de trabajo instaurado por Ofelia Arenas Sánchez contra el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico.—Magistrado ponente, doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga 569

Recurso de casación.—Nulidades.—Impedimentos y recusaciones.—Suspensión de términos.—Se resuelven las peticiones formuladas por el apoderado judicial de la parte recurrente.—Con fecha 4 de diciembre de 1963, la Corte resuelve sobre las peticiones formuladas por Luis Carlos Galofre Franco, recurrente en casación.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 573

Reclamación de prestaciones sociales.—Prueba de la duración del contrato de trabajo.—Técnica del recurso de casación.—Con fecha 30 de noviembre de 1963, la Corte no casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín dictada en el juicio laboral adelantado por Pedro Nel Posada contra Helena Mejía v. de Uribe.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 575

Remuneración de trabajo dominical.—Retención del auxilio de cesantía.—Examen del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal sobre suspensión del proceso laboral.—Prueba del trabajo discontinuo o intermitente.—Técnica del recurso de casación.—Con fecha 11 de diciembre de 1963, la Corte no casa la sentencia recurrida del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá proferida en el juicio laboral adelantado por Jorge Supelano contra Mercedes de Cifuentes y Helena de González.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 580

Reajuste de salarios y prestaciones.—Salario mínimo y duración de la jornada de trabajo.—Técnica de casación.—Con fecha 16 de diciembre de 1963, la Corte no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario de Baudelino Mendoza contra Elías Sabogal.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez ... 589

Reclamación de salarios insolutos.—Prestaciones e indemnizaciones.—Técnica de casación.—Indemnización moratoria.—Con fecha 18 de diciembre de 1963, la Corte no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por Policarpo Medina contra la "Casa de las Pinturas".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 591

Prestaciones sociales.—Indemnización moratoria.—Ambito temporal de la aplicación de la ley laboral.—Las normas laborales no tienen efecto retroactivo pero sí aplicación general inmediata.—Con fecha 19 de diciembre de 1963, la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en el juicio ordinario de Hernando Castellanos

Págs.

contra la sociedad "Empresa de Transportes J. I. Tovar Reyes y Compañía Ltda.".—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 599

Reclamación de honorarios profesionales de un médico.—Técnica del recurso de casación.— Con fecha 19 de diciembre de 1963, la Corte no casa el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio adelantado por Rafael Peña Peña contra la sucesión de Eufemia Rivera de Valbuena.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 603

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción de nulidad de adjudicación de una mina de oro de aluvión.—Competencia de la justicia ordinaria para conocer de este asunto.— Presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción instaurada.—Con fecha 25 de julio de 1963, la Corte absuelve a Gerardo Roldán Bernal y a Jesús Guevara H. de los cargos formulados por el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Medellín, en representación de la Nación en relación con el dominio de la mina "La Sombra", de oro en aluvión, situado en los Municipios de Támesis y Jericó.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 607

Embargo preventivo de los depósitos bancarios de un departamento.—Requisitos que exige el ordinal 2º del artículo 274 del Código Judicial para que pueda decretarse el embargo preventivo.—No debe aplicarse esta medida contra entidades de derecho público, tales como los departamentos y los municipios.— Respecto de tales entidades no se cumplen los aludidos requisitos.—Con fecha 25 de julio de 1963, la Corte revoca el auto de fecha 18 de ese mismo año, del Tribunal Superior de Quibdó, por el cual se decretó el embargo preventivo de los dineros depositados por el Departamento del Chocó en los Bancos Popular y del Comercio con sede en dicha capital.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 617

Suspensión del proceso civil hasta tanto se le siga el correspondiente proceso penal.—Distinción entre las dos situaciones jurídicas que contemplan los artículos 11, 25 y 28 del Código de Procedimiento Penal.—El artículo 11 se refiere a aquellos hechos delictuosos que se descubren en el curso del juicio civil.—

Págs.

Suspensión del juicio civil sobre indemnización de perjuicios mientras se decide el proceso penal.—Incongruencias entre las normas civiles y las normas penales.—Con fecha 6 de agosto de 1963, la Corte decreta la suspensión de la acción de indemnización de perjuicios que contra la Nación adelanta el doctor Antonio J. Fernández hasta tanto no se decida el proceso penal seguido contra el ex-Subteniente de la Policía Néstor Mora Guerrero.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 619

Responsabilidad civil extracontractual de la Nación.—La capacidad para ser parte.—Sociedad de hecho y sociedad de derecho.—Por sentencia de 16 de agosto de 1963, la Corte revoca la sentencia apelada del Tribunal de Popayán, y condena a la Nación a pagar el valor de los perjuicios materiales que sufrió el patrimonio del demandante Luis Carlos Castrillón V.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 622

Examen general de la legislación minera.—La Corte rectifica algunas de sus conclusiones anteriores sobre régimen de propiedad de las minas.— Supuestos de la acción de oposición.—Inspección ocular y prueba pericial.— Efecto de la falta de notificación.—1. Presupuestos de la acción de oposición a los contratos de explotación de yacimientos mineros.—2. Efectos procesales de la falta de notificación del auto que señala fecha para la práctica de una diligencia.—3. Mérito probatorio del reconocimiento judicial practicado dentro del juicio, pero sin citación de la contraparte.—4. Correspondencia entre el acta de inspección ocular y el dictamen pericial consiguiente.—Es en el dictamen donde preferentemente han de aparecer enunciados los elementos de juicio que se tuvieron en consideración para emitirlo.—5. Los Derechos constituídos de que habla el ordinal 2º del artículo 202 de la Constitución de 1886 no son otros que los adquiridos conforme a la legislación anterior, o sea, las situaciones jurídicas individuales creadas a su amparo.— Cuando la ley atribuye al dueño del suelo las minas ubicadas en fundo que le pertenece, no está confiriendo de inmediato un derecho real sino simplemente regulando la manera de adquirirlo.—El derecho adquirido es el efecto jurídico de un hecho cumplido conforme a una normación legal.—La propiedad, como todos los derechos reales, no recae sino sobre bienes individualizados y el venero aún

Págs.

no descubierto carece de individualidad definida.—En lo que atañe a la transferencia de los derechos reales, el título no es traslativo por sí solo, y consiguientemente solo da ocasión a expectativas sujetas a las contingencias que afectan la eficacia del acto jurídico.—No puede hablarse de derecho real constituído o adquirido mientras esté pendiente una condición suspensiva o el cumplimiento de una eventualidad a la cual se ha subordinado la consolidación de ese derecho.—Conforme a estos principios, dable es reconocer que respecto de las minas ignoradas, y no descubiertas mientras rigió en Antioquia la Ley 127 de 1867, este estatuto no pudo constituír a favor del dueño del terreno derecho alguno de propiedad.—Ella no pudo crear sino un derecho eventual para el dueño del suelo, que para tornarse perfecto requería que el objeto del dominio llegara a ser conocido, o más exactamente, suceptible de apropiación.—La Ley 127 no podía llegar a surtir efecto respecto de las minas que permanecían ignoradas cuando entró en vigencia el artículo 202 de la Carta, porque reservadas para la Nación y abolidos los Estados Soberanos, se perdieron para éstos y para el titular del derecho eventual.—La reserva del artículo 202 de la Carta, comprendió todas las minas no descubiertas o denunciadas aunque se hallaran en terrenos de propiedad privada.—Cabe afirmar que pertenecen al Estado las minas que con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1886 no habían sido descubiertas, encontrándose en terrenos baldíos o en terrenos de propiedad particular, y las que se hallen en terrenos de propiedad privada adjudicados o enajenados por la Nación con posterioridad a 1873.—Al dueño del suelo las situadas y descubiertas en terrenos salidos del dominio del Estado durante el período de la Confederación Granadina y de los Estados Unidos de Colombia antes de 1873, y las que posteriormente han sido atribuídas al dueño del suelo por regulaciones especiales.—En general, a los particulares, las que han sido objeto de enajenación o concesión administrativa, con arreglo a las prescripciones de la legislación minera.—6. Qué extremos debe establecer quien pretenda probar la propiedad privada de un yacimiento minero.—Con fecha 29 de agosto de 1963, la Corte confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio promovido por el señor Arcesio Mejía Hoyos contra la Nación sobre la explotación de unos yacimientos calcáreos.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 630

Acción de dominio privado del subsuelo petrolífero, inspección ocular.—Prueba pericial.—Determinación de predios.—Presupuestos de la acción.—Elementos comprendidos en la identificación de los predios.—Examen crítico de los elementos probatorios y en especial de los títulos aportados al proceso.—Con fecha 29 de agosto de 1963, la Corte niega las peticiones de la demanda ordinaria promovida por la sociedad Hacienda Neusa Ltda., y absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 645

Prescripción por explotación económica de baldíos y propiedad privada del subsuelo petrolífero.—Recuento analítico de la legislación colonial y republicana.—Prueba de la explotación económica inmemorial de terrenos baldíos.—Prueba trasladada.—1. Régimen jurídico de la adquisición de terrenos baldíos por explotación económica en referencia a la acción de declaración de dominio privado del subsuelo petrolífero.—2. Prueba de la explotación económica inmemorial.—Con fecha 13 de septiembre de 1963, la Corte declara infundada la oposición formulada a la propuesta de contrato número 759 de la International Petroleum (Colombia) Ltda., por Paulina Reyes v. de Pava, Mercedes Pava v. Barrero, Florencio y Margarita Pava Reyes, Ana Villalba Donoso, en su propio nombre y como representante de la sucesión de su padre José Concepción Villalba, Herminia Torres de Reyes, Sixta Tulia Reyes de Montoya Angel, María de la Cruz Reyes Torres, Alfredo Hasche y Manuela Rocha de Fonnegra y en consecuencia absuelve a la Nación de las pretensiones de la demanda.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 663

Salvamento de voto al fallo anterior del doctor Ramiro Araújo Grau 688

Presupuestos procesales.—Legitimación en la causa, referida especialmente al derecho minero y muy en particular a la propiedad privada de minas de esmeraldas.—Protocolización y registro.—1. Qué es la capacidad para ser parte y qué la capacidad procesal.—2. Comparación entre el interés procesal y el interés sustancial de las partes en el juicio.—3. Legitimación en cuanto a la ti-

Págs.

tularidad del derecho demandado en relación con minas adjudicables.—4. Títulos y requisitos necesarios para acreditar la propiedad privada de minas de esmeraldas.—5. Nulidad de los títulos sobre minas cuando no han sido debidamente registrados.—6. La certificación del Registrador no puede sustituír el instrumento original.—7. Qué debe probar quien pretende tener la propiedad de minas de esmeraldas.—Con fecha 18 de septiembre de 1963, la Corte absuelve a la Nación de las peticiones contenidas en la demanda formulada por John Copley Powles, Roberto Copley Powles, Francis Brooksbank Powles y de la sociedad Hemisphere Smith Ltda., en relación con la propiedad de las minas Bogotá, El Pozo, Ibajuca y Vega del Castillo, ubicadas en los Municipios de Somondoco y Sutatenza del Departamento de Boyacá.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 695

Requerimiento judicial.—Su propia naturaleza y ciertas exigencias legales lo colocan entre los actos conexos al juicio.—Competencia de los tribunales para practicar extrajudicialmente aquellos requerimientos que puedan hacerse valer en juicios sometidos a su conocimiento.—Con fecha 30 de septiembre de 1963, la Corte revoca la providencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué por medio de la cual denegó el requerimiento solicitado por Alvaro Ricaurte Pardo para hacer que el Gobernador, como representante legal del Departamento del Tolima, diese cumplimiento a cierta obligación de pagar suma de pesos.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 704

Responsabilidad extracontractual por ruina total o parcial de una edificación.—Presunción de culpa del propietario.—Con fecha 9 de octubre de 1963, la Corte revoca la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona dictada en el juicio promovido por Emilio Cárdenas Q. y Graciela Jáuregui de Cárdenas contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 706

Responsabilidad por pérdida de mercancías en las aduanas.—Con fecha 31 de octubre de 1963, la Corte modifica la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla dictada en el juicio promovido por la sociedad extranjera "Assicurazioni Generali" contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 710

Págs.

Responsabilidad civil extracontractual de la Nación, por daños ocasionados con un vehículo oficial.—Límites de las facultades de los peritos.—1. Responsabilidad directa de las personas morales y en especial de las de derecho público.—2. Limitaciones legales dentro de las cuales deben ejercer los peritos sus atribuciones.—Con fecha 15 de noviembre de 1963, la Corte reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio adelantado por Avelina Rudas de Sierra contra la Nación por indemnización de perjuicios.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 713

Propiedad privada del subsuelo petrolífero.—Presupuestos esenciales de la acción propuesta.—Fracaso de la misma por cuanto no fueron establecidos en el proceso.—Con fecha 15 de noviembre de 1963, la Corte niega las peticiones de la demanda ordinaria promovida por la Compañía Manufacturas Lomitas Limitada y absuelve a la Nación de los cargos formulados en el libelo.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 720

Responsabilidad civil de la Nación por destrucción de mercancías almacenadas en las aduanas.—Circunstancias de exoneración derivadas de la fuerza mayor o caso fortuito.—Con fecha 18 de noviembre de 1963, la Corte confirma la sentencia apelada proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio adelantado por la sociedad "Compañía Agrícola de Seguros S. A." contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 727

Pérdida de mercancías almacenadas en bodegas oficiales.—Con fecha 22 de noviembre de 1963, la Corte confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario adelantado por "Maritime Insurance Company Limited" contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 733

Propiedad privada del subsuelo petrolífero.—Cuestiones incidentales y cuestiones de fondo en relación con el desistimiento de la propuesta de contrato.—Interés jurídico de la Nación y de los particulares en esta clase de acciones.—Con fecha 22 de noviembre de 1963, la Sala deniega la reposición de la providencia que no aceptó el desistimiento del juicio ordinario de petróleos promovido por Bernardo Herrera de la Torre contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 735

Págs.

Embargo preventivo contra entidades de derecho público, como los departamentos o los municipios.—Las hipótesis previstas en el numeral 2º del artículo 274 del Código Judicial no pueden predicarse, jurídicamente, ni de los departamentos ni de los municipios.—Dentro del juicio ejecutivo correspondiente, no hay obstáculo para que se embarguen bienes de tales entidades en cantidad suficiente.—Con fecha 26 de noviembre de 1963, la Sala no repone el auto del 25 de julio último, en virtud del cual se revocó el embargo preventivo solicitado por Alejandro Burgaleta, decretado contra el Departamento del Chocó, por el Tribunal de Quibdó como medida precautelativa, para asegurar el pago de suma de pesos.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 737

Acción sobre dominio privado del subsuelo petrolífero.—Requisitos para la prosperidad de esta clase de acción.—La prueba pericial y la determinación de los predios.—Desestimación de la acción por cuanto no se estableció uno de sus fundamentos esenciales.—Con fecha 29 de noviembre de 1963, la Corte declara infundada la oposición presentada por Emilia Samper de Ortega a la propuesta número 871 formulada por la Texas Petroleum Company y en consecuencia absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 739

Responsabilidad extracontractual.—Concurrencia de culpas.—Regulación de indemnizaciones.—Con fecha 29 de noviembre de 1963, la Corte reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario adelantado por Benjamín León Herrera, Bárbara Moncada y Alejandro León contra el Departamento de Antioquia por indemnización de perjuicios.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 745

Aclaración de sentencias.—Solicitud para que se aclare una sentencia proferida en juicio sobre propiedad de unas minas de esmeraldas.—La Corte encuentra infundada e improcedente la aclaración impetrada.—Con fecha 3 de diciembre de 1963, la Corte no hace la aclaración de la sentencia del 18 de septiembre último proferida en el juicio promovido por Francis Brooksbank y otros sobre propiedad de unas minas de esmeraldas.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 753

Regulación de perjuicios.—Responsabilidad civil extracontractual y regulación de perjuicios.—Cómo han de determinarse los perjuicios materiales derivados de la muerte o lesiones causadas por el hecho dañoso.—Con fecha 4 de diciembre de 1963, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Departamento del Meta contra el auto del Tribunal Superior de Villavicencio que por perjuicios materiales promovió Elvia Rincón Torres contra el aludido Departamento.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 755

Responsabilidad de la Nación por pérdida de mercancías almacenadas en bodegas de las aduanas.—Con fecha 4 de diciembre de 1963, la Corte confirma la sentencia consultada por el Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario promovido por Seguros Comerciales Bolívar contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 758

Uso ilegal de marcas y modelos industriales registrados.—Acción de amparo administrativo y acción indemnizatoria ante la justicia ordinaria.—Hasta dónde se extiende la protección legal de las marcas y modelos registrados.—Imitaciones ilegales.—Con fecha 4 de diciembre de 1963, la Corte revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio adelantado por Guillermo Eastman Mejía contra el Departamento de Caldas.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 760

Propiedad privada del petróleo.—Desistimiento de la acción de oposición.—Con fecha 9 de diciembre de 1963, la Corte no acepta el desistimiento de la acción de oposición hecha por el apoderado de "Carboneras Samacá S. A.", a la propuesta número 911 de la Texas Petroleum Company en relación con el predio "Siberia".—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 769